



HAL
open science

Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé

Caterina Severino, Hubert Alcaraz

► To cite this version:

Caterina Severino, Hubert Alcaraz. Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé. UMR DICE - CNRS 7318. DICE Éditions, 14, 579 p., 2021, Confluence des droits, 979-10-97578-13-8. 10.4000/books.dice.8184 . hal-03959245

HAL Id: hal-03959245

<https://hal.science/hal-03959245v1>

Submitted on 6 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Systemes de controle de constitutionnalite par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnerabilite

Approche de droit compare

sous la direction de
Caterina Severino et Hubert Alcaraz

14



collection d'ouvrages numériques



Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-00-8

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : Une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-01-5

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017
ISBN : 979-10-97578-02-2

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-03-9

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-04-6

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-05-3

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-07-7

DARGENT Fleur, *La consultation en droit public interne*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-06-0

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-08-4

COURNIL Christel (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-09-1

MEHDI Rostane, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-10-7

LE BOT Olivier, LE BŒUF Romain, *L'inapplication du droit*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-11-4

FUTHAZAR Guillaume, *Les modalités d'influence de l'IPBES sur l'évolution du droit international de l'environnement en Méditerranée*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-12-1

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>

ISBN : 979-10-97578-13-8
ISSN : 2556-1162

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Références électroniques :

SEVERINO Caterina, ALCARAZ Hubert, *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2021.

Disponible sur Internet : <http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>
ISBN : 979-10-97578-13-8

**SYSTÈMES DE CONTRÔLE
DE CONSTITUTIONNALITÉ PAR VOIE INCIDENTE
ET PROTECTION DES PERSONNES
EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ
APPROCHE DE DROIT COMPARÉ**

sous la direction de
Caterina SEVERINO
Hubert ALCARAZ

SOMMAIRE

Table des abréviations	11
Préface	13
Nicole MAESTRACCI, Membre du Conseil constitutionnel, Présidente du Comité scientifique « QPC 2020 ».	
Propos introductifs	17
Caterina SEVERINO, Professeur à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France ; Hubert ALCARAZ, Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.	
Partie I. Étude comparée de la protection des personnes en situation de vulnérabilité par les systèmes de contrôle incident de constitutionnalité en France, en Italie et en Espagne	
Caterina SEVERINO, Professeur à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France ; Hubert ALCARAZ, Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.	
I. Le questionnement: la QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité?	21
A. Une recherche portant sur la protection des « personnes en situation de vulnérabilité»	22
B. Une recherche réalisée au prisme du droit comparé	24
II. Le(s) choix méthodologique(s): la démarche comparatiste, outil performant d'évaluation de la QPC	29
A. Une recherche réalisée en deux temps.....	30
B. Une recherche déclinée en trois rencontres.....	31
III. La Question prioritaire de constitutionnalité protège-t-elle réellement les personnes en situation de vulnérabilité? Perspective comparative	35
A. Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens	35
B. La protection des mineurs	41
C. La protection des personnes malades et handicapées	60
D. La protection des étrangers.....	74
E. La protection des gens du voyage.....	94
F. La protection des travailleurs précaires et des chômeurs	108
G. La protection des personnes détenues	123
H. L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC	143

IV. QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé :

bilan et perspectives..... 157

Bibliographie 161

Partie II. Étude des jurisprudences constitutionnelles nationales consacrées à la protection des personnes en situation de vulnérabilité**Vulnerabilità, soggetti “deboli” e giustizia costituzionale 167**

Giovanni SERGES, Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi «Roma Tre» – Professeur des universités en Droit constitutionnel, Doyen de la Faculté de Droit, Université de «Roma Tre».

Chapitre 1. La vulnérabilité devant les juges constitutionnels français, espagnol et italien**Vulnérabilité et Conseil constitutionnel français..... 177**

Gaëlle LICHARDOS, Maître de conférences à la Faculté libre de droit de Toulouse.

La protection des personnes en situation de vulnérabilité en Espagne 195

Marco BERARDI, ATER en droit public, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

La notion de « personne en situation de vulnérabilité » dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne 213

Giuliano SERGES, Docteur en droit public, Universités de Toulon et de Pise ; Membre du CDPC Jean-Claude Escarras ; Post-doctorant chargé d'enseignement en droit constitutionnel, Université de « Roma Tre ».

Chapitre 2. La protection constitutionnelle des personnes vulnérables en France, en Espagne et en Italie**Section 1. La protection des mineurs****Quelle protection constitutionnelle de l'enfance ? Les QPC relatives aux mineurs 233**

Méline DOUCHY-LOUDOT, Professeur à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France, Avocat associé Selarl Prudens-juris.

El acceso de los menores a la jurisdicción constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad en el s. xxi 249

Itziar Gómez FERNÁNDEZ, Référendaire au Tribunal constitutionnel espagnol, Maître de conférences en droit constitutionnel à l'Université Carlos III de Madrid.

Una rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sullo status costituzionale dei minori (2000-2019)..... 265

Paolo PASSAGLIA, Professeur de Droit comparé à l'Université de Pise.

Section 2. La protection des personnes malades et handicapées

Dix ans de jurisprudence QPC sur la maladie et le handicap 285

Laurence GAY, Chargée de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

Cuestiones de inconstitucionalidad 2000-2018 relacionadas con el ingreso hospitalario de personas que padecen trastornos psíquicos..... 309

Francisco Javier MATIA PORTILLA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid, javierfacultad@gmail.com

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di disabili e trattamenti sanitari obbligatori (TSO)..... 327

Marina CALAMO SPECCHIA, Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Section 3. La protection des étrangers

Question prioritaire de constitutionnalité et étrangers..... 345

Olivier LECUCQ, Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Directeur de l'Institut d'Études Ibériques et Ibéro-Américaines (UMR DICE 7318), Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

« Questions d'inconstitutionnalité et étrangers » 363

Olivier LECUCQ, Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Directeur de l'Institut d'Études Ibériques et Ibéro-Américaines (UMR DICE 7318), Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

I diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale italiano..... 365

Laura MONTANARI, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine ; Francesco Emanuele GRISOSTOLO, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine.

Section 4. La protection des gens du voyage

QPC et personnes vulnérables : le cas des gens du voyage en France 385

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

De nomadas a asentados 401

Fernando ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla.

La (scarsa) rappresentatività dei soggetti nomadi e senza fissa dimora nella giurisprudenza del Giudice delle leggi italiano 409

Giovanna SPANÒ, Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università di Firenze.

Section 5. La protection des travailleurs précaires et des chômeurs

La QPC et les personnes vulnérables..... 417

Valérie BERNAUD, Maître de conférences HDR à l'Université d'Avignon.

La protección de trabajadores vulnerables a través de la cuestión de inconstitucionalidad en España..... 427

Miguel PÉREZ-MONEO, Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat de Barcelona y miembro del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid y del Congreso de los Diputados.

La tutela dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana degli ultimi vent'anni (2000-2019) 445

Daniele CHINNI, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre».

Section 6. La protection des personnes détenues

QPC et détenus en France 463

Hubert ALCARAZ, Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

Question d'inconstitutionnalité et détenus en Espagne 477

Hubert ALCARAZ, Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

I diritti dei detenuti nella più recente giurisprudenza costituzionale italiana 487

Marco RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi « Roma Tre ».

Chapitre 3. L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC

Les personnes en situation de vulnérabilité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité des cours d'appel civiles (2010-2019)..... 507

Nicolas PAUTHE, Docteur en droit public (qualification MCF section 02), Enseignant-chercheur contractuel à l'Université Clermont Auvergne, Membre du CMH EA 4232.

Personnes en situation de vulnérabilité et juge administratif du premier filtre 525

Annabelle PENA, Professeur de droit public à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France.

Le rôle des associations dans la protection des personnes vulnérables en QPC..... 541

Anna-Maria LECIS COCCO ORTU, Maître de conférences en Droit public, Sciences Po Bordeaux, Membre associée, CDPC J.-C. Escarras, Univ. Toulon, Aix-Marseille Univ., Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Toulon, France.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

APRF	Arrêté préfectoral de reconduite à la frontière
ATC	Ordonnance (<i>auto</i>) du Tribunal constitutionnel espagnol
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDU	Cour européenne des droits de l'homme (Italie)
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
co.	Comma (alinéa. Italie)
Cons. dir.	Les points de droit (au sein de la décision de la Cour constitutionnelle italienne)
CPP	Code de procédure pénale
DC	Déclaration de conformité
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
D. lgs.	Décret législatif (Italie)
DPR	Décret du Président de la République (Italie)
FJ	Fondement juridique (équivalent des motifs. Espagne)
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
L.	Loi (Italie)
LOTIC	Loi organique relative au Tribunal constitutionnel espagnol
Ord.	Ordonnance
q.l.c.	Question de constitutionnalité (Italie)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Req.	Requête
Rit. Fatto	Les faits (au sein de la décision de la Cour constitutionnelle italienne)
Sent(t).	Arrêt(s) (Italie)
STC	Arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol
SSTC	Arrêts du Tribunal constitutionnel espagnol
STEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Espagne)
SSTEDH	Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Espagne)
TC	Tribunal constitutionnel espagnol
TEDH	Cour européenne des droits de l'homme (Espagne)
TSO	Traitements sanitaires obligatoires (Italie)
UE	Union européenne

PRÉFACE

LA QPC, OUTIL EFFICACE DE PROTECTION DE LA VULNÉRABILITÉ ?

Nicole MAESTRACCI¹

Rapprocher la Constitution des citoyens, donner aux citoyens de nouveaux droits, leur permettre d'accéder au prétoire du Conseil constitutionnel pour défendre leurs droits fondamentaux, telle était l'ambition du constituant français de 2008 lorsqu'il a créé la question prioritaire de constitutionnalité. La France rejoignait ainsi les autres démocraties européennes qui connaissaient déjà une procédure d'exception d'inconstitutionnalité. Il existe par ailleurs un consensus sur l'idée que parmi ces citoyens, les personnes les plus vulnérables, qu'il s'agisse d'un état provisoire ou permanent, doivent bénéficier d'une protection particulière : cette protection résulte tant de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que de la Convention européenne des droits de l'homme ou du bloc de constitutionnalité français, même si la jurisprudence constitutionnelle hésite sur les mots et utilise peu le mot « vulnérabilité ».

Cette protection si fermement affirmée est-elle effective ? Permet-elle de garantir les droits des plus vulnérables ? C'est à cette interrogation que nous invitent ces beaux travaux de recherche en livrant des conclusions contrastées. L'aspect comparatiste de la recherche ouvre par ailleurs pour la France de nombreuses pistes de réflexions et de réforme.

La vulnérabilité est un concept dont la traduction juridique n'est pas encore évidente. Elle ne se confond ni avec la précarité, ni avec la pauvreté, ni avec l'exclusion mais il existe des sous-ensembles communs. La pauvreté est une notion monétaire. La précarité introduit une notion d'incertitude : on ne sait pas de quoi demain sera fait. L'exclusion signifie qu'on est dehors (mais pas nécessairement pour des raisons financières). Le sociologue Robert Castel a parlé de désaffiliation² et Serge Paugam de disqualification³. On a parlé à propos des quartiers en difficulté de « relégation ». Ces notions peuvent concerner des individus, des familles ou des groupes d'individus. Le mot vulnérabilité a remplacé dans le langage public les mots exclusion et précarité.

1 Membre du Conseil constitutionnel, Présidente du Comité scientifique « QPC 2020 ».

2 Robert CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Seuil et La République des Idées, Paris, 2003.

3 Serge PAUGAM, *La disqualification sociale*, PUF, Paris, 1991.

La vulnérabilité introduit la notion de fragilité, d'incertitude. En cela, elle est inhérente à la nature humaine et donc universelle. Mais la vulnérabilité dont nous parlons ici, est une vulnérabilité d'une intensité particulière : sensibilité particulière à un danger, non nécessairement advenu. Ce danger peut être la conséquence de circonstances internes (âge, pauvreté, faiblesse physique ou intellectuelle, momentanée ou permanente) ou externes (notamment liées au lieu et aux conditions de vie : taux de chômage, éloignement géographique, habitat dégradé...). Cette fragilité particulière se caractérise par une difficulté à anticiper ce danger, à résister ou à lutter efficacement s'il survient. Mais la vulnérabilité peut ne concerner que certaines circonstances ou situations particulières : par exemple, le consommateur, le locataire ou l'emprunteur ne sont pas nécessairement des personnes vulnérables mais ils sont la partie faible du contrat. Même si, comme le soulignent les chercheurs, le Conseil constitutionnel utilise peu le mot « vulnérabilité », on retrouve dans sa jurisprudence les différentes notions que je viens d'évoquer. Il tire ainsi du Préambule de la Constitution de 1946 et particulièrement de son article 10⁴, un « principe général de solidarité envers les personnes défavorisées⁵ », le droit aux prestations sociales (qui se déduit du principe de solidarité), le droit à une vie familiale normale, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, la protection de la santé individuelle et collective, le droit à un logement décent (tiré également du principe de dignité), le principe de non-discrimination dans l'emploi. Il est vrai cependant que ces principes ont rarement entraîné une censure à la suite d'une QPC. Ils ont essentiellement permis au Conseil de valider les dispositions qui lui étaient soumises et de justifier les atteintes ainsi portées à d'autres principes de valeur constitutionnelle. Plus récemment, cependant, le Conseil a tiré le « principe de Fraternité » de l'article 2 de la Constitution et décidé qu'il en découlait « la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Il a ainsi censuré partiellement le délit d'aide au séjour irrégulier⁶. De même, dans une décision de 2020 qui devrait entraîner une modification d'ampleur du fonctionnement judiciaire et pénitentiaire, il a censuré une disposition du code de procédure pénale qui ne permettait pas au juge des libertés et de la détention de tenir compte des conditions de détention pour prendre une décision à l'égard d'un détenu provisoire. Il a jugé qu'il « appartient aux autorités judiciaires ainsi qu'aux autorités administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne »⁷. Il n'a jamais, en revanche, comme l'a fait la Cour constitutionnelle italienne, obligé le législateur à fournir des prestations pécuniaires pour garantir les droits de personnes vulnérables (en l'espèce les droits des personnes handicapées). Dans ce domaine des « droits-créance » qui impliquent la mobilisation de moyens publics, le Conseil constitutionnel s'est en effet toujours montré prudent, laissant une grande marge de manœuvre au Parlement. Il utilise à cette fin deux paragraphes de principe : « la Constitution ne confère pas au Conseil un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » et il n'appartient pas au « Conseil de rechercher si l'objectif que s'est assigné le

4 Article 10 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

5 DC 2009-599 du 29 décembre 2009 Ct 101.

6 Décision QPC 2018-717/718 du 6 juillet 2018.

7 Décision QPC 2020-858/859 du 2 octobre 2020.

législateur pouvait être atteint pas d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie. »

Ce constat rejoint l'un des résultats de la recherche qui montre que sur ce sujet, encore plus que sur d'autres, l'abstraction du contrôle du Conseil constitutionnel constitue une difficulté dans la mesure où il ne tient pas compte de la singularité du cas qui lui est soumis. La comparaison avec l'Italie et l'Espagne est particulièrement éclairante sur ce point en montrant avec force à quel point la concrétisation du contrôle renforce son effectivité. Je nuancerai néanmoins légèrement ce propos sur deux points : contrairement aux intentions initiales du législateur constituant, dès lors que le Conseil constitutionnel a commencé, avec la QPC à examiner des lois déjà appliquées, la vie s'est invitée dans le débat constitutionnel. Le Conseil constitutionnel ne peut donc plus éviter d'examiner le droit vivant, c'est-à-dire le droit tel qu'il est appliqué dans la vraie vie, et tel qu'il est ou non accessible à des personnes plus ou moins vulnérables et plus ou moins bien assistées. Le contrôle du Conseil n'est certes pas pour autant devenu concret mais le visionnage des audiences⁸ montre qu'il tient compte de plus en plus des éléments de fait susceptibles d'éclairer sa décision. Le second point, c'est que la possibilité donnée au Conseil de reporter dans le temps les effets de sa décision l'a également obligé à exercer un contrôle plus concret des éléments qui pourraient justifier que cette décision ne s'applique pas immédiatement. Cette disposition qui n'existe pas dans les autres pays examinés a donc également entraîné une certaine concrétisation, même si celle-ci, pour des raisons historiques parfaitement expliquées dans ces travaux de recherche, est loin d'être achevée.

Chacun des chapitres de la recherche et chacune des catégories qu'elle a choisi d'examiner mériterait d'amples commentaires tellement elle suscite d'interrogations et de pistes de réflexions. La question des « gens du voyage » m'a particulièrement fait réfléchir. Si les décisions concernant les gens du voyage n'existent qu'en France parce qu'ils constituent une catégorie administrative identifiée, est-ce que cela signifie qu'ils sont mieux protégés qu'en Espagne ou en Italie où ils n'appartiennent à aucune catégorie ? Ou l'inverse ? De même, le fait pour la cour italienne d'avoir qualifié le travailleur de « sujet vulnérable » dans la relation contractuelle de travail a-t-il eu un effet concret sur la situation de ce travailleur ? Ou non ? On pourrait multiplier les exemples mais dès lors qu'on s'interroge sur le poids réel des mots sur la vie concrète des justiciables, on ouvre une boîte de Pandore qui n'est pas près de se refermer.

Je voudrais finir mon propos sur la question fondamentale de l'accès des plus vulnérables à la QPC. Tout d'abord, il est vrai que l'existence du contrôle *a priori* restreint par construction la possibilité de saisine en QPC. Si une disposition a déjà été validée dans le cadre du contrôle *a priori*, elle ne peut plus en effet faire l'objet d'une QPC. C'est sans doute ce qui explique en partie le faible nombre de QPC concernant le droit du travail, toutes les lois réformant le Code du travail ayant fait l'objet d'un contrôle *a priori*.

8 Les vidéos des audiences sont disponibles sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

Ensuite, même si cette question avait déjà été identifiée, la recherche montre de manière puissante à quel point la procédure avec son double filtrage transforme, particulièrement pour les plus fragiles, l'accès au prétoire constitutionnel en course d'obstacles. C'est d'ailleurs pour cette raison que les personnes vulnérables se présentent très rarement seules. Elles sont en général soutenues par une association qui intervient, soit à titre principal en créant artificiellement un litige devant le Conseil d'État, soit comme partie intervenante au soutien de la QPC. L'objectif du constituant de 2008 était de limiter le nombre des QPC pour y répondre dans des délais plus raisonnables que les autres cours constitutionnelles. Sur ces deux points, il a atteint ses objectifs et c'est sans doute un avantage pour les citoyens de savoir que la QPC qu'ils ont déposée sera jugée dans un délai de trois mois. Il n'a cependant pas anticipé le fait que cela fermerait la porte de la QPC à de nombreux citoyens justiciables, et en particulier aux plus vulnérables. Si on ajoute à ces éléments, le phénomène bien connu appelé en France le « non-recours » qui conduit les personnes les plus vulnérables à ne pas demander le bénéfice des droits auxquels ils peuvent prétendre⁹, on comprend que tous les ingrédients sont réunis pour que certains citoyens soient plus à même que d'autres de bénéficier de la QPC.

Alors que les plus vulnérables devraient être théoriquement ceux qui accèdent le plus aisément à la reconnaissance de leurs droits fondamentaux, c'est donc l'inverse qui se produit.

Il faut remercier les auteurs de la recherche d'avoir mis le doigt sur la part d'ombre de la QPC et surtout d'avoir donné des pistes positives de réflexion et de réforme accessibles, à la lumière des expériences des juridictions italiennes et espagnoles.

13 novembre 2020

⁹ À titre d'exemple, un tiers des personnes qui peuvent prétendre au Revenu de solidarité active (RSA) ne le demande pas.

PROPOS INTRODUCTIFS

Caterina SEVERINO¹

Hubert ALCARAZ²

Le présent ouvrage constitue l'aboutissement d'une recherche collective. Répondant à l'appel à projets « QPC 2020 » du Conseil constitutionnel, cette recherche a souhaité évaluer l'efficacité de ce nouveau système de protection qu'est la question prioritaire de constitutionnalité, introduite en France par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, sous un angle particulier, celui de la protection des personnes en situation de vulnérabilité et selon une approche originale, de droit comparé.

Le travail a ainsi eu pour ambition de dresser un bilan de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel pour ce qui concerne la protection des personnes en situation de vulnérabilité, tout en utilisant une approche comparative, en confrontant la protection offerte aux personnes vulnérables par le système français de la QPC avec les procédures similaires existant dans deux pays voisins : le « procès incident de constitutionnalité », prévu en Italie, et la « question d'inconstitutionnalité », prévue en Espagne. À cet égard, la recherche menée a permis de réaliser une comparaison inédite, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, en forme d'évaluation, tout en produisant également une réflexion sur d'éventuels ajustements et perfectionnements du mécanisme de la QPC.

Pour rendre compte de la manière la plus fidèle possible des résultats de cette recherche, nous avons choisi de présenter dans une première partie, le rapport de synthèse que nous avons adressé au Conseil constitutionnel et dans lequel nous avons réalisé la comparaison proprement dite (**Partie I**); puis, dans une seconde partie, les études nationales, dans leur langue originale, concernant, quant à elles, la jurisprudence constitutionnelle des trois pays étudiés, élaborées par les chercheurs, français et étrangers, participant au projet scientifique (**Partie II**).

¹ Professeur à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France.

² Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

PARTIE I

ÉTUDE COMPARÉE DE LA PROTECTION DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ PAR LES SYSTÈMES DE CONTRÔLE INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITÉ EN FRANCE, EN ITALIE ET EN ESPAGNE

Caterina SEVERINO¹
Hubert ALCARAZ²

¹ Professeur à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France.

² Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

Si l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 soulève de nombreuses questions relevant de la technique juridique ou du « dialogue entre les juges », nul doute que l'une de celles qui préoccupent principalement les citoyens reste celle de son efficacité dans la protection de leurs droits. En complétant le système de contrôle de constitutionnalité *a priori* mis en place en 1958, cette nouvelle voie d'accès au Conseil constitutionnel devait, en effet, dans l'intention du constituant, « démocratiser » le recours au juge constitutionnel, rapprocher ce dernier des citoyens et ainsi renforcer la protection de leurs droits et libertés, tout en assurant une plus grande appropriation du texte de la Constitution par les justiciables.

Répondant à l'appel à projets « QPC 2020 » du Conseil constitutionnel et afin d'évaluer l'efficacité de ce nouveau système de protection, la recherche collective que nous avons réalisée a eu pour ambition de dresser un bilan de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel, au terme de ses dix premières années d'existence, mais sous un angle tout à fait particulier : celui de la protection des personnes qui en ont le plus besoin, celles en situation de vulnérabilité. À cet égard, comment ne pas considérer qu'un système de protection de droits et libertés, quel qu'il soit, n'est réellement efficace que s'il est véritablement capable d'offrir une protection aux personnes les plus vulnérables ?

I. Le questionnement : la QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?

Comme l'a mis en exergue le président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, le 30 janvier 2009, le véritable enjeu dans la protection des droits et des libertés est celui de « faire reculer les zones de non-droit et admettre que les femmes, les enfants, les personnes âgées, les handicapés, les détenus, toutes les personnes vulnérables » puissent bénéficier de façon égale des libertés¹. Pour ces personnes, seule la réponse apportée par le droit peut offrir une réelle protection et une sauvegarde de leurs droits et libertés fondamentaux.

Ainsi, l'effectivité et l'efficacité de la protection des droits et des libertés des personnes se trouvant dans des situations de fragilité, de faiblesse et de besoin, semblent représenter un paramètre particulièrement pertinent pour évaluer, de manière générale, l'efficacité du système de la QPC dans son intégralité et pour vérifier si ce système offre, dans les faits, une protection conforme aux intentions affichées par ses promoteurs. Il s'est agi de vérifier si la QPC répond bien à son objet, c'est-à-dire, notamment, apporter une plus-value par rapport à la protection offerte jusque-là par le contrôle de constitutionnalité exercé *a priori*, spécialement – pour ce qui nous intéresse ici – lorsque sont en cause des personnes en situation de vulnérabilité.

¹ Discours de Jean-Paul Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, le 30 janvier 2009 (souligné par nous).

Pour répondre à cette question, il nous est également paru indispensable et particulièrement pertinent d'utiliser, dans le cadre de cette recherche, une approche comparative, en confrontant la protection offerte aux personnes vulnérables par le système français de la QPC avec les procédures similaires existant dans deux pays voisins : le « procès incident de constitutionnalité », prévu en Italie, et la « question d'inconstitutionnalité », prévue en Espagne.

Pour répondre aux questions soulevées par ce projet de recherche, la réflexion a dû, tout d'abord, s'accorder sur une définition préalable des situations pouvant être considérées comme des « situations de vulnérabilité », objet de notre étude. Quant au choix des systèmes étrangers objet de la comparaison, il s'est naturellement imposé, pour des raisons tenant à la fois à la similitude des systèmes pris en considération avec la procédure de la QPC, mais aussi à la spécialisation de nos champs d'investigation scientifique ainsi qu'à ceux de nos centres de recherche.

A. Une recherche portant sur la protection des « personnes en situation de vulnérabilité »

Nous avons dû, tout d'abord, définir le champ de l'analyse, pour ce qui concerne les personnes, justiciables, objet de la protection accordée par les procédures incidentes de constitutionnalité, et nous saisir, pour ce faire, de la notion de vulnérabilité.

Disons-le franchement : ce concept, qui a connu, dans les dernières années, un très grand essor dans de nombreux champs disciplinaires², y compris dans le champ du droit³, est pourtant difficilement définissable et ses contours échappent à une délimitation nette⁴. Les études juridiques de plus en plus nombreuses qui existent actuellement dans ce domaine, tout en essayant d'en dégager une définition opératoire, mettent en évidence ses dangers et ses contradictions⁵.

D'une manière générale, la personne vulnérable est celle qui peut être blessée (de *vulnerare*: blesser), la personne qui présente une certaine faiblesse car elle est atteinte dans son intégrité physique, psychique ou encore patrimoniale. En ce sens, tout être humain est vulnérable, ou du moins susceptible d'être exposé à des attaques contre lesquelles il n'est pas, ou peu, capable de se

2 Notamment en sociologie, où la notion de *vulnérabilité* a remplacé des notions comme celle d'*exclusion* (notion très employée dans les années 1990-2000), ou de *pauvreté* (notion très en vogue dans les années 1980) ou encore celle de *marginalité* (notion employée dans les années 1970). Sur cette évolution, voir en particulier M.-H. SOULET, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, Cahiers Européens*, Pedone, 2014, n° 7, p. 7-27.

3 Les travaux sur les rapports entre « le droit », « les droits » et la « vulnérabilité » ne manquent pas. Cf. notamment F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presses Univ. de Grenoble, 2000; X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009; ID., « La protection des personnes vulnérables entre audace et tempérance. À propos du rapport annuel de la Cour de cassation », *JCP*, éd. G., 2010, p. 862; F. ROUVIÈRE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2011; L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, op. cit.*; E. PAILLET et P. RICHARD (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruylant, 2014; P. MBONGO (dir.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Berger-Levrault, 2015; C. BOITEUX-PICHERAL (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme*. Le législateur lui-même a dû préciser dans certains domaines, tel le droit pénal (art. 223-15-2 C. pén. (abus de faiblesse); art. 225-12-6 C. pén. (exploitation de la mendicité); art. 222-33 C. pén. (harcèlement sexuel) ou civil (art. 425 C. civ., relatif à la curatelle), ce qu'il entendait par le concept de « personnes vulnérables ».

4 En ce sens, C. DENIZEAU, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle de la France et du Royaume-Uni », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, op. cit.*, p. 149.

5 V. en particulier, L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, op. cit.*, *passim*.

défendre. Le concept de vulnérabilité est, ainsi, un concept « fédérateur »⁶, susceptible d'englober une pluralité de situations différentes, c'est une « notion potentielle [...] mobilisable à l'envie »⁷.

Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, consacrées à cette notion et à son utilisation par les juges français et européens, le débat philosophique et juridique sur la vulnérabilité tourne essentiellement autour de deux approches différentes. Il existe, ainsi, une acception « catégorielle » de la vulnérabilité (en ce sens la vulnérabilité serait, en quelque sorte, un état *intrinsèque* de certaines catégories ou groupes de personnes, tels que les enfants ou les personnes malades) et une acception « situationnelle », la vulnérabilité étant considérée comme une situation *extrinsèque*, pouvant toucher n'importe qui et à tout moment, une situation de faiblesse dans laquelle tout le monde peut, potentiellement, se retrouver.

Ainsi, le choix de l'expression « personnes en situation de vulnérabilité » que nous avons retenu pour le titre de notre projet, tout comme le choix de réaliser notre recherche par « catégories » de personnes en situation de vulnérabilité ne sont pas des choix anodins. En effet, entre les deux approches, « catégorielle » et « situationnelle », chacune avec ses défauts et ses qualités, nous avons choisi une solution de compromis qui nous paraît être la plus pertinente et la plus performante pour répondre à notre questionnement. Il s'est agi, en d'autres termes, de tenter de déterminer si la QPC offre une protection adéquate et satisfaisante pour les droits et les libertés des personnes qui se trouvent dans des « situations de vulnérabilité », soit parce qu'elles le sont de manière, pour ainsi dire, intrinsèque (par ex. les enfants), soit parce que le contexte dans lequel ces personnes se retrouvent les place dans une situation de faiblesse, de dépendance, de manque d'autonomie (par ex. les détenus, les travailleurs précaires).

Or, puisque nous ne pouvions bien évidemment pas envisager, pour notre recherche, toutes les situations de vulnérabilité, nous avons décidé de retenir six « catégories » de personnes se trouvant dans cette situation, c'est-à-dire des cas dans lesquels le déséquilibre entre le sujet et le monde qui l'entoure est particulièrement important et nécessite ainsi la mise en œuvre d'une protection accrue. Dès lors, la recherche a concentré son analyse sur le cas des mineurs (y compris les mineurs étrangers non accompagnés), des personnes malades ou souffrant d'un handicap, mais aussi des étrangers, des gens du voyage, des travailleurs précaires (ou des personnes sans emploi) et, enfin, sur le cas les détenus.

Par ailleurs, il ne nous a pas échappé qu'il existe des situations dans lesquelles les « vulnérabilités » se cumulent, en quelque sorte, tel le cas d'un détenu, étranger, malade, ou d'un mineur étranger, par exemple⁸. Bien évidemment ces cas ont également été pris en compte par nos différents contributeurs dans l'analyse de la jurisprudence des juges constitutionnels.

6 L. AZOULAI, « Sensible droit », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, p. 228.

7 M.-H. SOULET, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », *op. cit.*, p. 15.

8 Sur ces cas de cumul de vulnérabilités, voir notamment L. AZOULAI, « Sensible droit », *op. cit.*, p. 233.

Au travers de l'analyse de l'ensemble de la jurisprudence QPC depuis sa mise en place, mais également, dans la mesure du possible, des décisions de non-renvoi, il s'est agi de voir si ces personnes parviennent, ou pas, jusqu'au prétoire du Conseil constitutionnel et si, finalement, la protection accordée à leurs droits et libertés est réelle. Au-delà de cette appréciation qui relève du fond, il y avait lieu également d'évaluer la procédure elle-même, afin de dire si elle s'est révélée adaptée à ces situations particulières qui touchent des personnes qui ont souvent des difficultés à saisir un juge et poursuivre un contentieux jusqu'à son achèvement. La recherche a donc abordé à la fois, inévitablement, des aspects substantiels et procéduraux. C'est la raison pour laquelle, outre des études comparatives, des recherches transversales ont été réalisées, concernant les six « catégories » de personnes en situation de vulnérabilité, visant à saisir les difficultés et les atouts du mécanisme de la QPC devant le juge ordinaire français, ainsi que le rôle joué par les associations dans l'accès des personnes vulnérables à la QPC. Dans le cadre d'une telle analyse, à propos de l'attitude du juge ordinaire, il aurait été intéressant d'étudier les rapports entre la QPC et le contrôle de conventionnalité de la loi opéré par ce juge, afin de vérifier si, lorsqu'il intervient pour filtrer les questions, il ne privilégie pas le second instrument plutôt que le premier. En effet, il n'est pas impossible qu'une connaissance, faite aussi d'habitudes à l'égard de la manipulation du droit international conventionnel, en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, l'encourage à préférer ce type d'instrument. Toutefois, compte tenu de notre objet d'analyse, de ses dimensions, et dans l'optique comparative qui est la nôtre (les deux systèmes étrangers objet de la comparaison ne connaissant pas, selon des modalités comparables à la formule française, le contrôle de conventionnalité opéré par le juge ordinaire), cette question complexe – sujet de recherche à part entière – ne pouvait être examinée.

B. Une recherche réalisée au prisme du droit comparé

Pour que l'évaluation de ces éléments nationaux soit la plus éclairée possible, l'introduction d'un critère externe de comparaison, à travers le recours au droit comparé, nous a paru indispensable. Voilà pourquoi le projet s'est proposé de réaliser une comparaison entre la jurisprudence produite par le Conseil constitutionnel depuis l'introduction de la QPC et celle des cours constitutionnelles italienne et espagnole rendue dans le cadre des procédures de contrôle de constitutionnalité de la loi par voie préjudicielle (*giudizio in via incidentale* et *cuestión de inconstitucionalidad*), afin de déceler les vertus et les faiblesses de la protection des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité offerte par le Conseil constitutionnel.

Cette approche comparative et le choix des systèmes italien et espagnol, comme termes de la comparaison, se sont imposés non seulement pour des raisons tenant à la similitude des trois systèmes contentieux – les systèmes italien et espagnol ayant, d'ailleurs, fortement inspiré le constituant français, au moment de la création de la QPC – mais aussi compte tenu des champs d'investigation traditionnels des deux équipes de recherche qui ont porté ce projet : le CDPC-Jean-Claude Escarras (Université de Toulon), spécialisé en contentieux constitutionnel italien, et l'IE2IA (Université de Pau et des Pays de l'Adour), spécialisé en contentieux constitutionnel ibérique⁹.

⁹ Il faut préciser que le CDPC-JCE et l'IE2IA composent, avec l'ILF-GERJC et le CERIC (Aix-Marseille Université) l'Unité Mixte de Recherche CNRS 7318 DICE (Droits international, comparé et européen).

1. *Le cadre de la comparaison*

Comme chacun sait, pour bâtir le nouveau système de justice constitutionnelle qu'est la QPC, le constituant français s'est beaucoup inspiré de mécanismes existants dans d'autres systèmes de justice constitutionnelle, notamment du recours par la voie incidente utilisée en Italie depuis près de soixante-dix ans ou encore de celui, similaire, prévu en Espagne pour le contrôle de constitutionnalité des lois depuis 1978. Par ailleurs, tout en s'inspirant de ces procédures contentieuses, le mécanisme de la QPC a adopté certaines spécificités, essentiellement, mais pas seulement, destinées à éviter les écueils constatés chez nos voisins. Le droit comparé et ses enseignements ont donc joué un rôle déterminant dans l'introduction et dans l'architecture de la question prioritaire de constitutionnalité ; dès lors, il est, au même titre, un outil utile pour l'évaluation de ses résultats¹⁰.

Nous avons donc pris le parti de comparer le mécanisme et la jurisprudence élaborée dans le cadre de la QPC, avec des systèmes similaires mis en place et utilisés dans les pays voisins que sont l'Espagne et l'Italie, afin de mieux apprécier les points forts et les limites de la QPC dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité.

De sorte qu'il nous paraît indispensable de rappeler brièvement les principales caractéristiques de ces deux systèmes étrangers, afin d'en saisir les spécificités, mais aussi les points communs avec le système français, pour saisir les présupposés et les conditions de la comparaison qui fera l'objet de notre recherche.

Il faut préciser avant tout qu'en Italie et en Espagne (tout comme en France, d'ailleurs), plusieurs voies d'accès au juge constitutionnel existent. Le contrôle par voie préjudicielle de la constitutionnalité de la loi, autrement dit le doute de constitutionnalité de la loi né lors d'un procès ordinaire et renvoyé au juge constitutionnel par le juge en charge de ce procès – compte tenu de son incompétence radicale à le lever –, ne représente que l'un des moyens d'accès au juge constitutionnel. Une voie de droit qui, au surplus, peut revêtir un rôle différent dans chacun de ces trois pays.

Ainsi, en Italie, à côté de la question préjudicielle, dénommée « recours par voie incidente », figure le « recours par voie principale », déclenché par l'État ou les régions afin de protéger leur sphère de compétence respective¹¹. En Espagne, les voies d'accès au juge constitutionnel sont nombreuses et, à côté de la question préjudicielle, appelée « question d'inconstitutionnalité », prennent, notamment, place le « recours d'inconstitutionnalité », abstrait, déclenché par voie d'action par des autorités politiques, mais également, et surtout, une voie d'accès direct des citoyens au Tribunal constitutionnel pour la sauvegarde de certains de leurs droits et libertés constitutionnels : le recours d'*amparo* constitutionnel¹². Notons que ce recours, qui, contrairement aux recours par voie préjudicielle ne

¹⁰ Pour une analyse approfondie de la QPC dans une approche comparative, cf. L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, Coll. À la croisée des droits, 2014, p. 734.

¹¹ Il faut garder à l'esprit que l'Italie est un État régional, les régions étant dotées d'une véritable autonomie législative.

¹² Il n'est possible, en effet, de déclencher un recours d'*amparo* que pour la protection des droits fondamentaux proclamés par les articles 14 à 29 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, ainsi que pour l'objection de conscience consacrée par l'article 30, alinéa 3, de la Constitution.

peut jamais être dirigé contre une loi, peut, en revanche, porter sur les actes parlementaires non-législatifs, mais également sur les actes administratifs et juridictionnels, ce qui ne manque pas de lui conférer, aux yeux des justiciables, un intérêt concret pour la défense de leurs droits fondamentaux. Il peut, d'ailleurs, être déclenché par toute personne physique ou morale ayant un intérêt légitime, lorsqu'elle estime ne pas avoir obtenu protection de ses droits par le juge ordinaire, mais aussi par le ministère public et le Défenseur du peuple. Il n'y a donc pas de filtre à proprement parler pour ce recours au stade de son déclenchement¹³, ce qui, ajouté aux autres caractéristiques qui le distinguent des autres voies d'accès au Tribunal constitutionnel, explique le succès de cette procédure. En France, enfin, comme nous le savons, outre la QPC, il existe, depuis 1958, le contrôle abstrait et *a priori* de la loi, déclenché par voie d'action par des autorités politiques, cette procédure continuant à jouer son rôle, complémentaire à celui de la QPC. Malgré la présence d'autres voies d'accès au juge constitutionnel et, notamment en Espagne, malgré la présence du recours d'*amparo*, la recherche s'est concentrée sur la comparaison de la jurisprudence produite par les trois juges constitutionnels dans le cadre de la question préjudicielle, seule voie pouvant véritablement être comparée avec la QPC. Bien évidemment, cela n'interdit pas de tenir également compte des résultats produits par les autres contentieux constitutionnels, chaque fois que cela est pertinent pour la recherche. En particulier, une réflexion sur la « concurrence des contentieux »¹⁴ dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité apparaît particulièrement bienvenue, à travers l'étude de l'impact que les autres types de recours peuvent produire sur la voie de la question préjudicielle et, éventuellement, la plus-value de celle-ci sur ceux-là. À cet égard, il faut également rechercher si ce ne sont pas ces autres procédures, tel l'*amparo*, qui absorbent l'essentiel du contentieux et protègent donc davantage les personnes en situation de vulnérabilité. La réponse à cette question est déterminante concernant la QPC, car cette voie de recours constitue, en France, la seule voie d'accès des individus au juge constitutionnel et, qui plus est, la seule voie de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi.

Venons-en, alors, aux principales caractéristiques des recours par voie préjudicielle, objets de notre recherche.

Le système, désigné comme le « recours par voie incidente », mis en place en Italie par l'article 134 de la Constitution de 1947¹⁵, et par les textes qui ont suivi en 1948¹⁶ et en 1953¹⁷, permet aux parties du litige, au ministère public ou bien, d'office, au juge du litige, de saisir, au cours d'un procès et sous certaines conditions, la Cour constitutionnelle italienne, afin de contrôler la conformité à la Constitution « d'une loi ou d'un acte ayant force de loi ». Pour renvoyer la question devant la Cour,

13 Évidemment, la loi organique relative au Tribunal constitutionnel pose néanmoins, dans son article 44, un certain nombre de conditions de forme, de procédure, mais aussi – au moins depuis une réforme de 2007 – de fond, qui peuvent donner prise à un filtrage – notamment au stade de l'admission – de la part du Tribunal constitutionnel.

14 O. LECUCQ, colloque final de restitution de notre recherche, Toulon, 8 novembre 2019.

15 L'article 134 de la Constitution italienne du 22 décembre 1947 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948) dispose, dans son 1^{er} alinéa, que : « La Cour constitutionnelle juge : des questions relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des Régions ».

16 Il s'agit de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 qui, dans son article 1^{er}, décrit la procédure de renvoi de la question de constitutionnalité.

17 Nous faisons référence à la loi n° 87 de 1953 qui détaille les conditions du renvoi de la question de constitutionnalité (articles 23 et suivants).

le juge *a quo* doit vérifier l'existence de deux conditions : le caractère pertinent de la question (la *rilevanza*) – la solution du litige doit dépendre de la résolution de cette question – et son caractère non manifestement infondé (la *non manifesta infondatezza*)¹⁸. Par ailleurs, lorsque la Cour est saisie, le procès *a quo* est suspendu *sine die* jusqu'à l'adoption de la décision de la Cour constitutionnelle. Il est important de rappeler que le contrôle peut être opéré à l'égard de toute violation de la Constitution, et non seulement pour la protection des droits fondamentaux¹⁹. En outre, les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour ont un effet *erga omnes*, elles abrogent la disposition censurée, tandis que les décisions de rejet de la question (qui ne reconnaissent aucune violation de la Constitution en l'espèce) n'ont qu'un effet *inter partes*, elles ne valent que pour le litige en cours, auquel la disposition contestée devra donc s'appliquer, mais n'empêchent pas de soulever une question identique lors d'un autre procès. Rappelons, enfin, que ce recours sur renvoi du juge ordinaire constitue, en Italie, le principal mode de saisine de la Cour constitutionnelle et connaît indéniablement, depuis près de soixante-dix ans, un énorme succès chez les Italiens, pour la protection de leurs droits fondamentaux²⁰.

Le système de contrôle dénommé « question d'inconstitutionnalité », prévu par l'article 163 de la Constitution espagnole de 1978²¹ et par la loi organique relative au Tribunal constitutionnel²², permet, lors d'un procès, aux parties ainsi qu'au juge, éventuellement d'office, de saisir le Tribunal constitutionnel d'une question d'inconstitutionnalité contre une « norme ayant force de loi ». Autrement dit, si, à l'occasion d'un procès, surgit un doute quant à la constitutionnalité d'une disposition législative, seul le Tribunal constitutionnel est compétent pour le trancher et une question d'inconstitutionnalité doit alors lui être renvoyée. Évidemment, deux conditions essentielles sont posées par l'article 163, reprises par l'article 35 de la loi organique. D'une part, la norme contestée doit être applicable au procès et en conditionner l'issue : il s'agit de la *relevancia*, c'est-à-dire de la pertinence de la question. D'autre part, il faut que le juge auteur de la question doute de la constitutionnalité de la loi dont il doit faire application, c'est-à-dire qu'il doit « estimer » qu'une violation de la Constitution (dans son ensemble) s'est produite²³. Par ailleurs, le texte organique précise aussi que le juge doit entendre les parties et le ministère public avant de décider de procéder, ou non, au renvoi. Les décisions du Tribunal constitutionnel qui prononcent l'inconstitutionnalité de la loi ont pour effet d'annuler le

18 Sur les conditions de recevabilité de la question de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle italienne et l'évolution jurisprudentielle de la Cour, voir en particulier T. DI MANNO, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 123-150.

19 Sur ce point particulier voir nos développements *infra*.

20 Bien que ce recours connaisse, depuis les années 2000, un certain infléchissement, avec une forte augmentation du recours par la voie principale, s'expliquant, en grande partie, par une révision importante de la répartition constitutionnelle des compétences entre l'État et les régions intervenue en 2001 (la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001, modifiant le Titre V de la Seconde Partie de la Constitution italienne) qui a rendu nécessaire l'intervention massive de la Cour constitutionnelle dans les années qui ont suivi.

21 L'article 163 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dispose : « Lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ».

22 Il s'agit de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel (LOTIC).

23 Voir sur ce point P. BON, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 131 ; H. ALCARAZ, « Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée – Le rôle du Tribunal constitutionnel espagnol », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2011*, Vol. XXVII, p. 33 ; F. ALVAREZ-OSSORIO, « Juge ordinaire et doute d'inconstitutionnalité. Quelques questions sur le doute d'inconstitutionnalité en Espagne », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 91.

texte avec, en principe, un effet rétroactif, contrairement au système français ou italien. Ici aussi, tout comme en Italie et contrairement à la France, les arrêts de rejet de la question n'ont qu'un effet *inter partes*, pour le procès *a quo*, la possibilité étant alors ouverte de soulever à nouveau la même question à l'occasion d'un autre litige. Enfin, si la question d'inconstitutionnalité doit aujourd'hui faire face à la concurrence du recours d'*amparo*, elle demeure une voie de droit capitale permettant aux cours et tribunaux espagnols de participer à la garantie de la Constitution, tout en centralisant l'unité de l'interprétation de la Constitution dans les mains du Tribunal constitutionnel. Elle partage, d'ailleurs, avec le recours d'inconstitutionnalité les traits communs aux « procédures de déclaration d'inconstitutionnalité²⁴ » et permet, comme lui, de rechercher « l'épuration abstraite de l'ordre juridique », selon l'expression du Tribunal constitutionnel lui-même.

2. *La pertinence de la comparaison*

Ces quelques caractéristiques brièvement rappelées, il est intéressant, nous semble-t-il, d'évoquer maintenant ce qui distingue les systèmes italien et espagnol par voie préjudicielle du système de la QPC, afin de mieux appréhender les spécificités du fonctionnement des trois procédures. Il y a là un préalable indispensable à notre étude sur la question de la protection, par ces systèmes, des personnes en situation de vulnérabilité.

Une première différence, considérable, doit être mise en exergue, différence qui concerne l'inspiration et la conception même du système par la voie incidente.

Contrairement aux questions préjudicielles italienne et espagnole, en effet, la QPC française ne peut être soulevée que par les justiciables et uniquement lorsqu'est en cause une éventuelle violation des droits et libertés que la Constitution garantit. La QPC répond ainsi à une conception subjective de protection des droits et libertés des justiciables ; elle est un « droit »²⁵ des justiciables orienté pour la protection de leurs droits. Rien de tel en Espagne et en Italie : la question de constitutionnalité y a été conçue avec une finalité objective, comme un mécanisme d'épurement de l'ordonnement juridique, afin de faire disparaître les normes contraires à la Constitution²⁶.

Cette différence de conception explique, d'ailleurs, qu'en France le juge ne puisse pas soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, alors qu'il peut le faire en Italie ou en Espagne. De ce point de vue, la question de savoir si la QPC, « droit des justiciables », est effectivement utilisée par les plus faibles d'entre eux, rapprochée et comparée avec ce qui se passe chez nos voisins – qui,

24 Selon l'expression retenue par le titre II de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel.

25 Bien que ce terme n'apparaisse dans aucun texte relatif à la QPC, c'est bien l'idée qui ressort tant des travaux du Comité Balladur que des travaux préparatoires des textes relatifs à la mise en place de cette procédure. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel lui-même a employé ce terme lors du contrôle de constitutionnalité de la loi organique de 2009, en affirmant que « le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (Conseil constitutionnel, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution*, cons. 3, souligné par nous).

26 En Italie, ce n'est que dans la pratique jurisprudentielle que la voie incidente est devenue, aussi, une arme pour les justiciables dans la défense de leurs droits, alors qu'en Espagne le recours d'*amparo* remplit pleinement la fonction subjective de protection des droits et intérêts des justiciables.

quant à eux disposent de procédures certes similaires mais n'ayant pas été créées, en principe, pour cette finalité –, révèle alors tout son intérêt et la comparaison toute sa pertinence²⁷.

Ensuite, au stade du filtre, une seconde différence frappe : seul le système français de la QPC met en place un double filtre, la question de constitutionnalité devant forcément transiter par les cours suprêmes que sont la Cour de cassation ou le Conseil d'État, avant d'atteindre le prétoire du Conseil constitutionnel, tandis qu'en Italie et en Espagne tous les juges ordinaires peuvent saisir directement le juge constitutionnel par une question de constitutionnalité, au moyen d'une ordonnance soigneusement motivée qui sera ensuite contrôlée par le juge constitutionnel lui-même²⁸.

Cette différence aura des répercussions inévitables qu'il s'agira d'identifier. Tout d'abord, d'éventuels effets sur la procédure d'accès au juge constitutionnel, accès qui pourrait s'avérer largement entravé, notamment, en ce qui nous intéresse ici, pour les personnes en situation de vulnérabilité qui sont, en principe, plus démunies face à la machine juridictionnelle. Ensuite, d'éventuels effets sur les juges eux-mêmes, en particulier sur l'interprétation de leur rôle et de leur importance dans le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité. Ajouté à l'impossibilité pour les juges de saisir d'office le Conseil constitutionnel, ce double filtre « à la française » peut également jouer sur la « culture constitutionnelle » et le « réflexe constitutionnel » que nos juges peuvent, ou auraient pu, acquérir – en particulier lorsqu'il s'agit de violations de droits et libertés – suite à la mise en place de la QPC. Enfin, contrairement aux systèmes espagnol et italien, dans lesquels les textes restent muets sur cette question, le système mis en place en France prévoit la possibilité pour le juge constitutionnel de différer dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette différence importante, relative aux suites des décisions des juges constitutionnels, n'est, bien évidemment, pas sans conséquences au moment de s'interroger sur l'efficacité d'un système de protection. Apparaîtra alors si, et dans quelles conditions, le Conseil constitutionnel français a utilisé cet instrument dans le contentieux QPC, sans que l'on néglige de rechercher dans quelle mesure les juges constitutionnels italien et espagnol ont néanmoins pu, dans leur pratique jurisprudentielle, moduler les effets de leurs décisions afin de garantir une protection plus efficace des droits des personnes en situation de vulnérabilité²⁹.

II. Le(s) choix méthodologique(s) : la démarche comparatiste, outil performant d'évaluation de la QPC

Pour constituer l'équipe scientifique du projet, nous avons fait appel à la fois à des enseignants-chercheurs français, spécialisés dans le contentieux constitutionnel français et étranger, mais aussi à des collègues italiens et espagnols, spécialisés, eux aussi, en droit et en contentieux

²⁷ Cette question a notamment été mise en exergue par Thierry DI MANNO, colloque final de restitution de notre recherche, Toulon, 8 novembre 2019.

²⁸ Sur cette spécificité française qu'est le double filtre dans une perspective de droit comparé voir L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 51-89.

²⁹ Sur cette question, dans une optique de droit comparé, voir O. LECUCQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 287-310.

constitutionnel, parmi lesquels certains travaillent également auprès des juges constitutionnels de leurs pays (Cour constitutionnelle italienne et Tribunal constitutionnel espagnol), ce qui, au-delà de la valeur ajoutée à notre recherche, a facilité l'accès aux sources et à la jurisprudence de ces juges et a conduit à mieux en saisir les méthodes de raisonnement.

En outre, deux chercheurs de l'équipe se sont attelés à mener une étude concrète de récolte de données auprès du Tribunal constitutionnel espagnol et de la Cour constitutionnelle italienne, selon une approche transversale, incluant, là aussi, les différentes « catégories » de personnes vulnérables. Cette recherche a notamment été menée en travaillant sur place, à Madrid, auprès du Tribunal constitutionnel espagnol, et à Rome, auprès de la Cour constitutionnelle italienne.

D'un point de vue méthodologique, la recherche comparative a été menée en deux temps et s'est déclinée concrètement en trois rencontres.

A. Une recherche réalisée en deux temps

Comme pour toute recherche de droit comparé, notre étude collective a été réalisée en deux temps, nécessairement articulés l'un après l'autre et méthodologiquement indispensables pour une telle démarche.

Dans un premier temps, il a été nécessaire de travailler en « droit étranger », c'est-à-dire de réaliser une recherche approfondie visant à connaître le système de protection et la jurisprudence de chaque pays étudié, dans le domaine envisagé. Ainsi, chaque chercheur a conduit, dans ce premier temps, une analyse de la jurisprudence rendue par le juge constitutionnel de son propre pays, et ce à propos d'une « catégorie » de personnes en situation de vulnérabilité prédéfinie (ainsi, tel chercheur a travaillé sur la jurisprudence du juge constitutionnel de son pays concernant les personnes malades, tel autre sur la jurisprudence concernant les enfants, etc.). L'attribution des divers champs d'étude a été concertée dès le début avec les différents participants au projet, en fonction des affinités scientifiques et des domaines de compétence de chacun.

Dans un second temps, et sur la base des données et connaissances récoltées, a été réalisée la comparaison proprement dite, par la confrontation de ces données et la mise en perspective qui en est ressortie quant à l'efficacité du système de protection QPC.

1. *Premier temps: études de droit étranger*

Durant la première phase de la recherche, une première analyse de la jurisprudence des cours constitutionnelles a été réalisée par chaque chercheur dans les trois systèmes étudiés: chaque chercheur a recensé de manière exhaustive l'ensemble des décisions rendues par le juge constitutionnel du pays examiné au regard de la « catégorie » de personnes vulnérables étudiée, en recensant en même temps les principales questions de fond soulevées ainsi que les réponses apportées.

Notre recherche se voulant d'actualité, nous avons pris le parti, quelque peu arbitraire mais nécessaire à la faisabilité et à la pertinence de l'analyse, de n'étudier, pour l'Italie et l'Espagne, que la jurisprudence produite à partir du 1^{er} janvier 2000.

Le choix de cette date a, ainsi, permis de réaliser une recherche prenant en compte des données assez récentes, tout en disposant d'un recul suffisant. De cette façon, nous avons, par ailleurs, mis en place un encadrement temporel de dix ans préalablement à l'institution en France du mécanisme de la QPC. Bien évidemment, cette analyse de la jurisprudence la plus récente n'a pas exclu des renvois à des solutions antérieures, lorsque ces renvois étaient pertinents pour la compréhension des décisions rendues dans les vingt dernières années, par exemple lorsqu'un changement de jurisprudence important se produit ou lorsqu'une décision marquante a été rendue dans le passé et demeure d'actualité. Cette remarque vaut naturellement aussi pour la jurisprudence française, l'analyse de la totalité des décisions QPC n'excluant pas celle, plus ponctuelle, des décisions rendues auparavant, dans le cadre du contrôle *a priori*.

Durant cette première phase, l'idée a donc été de travailler à partir de données « brutes », en recensant de manière systématique toutes les décisions rendues, catégorie par catégorie, afin d'établir des éléments statistiques, mais aussi et surtout de mettre en lumière les principales questions de fond posées au juge constitutionnel et les réponses apportées par lui.

Chaque membre du projet a ainsi adressé, au début du mois de novembre 2018, un document de travail d'étape, offrant une première présentation de la jurisprudence de chaque cour constitutionnelle concernant la catégorie de situation de vulnérabilité étudiée. Cela a permis d'organiser un premier séminaire de travail, à Toulon, le 22 novembre 2018, au cours duquel les données récoltées par chaque chercheur ont été confrontées entre elles.

2. *Second temps: la comparaison entre systèmes*

D'un point de vue méthodologique, après avoir réalisé l'étude de droit étranger dans chaque pays, la comparaison proprement dite a été réalisée : les résultats obtenus ont été confrontés les uns avec les autres, afin de mettre en lumière les convergences et les divergences entre les trois systèmes étudiés. Cela s'est fait, en particulier, lors de trois rencontres.

B. Une recherche déclinée en trois rencontres

Dans le cadre du présent projet, trois rencontres ont eu lieu entre les membres du groupe de recherche.

La première a pris la forme d'un séminaire qui s'est déroulé à Toulon, deux mois après le début du projet. La deuxième a également pris la forme d'un séminaire de travail, tenu à Rome en mai 2019. La troisième et dernière rencontre a pris la forme d'un colloque de restitution fermé, à Toulon au mois de novembre 2019, auquel ont été conviés tous les membres du groupe de recherche.

1. *La première rencontre, Toulon 22 novembre 2018*

Ce séminaire avait pour but d'initier le travail d'analyse par une mise au point des lignes directrices de la recherche et par une réflexion autour de la définition de l'objet d'étude.

À cette occasion, tous les membres de l'équipe de recherche n'étaient pas présents, mais des chercheurs français et italien ont tout de même pu être réunis.

Lors de cette rencontre, en partie ouverte à un public de doctorants, les données récoltées par chaque chercheur ont été confrontées entre elles et une première synthèse comparée a été réalisée. Ainsi, nous avons pu réaliser un premier bilan d'étape, comparatif, dans lequel ont été rapprochées les questions et réponses apportées par les juges constitutionnels des trois pays selon la catégorie de personnes vulnérables. Nous avons, notamment, commencé à dégager des points de contact entre les jurisprudences, des questions/problématiques communes, en même temps que des divergences, des problèmes spécifiques ou des singularités.

Par ailleurs, lors de ce premier séminaire, un certain nombre de difficultés sont apparues. Certaines d'entre elles concernaient la délimitation de la recherche par les membres des trois équipes, d'autres avaient trait aux possibilités d'accès à des données relatives à la QPC permettant d'analyser le filtrage opéré par les juges du fond à l'occasion des QPC formées par des personnes en situation de vulnérabilité.

Quant aux difficultés résultant d'une première analyse de la jurisprudence dans les trois pays étudiés, les trois équipes ont soulevé des questionnements à propos de la délimitation du champ de leur recherche, les questions posées différant d'un pays à l'autre.

Ainsi, les chercheurs italiens se sont trouvés face à une masse considérable de décisions adoptées par voie incidente par la Cour constitutionnelle (exactement 4723 entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2018). Parmi ces décisions, l'attention s'est focalisée, bien évidemment, sur celles qui concernaient la catégorie de personnes en situation de vulnérabilité étudiée et nous avons décidé, d'un commun accord, de permettre à ces chercheurs d'analyser, parmi ces décisions (qui restent tout de même très nombreuses) celles qui paraissent les plus intéressantes ou qui soulèvent des points forts au sein des orientations de la Cour constitutionnelle italienne. Une sélection a été donc réalisée.

Les chercheurs espagnols, en revanche, et, en partie, les chercheurs français, ont rencontré des difficultés en quelque sorte opposées à celle que nous venons d'évoquer. En effet, en Espagne, le recours par la voie incidente est utilisé de manière résiduelle par rapport au recours d'*amparo* constitutionnel, qui reste la voie maîtresse pour la protection des droits fondamentaux. Les chiffres sont particulièrement éloquentes : dans le cadre du contrôle incident, sur la période étudiée, le Tribunal constitutionnel espagnol a été saisi annuellement, au minimum de 33 questions d'inconstitutionnalité (en 2017) et, au maximum, de 237 questions (en 2006) ; dans le même temps, les recours d'*amparo*, s'ils ont vu leur chiffre décroître, sont allés jusqu'à représenter 11 471 saisines en 2006, niveau

record, et s'établissent désormais en moyenne autour de 6 000 à 7 000 saisines annuelles. Comme nous le disions, le recours d'*amparo*, recours constitutionnel direct en défense des droits et libertés de valeur constitutionnelle, connaît un succès écrasant auprès des plaideurs face à la question d'inconstitutionnalité, dans le cadre de laquelle peuvent, au demeurant, être soulevés tous les griefs d'inconstitutionnalité. Et si le Tribunal a rendu chaque année, en moyenne, 8 129 décisions portant sur des recours d'*amparo*, il n'a tranché, en moyenne, annuellement que 83 questions d'inconstitutionnalité. En France, le nombre total de décisions QPC rendues en novembre 2018 (750 environ), au sein desquelles il fallait sélectionner celles pertinentes pour la recherche, produisait un champ d'analyse qui, là aussi, était bien moins vaste qu'en Italie. Ainsi, pour les uns et pour les autres, nous avons décidé d'élargir au maximum la recherche, en envisageant le plus de situations possibles de vulnérabilité pouvant rentrer dans la catégorie étudiée, afin de disposer d'une matière à analyser assez substantielle.

En outre, après discussion, une précision importante a été apportée aux trois équipes dans le but d'assurer à la recherche la plus grande exhaustivité : en cas de chevauchement de catégories, il est demandé à chaque membre de l'équipe en charge d'une catégorie spécifique de ne pas exclure la question de son analyse, afin d'éviter des « vides » ou des « oublis », même si cela pouvait entraîner la présence de « doublons » (par exemple, le cas du mineur, détenu, toxicomane, a été traité à la fois par le responsable de la catégorie mineurs, par le responsable de la catégorie détenus et par le responsable de la catégorie personnes malades).

2. *La deuxième rencontre, Rome 31 mai 2019*

La deuxième phase du projet s'est concrétisée par l'envoi aux directeurs de la recherche, au début du mois de janvier 2019, de fiches synthétiques réalisées par chaque chercheur sur la catégorie étudiée, ce qui a permis la rédaction du rapport d'étape adressé au Conseil constitutionnel à la fin du mois de janvier 2019.

Par ailleurs, cette deuxième phase s'est achevée par l'organisation d'un second séminaire d'étape, qui s'est tenu à Rome (Université « Roma Tre »), six mois après le début de la recherche, soit le 31 mai 2019³⁰.

Ce séminaire, destiné à l'établissement d'un deuxième bilan d'étape comparatif, nous a permis de réaliser un échange entre les porteurs du projet et les collègues italiens et français participant à la recherche, afin de poursuivre la réflexion entamée et de donner quelques précisions méthodologiques supplémentaires, notamment à la suite de la rencontre, au mois de mars 2019, des porteurs du projet avec le comité scientifique « QPC 2020 ».

30 Le programme de cette rencontre figure dans l'annexe n° 1.

En vue de ce second séminaire, chaque chercheur a complété le recensement des décisions et l'analyse des questions/réponses apportées par la jurisprudence étudiée. Par ailleurs, lors de cette deuxième phase de la recherche, il a également été demandé aux chercheurs d'axer, dans la mesure du possible, leur analyse sur l'articulation de la question préjudicielle avec les autres voies d'accès au juge constitutionnel, afin de pouvoir évaluer l'impact des autres contentieux sur le contentieux par la voie incidente, c'est-à-dire la concurrence contentieuse en matière de protection des personnes vulnérables. Il a aussi été demandé de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, si cela s'avérerait pertinent pour la recherche, et, surtout, de fournir une appréciation critique de la jurisprudence étudiée.

À cette occasion encore, les porteurs du projet et les chercheurs présents ont confronté les résultats obtenus en mettant en relief divergences et convergences. Des pistes de réflexion supplémentaires ont été posées pour la suite de l'analyse.

3. La troisième rencontre, Toulon 8 novembre 2019

Enfin, la troisième étape de la recherche s'est clôturée par l'organisation d'un colloque de restitution final, fermé, qui s'est tenu à Toulon le 8 novembre 2019³¹.

En vue de cette rencontre, chaque chercheur a préparé une contribution finale, adressée aux porteurs du projet à la fin du mois d'octobre. Ces derniers ont ensuite adressé à chaque chercheur ces contributions, par catégorie, afin de permettre à tous les participants au colloque de prendre connaissance par avance des conclusions relatives à leur catégorie et de pouvoir procéder à des comparaisons efficaces et pertinentes.

Ainsi, lors du colloque du 8 novembre, les principaux éléments jurisprudentiels des trois systèmes, les points critiques, les singularités procédurales, les convergences et les divergences de fond entre systèmes ont été présentés et confrontés de manière dynamique lors de huit tables rondes successives : d'abord une table ronde initiale, portant sur la notion de vulnérabilité et sur son utilisation devant et par les juges ; ensuite, six tables rondes, chacune portant sur une « catégorie » de personnes en situation de vulnérabilité ; enfin, une table ronde transversale portant sur la procédure de filtrage de la QPC. À cette occasion, grâce aux riches débats entre les 21 participants, tout au long de la journée, autour d'une table unique, les différentes solutions jurisprudentielles ont été rapprochées et évaluées, à travers le prisme des droits et des libertés, mais aussi des spécificités procédurales, afin d'en tirer des enseignements qui ont fait l'objet, par la suite, du présent rapport.

³¹ Le programme de ce colloque final de restitution figure dans l'annexe n° 2.

III. La Question prioritaire de constitutionnalité protège-t-elle réellement les personnes en situation de vulnérabilité ? Perspective comparative

A. Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens

Le développement de « nouvelles formes de subjectivité », promouvant des analyses qui mettent « l'accent sur la dépendance relationnelle »³², marque le temps – le triomphe ? – de la vulnérabilité. Avec la faiblesse, la précarité ou encore la fragilité, elle scande désormais de plus en plus régulièrement les dispositifs institutionnels imaginés par un État qui peine à assumer sa dimension sociale, sans renier pour autant son ambition et son éthique du *care and welfare*. Elle apparaît également, et presque au moins mécaniquement, de plus en plus régulièrement dans les décisions juridictionnelles. Faut-il s'en réjouir ? Faut-il s'en attrister ? Sans doute la mesure est-elle entre ces deux postures et la recherche ne prétend pas ici trancher, pas davantage que faire taire, une discussion qui se développerait autour de la détermination d'un concept, en toute hypothèse, aujourd'hui utilisé tant par la doctrine que par le juge, et de manière croissante. Pour tout dire, la vulnérabilité est un thème dont les juristes ne se sont saisis que relativement récemment, considérant que le domaine ne relevait pas directement du champ du droit³³. Mais, l'essor des théories relatives aux droits et aux libertés fondamentales a permis un développement de sa prise en compte, aboutissant à des travaux fournis et à des débats intenses et prolifiques qui dépassent, par ailleurs, le seul domaine du droit.

1. Une notion mouvante

À l'origine, la vulnérabilité est avant tout un concept mobilisé par le droit privé, en particulier par le droit de la consommation et par le droit pénal. Mais, les juridictions, en particulier judiciaires, ont alors privilégié une réflexion en termes de catégories de personnes (femmes enceintes, personnes âgées, enfants, personnes malades et personnes en situation de handicap). Dans toutes ces hypothèses, une grande sensibilité, qui lui est spécifique, prive la personne de la capacité d'exercer pleinement les droits dont elle est titulaire. Autrement dit, son intégrité, physique mais aussi morale, peut être altérée, c'est-à-dire aussi, *in fine*, son autonomie. La vulnérabilité se présente alors comme un paramètre actif de mesure de la protection particulière dont doivent faire l'objet certaines personnes et, subséquemment, de mesure de l'efficacité des mécanismes précisément conçus pour les protéger. D'autant plus que, bien que le droit français soit relativement obscur en matière de vulnérabilité, la confondant parfois avec la faiblesse, la réflexion, au-delà des seules catégories, a poursuivi son développement jusqu'à distinguer, schématiquement, deux types d'analyse de la vulnérabilité : d'une part, une analyse qui peut être dite « catégorielle » et, d'autre part, une analyse dite « situationnelle », avec de nombreux aménagements possibles entre ces deux pôles conceptuels (analyses

32 L. BURGORGUE LARSEN, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 237.

33 Voir, par ex., F. COHET-CORDEY, *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, op. cit., p. 9.

plutôt catégorielles avec acceptation de situations, analyses plutôt situationnelles avec inclusion de catégories, analyses exclusivement catégorielles, etc.).

Ainsi, la vulnérabilité peut être, en premier lieu, catégorielle, c'est-à-dire conçue à travers des catégories : seraient vulnérables les enfants, les femmes enceintes, les personnes handicapées ou encore les personnes âgées³⁴. C'est, d'ailleurs, historiquement la manière dont la vulnérabilité, on l'a dit, a d'abord été explicitement prise en compte³⁵. Se fait jour, ici, une forme de perception morale de la vulnérabilité : les catégories visées sont socialement perçues comme devant être protégées en raison de leur(s) faiblesse(s)³⁶. L'appartenance à une catégorie comme déterminant le statut de « personne vulnérable » est, cependant, extrêmement restrictive et rigide ; de ce point de vue, une perception catégorielle de la vulnérabilité limite nécessairement le champ de cette dernière. Cependant, en second lieu, la vulnérabilité peut être, également, situationnelle : à ce titre, elle ne serait pas le caractère d'une personne en raison de son appartenance à une catégorie, mais naîtrait d'une situation spécifique, d'un état factuel. Le critère de détermination de ce qui relève de la vulnérabilité et ce qui n'en relève pas ne serait plus, alors, la conséquence de la simple appartenance à une catégorie prédéterminée, souvent en raison de caractères endogènes identifiés comme « vulnérables », mais le résultat d'une analyse de la situation dans laquelle l'individu est placé. Le critère de détermination serait alors le déséquilibre de rapports qui pourrait exister entre un individu X et son entourage (au sens large du terme), déséquilibre qui comporte mécaniquement la potentialité d'un abus³⁷. Car l'un des paradoxes de la vulnérabilité consiste en ce que, si elle est bien propre à l'humain, elle ne s'exprime en réalité qu'à l'occasion de ses rapports avec l'extérieur³⁸. D'ailleurs, si de plus en plus de lois prennent en compte expressément la vulnérabilité de groupes ou de catégories de personnes, cela ne concrétise pas seulement une évolution quantitative ; l'évolution est aussi qualitative puisque la vulnérabilité n'y est plus, désormais, exclusivement liée à l'appartenance à une catégorie mais est, de plus en plus, rattachée à un contexte. Cependant, une telle analyse suppose d'étudier chaque individu en fonction de sa situation spécifique, ce qui rend la tâche plus complexe.

Un certain nombre d'arguments peuvent être mobilisés en faveur de la catégorisation (davantage de lisibilité, commodité *a priori* pour cibler la vulnérabilité, commodité d'utilisation de la notion) mais aussi en défaveur de celle-ci : la catégorisation exclut nécessairement puisqu'elle clive entre ce qui est vulnérable et ce qui ne l'est pas. De la même façon, des arguments en faveur d'une analyse situationnelle de la vulnérabilité peuvent être identifiés (flexibilité et adaptation de la notion et donc

34 Ce sont ici les catégories de personnes visées directement par le Code pénal. D'autres catégories peuvent être incluses, comme les personnes illettrées en droit de la consommation, par exemple.

35 V., par exemple, la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes et la loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens.

36 L. AZOULAI parle d'« axiologisation des évaluations juridiques » : L. AZOULAI, « Sensible droit », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 230.

37 Cela a une conséquence tout à fait particulière : la situation de vulnérabilité, si elle provient d'un déséquilibre et d'un abus, induit une relation mais ne relève pas nécessairement d'une relation interpersonnelle. En effet, la situation de vulnérabilité peut tout autant relever d'une relation entre deux individus que d'une relation entre deux personnes, physiques ou morales : rapport à l'État, rapport à une personne morale de droit public, de droit privé ou international, etc.

38 G. LICHARDOS, *La vulnérabilité en droit public*, Thèse soutenue à l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015.

de son utilisation, prise en compte effective de la vulnérabilité), mais aussi en sa défaveur (difficulté pratique de prise en compte de chaque individu).

Si le choix méthodologique opéré dans le projet de recherche est celui, non seulement, de la poursuite, tant que faire se peut, d'une analyse ayant un champ d'étude assez significatif pour rendre compte au mieux de la protection (ou pas) de situations de vulnérabilité, mais aussi du maintien d'un cadre clair et lisible afin d'éviter un éparpillement improductif des chercheurs, nous avons décidé, pour notre champ d'étude, de réaliser une conciliation entre les deux approches. Ainsi, à côté de certaines catégories traditionnelles de vulnérabilité (par exemple les mineurs), des situations de vulnérabilité ont été retenues (par exemple, les détenus, ou les travailleurs en situation de précarité). De cette façon, le champ d'analyse demeure assez large. Ajoutons que cette conciliation s'inscrit, par ailleurs, dans les analyses prétoriennes actuelles de la vulnérabilité.

2. *Une notion opératoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

À cet égard, observons, en particulier, que la Cour européenne des droits de l'homme a fait évoluer sa jurisprudence en la matière en cherchant à l'affiner, sans doute, pour tenir compte de ce type de réflexions; elle utilise désormais la perception catégorielle, mais aussi la perception situationnelle. Autrement dit, le juge européen ne se range pas à une conception unique et univoque mais, au contraire, à une conception qui fait une place à ces deux approches. Autrement dit, elle met en œuvre tous les instruments à sa disposition afin de réaliser un contrôle proprement concret et produisant les résultats les plus effectifs pour le justiciable. Car en matière de situations de vulnérabilité, le lien s'établit directement avec la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret. Et cela pose, donc, la question de savoir ce que le juge et l'ordre juridique entendent protéger: des catégories figées³⁹ ou des situations davantage ouvertes aux évolutions? La différence, de ce point de vue, est particulièrement nette entre ce qui est fait en droit national et ce qui est fait en droit international, même si des évolutions sont sans doute à l'œuvre dans la jurisprudence interne.

Certes, si on choisit d'identifier les cas d'abus d'un déséquilibre ponctuel de rapports entre deux acteurs pour y voir une situation de vulnérabilité – autrement dit, si on écarte le recours aux catégories – pour ne s'en tenir qu'aux situations, un pouvoir d'appréciation considérable est alors confié au juge. Mais, il est également vrai qu'une personne peut connaître une situation de vulnérabilité passagère et que l'appartenance à une catégorie représente un critère trop figé, trop rigide, insusceptible de s'adapter à l'éventuelle évolution de la situation de la personne, ce que permet précisément une perspective situationnelle, offrant au juge la possibilité d'évaluer et d'apprécier la situation. Sans doute la recherche devait-elle, dès lors, – comme elle l'a fait – croiser, c'est-à-dire utiliser en même temps des présomptions de vulnérabilité (posées par les catégories auxquelles le

39 L. AZOULAI, citant M.-H. SOULET, évoque « un danger de "inhérence" »: L. AZOULAI, « Sensible droit », *op. cit.*, p. 232.

droit a communément recours) et la prise en compte des situations effectives, c'est-à-dire ponctuelles, autrement dit la « dimension dynamique »⁴⁰ de la vulnérabilité.

3. *Une notion rare dans la jurisprudence constitutionnelle française et espagnole*

Pourtant, la vérité oblige à reconnaître que les textes constitutionnels, tant italien, qu'espagnol ou français⁴¹, ne comportent pas de référence expresse à la vulnérabilité ou même à des groupes ou des personnes qu'ils diraient vulnérables. Certes, les Constitutions en cause visent toutes, dans certaines de leurs dispositions, des collectifs ou des critères discriminatoires dont elles excluent la prise en compte dans la construction des dispositifs normatifs. Mais, elles n'en font pas des éléments d'identification de catégories, de groupes ou de situations vulnérables. Au demeurant, les jurisprudences constitutionnelles, sans totalement ignorer ces concepts, n'en font qu'un usage toujours mesuré et plus ou moins fréquent.

De ce point de vue, la France est sans doute l'État qui se distingue le plus nettement, parmi les trois étudiés. En effet, comme le met en évidence, dans le cadre de notre recherche, Gaëlle Lichardos, c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui y fait le plus rarement référence et, paradoxalement moins encore dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi que dans celui du contrôle *a priori*⁴². Au surplus, comme chez ses voisins, c'est souvent par le biais de la reprise des termes employés par la loi, objet du contrôle, que la mention de la vulnérabilité intervient. Quelle qu'en soit l'explication, le constat aiguise encore un peu plus l'intérêt de la recherche. D'autant plus que si le Tribunal constitutionnel et la Cour constitutionnelle italienne ont explicitement, et plus régulièrement, recours à cette notion, ils ne le font pas, pour autant, avec une grande fréquence. En toute hypothèse, ces références ne peuvent que nourrir la curiosité quant à leur éventuelle influence sur leur jurisprudence.

D'après l'analyse réalisée par Marco Berardi, devant le Tribunal constitutionnel espagnol, entre 2000 et aujourd'hui, 90 décisions⁴³ mentionnent la « vulnérabilité spéciale » de certaines personnes ou de certains groupes. Mais cette expression ne voit jamais son contenu ou son sens détaillé par le juge constitutionnel espagnol. Et encore s'agit-il, à l'image de ce qui se produit en France, de références « provoquées » par les qualifications posées par la loi examinée.

40 *Ibid.*, p. 233.

41 Les études sont, d'ailleurs, rares sur les liens entre le droit constitutionnel et la notion de vulnérabilité : C. DENIZEAU, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle de la France et du Royaume-Uni », in L. BURGORGUE LARSEN (dir), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 124.

42 5 décisions DC mentionnent explicitement le terme « vulnérabilité » : décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*; décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*; décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*; décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*; décision n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, *Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen*. Et 3 décisions QPC visent, quant à elles, *expressis verbis*, la vulnérabilité : décision n° 2014-411 QPC du 9 septembre 2014, *Commune de Tarascon*; décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres*, et décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, *M. Lamin J.*

43 51 arrêts et 39 ordonnances. Les ordonnances ne doivent pas être négligées afin de quantifier la masse d'affaires soumises à l'examen du Tribunal constitutionnel et d'évaluer l'impact du filtrage que celui-ci effectue à travers des décisions de non-admission.

4. Une notion promue dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne

Au contraire, la jurisprudence constitutionnelle italienne se distingue, quant à elle, par des références qui, si elles restent rares, n'en produisent pas moins des développements explicites consacrés à la notion et à son sens. La recherche, réalisée par Giuliano Serges (tant pour le procès incident que pour celui par voie principale), combinant les expressions « *persone in situazione di vulnerabilità* » (« personnes en situation de vulnérabilité ») et « *persone vulnerabili* » (« personnes vulnérables »), fait ressortir 4 décisions, le terme « vulnérabilité » n'apparaissant que depuis 2017. Plus fréquente, en revanche, est l'utilisation de l'expression « *soggetti deboli* » (« personnes faibles »)⁴⁴, qui apparaît dans 27 décisions. Notons, d'ores et déjà, que sur cette trentaine de décisions, seules 5 ont été adoptées dans le cadre d'un recours par voie principale, la majorité relevant donc de la question incidente de constitutionnalité, objet de notre analyse.

Parmi les 4 premières décisions ici évoquées, trois méritent l'attention. Tout d'abord, l'arrêt n° 141 de 2019, dans lequel la Cour rattache, en se référant aux prostituées en tant que personnes vulnérables, l'exigence de protection des droits fondamentaux à la dignité humaine : la vulnérabilité est donc ici mise en relation, d'un côté, avec la prostitution et, de l'autre, avec la dignité humaine, de sorte qu'au-delà de l'objet de notre analyse, se fait jour la question d'une éventuelle objectivisation, par la vulnérabilité de la notion de dignité humaine, d'un maniement toujours délicat en droit⁴⁵. Ensuite, la célèbre ordonnance n° 207/2018⁴⁶ et le célèbre arrêt qui a suivi n° 242/2019⁴⁷, mieux connues sous les noms d'« *ordinanza Cappato* » et « *sentenza Cappato* », mentionnent ces expressions à propos des personnes malades souhaitant recourir au suicide assisté. Comme le met bien en exergue Giuliano Serges, ces deux décisions importantes – sur lesquelles nous reviendrons à propos des personnes malades – sont particulièrement intéressantes pour au moins deux raisons. En premier lieu, parce qu'elles fournissent une illustration plutôt claire de la raison pour laquelle la Cour considère ces personnes malades comme des personnes vulnérables : non seulement parce qu'elles souffrent d'une maladie, mais aussi parce qu'elles peuvent servir de cible à des personnes souhaitant profiter de leur condition. En second lieu, parce qu'avec l'ordonnance *Cappato* de 2018, la Cour a « forcé », de manière inédite, les règles du procès par la voie incidente, en intimant au législateur italien de légiférer sur la question délicate de l'aide au suicide⁴⁸. Ceci pourrait constituer,

44 Cette expression étant pratiquement synonyme, en italien, de celle de personnes vulnérables.

45 Giuliano SERGES, qui évoque à ce propos la célèbre affaire du lancer du nain.

46 Sur cette ordonnance importante de la Cour constitutionnelle, inédite, très médiatisée et très commentée, voir notamment A.-M. LECIS COCCO ORTU, « *Questa legge s'ha da fare* » : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions*, n° , 2019, p. 51-56 ; Giuliano SERGES, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 (« *Ordinanza Cappato* ») : une nouvelle typologie de décision ou un « *non liquet* » avec date d'expiration ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019/4, n° 120, p. 67-89 ; C. SEVERINO, « La Cour constitutionnelle dépénalise partiellement l'aide au suicide, se substitue au législateur et le met (à nouveau) en garde : l'affaire Cappato, sequenza inedita et sentenza storica », *AIJC*, Vol. XXXV, 2020, p. 924-927.

47 Sur l'arrêt n° 242 de 2019 voir notamment A.-M. LECIS COCCO ORTU, « L'équilibrisme de la Cour constitutionnelle italienne en matière d'euthanasie et d'assistance au suicide : entre activisme et respect du rôle du législateur », *La revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualité Droits-Libertés, 15 janvier 2020. Rappelons ici que dans le cadre du procès incident de constitutionnalité, les ordonnances (*ordinanze*) sont des décisions de procédure par lesquelles la Cour ne juge pas le fond de l'affaire, tandis que les arrêts (*sentenze*) sont des décisions au fond.

48 Il faut savoir qu'au bout d'un an, à l'automne 2019, le législateur italien n'avait toujours pas légiféré sur la question, ce qui a ainsi conduit la Cour constitutionnelle à adopter l'arrêt n° 242/2019. Sur cette affaire retentissante, voir nos développements ci-après (C) à propos de la protection des personnes malades.

selon Giuliano Serges, l'indice d'une différence d'attitude de la Cour constitutionnelle à l'égard des formalités de procédure dès lors que sont en cause les droits des personnes en situation de vulnérabilité.

Parmi les 27 décisions, dans lesquelles figure l'expression « *soggetti deboli* », il faut mentionner avant tout l'arrêt n° 422/1999, dans lequel la Cour l'utilise, pour la première fois, volontairement en se référant à des catégories de personnes bien déterminées (à savoir des personnes condamnées à la détention, pouvant bénéficier de la détention domiciliaire⁴⁹), pour indiquer que ces personnes (détenues) n'étaient pas vulnérables en tant que telles, mais en tant que personnes nécessitant « une assistance humanitaire et sociale »⁵⁰.

Par la suite, d'autres arrêts ont rattaché la notion de vulnérabilité tantôt à la protection de la santé lors de situations particulières⁵¹, tantôt au devoir d'assistance des enfants de la part de leurs parents⁵², tantôt à la protection des consommateurs dans le cadre des rapports contractuels⁵³, tantôt, plus récemment, à la protection des « personnes vulnérables dans le marché du travail »⁵⁴. À cet égard, l'arrêt n° 467 de 2002 mérite également d'être signalé dans la mesure où la Cour y affirme, pour la première fois, d'une façon nette, l'existence d'une « exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité » (« *esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli* »). Elle le fait, en particulier, en référence à l'accès au droit à l'éducation des mineurs handicapés, en affirmant que l'exigence de protéger les droits de ces derniers en tant que « *soggetti deboli* » « a trouvé une traduction également dans la jurisprudence de cette Cour »⁵⁵. Cette exigence constitutionnelle de protection des personnes vulnérables sera rappelée dans des décisions, plus récentes⁵⁶, ce qui fait naître une question : l'attitude inédite et remarquable du juge constitutionnel italien dans l'ordonnance *Cappato* est-elle la traduction de l'exigence constitutionnelle de protection des personnes vulnérables, qui après avoir été affirmée serait désormais mise en œuvre ?⁵⁷.

En toute hypothèse, pour en revenir à la notion de vulnérabilité, dans la quasi-totalité des décisions, la Cour constitutionnelle italienne semble utiliser une conception situationnelle de la vulnérabilité, en même temps que la distinction entre notion catégorielle et notion situationnelle ne semble pas opérer devant ce juge. La Cour constitutionnelle paraît davantage considérer que l'appartenance à une catégorie découle nécessairement d'une situation transitoire et extérieure à l'individu (par ex., pour le mineur, le fait d'avoir moins de 18 ans). Dans ce sens, la vulnérabilité « catégorielle »

49 Il s'agit, en particulier, de la femme enceinte ou qui allaite son enfant ou mère d'un enfant en bas âge ; de la personne grièvement malade ; des personnes âgées de plus de 60 ans, invalides ; des jeunes de moins de 21 ans ayant des exigences particulières liées à la santé, aux études, au travail ou à la famille.

50 Voir aussi, dans le même sens, Cour constitutionnelle, arrêt n° 350/2003.

51 Cour constitutionnelle, arrêt n° 423/2000. Dans cet arrêt, la Cour qualifie de *soggetti deboliceux* qui ont été atteints, d'une façon irréversible et permanente, par une hépatite post-transfusionnelle due à des vaccinations obligatoires. Ils sont, en effet, d'après la Cour constitutionnelle, des personnes vulnérables qui se trouvent dans « une très grave situation de difficulté et qui, par conséquent, méritent une protection » (« *soggetti deboli, posti in condizioni di gravissima difficoltà e quindi meritevoli di protezione* »).

52 Cour constitutionnelle, arrêt n° 236/2002.

53 Cour constitutionnelle, arrêt n° 469/2002.

54 Cour constitutionnelle, arrêt n° 114/2015.

55 Cour constitutionnelle, arrêt n° 467/2002.

56 Voir notamment, Cour constitutionnelle, arrêts n° 233/2005 et n° 203/2013.

57 Giuliano SERGES.

n'est qu'une forme objective de vulnérabilité situationnelle. De l'autre côté, à chaque fois qu'une personne se trouve dans une situation de vulnérabilité, elle devient immédiatement, même si d'une façon transitoire, susceptible d'être située dans une catégorie (par exemple, pour ceux qui tombent malades : ils rentrent dans la catégorie de malades). Dans ce sens, la vulnérabilité « situationnelle » n'est qu'une forme subjective de vulnérabilité catégorielle⁵⁸. Ces observations ne font conforter notre choix méthodologique qui croise, tout à la fois, des catégories et des situations de vulnérabilité, afin de s'assurer la plus grande exhaustivité.

Pour finir, comme le rappelle Giuliano Serges, les expressions « *soggetti deboli* », « *persone vulnerabili* » et « *persone in situazione di vulnerabilità* » n'ont jamais été utilisées par la Cour constitutionnelle avant 1992⁵⁹, ce qui constitue probablement, selon lui, le signe de l'importance croissante du principe d'égalité réelle, reconnu par l'alinéa 2 de l'article 3 de la Constitution italienne⁶⁰. Ce principe, longtemps négligé, est désormais devenu l'« axe » central de la jurisprudence constitutionnelle. La montée en puissance de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour n'en serait ainsi qu'une manifestation, peut-être la plus importante.

5. *Des interrogations opportunes*

En toute hypothèse, ces références jurisprudentielles à la notion de vulnérabilité, quelles que soient leur régularité et leur intensité, posent la question de la nature ou de la substance du contrôle mis en œuvre par le juge. À cet égard, si la notion prospère – pensons à la jurisprudence de Strasbourg ou à celle de la Cour constitutionnelle italienne –, faut-il y voir un lien de causalité avec le contrôle concret et le déploiement d'une appréciation contentieuse qui fait une plus grande place aux faits ? Se poserait alors la question de l'adaptation ou de l'adaptabilité de la QPC à ce type d'appréciations. La QPC, telle qu'elle a été conçue et mise en œuvre par le Conseil constitutionnel, permet-elle de protéger des situations et non pas seulement des catégories ? Pour le dire autrement, sans ignorer ni négliger les présomptions de vulnérabilité résultant de l'existence, aux yeux de l'ordre juridique, de catégories de personnes vulnérables, convient-il d'y adjoindre tous les éléments de fait utiles pour offrir une certaine souplesse et établir, de cette façon, une plus-value ? Les interrogations sont nombreuses et, sans les régler toutes, les vertus de la mise à distance, qu'offre le recours au droit comparé, entendent, au moins, les éclairer.

B. La protection des mineurs

Ainsi que l'écrit Méлина Douchy-Oudot, « La protection par l'État des plus pauvres, en réalité des plus démunis, est l'expression de sa maturité ». À cet égard, quel que soit l'ordre juridique en cause – espagnol, italien ou français – un même constat s'impose : celui du souci des pouvoirs publics de

58 Giuliano SERGES.

59 En effet, la première décision dans laquelle apparaît l'expression « *soggetti deboli* » est l'ordonnance n° 410 de 1992.

60 L'article 3, alinéa 2 de la Constitution italienne dispose : « Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. ».

protéger l'enfance, à travers la catégorie juridique du mineur, dont les systèmes constitutionnels n'ont pas manqué de se saisir. Pour une raison d'âge, la personne se trouve alors placée dans une situation de risque qui peut l'empêcher, pour reprendre les propos d'Itziar Gómez Fernández, « d'accéder aux conditions optimales de bien-être ou de pleine jouissance des droits dont elle est titulaire ». Afin d'éclairer la qualité de la protection dont bénéficient les mineurs, quelques précisions d'ordre méthodologiques et statistiques sont nécessaires (1), avant d'envisager le régime de protection constitutionnelle des mineurs, tel qu'issu du contrôle incident de constitutionnalité des lois dans les trois États envisagés, qui se déploie à travers la protection de la personne du mineur (2), l'encadrement des distinctions entre filiations (3), mais aussi à travers les cas particuliers des mineurs étrangers (4) et de la défense pénale des mineurs (5).

1. *Précisions méthodologiques et statistiques*

Sur le plan quantitatif, commençons par une première observation qui, si elle concerne au premier chef l'Espagne, n'est guère surprenante et éclaire la place faite aux mineurs dans le système procédural – observation qui, au surplus, peut sans doute être étendue à la France et à l'Italie : en Espagne, depuis l'année 2000, aucune question d'inconstitutionnalité n'a été renvoyée à la demande d'un mineur, agissant de manière autonome sans intervention de son représentant légal, pas davantage que le Tribunal constitutionnel n'a eu à connaître d'un conflit d'intérêts qui aurait justifié la désignation d'un représentant judiciaire du mineur au cours de l'audience *a quo* ou au cours de l'audience devant le Tribunal constitutionnel lui-même. L'absence de capacité procédurale pleine et entière des mineurs, en tant qu'élément directement lié à leur statut juridique, médiatise nécessairement leur accès aux juridictions, quelles qu'elles soient. De manière générale, la Constitution espagnole ne comporte pas de limitation spécifique à l'égard des mineurs conçus comme les titulaires de droits et libertés. Au contraire, le Tribunal constitutionnel a reconnu explicitement que les mineurs sont les titulaires pleins et entiers de leurs droits fondamentaux, ce qui signifie que l'exercice de ces droits et la faculté d'en disposer ne disparaissent pas du simple fait de la soumission des mineurs à l'autorité parentale⁶¹.

Compte tenu de ces précisions, sur la période envisagée, ce sont 54 décisions, parmi lesquelles 46 arrêts et 8 ordonnances de non-admission pour caractère notoirement infondé, qui ont été rendues par le Tribunal constitutionnel espagnol. La plus grande partie ce sont des jugements de non-admission (44 % des affaires, soit 24 arrêts), ou des jugements de rejet au fond (40 %, c'est-à-dire 22 arrêts). Seuls 16 % des doutes de constitutionnalité ont été confirmés. Et pour les mineurs, ce sont, d'abord, les juges administratifs (pour 35 % des affaires), puis les juges pénaux (25 %), les juges civils (21 %) et, enfin, les juges pour enfants (13 %), qui sont les plus importants pourvoyeurs de questions d'inconstitutionnalité. Au-delà de ces premiers éléments chiffrés, notons, toutefois, que plusieurs de ces décisions ne portent pas directement sur les droits des mineurs, car les requêtes sont le plus souvent formées par des personnes majeures dont les intérêts contentieux coïncident, ponctuellement, avec

⁶¹ Cette jurisprudence, d'abord établie à l'occasion d'un recours d'*amparo* (arrêt n° 141/2000) a été confirmée dans le cadre d'une question de constitutionnalité: arrêt n° 99/2019.

ceux du mineur. Au point que les affaires dans lesquelles l'objet principal du doute de constitutionnalité est relatif à la pleine jouissance des droits des mineurs impliqués dans la procédure *a quo* sont rares. Dans la majorité des cas, les mineurs sont des sujets passifs sur lesquels s'exercent les droits des parents ; ce n'est alors que par ricochet que le mineur bénéficie de la jurisprudence en cause. Au point que l'on peut classer les décisions en deux groupes selon que l'axe central de la décision du Tribunal constitutionnel est formé des droits des mineurs ou, plus indirectement, des droits des tiers, lesquels se projettent sur le statut juridique du mineur. Ainsi, un premier groupe de décisions, 12 pour être précis (soit 22 % des affaires analysées), arrêts et ordonnances, fait référence aux droits des mineurs de manière spécifique. Mais seuls 3,7 % des décisions y sont relatifs de manière claire et spéciale, tandis que 14,8 % portent spécifiquement sur le statut des mineurs délinquants.

En Italie, au cours des vingt dernières années, un grand nombre de décisions a été rendu venant dessiner, là aussi, un véritable statut des mineurs, dont certains éléments sont particulièrement significatifs. En tout, ce sont 77 décisions qui ont été recensées sur la période retenue, parmi lesquelles figurent 41 arrêts et 36 ordonnances. Au sein des arrêts, 7 sont relatifs à la situation de mineurs étrangers, ou dont au moins un des parents est étranger. 32 arrêts sont relatifs, de manière générale, aux mineurs, sans référence aucune à leur nationalité. Enfin, deux arrêts portent spécifiquement sur le thème de la connaissance par le mineur de ses origines. Dans tous les cas, selon Paolo Passaglia, il ressort de cet ensemble de décisions que l'intérêt supérieur de l'enfant y joue un rôle central.

En France, c'est un ensemble de 17 décisions QPC traitant des mineurs qui peut être identifié. Là aussi, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant tient une place particulièrement importante au sein de la protection mise en place, plus encore depuis que ce concept s'est vu explicitement reconnaître valeur constitutionnelle en 2019⁶². Comme en Espagne et en Italie, une part de la jurisprudence est plus spécifiquement consacrée à deux « catégories » particulières de mineurs : d'une part, les mineurs étrangers et, d'autre part, les mineurs délinquants. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant se décline, en réalité, à travers plusieurs exigences qui se réunissent autour de la protection de la personne du mineur.

2. *La protection de la personne du mineur*

Les thèmes évoqués autour du mineur concernent le mineur en tant que personne, sa vie et sa santé, son insertion dans une famille, l'éducation à laquelle il a droit, mais aussi et de façon particulièrement intéressante s'agissant du mode d'appréciation de la violation d'un droit, le respect de la vie privée. En France, le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant s'est d'ailleurs vu reconnaître – mais seulement très récemment –, valeur constitutionnelle par le biais de son rattachement au dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946⁶³. De telle sorte que, « ce faisant le Conseil constitutionnel emploie l'expression en usage par les conventions internationales

62 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.*

63 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *préc.*

de protection des droits de l'homme et affermit ainsi le principe protégé »⁶⁴. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant se déploie à travers plusieurs impératifs qui tendent à protéger la personne du mineur lui-même. Toutes ces exigences dessinent des droits spécifiques à son bénéfice, qu'il s'agisse, à travers sa personne, de sauvegarder tant sa santé et sa vie, que sa volonté et son identité.

2.1. *La vie et la santé du mineur*

Si la troisième décision rendue par le Conseil constitutionnel, le 11 juin 2010, dans le cadre de la QPC a porté sur l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, encore connue par la désignation « loi anti-perruche », et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, en son article 2, la non-conformité partielle a résulté de l'application dans le temps de la nouvelle disposition et non d'un raisonnement portant proprement sur la vie ou la santé du mineur. Toutefois, dans une décision de 2015 relative au caractère obligatoire des vaccinations⁶⁵, le Conseil protège directement la santé du mineur en reconnaissant la constitutionnalité des articles L. 3111-2 et L. 3111-3 du code de la santé publique faisant obligation aux titulaires de l'autorité parentale de vacciner le mineur pour les infections précisées par ces textes. Selon les requérants, « en imposant une obligation vaccinale contre certaines maladies alors que les vaccins ainsi rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé », les dispositions contestées portaient atteinte au droit à la santé garanti. Par ailleurs, il était soutenu que ce risque serait particulièrement élevé pour les jeunes enfants, alors même que les maladies pour lesquelles ces vaccins sont obligatoires « ont cessé de provoquer un nombre important de victimes en raison de l'amélioration des conditions de vie » et « que la loi ne prévoit pas d'examen médical préalable permettant de déceler les contre-indications médicales que la personne peut ignorer ».

Le Conseil conclut, néanmoins, à la constitutionnalité des dispositions, par un raisonnement en deux temps. *Primo*, « le législateur a imposé des obligations de vaccination [...] aux enfants mineurs, sous la responsabilité de leurs parents », entendant ainsi lutter contre des maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées. *Secundo*, la détermination d'une telle politique publique relève bien de la compétence du législateur. À cet égard, bien que ne figure pas dans cette décision de référence explicite à la santé du mineur, il ne fait pas de doute qu'elle est bien au cœur du raisonnement du juge constitutionnel français qui en tient directement compte pour apprécier le caractère raisonnable et proportionné de l'intervention du législateur en l'espèce.

En Italie, ont également été contestées certaines dispositions qui imposent des vaccinations obligatoires contre le risque de maladies infectieuses pour les mineurs jusqu'à l'âge de seize ans. Tout en rejetant la question, le juge constitutionnel italien a indiqué que les valeurs constitutionnelles en cause étaient multiples et mettaient en cause, outre la liberté d'autodétermination individuelle dans les choix inhérents aux soins de santé, et l'intérêt du mineur, le droit des parents d'adopter

64 M. DOUCHY-OUUDOT.

65 Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L.*

le comportement approprié pour protéger la santé de leurs enfants. Autrement dit, la conciliation de toutes ces valeurs laissait donc place au pouvoir d'appréciation du législateur dans le choix des moyens permettant d'assurer une prévention efficace des maladies infectieuses⁶⁶.

2.2. *La volonté du mineur*

La volonté du mineur est garantie par la jurisprudence constitutionnelle à l'occasion de divers moments ou événements durant lesquels elle se déploie, aussi bien en tant que droit à l'autodétermination, que dans le déroulement de sa vie privée et familiale, en particulier dans ses liens avec ses parents, ou dans la nécessité pour le juge de le consulter pour la prise des décisions qui concernent le déroulement de sa vie.

2.2.1. *L'autodétermination du mineur*

C'est le juge constitutionnel italien qui a eu à connaître d'affaires mettant directement en cause l'autodétermination des mineurs. Le souhait d'une mineure d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse sans impliquer ses parents lui en a fourni l'occasion. Le juge *a quo* considérait que le droit et le devoir du parent d'entretenir, d'instruire et d'éduquer ses enfants comprenaient également celui de secourir la mineure, confrontée au choix difficile de recourir à une interruption volontaire de grossesse ; par ailleurs, selon lui, l'intervention de l'autorité publique n'était admise que sur une base subsidiaire, c'est-à-dire si les parents n'étaient pas en mesure d'accomplir les tâches qui leur étaient confiées. La Cour constitutionnelle a déclaré la non-admission manifeste de l'affaire car le juge *a quo* avait négligé le principe selon lequel il ne disposait pas du pouvoir d'apprécier la décision que la mineure entendait prendre, alors même que la Cour constitutionnelle avait déjà clairement délimité la fonction du juge saisi aux fins d'autorisation du mineur de recourir à l'interruption de grossesse. Selon cette jurisprudence, l'intervention du juge ordinaire ne peut être conçue comme l'exercice d'un pouvoir de codécision mais répond à une simple fonction de vérification de la réunion des conditions dans lesquelles la décision du mineur peut être prise⁶⁷.

2.2.2. *Le droit au respect de la vie privée et familiale*

En 2008, c'est la révocation automatique de la cession du domicile familial en cas de concubinage ou de nouveau mariage du cessionnaire, sans évaluation de l'intérêt du mineur, dont la Cour constitutionnelle a été saisie qui lui a permis d'envisager le droit au respect de la vie familiale du mineur⁶⁸. Toutefois, la question n'a pas prospéré car la Cour constitutionnelle a estimé qu'elle pouvait fournir une interprétation conforme à la Constitution de la législation contestée : la Constitution se trouvait respectée si la disposition législative en cause était interprétée en ce sens que la cession du domicile conjugal n'était pas de droit en cas de survenance d'événements tels que l'établissement d'un concubinage ou d'un nouveau mariage, et demeurait subordonnée au respect de l'intérêt du mineur.

66 Cour constitutionnelle, arrêt n° 5/2018.

67 Cour constitutionnelle, arrêt n° 126/2012.

68 Cour constitutionnelle, arrêt n° 308/2008.

Dans le même sens, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré inconstitutionnelle l'application automatique de la peine accessoire consistant dans la perte de l'autorité parentale à la suite de la réalisation de faux à l'état civil, en s'appuyant notamment – à côté de l'intérêt de l'État à punir une infraction et l'intérêt de l'accusé à un procès équitable – sur l'intérêt supérieur de l'enfant mineur de vivre et grandir au sein de sa famille, en maintenant une relation équilibrée et continue avec chacun de ses parents. En la matière, tout automatisme législatif parce qu'il exclut, de la part du juge, toute possibilité d'évaluation et d'appréciation, *in concreto*, de l'intérêt du mineur – entendu comme son intérêt à une vie familiale « normale » – et de la nécessité d'appliquer la peine accessoire est irrégulier. De la même manière, c'est sur le même fondement qu'est intervenue la déclaration d'inconstitutionnalité du même type d'automatisme relatif, cette fois, à la perte automatique de l'autorité parentale en cas de condamnation pour délit d'atteinte à l'état civil⁶⁹.

De la même façon – toujours en Italie –, a été censurée la disposition législative qui ne permettait pas au juge d'apprécier l'opportunité du maintien de relations significatives avec l'ancien partenaire du parent biologique. Le juge *a quo* a, en effet, négligé de considérer que l'interruption injustifiée, par l'un ou les deux parents, contrairement à l'intérêt du mineur, d'une relation, établie et entretenue par le mineur avec des personnes qui ne lui étaient pas apparentées, était assimilable à une conduite du parent « préjudiciable à l'enfant », à l'égard de laquelle le juge était toujours autorisé à adopter « les mesures appropriées » au cas d'espèce. Par ailleurs, puisqu'un mineur était en cause, l'intervention du procureur, comme celle du non-parent adulte impliqué dans la relation en question, étaient également parfaitement justifiées. L'intérêt supérieur du mineur, en l'espèce, était correctement garanti.

En Espagne également, les difficultés liées au déploiement des relations familiales, en particulier en cas de séparation et de maintien de ces relations avec les enfants mineurs, ont été la source de plusieurs questions d'inconstitutionnalité. Ce sont les difficultés liées à la garde, au régime des visites et à l'obligation alimentaire qui ont nourri la jurisprudence constitutionnelle espagnole. Mais le Tribunal constitutionnel n'a pas toujours raisonné à partir de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisqu'il a pu arriver, par exemple, que soit en cause, derrière la question d'inconstitutionnalité, un problème de répartition des compétences entre le pouvoir législatif national et un parlement régional⁷⁰. Une série de décisions porte sur l'éloignement obligatoire du père, en cas de violence de genre, éloignement qui produit, pour les enfants, une atteinte à leur vie familiale et à leurs relations avec leur père. Onze arrêts sont relatifs à la même disposition⁷¹ : l'article 57, alinéa 2, du Code pénal, dans la rédaction qui lui a été donnée par la loi organique 15/2003 du 25 novembre. À propos de l'argument tiré de la privation de contact entre l'enfant mineur et son père, le Tribunal estime que la peine d'éloignement ne viole pas le droit au respect de l'intimité familiale parce que l'article 18,

69 Cour constitutionnelle, arrêt n° 7/2013.

70 C'est le cas, entre autres, de l'arrêt n° 77/2018 qui rejette une question d'inconstitutionnalité formée à l'égard d'une disposition (l'article 11) de la loi basque 7/2015 du 30 juin prévoyant qu'en cas de condamnation définitive du père pour un délit de violence domestique ou de genre, ce dernier, en cas de séparation des parents, peut être privé des droits de visite et de garde. Le Tribunal juge que la question de fait pas apparaître de motifs « d'inconstitutionnalité matérielle » mais se contente de soutenir l'éventualité d'un excès de compétence de la part du Parlement de la Communauté autonome, portant atteinte à la compétence du Parlement espagnol. Dans une hypothèse comparable, arrêt n° 185/2012.

71 Il s'agit des arrêts n° 79/2010, n° 80/2010, n° 81 à 86/2010 et n° 115 à 119/2010.

alinéa 1, de la Constitution qui consacre ce droit n'est pas conçu, à la différence de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme la source du droit à une vie familiale normale. Par ailleurs, plusieurs arrêts ont été rendus à propos de la conciliation de la vie professionnelle et familiale et aux conséquences qui peuvent porter sur le soin et l'assistance aux mineurs. Toutefois, aucun n'envisage ces questionnements à travers le prisme de la situation du ou des mineurs et de leurs liens avec leurs parents⁷².

2.2.3. *Le droit du mineur à être entendu*

En 2019, en Espagne, deux arrêts paraissent particulièrement intéressants car ils placent les intérêts des mineurs en cause au centre du raisonnement développé tant par le juge *a quo* que par le juge constitutionnel. Dans le premier de ces deux arrêts, la question d'inconstitutionnalité a été soulevée d'office par le juge *a quo*, en charge des conséquences d'un divorce, à propos de la prise en charge du traitement psychologique d'une des enfants du couple. La procédure mise en œuvre prévoyait d'entendre obligatoirement la mineure en cause, sans les parents ni aucun représentant légal, le tout entraînant la rédaction d'un acte joint à la procédure à propos duquel le juge *a quo* estimait qu'il y avait violation du droit au respect de l'intimité de la mineure. Pour répondre à la question, le juge constitutionnel espagnol adopte, à l'égard de l'intérêt supérieur de l'enfant, un raisonnement explicite : il affirme, *expressis verbis*, qu'il s'agit là de la « considération primordiale à laquelle doivent répondre toutes les mesures relatives aux mineurs prises par les institutions publiques ou privées d'aide sociale, les tribunaux, les autorités administratives ou les organes législatifs », considération rappelée et réaffirmée par l'article 3, alinéa 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant (ratifiée par l'Espagne le 30 novembre 1990). L'arrêt ajoute même, de manière très catégorique, que « le droit du mineur à “être entendu” fait ainsi partie du statut juridique indisponible des mineurs, en tant que règle d'ordre public, que les pouvoirs publics doivent respecter de manière inconditionnelle ». Les formules sont particulièrement remarquables. Le droit à une protection juridictionnelle effective, consacré par l'ordre constitutionnel espagnol à l'égard de l'ensemble des justiciables, voit, par conséquent, son importance tout spécialement soulignée à l'égard des mineurs. Et c'est à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant que le juge constitutionnel espagnol entend opérer son travail de conciliation entre des intérêts contradictoires, conciliation qui, en l'espèce, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'intimité de la mineure⁷³.

En Italie, l'affirmation de principe de la nécessité d'entendre le mineur, comme expression particulière de l'intérêt supérieur de l'enfant, même si elle n'a jamais été aussi explicite apparaît, sans doute, implicitement dans la censure de la législation qui permettait, en cas de procédure abrégée demandée par l'accusé, que, dans le cadre de la procédure pour mineurs, il y ait compétence du juge unique. En effet, « puisque le procès abrégé pour mineurs est un substitut à la fois à l'audience préliminaire et à l'audience, ses résultats peuvent être très divers et nécessitent tous l'évaluation de la

⁷² Peuvent être ici rassemblés, les arrêts n° 75/2011, n° 152/2012, n° 181/2012, n° 191/2012, ainsi que les ordonnances n° 30/2009 et n° 14/2016.

⁷³ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 64/2019.

formation collégiale et des experts qui la composent afin de garantir » que les décisions adoptées sont effectivement « attentives à la personnalité du mineur et à ses besoins éducatifs et de formation⁷⁴ ».

Le cadre normatif relatif à la garde et à l'enlèvement international de mineurs ne vient pas contredire cette observation. En effet, il a été examiné par la Cour constitutionnelle et déclaré conforme à la Constitution, qui ne prévoyait pas que l'opposition du mineur au retour, circonstance entravant le prononcé de l'ordonnance de retour, pouvait être formulée à tout instant, même après la délivrance de cette ordonnance. Selon la Cour, l'ordonnance de retour rendue dans une « situation critique », telle que l'éloignement injustifié du mineur, ou son enlèvement, doit répondre au besoin d'efficacité de la protection, ce qui explique sa force exécutoire immédiate. Par conséquent, l'absence de réexamen de l'ordonnance, à la demande de la partie ou d'office, s'intégrait logiquement dans le cadre normatif général valorisant le noyau central de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁵.

Point de jurisprudence aussi explicite et généreuse en France dans le cadre de la QPC. Toutefois, observons, à titre d'éclairage comme le suggère Méлина Douchy-Oudot, que c'est au regard de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 que, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a apprécié le respect de la protection de l'intérêt de l'enfant dans le cas de la procédure de divorce par acte d'avocats, mise en place par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite J21, à compter du 1^{er} janvier 2017⁷⁶.

2.3. *L'identité du mineur*

L'identité du mineur a fait l'objet de développements particulièrement intéressants de la part des jurisprudences constitutionnelles à l'occasion du contrôle incident de constitutionnalité, tant à travers la question du droit à la connaissance de ses propres origines, que par le biais de celle de la recherche de paternité ou que l'attribution du nom de famille.

2.3.1. *Le droit de connaître ses propres origines*

La conciliation entre le droit de connaître ses propres origines et la protection de l'anonymat de la mère a, d'abord, fait en Italie l'objet de deux décisions importantes en 2005. La Cour constitutionnelle italienne a alors refusé d'examiner la question formée à propos de l'impossibilité pour la personne adoptée d'accéder aux informations sur ses origines, dès lors que cette dernière n'avait pas préalablement vérifié la volonté de la mère biologique de ne pas être identifiée⁷⁷. La disposition contestée, qui visait à protéger la femme enceinte qui avait décidé de ne pas garder l'enfant, ne prévoyait aucune limitation de la protection de l'anonymat de la mère, et se préoccupait, d'une part, de garantir que la naissance ait lieu dans conditions optimales et, d'autre part, que la mère ne prenne pas de décisions irréparables. Elle exprimait une évaluation raisonnée des intérêts contradictoires en

74 Cour constitutionnelle, arrêt n° 1/2015.

75 Cour constitutionnelle, arrêt n° 231/2001.

76 Conseil constitutionnel, décision n° 2016-739 du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, paragr. n° 52.

77 Cour constitutionnelle, arrêt n° 425/2005.

cause, évitant toute atteinte aux articles 2 et 32 de la Constitution⁷⁸. N'était pas davantage en cause une atteinte à l'article 3 de la Constitution dans la mesure où la différence de situation entre l'enfant adopté, né d'une femme ayant déclaré vouloir conserver son anonymat, et l'enfant adopté, né d'une femme n'ayant rien déclaré à cet égard, n'était pas « déraisonnable ». Et c'est cet état du droit qui, en 2013, a de nouveau, été hissé jusqu'au prétoire du juge constitutionnel italien qui a, cette fois, jugé nécessaire de prévoir – à travers une procédure, établie par la loi et qui assure un maximum de confidentialité – la possibilité pour le juge, à la demande de l'enfant, de consulter la mère – qui a déclaré ne pas vouloir être identifiée – en vue d'une éventuelle révocation de cette déclaration⁷⁹. Ainsi, tout en réaffirmant sa jurisprudence, la Cour a, lors de cette seconde affaire, également reconnu le droit de l'enfant à connaître ses origines, répondant en cela aux invitations de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce besoin de connaissance apparaît participer de la personnalité de l'enfant et peut conditionner son attitude et sa vie relationnelle ; l'irréversibilité du secret est ici surmontée afin d'éviter une excessive rigidité de la solution retenue par le juge constitutionnel italien.

Prudemment, le Conseil constitutionnel vérifie, quant à lui et de manière classique, l'adéquation des moyens au but « sans vérifier la pertinence des moyens par rapport à d'autres »⁸⁰. Lorsqu'il opère la pesée entre deux droits fondamentaux, il essaie de vérifier si le législateur a concilié les impératifs contradictoires, tout en refusant de se substituer à ce dernier. Il vérifie l'absence de disproportion entre les moyens et la fin. « Ainsi dans le contrôle de constitutionnalité des articles L. 147-6 et L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles articulant pour ce dernier le droit de la mère d'accoucher dans le secret, et pour le premier de lever le secret lié à l'identité sous réserve de l'accord de la mère⁸¹. Le contrôle reste précautionneux, encore éloigné de la technique du contrôle de proportionnalité propre au contrôle de conventionnalité des lois opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il s'opère sous le prisme de cette Cour »⁸².

2.3.2. L'établissement de la paternité

L'établissement de la paternité peut passer par diverses voies, recherche de paternité mais aussi reconnaissance de paternité. Ces deux mécanismes ont vu leur constitutionnalité examinée au regard de la protection du mineur.

C'est, d'abord, la recherche de paternité qui, en Italie, a été envisagée. À propos de ce dispositif, deux arrêts méritent de retenir l'attention, dont le premier portait sur la règle législative interdisant la recherche de paternité pour les enfants incestueux. Plus particulièrement, le juge *a quo* soutenait que l'article 30 de la Constitution impose que la loi assure « aux enfants nés hors du mariage toute

78 Article 2: « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

Article 32: « La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et elle garantit des soins gratuits aux indigents. Nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ».

79 Cour constitutionnelle, arrêt n° 278/2013.

80 M. DOUCHY-OUDOT.

81 Conseil constitutionnel, décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E.*

82 M. DOUCHY-OUDOT.

protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime », en même temps qu'il prévoit « les règles et les limites de la recherche de paternité ». Pourtant, précisément, cette protection n'était pas accordée aux enfants incestueux qui ne pouvaient pas obtenir la déclaration juridictionnelle de paternité ou de maternité. Les motifs d'inconstitutionnalité selon le juge ordinaire étaient nombreux puisqu'il estimait aussi que le droit de l'enfant à son identité se trouvait ainsi méconnu, l'enfant se trouvant privé de la possibilité d'avoir un géniteur, un nom et une famille ; selon lui, il y avait par ailleurs, en l'espèce, atteinte au principe d'égalité, dans la mesure où les enfants incestueux, bien qu'ils se trouvent dans la même situation substantielle que les enfants non incestueux (puisque le seul élément de différenciation, consistant dans la relation entre parents, ne peut être établi), étaient soumis à une réglementation différente. La Cour constitutionnelle, pour sa part, a considéré que la disposition en cause était inconstitutionnelle car violant le droit à une filiation, issu de l'article 2 de la Constitution, et le principe d'égalité qui interdit les différenciations législatives fondées sur les conditions personnelles et sociales⁸³.

La paternité naturelle, et plus précisément sa reconnaissance, a, elle aussi, retenu l'attention du juge constitutionnel italien. Face à l'impossibilité de toute action en vue d'obtenir une déclaration judiciaire de paternité naturelle, du fait de la nécessité d'obtenir préalablement une déclaration de recevabilité de l'action, une question a été posée à la Cour constitutionnelle à propos de la disposition qui créait cette procédure préalable d'admission, conditionnant ainsi l'exercice de l'action en reconnaissance de paternité naturelle réalisée par un majeur. Par l'arrêt 50 de 2006, cette règle a été reconnue non conforme à la Constitution car le fait que la procédure d'admission ait eu pour objet de vérifier l'intérêt du mineur n'était pas source d'inconstitutionnalité, pas davantage qu'elle ne justifiait le maintien d'un jugement d'admission à cette seule fin. En réalité, le souci de l'intérêt du mineur n'était pas moindre ou méconnu par la suppression de la déclaration préalable de recevabilité de l'action, puisqu'il pouvait être envisagé en amont de l'examen de la validité de cette action, de sorte que la Cour l'a jugé superflu⁸⁴.

En Espagne, plusieurs affaires ont été relatives à l'application de règles relatives à la détermination de la filiation. Dans ces hypothèses, ce sont les pères qui souhaitent soit contester leur paternité biologique, soit parvenir à son établissement. Ici, les droits des géniteurs étaient donc au cœur des questions formées mais la reconnaissance, ou la négation, d'un lien de filiation affecte nécessairement mécaniquement l'enfant, en particulier lorsqu'il est mineur⁸⁵. À cet égard, à propos de la caducité de l'action en contestation de paternité, acquise un an après l'inscription de la filiation à l'état civil, si le juge constitutionnel reconnaît qu'un tel délai vise à garantir la sécurité juridique, la stabilité de l'état civil et la protection de l'intérêt des enfants, et particulièrement des enfants

83 Cour constitutionnelle, arrêt n° 494/2002.

84 Cour constitutionnelle, arrêt n° 50/2006.

85 Dans un cas, l'arrêt n° 156/2005, l'affaire avait été déclenchée alors que l'enfant était déjà majeur. Mais dans les autres cas, il s'agissait bien d'enfants mineurs : arrêts n° 138/2005, 273/2005, 52/2006 et 41/2017 et ordonnance n° 35/2013.

mineurs, il choisit, néanmoins, la censure car une telle restriction limite de manière disproportionnée, au regard du souci de sécurité juridique, le droit à la protection juridictionnelle effective du père⁸⁶.

Et dans deux arrêts de 2005 et 2006, c'est encore l'intérêt du père qui prévaut, cette fois à propos d'une déclaration de filiation naturelle sans possession d'état. La disposition contestée prévoyait la possibilité que ce soit le fils qui engage la procédure de déclaration de filiation naturelle et non le géniteur ; aussi, le Tribunal constitutionnel considère que la norme en cause empêche le père naturel d'obtenir la reconnaissance de la filiation dans les cas d'absence de possession d'état, restreignant de la sorte son droit au juge. Dans son raisonnement, le Tribunal reconnaît que le législateur fait primer l'intérêt du mineur « en le dotant des instruments nécessaires à l'établissement de la vérité biologique, rendant effectif le mandat du constituant d'interdire les discriminations fondées sur la naissance et qui permettent d'obtenir l'accomplissement par les parents de leurs devoirs à l'égard des enfants mineurs » ; mais il affirme qu'une telle conciliation ignore totalement l'éventuel intérêt du père dans la déclaration de paternité naturelle⁸⁷.

2.3.3. *L'attribution du nom de famille*

À propos du nom de famille de l'enfant, de façon prévisible, c'est la place du nom de la mère qui a été envisagée. Et bien que l'attribution automatique du nom du père à l'enfant légitime, même en cas de volonté différente des époux, soit contestable, du point de vue constitutionnel, elle n'a pas fait l'objet d'une décision au fond de la part du juge constitutionnel italien, ce dernier ayant déclaré la question incidente non admissible⁸⁸. En effet, en cas de non-conformité à la Constitution, cela aurait provoqué un vide législatif, que même une décision exigeant l'intervention future du législateur n'aurait pas pu combler, sauf à exiger de la part de la Cour un arrêt additif allant bien au-delà des pouvoirs qu'elle se reconnaît traditionnellement. D'ailleurs, le problème s'est, de nouveau, posé dix ans plus tard, en 2016, aboutissant, cette fois, à une censure. Empêcher la mère d'attribuer son nom de famille à l'enfant dès sa naissance, et empêcher l'enfant d'être identifié, dès sa naissance, également avec le nom de famille de la mère, constituait une atteinte au droit du mineur à son identité personnelle et, dans le même temps, une différence de traitement déraisonnable entre les époux, nullement justifiée par l'objectif de sauvegarde de l'unité familiale⁸⁹.

Autrement dit, en Italie, la réalisation pleine et effective du droit à l'identité personnelle de l'enfant et la reconnaissance de l'égale importance des deux figures parentales dans le processus de construction de cette identité, ont provoqué la consécration du droit de l'enfant à être identifié, depuis sa naissance, par le nom de famille de ses deux parents. La différence de traitement entre les époux sur ce point, expression d'une conception patriarcale dépassée de la famille et des relations

86 Tribunal constitutionnel, arrêts n° 138/2005 et 156/2005.

87 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 273/2005 et arrêt n° 52/2006. Il applique le même raisonnement à propos d'une disposition comparable du droit civil de Navarre, censurant alors la loi forale 5/1987 du 1^{er} avril : Tribunal constitutionnel, arrêt n° 41/2017.

88 Cour constitutionnelle, arrêt n° 61/2006.

89 Cour constitutionnelle, arrêt n° 286/2016.

entre époux, n'est compatible, selon la Cour constitutionnelle italienne, ni avec le principe d'égalité, ni avec le principe de « l'égalité morale et juridique des époux ». La Cour a, de cette façon, « pris acte de l'inertie du législateur et de la nécessité de dépasser un schéma archaïque, rendu anachronique par l'évolution des mœurs⁹⁰ ». De ce point de vue, l'attribution du nom de famille de l'adoptant au mineur, placé avant le nom de famille d'origine, qui, ainsi, n'est pas supprimé mais maintenu comme un trait essentiel de la personnalité de la personne adoptée, respecte pleinement le but de l'adoption simple, assurant de ne pas rompre le lien du mineur avec son passé et avec sa famille d'origine, et garantissant de cette façon le respect de son identité⁹¹.

2.3.4. *La modification de la mention du sexe à l'état civil*

En matière de libre disposition de son corps et de sa personnalité par le mineur, les difficultés liées aux modifications des mentions de l'état civil en cas de changement de sexe occupent, depuis plusieurs mois, l'ensemble des juridictions. En Espagne, c'est le Tribunal constitutionnel qui s'est saisi de cette question en rendant un arrêt important en 2019, dans lequel il n'a pas hésité à reconnaître l'autodétermination dont doit pouvoir jouir le mineur éclairé. Il était saisi, par la première chambre civile du Tribunal suprême, de l'article 1 de la loi 3/2007 du 15 mars, relative aux rectifications d'état civil pour ce qui est de la mention du sexe des personnes. Le Tribunal suprême demandait au Tribunal constitutionnel si l'interdiction posée par cette disposition à l'égard des mineurs transsexuels capables de discernement de demander eux-mêmes la modification de leur état civil violait, ou pas, leurs droits à l'intégrité physique et morale (article 15 de la Constitution), au respect de leur intimité personnelle et familiale (article 18 alinéa 2) et à la protection de la santé (article 43 alinéa 1), tous lus à la lumière de l'article 10 alinéa 1, qui consacre la dignité de la personne humaine et le libre développement de la personnalité. Pour apporter une réponse à cette question, le juge constitutionnel ordonne son raisonnement autour d'une obligation essentielle : celle d'assurer, comme pour les majeurs, la pleine jouissance de leurs droits par les mineurs. Dès lors, il soutient que « si le droit d'obtenir la rectification de la mention du sexe à l'état civil [...] vise la réalisation du libre développement de la personnalité (article 10 alinéa 1 de la Constitution), la limitation de sa jouissance aux seules personnes majeures, restriction [...] qui laisse en dehors du domaine subjectif de ce droit les personnes qui ne remplissent pas cette condition d'âge, suppose que l'on prive ces dernières de l'efficacité de ce principe constitutionnel pour ce qui est relatif aux décisions quant à leur propre identité⁹² ». Et le plus intéressant résulte de la synthèse à laquelle parvient le Tribunal quant à la titularité et à l'exercice des droits des mineurs : ils ont le droit d'agir afin de garantir le plein exercice de leurs droits et la défense des intérêts qui affectent leur sphère personnelle, même lorsque cela va à l'encontre de la volonté des personnes qui ont la charge de leur représentation légale et, en l'espèce, la disposition législative, qui limite excessivement cette possibilité, est déclarée contraire à la Constitution.

90 P. PASSAGLIA.

91 Cour constitutionnelle, arrêt n° 268/2002.

92 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 99/2019, FJ 4 a).

3. *La distinction entre filiations*

La distinction entre filiation légitime et filiation naturelle et, plus exactement, les conséquences juridiques susceptibles d'être attachées à cette différenciation, représente un thème largement abordé par les jurisprudences constitutionnelles. En Italie, une tendance jurisprudentielle particulièrement riche, quantitativement et qualitativement, est relative à l'érosion graduelle de la « déconsidération traditionnelle à l'égard de la filiation naturelle ». Cette expression est elle-même tirée de l'arrêt 250 de 2000, dans lequel la Cour constitutionnelle a jugé inconstitutionnelle la disposition du Code civil qui prévoyait une limite temporelle de deux ans pour l'attribution du droit de révoquer une donation à la suite de la reconnaissance d'un enfant naturel. Cette limitation temporaire de la possibilité de révoquer a été considérée comme l'expression d'une défaveur traditionnelle à l'égard de la filiation naturelle, incompatible avec le principe constitutionnel qui impose d'assurer aux enfants naturels une protection adéquate, donc une protection identique à celle octroyée aux enfants légitimes.

À l'occasion d'un arrêt de la même année, la Cour en a également profité, par le biais d'un *obiter-dictum*, pour indiquer qu'à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle qui a imposé de surmonter l'inégalité de traitement entre les enfants légitimes et les enfants naturels, la reconnaissance des enfants naturels implique la plénitude de la responsabilité et des devoirs qui en découlent pour les parents. Il s'agit de prendre acte du fait que la nature du lien qui s'est noué entre les parents ne peut plus constituer un élément déterminant de caractérisation et de discrimination dans les relations entre parents et enfants⁹³. Ainsi, il n'est pas davantage possible de ne pas étendre le bénéfice d'une exonération fiscale, prévue pour la contribution alimentaire versée en cas de divorce, à l'hypothèse d'une séparation entre parents naturels ; l'absence de lien matrimonial ne peut en aucun cas justifier la différence de traitement fiscal⁹⁴. Dans une autre affaire, la Cour a ajouté que tout comme le droit de l'enfant naturel de ne pas quitter le domicile, à la suite de la cessation de la cohabitation entre les parents, ne nécessite pas de règle explicite spécifique – car le droit de céder le domicile familial au parent d'un enfant naturel peut être tiré d'une interprétation systématique des règles régissant les devoirs des parents envers leurs enfants –, de même le droit du parent naturel, ayant la garde des enfants, d'obtenir la transcription de la cession du domicile doit être considéré comme n'exigeant pas de disposition autonome, car il répond au même souci de protection du mineur et contribue à renforcer le devoir de soin et d'éducation des enfants. La solution est remarquable et elle entend garantir aux enfants un accueil au sein du même milieu que celui dans lequel ils vivaient avec leurs parents⁹⁵.

Toutefois, malgré une jurisprudence constitutionnelle plaidant clairement pour l'assimilation des enfants naturels et des enfants légitimes, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu qu'en vertu de l'article 30, troisième alinéa, de la Constitution, l'égalisation de ces deux catégories ne pouvait être absolue. Cette recherche d'égalité concerne essentiellement la relation qui s'établit

93 Cour constitutionnelle, arrêt n° 332/2000.

94 Cour constitutionnelle, arrêt n° 202/2003.

95 Cour constitutionnelle, arrêt n° 394/2005.

entre le parent qui a assuré la reconnaissance de l'enfant naturel (ou à l'égard duquel la paternité ou la maternité a été juridiquement constatée) et l'enfant lui-même ; en revanche, la relation entre les enfants naturels et leurs proches n'est pas l'objet de dispositions constitutionnelles⁹⁶. De telle sorte que n'a pas été déclarée contraire à la Constitution la disposition selon laquelle les enfants légitimes pouvaient liquider, en espèces ou en biens immobiliers héréditaires, la part due aux enfants naturels qui ne s'y opposaient pas, sous cette réserve qu'en cas d'opposition, il revenait au juge de décider, après appréciation des circonstances personnelles et patrimoniales. Cette règle avait été adoptée en 1975, lors de la réforme du droit de la famille, et représentait certainement une avancée par rapport à la législation précédente, qui attribuait aux enfants légitimes le droit potentiel de dissoudre la communauté héréditaire avec les enfants naturels, transformant la part héréditaire en une somme d'argent, sans possibilité d'opposition de la part de l'enfant naturel et sans appréciation judiciaire des circonstances de l'espèce⁹⁷. La Cour a considéré que la question n'était pas fondée, notant que ne découle pas de l'article 30 de la Constitution une obligation d'égalisation de tous les parents naturels avec les parents légitimes, le constituant s'étant « limité à prévoir la filiation naturelle et établir son égalisation avec la filiation légitime⁹⁸ ».

Le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations pour raison d'origine ou de naissance, ont également nourri la jurisprudence constitutionnelle espagnole à l'égard des mineurs. Plusieurs questions ont porté sur des dispositions législatives relatives à des prestations ou allocations qui se trouvaient limitées pour des raisons liées à la situation familiale. À chaque fois, le Tribunal constitutionnel réaffirme une solution qui refuse la possibilité d'établir des différences fondées sur la structure familiale dès lors que rien ne le justifie objectivement. Ainsi, le Tribunal juge-t-il contraire à la Constitution, car discriminatoire, la règle exigeant l'écoulement d'un délai plus long pour l'accès à l'allocation d'orphelins pour les mineurs orphelins lorsqu'ils sont des enfants adoptifs et non des enfants biologiques⁹⁹. De même, une règle de droit civil de Galice établissait des différences dans le droit de recevoir des aliments entre les enfants mineurs d'un même géniteur après le décès de celui-ci. Le juge constitutionnel espagnol s'appuie sur l'article 39 de la Constitution pour constater qu'en l'espèce cette mesure ne répond pas à une « justification objective et raisonnable¹⁰⁰ ». Ici, le rapprochement avec le raisonnement généralement tenu par le Tribunal constitutionnel en matière de recours d'*amparo* est évident : il exige une motivation renforcée, à l'image de celle qu'il recherche, dans le cadre d'un *amparo*, lorsqu'il examine des décisions juridictionnelles rendues dans des affaires relatives à des mineurs, afin de garantir l'intérêt supérieur du mineur dès lors qu'une décision le concerne.

96 Cour constitutionnelle, arrêt n° 532/2000.

97 Selon la juridiction de renvoi, l'introduction d'une appréciation par le juge en cas d'opposition de l'enfant naturel demeurait discriminatoire à son égard. En outre, elle estimait que le traitement différent réservé, dans le cadre de la division héréditaire, aux enfants naturels ne se justifiait pas par la nécessité de protéger les droits des enfants légitimes.

98 Cour constitutionnelle, arrêt n° 335/2009. Et dans le même sens, arrêt n° 7/2012.

99 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 200/2001.

100 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 171/2012.

4. *Les mineurs étrangers*

Les mineurs étrangers font, quant à eux, l'objet d'une jurisprudence à la fois abondante et spécifique. En France, on sait que la décision du 21 mars 2019 du Conseil constitutionnel affirme la constitutionnalité de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pour justifier le recours aux tests osseux dans la détermination de l'âge de la personne¹⁰¹. En Italie, c'est, d'abord, en lien avec la protection de la cellule familiale que la situation des mineurs étrangers a été envisagée, la Cour constitutionnelle affirmant le droit du mineur étranger au respect de sa vie familiale, à l'image de tout mineur. Ainsi, la non-extension de l'interdiction d'expulsion au mari étranger vivant avec la femme enceinte, ou durant les six mois qui suivent la naissance de l'enfant, a été déclarée non conforme à la Constitution. En effet, même si la disposition en cause intervenait en matière d'entrée et de séjour des étrangers, assurant une protection adéquate dans le cas particulier de la femme enceinte et de la femme qui a accouché durant les six mois suivants, elle ne tenait pas compte du droit du mineur à être éduqué, si possible, par ses deux parents et plaçait la femme devant l'alternative de devoir suivre son mari ou de faire face seule à sa maternité, violant ainsi le principe de la « participation égale des deux conjoints aux soins et à l'éducation des enfants, sans distinction ni séparation des rôles entre l'homme et la femme, mais avec une intégration mutuelle de ces derniers ». Puisque la position du mari devait être égale à celle de la femme enceinte et de la femme qui a accouché durant les six mois suivants, l'interdiction d'expulsion devait également lui être étendue, sauf en cas d'obstacles liés à l'ordre public ou à la sécurité de l'État¹⁰².

À propos de la possibilité, pour l'étranger, de demander le regroupement familial des parents à sa charge, lorsqu'ils n'ont pas d'autres enfants dans le pays d'origine ou de provenance, ou des parents de plus de soixante ans, si les autres enfants ne sont pas en mesure de les aider en raison de difficultés de santé graves et attestées, la Cour prend soin de rappeler que l'inviolabilité du droit à l'unité familiale est sans aucun doute invocable et doit bénéficier de la protection la plus large à l'égard de la famille nucléaire, éventuellement à l'égard de la famille en formation, et donc en lien avec le regroupement de l'étranger avec son conjoint et ses enfants mineurs. Toutefois, en l'espèce, il a été jugé que la portée de ce principe n'allait pas jusqu'à englober toutes les hypothèses de regroupement familial lorsque sont en cause des enfants adultes avec leurs parents car dans le cas des enfants adultes, désormais éloignés de leur noyau d'origine, l'unité familiale perd sa nature de droit inviolable, ouvrant une marge d'appréciation permettant au législateur de concilier « la prise en compte de l'affection » et d'autres intérêts importants. Pour le dire autrement, le droit de jouir d'une vie de famille doit être garanti sans condition en faveur des conjoints et des familles avec enfants mineurs, tandis que dans les autres hypothèses, il peut également être soumis à des restrictions, dans la limite du raisonnable¹⁰³.

101 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *préc.*

102 Cour constitutionnelle, arrêt n° 376/2000.

103 Cour constitutionnelle, arrêt n° 224/2005.

Au contraire, a été reconnue inconstitutionnelle la non-extension, de la protection renforcée prévue pour le refus ou la révocation du titre de séjour, aux hypothèses où l'étranger a noué des liens familiaux dans l'État, le plaçant dans une situation différente de l'étranger qui a exercé le droit au regroupement familial. Certes, l'affaire était avant tout relative à un étranger majeur, mais le juge constitutionnel italien en profite pour affirmer, *expressis verbis*, que « dans le domaine des relations interpersonnelles, chaque décision qui frappe un des intéressés finit également par affecter les autres membres de la famille et le démantèlement du noyau familial, spécialement en présence d'enfants mineurs, est une décision trop grave ». La disposition législative contestée allait donc à l'encontre des principes constitutionnels dans la mesure où elle n'étendait pas la protection renforcée à tous les cas où l'étranger a établi des liens familiaux sur le territoire de l'État¹⁰⁴.

En revanche, le juge constitutionnel italien a pu « sauver », par le biais d'une interprétation conforme, un autre mécanisme contesté ; il s'agissait, en l'espèce, d'une règle qui ne prévoyait pas la possibilité de transformer le permis de séjour lorsque l'étranger devenait majeur, même pour le mineur étranger soumis à protection, contrairement au mineur placé en famille d'accueil. La Cour, tout en reconnaissant un vide manifeste dans la législation en cause, n'a pas conclu à la violation du principe d'égalité, car un tel silence pouvait être réparé en recourant à l'analogie, ou même à une interprétation extensive de la disposition. Les objectifs poursuivis par ces deux mécanismes – protection et accueil – apparaissent, en effet, fondés sur l'intérêt prééminent du mineur et, dès lors, malgré des différences structurelles et chronologiques, l'impossibilité pour le mineur protégé de transformer le permis de séjour aurait été extrêmement déraisonnable. Par le biais du recours à une interprétation conforme, l'inconstitutionnalité a été écartée¹⁰⁵.

Une dernière décision relative aux mineurs étrangers mérite d'être mentionnée car elle est relative à la disposition qui soumettait à l'exigence de la possession d'un titre de séjour, l'octroi aux mineurs extracommunautaires, séjournant régulièrement sur le territoire de l'État, de l'allocation visée à l'article 1 de la loi n° 289 du 11 octobre 1990. Ce droit était subordonné à la demande et à l'obtention d'une carte de séjour, alors même que les conditions légales dans le secteur de la santé étaient pleinement satisfaites. L'absence de présence continue du mineur sur le territoire italien, pendant au moins cinq ans, était considérée, de manière totalement injustifiée, comme prévalant sur les droits fondamentaux de la personne, ainsi que sur l'intérêt et l'importance sociale indubitables que présente cette allocation. La différence de traitement dont souffrait le mineur étranger était, par conséquent, disproportionnée car même en étant régulièrement présent sur le territoire de l'État, il aurait dû attendre un temps excessivement disproportionné avant que son droit ne soit effectivement garanti et protégé. Cela privait, par ailleurs, de sens et d'efficacité les objectifs de soin et d'assistance que l'allocation en cause poursuit¹⁰⁶.

104 Cour constitutionnelle, arrêt n° 202/2013.

105 Cour constitutionnelle, arrêt n° 198/2003.

106 Cour constitutionnelle, arrêt n° 329/2011.

En France, c'est, en particulier, à travers les difficultés liées au fichage des mineurs non accompagnés que le juge constitutionnel a eu à connaître de la situation des mineurs étrangers. En effet, afin de renforcer la mise en place de la protection des mineurs non accompagnés et faciliter leur prise en charge, la loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, a intégré au CESEDA un nouvel article¹⁰⁷ prévoyant la constitution d'un fichier des mineurs non accompagnés. Cette disposition a donné lieu à la formation, par plusieurs associations de défense des étrangers, d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁸. Pour affirmer la conformité de la disposition du CESEDA à la Constitution, le Conseil constitutionnel rejette successivement les arguments tirés de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'un traitement automatisé non limité à la seule protection de l'enfance pouvant être utilisé dans la lutte contre l'entrée et les séjours irréguliers des étrangers en France, du refus de tirer toutes les conséquences d'une opposition au recueil des données par la personne, et enfin du fait que le recours contre la décision déclarant la personne majeure n'exclut pas la mesure d'éloignement du territoire national. La décision s'appuie, d'une part, sur l'intérêt supérieur de l'enfant et, d'autre part, sur la question du respect du droit à la vie privée du mineur. Or, l'objectif du fichier est de permettre à l'autorité de vérifier si l'âge du mineur n'a pas déjà été évalué, donc d'assurer un traitement plus rapide dans la mise en place de la protection, sans que le refus du recueil des données par la personne ne laisse présumer sa majorité. Par ailleurs, le Conseil relève que la pluralité de fins poursuivies par le fichier n'est pas en soi prohibée, il s'agit tout à la fois pour le législateur de « mettre en œuvre l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre l'immigration irrégulière ».

5. *La défense pénale du mineur protégée constitutionnellement*

L'analyse des décisions des juridictions constitutionnelles relatives aux mineurs révèle la construction d'une justice pénale des mineurs. En France, la justice pénale visant les mineurs a donné lieu à des QPC, mais la recherche n'a pas identifié de décision relative au mineur victime. Les décisions s'inscrivent ici dans le sillage de l'application des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 dont la réforme est en cours de réalisation par le législateur. S'agissant de la peine, elles concernent les modalités de son exécution, en particulier en matière d'application des peines y compris des majeurs¹⁰⁹. Il y a lieu de rappeler également que l'étude des QPC ici suppose également d'assurer une veille sur les délits plus larges¹¹⁰.

Récemment, deux décisions sont venues rappeler la nécessité de la défense pénale du mineur par un avocat. La première décision, de 2019¹¹¹, est relative à l'audition libre du mineur. Alors que le mineur placé en garde à vue doit obligatoirement être assisté par un avocat, le mineur convoqué au commissariat ou à la gendarmerie est entendu en audition libre conformément à l'article 61-1 du

107 L'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

108 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019, *Unicef France et autre*.

109 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, *M. Antoine L.*

110 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.*

111 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-762 QCP du 8 février 2019, *M. Berket S.*

code de procédure pénale, ce texte n'établissant aucune distinction avec les majeurs. C'est ce point qui fait difficulté et entraîne l'inconstitutionnalité de ce mécanisme puisque la justice des mineurs fait l'objet d'une protection constitutionnelle au titre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il convient de souligner qu'en l'espèce l'abrogation sèche aurait eu pour effet d'interdire toute audition libre de mineurs le temps de l'adoption de la nouvelle disposition. Aussi est-il décidé de reporter l'abrogation au 1^{er} janvier 2020. Afin de protéger le mineur, en particulier par la présence d'un avocat, une décision de novembre 2018¹¹² était déjà intervenue s'agissant du régime de garde à vue des mineurs, le Conseil concluant à l'inconstitutionnalité. Le droit à être assisté d'un avocat est une garantie du respect des droits de la défense du mineur. Le fondement de la protection a pour racine la fragilité du mineur.

Le Conseil constitutionnel a même clairement explicité la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs : « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées », d'un côté, sans, de l'autre, que ne soit consacrée une « règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives¹¹³ ». On songe, aussi, à la décision à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire conférant la présidence du tribunal pour enfants au juge des enfants pour atteinte à l'impartialité de la juridiction¹¹⁴.

En Espagne, ce sont les décisions relatives aux mineurs délinquants qui sont les plus nombreuses au cours de la période envisagée¹¹⁵. Par exemple, le Tribunal constitutionnel a recherché si le droit d'être entendu par le juge en charge de l'instruction avant qu'il ne la clôture, prévu dans le cas des personnes majeures, doit être étendu aux mineurs ou s'il peut être adapté en fonction d'autres intérêts ; il a conclu qu'il convenait effectivement de le moduler afin de réduire le nombre des étapes procédurales dont la durée excessive pourrait porter préjudice au mineur¹¹⁶. Par ailleurs, il a écarté la non-conformité de la règle qui soumet la suspension des mesures limitatives de liberté à l'accomplissement de la moitié de leur durée lorsque sont en cause des délits particulièrement graves commis par des mineurs de seize ans¹¹⁷ : si le but de resocialisation ne doit pas être négligé, il n'est pas le seul légitime et le législateur peut tenir compte d'autres finalités légitimes, telles que la prévention des infractions, et les faire concourir dans le cadre du système de responsabilité pénale des mineurs. De la même façon, à propos de mesures pour lesquelles l'organe judiciaire *a quo*, auteur de la question, avait accepté, dans le cadre de l'exécution d'une mesure par un mineur, d'accorder la substitution

112 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018, *Mme Muriel B.*

113 Conseil constitutionnel, décision n° 2016-601 QPC du 9 décembre 2016, *M. Ibrahim B.* Pour une application conforme relative à la procédure de comparution à délai rapproché : Conseil constitutionnel, décision n° 2012-272 QPC du 21 septembre 2012, *M. Afif F.*

114 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J.*

115 Il s'agit des ordonnances n° 194/2001, 275/2005, 31/2009 et 33/2009 et des arrêts n° 100/2006, 146/2012 et 160/2012. L'ordonnance n° 275/2005 et l'arrêt 100/2006 n'apportent pas d'élément sur le fond puisque ces deux décisions concluent à la non-admission des questions présentées.

116 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 146/2012.

117 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 160/2012.

de la mesure originaire – consistant en une peine d’un an de liberté surveillée – par la détention en régime semi-ouvert durant le temps restant d’exécution de la peine, le doute de la conformité de cette faculté avec le droit à une protection juridictionnelle effective¹¹⁸ existait car la mesure de substitution était plus sévère que la mesure originelle. Le juge constitutionnel espagnol a, néanmoins, écarté ce doute de constitutionnalité, compte tenu des nombreuses garanties prévues en la matière par l’ordre juridique espagnol, de nature à assurer le respect de l’article 24 de la Constitution.

6. *Éléments de conclusion*

La jurisprudence des juges constitutionnels démontre une volonté de défendre, par le fait même de la minorité, l’enfant, au moyen d’un régime de protection constitutionnelle.

En Italie, étant donné que le contrôle incident est déclenché, par construction, à l’occasion de l’examen d’un cas concret et qu’il s’agit de la seule voie d’accès au juge constitutionnel ouverte au justiciable, la Cour constitutionnelle, au moins en matière de statut constitutionnel des mineurs, cherche, de plus en plus, à trancher les affaires dont elle est saisie « de façon précise plutôt que générale »¹¹⁹. En Espagne, beaucoup de sujets ou de questions qui intéressent les mineurs, sont envisagés par le recours d’inconstitutionnalité, davantage que par la voie de la question d’inconstitutionnalité. De sorte que ce ne sont pas les personnes en situation de vulnérabilité elles-mêmes qui agissent. Et lorsqu’elles le font, comme dans les autres champs envisagés par la recherche, la voie d’accès privilégiée, « naturelle » pourrait-on dire, est le recours direct, c’est-à-dire le recours d’*amparo* constitutionnel. En toute hypothèse, dans le cas de questions d’inconstitutionnalité, à la différence du système français en particulier, c’est le juge *a quo* qui est maître de la procédure. L’autre élément tout à fait remarquable est que l’objectivisation du recours d’*amparo* n’a pas entraîné une réactivation des questions d’inconstitutionnalité. En effet, si le recours d’*amparo* est, en principe, la voie d’accès privilégiée à la juridiction constitutionnelle, il est possible de penser qu’un durcissement de la procédure d’admission de ces recours devant le Tribunal constitutionnel aurait dû entraîner et se traduire par une augmentation des demandes de renvoi de questions d’inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires. Or, un examen des chiffres depuis 2007 – date de la dernière, et de la plus sévère, modification des conditions d’admission des recours d’*amparo* constitutionnel¹²⁰ – ne permet pas une confirmation empirique de cette hypothèse.

L’intérêt de la minorité tient dans la protection renforcée de la personne jugée vulnérable par le droit. De ce point de vue, « la synonymie entre enfant et mineur au stade d’une protection des droits et libertés fondamentaux est sans doute en elle-même attentatoire au fondement même de l’exigence de protection. Si le seuil de la minorité est dépassé, sans aucun sas ou temps de transition, l’enfant est projeté dans l’univers juridique de la majorité. La détermination de l’âge devient alors

118 Protégé par l’article 24 de la Constitution.

119 P. PASSAGLIA.

120 La loi organique 6/2007 du 24 mai modifiant la loi organique 2/1979 du 3 octobre relative au Tribunal constitutionnel a apporté des modifications considérables ; elle a, en particulier, dans une volonté d’objectivisation du recours, introduit l’exigence nouvelle de la démonstration de l’importance constitutionnelle spéciale du recours, mise à la charge du requérant.

prépondérante et avec elle la nécessité de distinguer ceux qui peuvent bénéficier de dispositions juridiques plus clémentes de ceux qui ne le peuvent plus »¹²¹.

C. La protection des personnes malades et handicapées

Le thème des personnes handicapées et des personnes malades touche, d'une part, une catégorie de personnes vulnérables bien déterminée – les personnes souffrant d'un handicap – d'autre part, des situations de vulnérabilité présumée, caractérisées par la maladie, pouvant même être temporaires, à savoir celles dans lesquelles se trouvent les personnes malades.

Dans ces deux types de situations de vulnérabilité, les droits et libertés qui entrent en jeu ne sont pas forcément les mêmes, tout comme ne le sont pas les problématiques soulevées devant les juges constitutionnels. C'est pourquoi nous avons décidé, au cours de la recherche et dans le présent rapport, de traiter séparément les deux situations, en focalisant notre attention, tout d'abord, sur la protection des personnes malades (1), ensuite sur celle des personnes souffrant d'un handicap (2). Quelques propos conclusifs, d'ordre comparatif, seront nécessaires pour terminer l'analyse (3).

1. *La protection des personnes malades*

Pour appréhender la question de la protection des personnes malades par la voie préjudicielle, il est pertinent de présenter avant tout des données statistiques. Nous nous arrêterons ensuite sur deux thèmes apparaissant comme particulièrement éclairants dans ce domaine : celui des prestations sociales en lien avec la santé et celui des soins sans consentement.

1.1. *Éléments d'ordre statistique*

L'analyse quantitative de la jurisprudence adoptée dans le cadre de la voie préjudicielle par les juges constitutionnels français, italien et espagnol laisse transparaître une différence importante entre les trois pays. En effet, alors qu'en Espagne seules 3 décisions sont recensées dans ce domaine, toutes concernant le thème des soins sans consentement, en France le droit à la santé semble occuper une place non négligeable, car 32 décisions QPC ressortent de la recherche¹²² ; l'Italie est sans doute le pays où l'on dénombre une quantité considérable de décisions – même à l'égard des autres catégories étudiées dans cette recherche – car entre 2000 et 2019, 670 décisions sont recensées concernant le domaine, assez vaste, du droit à la santé¹²³.

En France, 32 décisions QPC portant sur la santé ont donc été recensées par Laurence Gay, à partir d'une recherche experte sur le site du Conseil constitutionnel, avec les termes de recherche « protection santé ». Cependant, seules 18 d'entre elles paraissent être pertinentes à l'égard de la

121 M. DOUCHY-OUUDOT.

122 Précisions que sont pas comptées ici les 5 décisions QPC adoptées dans le domaine du handicap, qui sera étudié dans le paragraphe qui suit.

123 Sachant cependant que sont comprises dans ces 670 décisions de la Cour constitutionnelle italienne celles qui se réfèrent aux personnes handicapées (22 décisions), qui feront l'objet de notre analyse dans le paragraphe qui suit. Précisons aussi qu'en Italie, entre le 1^{er} janvier 2000 et décembre 2019, 4907 décisions au total ont été adoptées par la Cour constitutionnelle dans le cadre du procès par voie incidente.

recherche¹²⁴. Précisons que dans ce domaine l'accès des individus à la QPC semble être privilégié, car le Conseil constitutionnel a été saisi 13 fois par des particuliers et 5 fois par des personnes morales (1 association, 1 fédération d'association, 3 entreprises). Quant aux solutions retenues dans ces 18 décisions, l'on relève 7 décisions de conformité, 3 décisions de conformité sous réserve, 2 décisions de non-conformité partielle avec un effet immédiat, 2 décisions de non-conformité totale avec un effet immédiat, 2 décisions de non-conformité partielle avec un effet différé, dont une avec réserve, et 2 décisions de non-conformité totale, avec effet différé.

L'analyse de ces décisions, dans lesquelles le Conseil applique l'alinéa 11 du Préambule de 1946 – qui consacre la protection de la santé pour tous, notamment pour l'enfant, la mère et les vieux travailleurs – fait apparaître quatre grandes thématiques : l'accès aux soins ; l'éthique (bio)médicale ; la protection de la santé des travailleurs ; la protection de la santé publique. Cependant, parmi ces thématiques, c'est essentiellement la première, celle de l'accès au soin, qui attire notre attention concernant la protection des personnes vulnérables, les trois autres ayant une très faible importance tant d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif aux fins de notre recherche, à savoir du point de vue de l'apport de ces décisions à la protection des droits des personnes en situation de vulnérabilité.

Par ailleurs, au sein même de la thématique de l'accès aux soins, il apparaît que la QPC a permis l'émergence d'un contentieux nouveau, relatif à l'hospitalisation sans consentement : 8 décisions sur les 18 QPC retenues traitent, en effet, de cette question.

Comme nous le disions plus haut, en Italie, les données statistiques révèlent, d'une part, l'abondance de décisions sur renvoi préjudiciel portant sur le droit à la santé, droit consacré de manière expresse par l'article 32 de la Constitution italienne ; d'autre part, l'intérêt, parmi toutes, de la problématique liée aux traitements sanitaires obligatoires (TSO), thème sur lequel s'est donc concentrée l'analyse de Marina Calamo-Specchia.

En Espagne enfin, comme nous l'indique Francisco Javier Matia Portilla, le recours d'*amparo* laisse, encore une fois, très peu de place aux questions préjudicielles, en matière de protection de la santé. Sont recensées notamment 3 décisions du Tribunal constitutionnel, dont une, la décision de principe, antérieure à 2000 (date initiale de notre recherche concernant l'Espagne et l'Italie). Les trois décisions portent sur la question de l'hospitalisation sous contrainte.

1.2. Les prestations sociales en lien avec la santé

Comme le souligne Laurence Gay, la thématique de l'accès aux soins, au sein de laquelle s'insère celle des prestations sociales liées à la protection de la santé, « est une thématique classique, dans le

124 Il s'agit des décisions n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 ; n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 ; n° 2011-170 QPC du 23 septembre 2011 ; n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011 ; n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011 ; n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 ; n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 ; n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012 ; n° 2013-367 QPC du 14 février 2014 ; n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014 ; n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015 ; n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 ; n° 015-523 QPC du 2 mars 2016 ; n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016.

sens où cela renvoie à la première interprétation à laquelle on pense en matière de “droit à la santé” : un droit-créance, qui doit permettre l'accès aux soins. C'est donc un thème abordé depuis longtemps dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : il vérifie régulièrement que la façon dont sont aménagées les diverses prestations d'assurance maladie ou les prestations d'aide sociale médicale est conforme à l'alinéa 11 du Préambule de 1946 ».

L'analyse menée dans ce domaine, ainsi que dans celui de la protection des personnes handicapées – traité dans le paragraphe qui suit – fait apparaître que la QPC n'a pas changé fondamentalement la façon dont le Conseil constitutionnel appréhende la maladie ou le handicap. Cette nouvelle procédure a simplement permis quelques avancées dans la protection offerte aux personnes touchées par ces situations de vulnérabilité¹²⁵. Nous analyserons ainsi les principaux apports.

5 décisions QPC (parmi les 18) ont été recensées en matière d'accès aux soins, sous l'angle des prestations sociales en lien avec la santé : il s'agit des décisions n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 et n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011 sur le régime des accidents du travail/maladies professionnelles ; n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 sur les majeurs protégés ; n° 2011-170 QPC du 23 septembre 2011 sur la retraite anticipée pour inaptitude au travail ; n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016 sur le régime des accidents du travail en Nouvelle-Calédonie. Plus précisément, concernant les prestations sociales en lien avec la santé, le Conseil constitutionnel s'est prononcé trois fois sur un régime d'indemnisation des maladies professionnelles (MP) et accidents du travail (AT) : sur le régime général, sur le régime particulier des marins, et sur le régime applicable dans certaines collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie.

Il a validé l'économie générale de ces régimes, bien qu'ils aboutissent à une indemnisation des préjudices corporels résultant des AT/MP moindre que l'indemnisation des autres préjudices corporels faite sur le fondement du Code civil ; raison pour laquelle ces régimes sont critiqués. Notons que dans la première décision (décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010), le Conseil a émis une réserve qui concerne l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur : dans ce cas, « tous les chefs de préjudice doivent être indemnisés, et pas seulement ceux qui sont mentionnés dans le Code du travail ». Comme le rappelle Laurence Gay, « cette réserve modifie l'état du droit, car l'interprétation de la Cour de cassation (logique au demeurant vu la rédaction du texte) était que seuls les chefs de préjudice énumérés dans le Code du travail pouvaient être indemnisés. Donc, la réserve est un progrès pour les victimes d'AT/MP ». Dans la deuxième décision sur le régime spécial des marins (décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011), le Conseil a fait une réserve qui réintègre les marins dans le cadre du régime général en cas de faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail survenu en mer ; jusqu'à la décision QPC du Conseil constitutionnel, le régime des marins était sur ce point moins favorable, donc il s'agit ici aussi d'un progrès. Enfin, dans la troisième décision sur le régime applicable dans certaines COM et en Nouvelle-Calédonie, le Conseil a émis une réserve équivalente à celle de sa première décision (décision n° 2016-533 QPC).

125 L. GAY.

Laurence Gay a fait remarquer que dans ces affaires, l'alinéa 11 du Préambule de 1946 a été appliqué spontanément par le Conseil constitutionnel, alors qu'il n'était pas invoqué par les requérants. Le Conseil fait valoir que le régime d'indemnisation des AT/MP est une mise en œuvre de l'alinéa 11, lequel doit être concilié avec le droit des victimes d'actes fautifs à en obtenir réparation. C'est sur le terrain de ce droit des victimes d'actes fautifs/du principe de responsabilité que les réserves sont donc émises.

1.3. Les soins sans consentement

Au sein de la problématique liée à la protection de la santé et, plus particulièrement, dans la thématique de l'accès aux soins, le thème des soins sans consentement est sans doute celui qui apparaît de manière significative dans les jurisprudences des trois pays étudiés.

En France, c'est précisément sur ce terrain que la QPC fournit son principal apport en matière de droit à la santé. Comme le constate Laurence Gay, cette procédure « a permis l'émergence d'un contentieux nouveau, qui n'était pas présent dans le contrôle *a priori* car les textes étaient anciens : c'est le thème des soins "forcés", sans consentement »¹²⁶.

Même d'un point de vue statistique, il s'agit de la thématique de santé la plus traitée en QPC, avec 6 décisions sur les hospitalisations psychiatriques sans consentement qui ressortent de la recherche experte réalisée sur le site du Conseil constitutionnel : décisions n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011 ; n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 ; n° 2013-367 QPC du 14 février 2014.

Il faut ajouter à ces six décisions une septième, la décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, qui ne ressort pas de la recherche précitée, ainsi qu'une décision, n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015 sur la vaccination obligatoire, qui concerne donc des soins sans consentement faits à la fois au bénéfice de la santé de l'individu vacciné et au bénéfice de la santé publique. Nous avons pris le parti d'inclure dans la recherche la jurisprudence sur les vaccinations obligatoires, car elles peuvent être considérées comme un moyen de prévention de situations de vulnérabilité dues à la maladie, à la fois de l'individu, mais aussi pour la collectivité.

En Italie aussi, la problématique des « traitements sanitaires obligatoires » est sans doute l'un des thèmes les plus intéressants qui ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de droit à la santé, tout comme en Espagne, où la question des soins sans consentement – en particulier celle de l'hospitalisation sous contrainte – est au fait la seule qui semble ressortir de la jurisprudence par la voie incidente du Tribunal constitutionnel.

126 L. GAY.

1.3.1. *Les hospitalisations sous contrainte*

Dans le domaine des hospitalisations sous contrainte, l'intérêt de la santé de l'individu, couplé ou pas à la nécessité de sauvegarder la sécurité et l'ordre publics, va justifier une restriction à liberté individuelle et à la liberté personnelle.

Or, en France, lorsque la QPC est entrée en vigueur, c'est la loi Évin du 27 juin 1990 qui régissait les procédures d'hospitalisation sous contrainte : elle avait remplacé une loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Une QPC a donc porté sur la loi de 1838¹²⁷. Quatre QPC ont porté sur la loi Evin de 1990¹²⁸. Par ailleurs, les deux premières décisions ont conduit au vote de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011. Ce dernier texte a lui-même fait l'objet de deux QPC, une en 2012 et une en 2014¹²⁹. Enfin, à la suite de la décision du 20 avril 2012, la loi de 2011 a été modifiée par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

Sur le sujet des hospitalisations sans consentement, le Conseil constitutionnel a élaboré le considérant de principe suivant : « l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ».

Encore une fois, c'est le Conseil qui fait application spontanément de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 sur le principe de protection de la santé, pour le concilier avec les libertés mises en cause, notamment la liberté individuelle.

Il fait remarquer aussi que la QPC semble être particulièrement efficace dans la protection des droits fondamentaux dans ce domaine particulièrement sensible, car sur les 7 décisions rendues, seule la dernière conclut à la conformité à la Constitution des dispositions critiquées. Parmi les 6 autres décisions, on trouve : 4 déclarations d'inconstitutionnalité partielle, dont 2 d'effet immédiat et 2 d'effet différé ; 2 déclarations d'inconstitutionnalité totale, dont 1 d'effet immédiat et 1 d'effet différé.

Sur le fond, le premier point mis en cause est la possibilité de maintien d'une hospitalisation sans consentement au-delà du délai de 15 jours sans intervention de l'autorité judiciaire. Pour le Conseil constitutionnel, cette durée est excessive en violation des garanties de la liberté individuelle.

127 Conseil constitutionnel, n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011.

128 Conseil constitutionnel, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011.

129 Conseil constitutionnel, n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 et n° 2013-367 QPC du 14 février 2014.

Ce point a été censuré dans les décisions n° 2010-71 QPC, n° 2011-135/140 QPC et n° 2012-202 QPC. À deux reprises, les conditions permettant une hospitalisation d'office sont aussi jugées contraires à la liberté individuelle. En premier lieu, dans la décision n° 2011-135/140 QPC, le Conseil constitutionnel a vérifié la conformité du système mis en place, qui prévoit que suite à une hospitalisation d'office, dans les 24 heures suivant l'admission, un certificat d'un psychiatre de l'établissement est transmis au préfet et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques ; or, dans l'hypothèse où ce certificat médical ne confirme pas que l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation, aucune disposition ne prévoit un réexamen à brève échéance, de la nécessité de la mesure, ce qui est jugé contraire à la Constitution. En second lieu, dans la décision n° 2011-174 QPC, il s'agissait de l'hypothèse d'une hospitalisation d'office en cas de péril imminent. Cette mesure peut être adoptée dans les cas de « danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un certificat médical ou, à défaut, par la notoriété publique... ». De manière fort pertinente, le Conseil constitutionnel a censuré les mots « ou à défaut par la notoriété publique », car la disposition ne prévoyait pas de garantie que la mesure soit adaptée, nécessaire et proportionnée.

Enfin, à deux reprises également, ce sont les conditions dans lesquelles prend fin la mesure de l'hospitalisation sans consentement qui, selon le Conseil, ne garantissent pas la protection de la liberté individuelle : dans la décision n° 2011-185 QPC, à propos de la levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables, mesure que le juge ne peut prononcer que s'il existe une décision conforme de deux psychiatres, le Conseil constitutionnel juge que cette disposition viole l'article 66 de la Constitution, mais aussi l'article 64. Dans la décision n° 2012-235 QPC, le Conseil censure des conditions de mainlevée de la mesure d'hospitalisation plus rigoureuses pour certaines personnes.

En Italie, la matière des soins sans consentement, appelés « traitements sanitaires obligatoires » (TSO), trouve son fondement dans l'article 32 de la Constitution italienne, qui, après avoir confié à la République italienne le devoir de protéger la santé dans sa double dimension individuelle et collective (1^{er} alinéa), dispose que « nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé, si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine »¹³⁰. Par ailleurs, l'article 117 de la Constitution, en matière de répartition des compétences entre l'État et les régions italiennes, réserve à l'État la détermination des traitements considérés comme obligatoires, compte tenu des données scientifiques et de l'état des connaissances médicales.

Ainsi, comme le souligne Marina Calamo Specchia, en Italie, comme d'ailleurs en France et en Espagne, « les TSO sont une exception à la règle du droit à la santé comme droit fondamental de l'individu à son autodétermination quant aux soins et quant à la disposition de son propre corps, droit qui s'exprime également à travers le refus des soins ». Le TSO peut donc ne peut donc être considéré comme conforme à la Constitution qu'à la condition qu'il est nécessaire pour préserver la

¹³⁰ Article 32, alinéa 2, Constitution italienne.

santé publique, la santé de la collectivité, et s'il respecte la santé et la dignité de la personne soumise à ce traitement.

Dans le domaine des soins sans consentement, et notamment dans celui de l'hospitalisation sous contrainte, la Cour constitutionnelle italienne s'est penchée en particulier sur la question, délicate, de l'hospitalisation sans consentement de personnes condamnées pénalement, et présentant de graves troubles psychiatriques, au sein d'établissements psychiatriques judiciaires¹³¹. En particulier, dans un arrêt n° 253/2003 (arrêt manipulatif additif et de rejet partiel de la question) la Cour a annulé la disposition du Code pénal italien qui ne permettait pas au juge de prononcer des mesures de sécurité alternatives à l'enfermement dans un hôpital psychiatrique judiciaire d'une personne condamnée pour homicide et reconnue comme étant totalement incapable. La Cour condamne en particulier – comme dans bien d'autres domaines, au-delà de celui ayant trait au droit à la santé – le caractère automatique d'une mesure ségréguant et « totale » telle que l'enfermement dans un établissement de ce type. S'appuyant sur l'article 32 de la Constitution et sur le principe personnaliste qui inspire l'ordonnancement juridique italien, la Cour constitutionnelle estime que l'enfermement d'une personne totalement incapable à cause de graves troubles psychiatriques n'est possible que s'il poursuit une double finalité : le soin et la protection du malade et la limitation de sa dangerosité sociale. Par ailleurs, dans un arrêt n° 186/2015, la Cour estime que la décision de l'enfermement dans un hôpital psychiatrique judiciaire d'une personne considérée comme dangereuse doit être prise suite à une évaluation non pas générale, mais fondée sur des éléments concrets du cas d'espèce, tels que la situation individuelle, familiale et sociale de la personne, et l'absence de thérapies individualisées finalisées à sa réinsertion dans la société.

La question de la protection des personnes particulièrement vulnérables car atteintes de troubles mentaux et de l'enfermement obligatoire de ces personnes a été à l'origine des trois décisions du Tribunal constitutionnel espagnol adoptées dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité et recensées par Francisco Javier Matia Portilla. Ces décisions concernent en particulier l'enfermement (civil) forcé dans un établissement psychiatrique des personnes atteintes de graves troubles mentaux. Parmi ces décisions, la première, l'arrêt n° 129/1999, date d'avant 2000, mais elle a été prise en considération dans notre recherche car il s'agit de la décision pilote, à laquelle renvoient les deux autres décisions (les arrêts n° 131 et n° 132 de 2010).

Toutefois, dans les trois décisions, le Tribunal constitutionnel a répondu essentiellement à une question formelle, concernant l'article 211 du code civil espagnol¹³² et l'article 763.1 de la loi 1/2000 sur les poursuites civiles¹³³, à savoir si la procédure de l'enfermement prévue par ces dispositions relevait de la compétence de la loi organique ou de la loi ordinaire (avec une différence dans les modalités formelles d'adoption de la loi). Le Tribunal constitutionnel a jugé que l'enfermement, en

131 Les établissements psychiatriques judiciaires, à savoir des institutions régies par un régime carcéral destinées aux personnes condamnées pénalement, affectées par des troubles psychiatriques importants, ont été supprimés en Italie par des réformes successives initiées en 2011. Ces structures ont fait l'objet de vives critiques et de nombreuses enquêtes ont établi qu'elles étaient obsolètes, inadéquates, souvent lieux de situations inhumaines et dégradantes.

132 Tribunal constitutionnel, arrêts n° 129/1999 et n° 131/2010.

133 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 132/2010.

tant que mesure limitative du droit fondamental de la liberté personnelle (art. 17.1 de la Constitution), est une mesure que seule l'autorité judiciaire peut adopter et qu'il s'agit d'une matière relevant de la loi organique, sans toutefois censurer les normes attaquées. Il faut remarquer cependant que le juge constitutionnel espagnol avait également pu préciser, par le passé, dans une réserve d'interprétation, les conditions que la loi doit respecter pour que l'enfermement de la personne atteinte de troubles mentaux dans un hôpital psychiatrique soit conforme à la Constitution espagnole. Ainsi, le Tribunal avait précisé a) qu'il est nécessaire de prouver de manière convaincante le problème mental de l'intéressé, et décider de son enfermement après avoir procédé à une expertise médicale objective qui prouve l'existence d'un trouble psychiatrique réel; b) que ce trouble doit revêtir un caractère ou une gravité qui justifie l'enfermement; c) qu'il est nécessaire de vérifier si les motifs qui ont justifié l'enfermement persistent toujours et décider ensuite si prolonger ou pas l'enfermement¹³⁴.

Avec ces quelques décisions recensées, qui vont même au-delà de la période visée par notre recherche, il est possible de constater que lorsque le Tribunal constitutionnel juge dans le cadre de la question par la voie préjudicielle, il reste plutôt cantonné à un contrôle formel de la loi. Comme le relève dans son rapport Francisco Matia Portilla, le Tribunal estime, en ligne générale, que c'est la loi organique qui doit intervenir dans cette matière, et non la loi ordinaire, et que la loi doit posséder une certaine « qualité » et réglementer les divers aspects de la procédure de l'enfermement. Toutefois, l'inertie du législateur dans ce domaine, qui aggrave la situation de vulnérabilité dans laquelle se retrouvent les personnes affectées de troubles mentaux, n'a pas conduit à des censures de la part du Tribunal constitutionnel. La différence d'approche notamment avec la Cour constitutionnelle italienne en matière de soins sans consentement est évidente et se justifie, encore une fois, avec la présence, en Espagne, de la procédure de l'*amparo* constitutionnel, qui permet de protéger *in concreto* les situations des individus vulnérables, lors de cas concrets et à l'égard d'actes juridiques plus concrets que la loi.

1.3.2 Les vaccinations obligatoires

Dans le domaine des soins sans consentement, une place particulière est occupée par la question des vaccinations obligatoires. Ici, il s'agit de prévenir, en quelque sorte, l'émergence de situations de vulnérabilité dues à la maladie, non seulement pour ce qui concerne l'individu, mais également pour ce qui est de la collectivité dans son ensemble.

Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se pencher sur la question de la vaccination obligatoire, sans pour autant changer fondamentalement la donne. Pour Laurence Gay en effet, sur le sujet, « le juge constitutionnel adopte sans surprise une posture de réserve: il émet son considérant habituel sur le fait qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

¹³⁴ Tribunal constitutionnel (Sala Segunda), arrêt n° 112/1988 du 8 juin 1988.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne apparaît en revanche plus protectrice des droits ayant trait aux vaccinations obligatoires. Dans plusieurs décisions en effet, la Cour s'est penchée notamment sur des cas qui portent sur l'extension de l'indemnisation due à des infections conséquentes à des vaccinations obligatoires ou recommandées, ou à des transfusions de sang ou de dérivés du sang, ou contractées pendant le service hospitalier.

Le droit à l'indemnisation découle d'une obligation générale de solidarité, que la Cour constitutionnelle met en évidence dans une décision n° 226/2000, dans laquelle elle retoque l'ordonnance de renvoi du juge *a quo* qui avait fondé l'indemnisation sur le caractère obligatoire des vaccinations, en rattachant en revanche cette indemnisation à l'intérêt collectif à la santé qui conduit à l'indemnisation en tant que prestation sociale en cas de maladie. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a notamment imposé au législateur l'octroi de l'indemnisation à des personnes ou à des situations qui n'étaient pas envisagées par la loi, en élargissant ainsi de façon substantielle les possibilités d'indemnisation tout comme son montant. Elle a procédé ainsi par l'utilisation importante d'arrêts « manipulatifs additifs de prestation », à savoir des arrêts dans lesquels la Cour juge la disposition non conforme à la Constitution « dans la partie où elle ne prévoit pas... » une norme déterminée, nécessaire pour le respect de la Constitution et qui est donc ajoutée au texte par la Cour elle-même. Il s'agit dans ces cas d'arrêts additifs de prestation, car la Cour ajoute une obligation de prestation pécuniaire incombant au législateur¹³⁵. La protection accordée par ce biais aux personnes victimes d'infections dans les hypothèses énumérées ci-dessus est donc particulièrement concrète et efficace.

1.3.3. Soins sans consentement et fin de vie

Une question particulièrement délicate et d'actualité a été jugée, d'une manière fort audacieuse et courageuse, par la Cour constitutionnelle italienne, en matière de soins sans consentement. Il s'agit de l'épineuse question du refus, pour la personne malade, des soins obligatoires pour son maintien en vie¹³⁶, et de la question de « l'aide au suicide » pour des personnes incapables de se soustraire de manière autonome aux traitements sanitaires obligatoires, car gravement affectées dans leur capacité d'agir. La Cour constitutionnelle, appelée, à l'automne 2018, à se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 580 du Code pénal italien, qui punit d'une peine d'emprisonnement de cinq à douze ans « quiconque détermine une personne au suicide ou renforce la volonté du suicide ou en facilite l'exécution », en rapport au cas de l'aide au suicide d'une personne grièvement handicapée suite à un accident de voiture, mais pleinement capable de prendre des décisions et de s'exprimer, a décidé de manière inédite de renvoyer l'audience d'un an, afin de permettre au Parlement italien de légiférer dans ce domaine éminemment éthique et politique¹³⁷. Face à l'inertie du législateur, le

135 Voir notamment les arrêts n° 423/2000 ; n° 476/2002 ; n° 28/2009 ; n° 107/2012 ; n° 268/2017 ; n° 55/2019.

136 Sachant que la loi n° 219 du 22 décembre 2017 a introduit en Italie le « testament biologique », à savoir l'obligation de respecter la volonté du patient, même lorsqu'il en découle son décès (Loi n° 219 du 22 décembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

137 Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018 du 24 octobre 2018, ordonnance de renvoi de l'audience. On rappelle ici que contrairement au système de la QPC, qui permet au Conseil constitutionnel d'adopter des décisions avec un effet différé (art. 62 de la Constitution), le système italien ne prévoit pas cette possibilité. C'est donc la Cour constitutionnelle elle-même qui a développé, au cours de son activité, un arsenal de décisions permettant d'en différer les effets dans le temps. L'ordonnance de renvoi du 24 octobre 2018 constitue une solution inédite, originale et très audacieuse, qui n'a pas manqué de soulever de nombreuses critiques d'une partie de la doctrine italienne et de nombreux commentaires.

25 septembre 2019, la Cour constitutionnelle s'est prononcée par une déclaration d'inconstitutionnalité partielle assortie d'une réserve d'interprétation additive¹³⁸, déclarant non punissable l'aide au suicide dans certaines conditions, à savoir pour celui qui « facilite l'exécution du propos de se suicider, pris de manière autonome et libre, d'un patient maintenu en vie par des traitements de soutien vital et affecté par une pathologie irréversible et source de souffrances physiques ou psychologiques, qu'il estime absolument intolérables, mais pleinement capable de prendre des décisions libres et conscientes »¹³⁹. Cette réserve est toutefois conditionnée au respect de la législation en vigueur en matière de consentement libre et informé du patient et de soins palliatifs, y compris la sédation profonde, ainsi qu'au respect de la procédure prévue au sein de l'hôpital public.

L'attitude audacieuse et inédite adoptée par la Cour constitutionnelle dans cette affaire, qui a consisté à « forcer » les règles du procès incident afin d'assurer une protection pleine et efficace des droits des personnes considérées comme particulièrement vulnérables, peut être interprétée comme une manifestation d'une volonté aiguë de la Cour constitutionnelle de protéger les droits fondamentaux, même en forçant les règles, lorsque ces droits fondamentaux concernent des personnes se trouvant en situation de vulnérabilité.

2. *La protection des personnes handicapées*

À la différence du contentieux en matière de soins sans consentement, qui s'est développé, en France, précisément grâce à la QPC, la protection des personnes handicapées n'a pas connu de réelles évolutions depuis l'apparition de la QPC. Si l'on se tourne vers le système italien, en revanche, on constate que dans ce domaine la Cour constitutionnelle a mis en place une protection très articulée et très développée des droits et libertés des personnes handicapées. En Espagne au contraire, la question ne semble pas avoir été abordée dans le cadre de la voie incidente de constitutionnalité.

2.1. *Un contentieux QPC d'un très faible apport*

En France, Laurence Gay a recensé 5 décisions paraissant pertinentes pour la recherche, en ce qu'elles abordent directement la question du respect des droits et libertés des personnes handicapées : il s'agit des décisions n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *M^{me} Vivianne L.* [Loi dite « anti-Perruche »] ; n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T.* [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé] ; n° 2014-398 QPC du 2 juin 2014, *M. Alain D.* [Sommes non prises en considération pour le calcul de la prestation compensatoire] ; n° 2014-433 QPC du 5 décembre 2014, *M. André D.* [Majoration de la pension au titre de l'assistance d'une tierce personne] ; n° 2016-592

Voir notamment A.-M. LECIS COCCO ORTU, « *Questa legge s'ha da fare* » : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *op. cit.*, p. 51-56 ; Giuliano SERGES, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 (« *Ordinanza Cappato* ») : une nouvelle typologie de décision ou un « *non liquet* » avec date d'expiration ? », *op. cit.*, p. 67-89 ; C. SEVERINO, « La Cour constitutionnelle dépenalise partiellement l'aide au suicide, se substitue au législateur et le met (à nouveau) en garde : l'affaire Cappato, sequenza inedita et sentenza storica », *op. cit.*, p. 924-927.

138 Cour constitutionnelle, arrêt n° 242/2019.

139 Voir le communiqué de presse de la Cour constitutionnelle du 25 septembre 2019, anticipant l'arrêt de la Cour dont la motivation a été déposée le 22 novembre 2019.

QPC du 21 octobre 2016, *M^{me} Françoise B.* [Recours en récupération des frais d'hébergement et d'entretien des personnes handicapées].

Dans ce domaine, les normes-paramètre le plus utilisées par le Conseil constitutionnel sont le principe d'égalité devant la loi et l'alinéa 11 du Préambule, invoqué dans une décision en ce qu'il vise le droit à des moyens convenables d'existence en faveur des personnes dans l'impossibilité de travailler en raison de leur état physique ou mental et, dans une autre décision, en ce qu'il consacrerait un « principe de solidarité nationale ».

Sur les 5 décisions retenues, 3 sont relatives à la protection sociale en faveur des personnes handicapées¹⁴⁰. Les 2 autres décisions abordent, l'une question de droit de la famille (question de la prise en charge de certains revenus liés au handicap pour la fixation de la prestation compensatoire en cas de divorce), l'autre une question de responsabilité médicale (il s'agit de la deuxième décision QPC sur la loi dite anti-perruche).

Concernant les solutions retenues dans ces 5 décisions relatives aux personnes handicapées, l'on constate 3 décisions de conformité et 2 décisions de non-conformité, dont 1 de non-conformité partielle et 1 de non-conformité totale.

Sur le fond, aucune des trois décisions concernant la protection sociale à l'égard des personnes porteuses de handicap ne constate d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel y écarte, selon un raisonnement assez classique, les griefs tirés de l'atteinte soit au principe d'égalité, soit à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 (alinéa 11 auquel sont rattachées d'une façon générale les questions d'accès à la protection sociale/conditions de bénéfice des prestations sociales). Par ailleurs, Laurence Gay relève-t-elle que l'application de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 dans la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011 amène le Conseil à appliquer un considérant élaboré antérieurement selon lequel : « les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des *personnes défavorisées* »¹⁴¹. Ainsi, dans la décision portant sur les conditions pour bénéficier d'une prestation d'aide sociale, les personnes concernées par les dispositions de la loi sont appréhendées par le Conseil constitutionnel comme des personnes *défavorisées* plutôt que comme des personnes handicapées.

On peut noter qu'au contraire, dans une récente décision DC, le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement des alinéas 10 et 11 du Préambule, que : « les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des *personnes handicapées* »¹⁴². Il s'agit de la déclinaison à la situation du handicap d'une formule devenue rituelle à propos de l'alinéa 11 (couplé le cas échéant à l'alinéa 10) : politique de solidarité nationale en faveur de la famille ; en faveur des travailleurs retraités ; en faveur des personnes défavorisées ;

140 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-123 QPC ; n° 2014-433 QPC et n° 2016-592 QPC.

141 Souligné par nous.

142 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Le contrôle portait ici sur des dispositions relatives au pourcentage de logements devant être accessibles aux personnes handicapées dans les bâtiments nouveaux d'habitation collectifs.*

et donc désormais en faveur des personnes handicapées. Pour Laurence Gay, s'il y a là une rare, peut-être même l'unique, prise en considération à ce jour du handicap en tant que tel, elle ne se traduit pourtant guère en l'espèce par une amélioration de leurs droits¹⁴³.

Présent dans le contentieux relatif à la protection sociale, le principe d'égalité l'est aussi dans les deux autres décisions. Il fonde la seule déclaration d'inconstitutionnalité totale prononcée, sans que la solution concrète retenue par le Conseil ne doive déboucher non plus sur une amélioration des droits des personnes handicapées. La censure prononcée dans la QPC portant sur la loi anti-perruche est par ailleurs essentiellement technique en ce qu'elle porte sur l'application dans le temps du dispositif en cause¹⁴⁴.

En l'état, on peut donc dire, avec les mots de Laurence Gay, que la QPC n'a pas eu d'incidence spécifique sur la protection des droits des personnes porteuses de handicap, ni n'a conduit le Conseil à une appréhension spécifique de la situation de handicap. Concrètement, c'est surtout le Conseil d'État qui est appelé à protéger de manière efficace les droits des personnes handicapées, sans pour autant que le contentieux remonte jusqu'au Conseil constitutionnel. Cela pose la question des rapports entre les juges dans le système juridique et du rôle que le juge constitutionnel devrait jouer, souhaite jouer et joue réellement, comparé à d'autres juges, dans la protection concrète des droits des personnes vulnérables.

2.2. Une protection importante dans le recours par voie incidente

En Italie, Marina Calamo Specchia souligne avant tout que les personnes handicapées (les personnes « *disabili* ») font l'objet d'une « large protection constitutionnelle, tant sous le profil de la sphère personnelle, par le biais du principe de non-discrimination et de la protection de la dignité humaine, que sous le profil des actions positives de la garantie de la santé et de la protection sociale ». Les arrêts recensés dans la période étudiée s'insèrent dans ces deux parcours, afin d'assurer une protection maximale des droits de ces personnes, en particulier des droits qui leur permettent d'atteindre « l'égalité sociale » (article 3, 1^{er} alinéa de la Constitution italienne) et « le plein développement de la personne humaine » (art. 3, 2^e alinéa de la Constitution italienne).

Par ailleurs, une protection spécifique est assurée par la Constitution italienne au droit à l'instruction et à l'assistance des personnes handicapées. L'art. 38 de la Constitution précise en effet que « Tout citoyen inapte au travail et dépourvu des moyens d'existence nécessaires a droit à la subsistance et à l'assistance sociale » (art. 38, 1^{er} al.) et que « Les inaptes et les handicapés ont droit à l'éducation et à la formation professionnelle » (art. 38, 3^e al.).

143 Le Conseil constitutionnel valide en effet le passage à 20% de la proportion des logements devant être accessibles aux personnes en situation de handicap dans les bâtiments nouveaux d'habitation collectifs, alors que la loi imposait auparavant un taux de 100%.

144 L. GAY.

Au cours de sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a pu décliner en de multiples facettes les droits consacrés par la Constitution en faveur des personnes handicapées, en développant une panoplie de principes et règles imposés au législateur.

2.2.1 *Le droit à l'instruction*

Ainsi, dans le domaine, très mobilisé, du droit à l'instruction, la Cour a précisé que ce droit ne doit en aucun cas être comprimé et doit être promu par tout moyen, y compris par la mise en place de mesures d'indemnisation¹⁴⁵ ou de mesures concernant le transport public, dont le financement ne peut être soumis à des limitations d'ordre budgétaire, puisque, dit la Cour, « c'est la garantie des droits incompressibles qui doit avoir une incidence sur le budget et non l'équilibre budgétaire à pouvoir conditionner la nécessaire allocation de prestations finalisée à sa réalisation »¹⁴⁶. Par ailleurs, il revient au législateur et non pas à la Cour d'établir les prestations, ainsi que leur entité et leur qualité, finalisées à la protection effective du droit à l'instruction des personnes handicapées¹⁴⁷. La Cour estime que le droit à l'instruction ne doit pas se limiter à une simple énonciation formelle, programmatique, mais qu'il doit être rempli de contenu concret et réel. Ainsi, le service d'assistance et de transport scolaire constitue une composante essentielle visant à rendre effectif ce droit¹⁴⁸, tout comme la prévision d'enseignants de soutien titulaires des diplômes attestant de leur compétence¹⁴⁹ ou encore de mesures telles que l'indemnité mensuelle permettant aux jeunes enfants handicapés de fréquenter des crèches, et finalisés « au dépassement de leur marginalisation »¹⁵⁰.

2.2.2. *Le droit de circuler librement*

Au-delà du droit à l'instruction, le droit de circuler librement a aussi fait l'objet d'une protection efficace de la part de la Cour constitutionnelle. Encore une fois, la Cour a exercé un contrôle très concret, en estimant que ce droit est garanti tant par la prévision de places de parking réservées et adaptées aux personnes handicapées¹⁵¹, que par la suppression d'obstacles architecturaux, y compris à travers la mise en adéquation de structures préexistantes, comme des salles de cinéma¹⁵².

2.2.3. *Le droit au travail*

Le droit au travail des personnes portant un handicap a également fait l'objet d'une attention accrue de la part de la Cour, celle-ci jugeant que si l'ordonnancement juridique doit mettre en place des mesures destinées à favoriser l'accès au monde du travail de ces personnes (telles que des quotas réservés au sein de la fonction publique), il ne doit cependant pas prévoir des privilèges, tels que

145 Cour constitutionnelle, arrêt n° 329/2002.

146 Cour constitutionnelle, arrêt n° 275/2016.

147 Cour constitutionnelle, arrêt n° 431/2008, dans lequel la Cour n'admet pas la question soulevée par le juge *a quo*, car ce juge demandait à la Cour une décision « additive » concernant l'accès réservé pour des personnes handicapées à des formations en physiothérapie.

148 Cour constitutionnelle, arrêt n° 80/2010.

149 Cour constitutionnelle, arrêt n° 52/2000 (arrêt manipulatif additif).

150 Cour constitutionnelle, arrêt n° 476/2002 (arrêt additif, par lequel la Cour censure l'absence de la prévision de cette indemnité en faveur des jeunes enfants handicapés).

151 Cour constitutionnelle, arrêts n° 362/2004 ; n° 113/2006.

152 Cour constitutionnelle, arrêt n° 251/2008.

des mesures vouées à la progression de leur carrière professionnelle, et ce en vertu du respect du principe d'égalité¹⁵³.

2.2.4. *L'assistance aux personnes handicapées*

Par ailleurs, ce principe joue aussi dans le sens de la prévision de formes d'assistance et de protection spécifiques pour les personnes handicapées, par exemple à travers la mise en place de congés attribués aux parents, mais aussi aux frères et sœurs, tout comme aux conjoints, même si non mariés ni pacsés, ou à travers la prévision de la détention à domicile pour les parents de personnes handicapées¹⁵⁴ ou par la mise en place de congés pour l'enfant vivant dans le même foyer, ou allant s'installer dans le même foyer, afin de pouvoir assister le parent porteur de handicap¹⁵⁵.

2.2.5. *Les droits sociaux reconnus aux étrangers handicapés*

Enfin, la Cour constitutionnelle a reconnu aux étrangers handicapés les mêmes droits sociaux que ceux dont bénéficient les nationaux, sans que cela soit conditionné à la possession d'un titre de séjour¹⁵⁶. Elle a également jugé contraire à la Constitution l'obligation, pour l'étranger portant un grave handicap mental, de prêter serment pour l'obtention de la nationalité italienne, ceci conduisant, selon la Cour, à une marginalisation et à une exclusion non raisonnables, alors que la personne a par ailleurs rempli les autres conditions requises pour l'obtention de la nationalité italienne, et alors qu'elle a notamment manifesté une pleine intégration dans la société italienne¹⁵⁷.

3. *Quelques propos conclusifs*

L'analyse de la jurisprudence QPC en matière de protection des personnes malades ou handicapées a manifesté indéniablement des apports, tout particulièrement dans le domaine des soins sans consentement. En effet, malgré quelques réticences, le Conseil constitutionnel semble avoir utilisé le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une manière plutôt efficace. Il a approfondi la vérification de la conformité à la Constitution de la loi, en prononçant un certain nombre de censures, surtout de dispositions anciennes, ce qui a, par ailleurs, conduit à une évolution, fort bienvenue, de la réglementation française en matière d'hospitalisation sous contrainte. En ce sens, la QPC a joué assez bien son rôle, à la fois d'arme pour la protection des droits constitutionnellement garantis attribués aux personnes en situation de vulnérabilité et d'impulsion pour l'amélioration de notre système juridique.

Cependant, face à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en matière de protection de la santé, censurant notamment les omissions du législateur, son inertie, et approfondissant même

153 Cour constitutionnelle, arrêt n° 190/2006.

154 Cour constitutionnelle, arrêts n° 233/2005 (arrêt manipulatif additif); n° 158/2007 (arrêt manipulatif additif); n° 350/2003 (arrêt manipulatif additif).

155 Cour constitutionnelle, arrêts n° 19/2009 (arrêt manipulatif additif); n° 232/2018 (arrêt manipulatif additif); n° 203/2013 (arrêt manipulatif additif).

156 Cour constitutionnelle, arrêts n° 40/2013; 11/2009; n° 306/2008; n° 324:2006; n° 187/2010; n° 329/2001.

157 Cour constitutionnelle, arrêt n° 258/2017 (arrêt additif).

le contrôle de constitutionnalité de la loi, en prenant en compte le contexte d'application de la disposition législative contrôlée, le Conseil constitutionnel peut apparaître timide au regard des possibilités que lui offre la QPC pour protéger des personnes vulnérables pour des situations liées à leur santé.

D. La protection des étrangers

Comme le souligne fort pertinemment Olivier Lecucq, l'identification, le contenu et l'efficacité des droits fondamentaux doivent beaucoup au droit appliqué aux étrangers. La raison en est simple et, somme toute, évidente. Dans un État de droit développé, il y a peu, pour ne pas dire pas, de catégories humaines dont les droits et libertés sont susceptibles d'être aussi bousculés, voire bafoués, compte tenu de la condition qui est la leur par rapport à la communauté étatique de référence. N'appartenant pas à la communauté nationale, l'étranger dispose d'un statut juridique nettement dégradé par rapport à celui du national, notamment en termes d'accès et de maintien sur le territoire, et en termes de participation à la vie politique. N'ayant pas, comme dirait le Conseil constitutionnel, de droit général et absolu d'entrée et de séjour sur le sol français, pas davantage que la jouissance des droits politiques, l'étranger voit la plupart de ses droits immédiatement pâtir de cette situation et devoir être conciliés avec les objectifs de maîtrise des flux migratoires et de lutte contre l'immigration irrégulière, qui sont, depuis longtemps, devenus des impératifs de politique publique. C'est pourquoi, à nulle autre pareille, les étrangers sont une catégorie de personnes vulnérables, soumise au joug de la politique d'immigration (nationale et européenne), de sorte que leurs droits ont toujours constitué une sorte de laboratoire expérimental de ce que peut subir tel ou tel droit fondamental – et jusqu'à quel point¹⁵⁸.

Cela est aussi vrai, au demeurant, sur le plan processuel : l'aptitude d'un recours juridictionnel à offrir une protection utile aux étrangers est souvent le révélateur de son opportunité et de son efficacité. Parce qu'ils sont vulnérables, que leur condition rend leurs droits fondamentaux plus exposés aux atteintes de la puissance publique, les étrangers représentent en effet un bon paramètre de l'accessibilité et de l'efficacité d'une voie de droit dans la protection des droits et libertés.

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative aux étrangers dans les trois pays examinés, finalisée notamment à vérifier l'efficacité de la protection offerte par la QPC à l'égard de cette catégorie de personnes vulnérables, nous conduit ainsi à envisager les éléments et apports de cette jurisprudence tant d'ordre processuel (2) que d'ordre substantiel (3), ce qui nous mènera ensuite à quelques propos conclusifs, d'ordre comparatif (4). Avant cela, il est nécessaire toutefois de s'arrêter sur quelques données d'ordre statistique qui nous offrent d'ores et déjà un certain nombre de réponses (1).

158 O. LECUCQ.

1. *Éléments d'ordre statistique*

D'un point de vue quantitatif, les résultats concernant les jurisprudences française, espagnole et italienne, adoptées dans le cadre de la voie préjudicielle, en matière de droits des étrangers, manifestent des écarts importants, toutes proportions gardées. Alors qu'en Italie et en France, les questions préjudicielles dans ce domaine ne manquent pas et leur nombre est même significatif, compte tenu de l'ensemble des décisions adoptées dans ce contentieux, en Espagne en revanche, aucune décision du Tribunal constitutionnel n'a été repérée dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité.

Plus précisément, la recherche réalisée par Olivier Lecucq, en utilisant le mot clef « étrangers » sur le moteur de recherche du site web du Conseil constitutionnel, montre que sur les 811 QPC rendues jusqu'au 25 octobre 2019, 23 décisions intéressent directement les étrangers¹⁵⁹, encore qu'il convient de préciser que, parmi ces dernières, 4 portent sur l'acquisition de la nationalité de sorte que, pour ce qui les concerne, la prise en compte de l'extranéité par les lois contestées impacte surtout des personnes devenues françaises¹⁶⁰. Il est à noter que la transmission des questions est le fait, à parts presque égales, du Conseil d'État pour 14 d'entre elles contre 10 pour la Cour de cassation.

Quant à la nature des décisions prises, les résultats révèlent, dans l'ensemble, une certaine retenue de la part du juge constitutionnel à l'égard du législateur, car sur les 23 décisions recensées l'on relève tout de même 13 décisions de conformité¹⁶¹ et 3 décisions de conformité sous réserve¹⁶², tandis que 6 décisions prononcent la non-conformité totale ou partielle (dont 2 en outre assorties d'une réserve et 4 avec un effet différé de l'abrogation)¹⁶³, et 1 décision prononce un non-lieu à examiner la question¹⁶⁴.

Par ailleurs, pour rester dans les données d'ordre statistique, pour ce qui est des dispositions contestées, sans surprise, ce sont celles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui sont le plus sollicitées (14 cas), même si le code de procédure pénale (3 cas), le Code civil (2 cas), le code de l'action sociale et des familles (2 cas), des dispositions relatives à la nationalité ou encore des dispositions de lois de finances ont également été attaquées.

S'agissant par ailleurs des droits et libertés garantis par la Constitution qui ont été invoqués à l'occasion de ces différents recours, le panel est assez large. Il intéresse notamment le droit au recours effectif, le principe d'égalité ou encore le droit au respect de la vie privée ou la liberté d'aller et venir. À cet égard, il faut rappeler la consécration, inédite, du principe de fraternité, appliqué par le Conseil

159 Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-1 QPC, n° 2010-79 QPC, n° 2011-120 QPC, n° 2011-137 QPC, n° 2011-217 QPC, n° 2011-227 QPC, n° 2012-264 QPC, n° 2013-312 QPC, n° 2013-347 QPC, n° 2013-358 QPC, n° 2014-427 QPC, n° 2014-439 QPC, n° 2016-580 QPC, n° 2016-606/607 QPC, n° 2017-674 QPC, n° 2017-690 QPC, n° 2018-709 QPC, n° 2018-717/718 QPC, n° 2018-741 QPC, n° 2018-768 QPC, n° 2019-797 QPC, n° 2019-799/800 QPC, n° 2019-807 QPC, n° 2019-810 QPC.

160 Décisions n° 2011-227 QPC, n° 2012-264 QPC, n° 2014-427 QPC et n° 2014-439 QPC.

161 Décisions n° 2011-120 QPC, n° 2011-137 QPC, n° 2011-217 QPC, n° 2012-312 QPC, n° 2013-347 QPC, n° 2013-358 QPC, n° 2014-427 QPC, n° 2016-580 QPC, n° 2018-741 QPC, n° 2018-768 QPC, n° 2019-797 QPC, n° 2019-807 QPC, n° 2019-810 QPC.

162 Décisions n° 2011-227 QPC, n° 2012-264 QPC, n° 2016-606/607 QPC.

163 Décisions n° 2010-1 QPC, n° 2017-674 QPC, n° 2017-690 QPC, n° 2018-709 QPC, n° 2018-717/718 QPC, n° 2019-799/800 QPC.

164 Décision n° 2011-120 QPC, en ce que les dispositions contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive qui ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

constitutionnel dans sa décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 à propos des dispositions du CESEDA prévoyant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. Cette décision est à souligner, comme le rappelle le Professeur Lecucq, à un double titre au moins : d'une part, parce que c'est la première fois que le juge constitutionnel consacre ce principe en tant que norme constitutionnelle opératoire – en l'occurrence dans le cadre de la QPC – en le dégagant notamment de la devise de la République « liberté, égalité, fraternité » énoncée à l'article 2 de la Constitution de 1958, signifiant par là même l'attachement séculaire dont la notion de fraternité fait l'objet¹⁶⁵. D'autre part, « il est assez symptomatique que ce soit à l'occasion d'une décision portant sur les étrangers que le principe ait fait son entrée dans le corpus constitutionnel s'imposant jurisprudentiellement à la loi, plus précisément dans la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution qu'elle doit respecter »¹⁶⁶. En visant les étrangers sans le dire franchement, le Conseil a ainsi jugé qu'« il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire »¹⁶⁷. Ainsi, ce seul exemple suffirait à démontrer l'intérêt que peut offrir la QPC pour les personnes vulnérables que sont les étrangers.

Toutefois, les données statistiques et les exemples tels que celui de la décision sur la fraternité ne doivent pas laisser croire que la QPC constitue, sans nuance, un instrument efficace de protection de cette catégorie de personnes en situation de vulnérabilité, « l'efficacité de cet outil demeurant somme toute modeste »¹⁶⁸. Il faut rappeler, en effet, que l'impressionnant arsenal législatif qui nourrit le droit des étrangers n'a finalement vu censurer par cette voie de droit qu'une poignée de ses dispositions, moins d'une dizaine. Ce à quoi s'ajoute le fait que nombre de dispositions de la législation des étrangers ont déjà fait l'objet de déclarations de conformité, ce qui ferme largement la voie de la QPC¹⁶⁹.

Contrairement au constat dressé pour la France, le bilan réalisé par Olivier Lecucq concernant les questions incidentes de constitutionnalité jugées par le Tribunal constitutionnel en cette matière, « est quasiment vide », puisqu'aucune décision du juge constitutionnel n'a été rendue par cette voie de recours. La recherche réalisée sur le moteur du site web du Tribunal constitutionnel en utilisant les mots-clefs « étrangers », « étranger »¹⁷⁰ ou « extranéité »¹⁷¹ n'aboutit en effet à aucun résultat, ce qui a été confirmé par le service juridique interne du Tribunal constitutionnel. Tout au plus, peut-on recenser, dans ce domaine, quatre tentatives de recours incidents, soit quatre questions d'inconstitutionnalité, qui se sont toutes soldées par une ordonnance d'irrecevabilité du Tribunal constitutionnel, soit pour défaut de motivation, soit parce que la question n'était pas fondée, soit encore parce que le doute constitutionnel n'était pas sérieux¹⁷².

165 Pour plus de précisions, voir le commentaire de la décision sur le site web du Conseil constitutionnel.

166 O. LECUCQ.

167 Point 8.

168 O. LECUCQ.

169 Voir le tableau récapitulatif des dispositions législatives déclarées conformes sur le site web du Conseil constitutionnel.

170 Qui est le mot le plus employé dans les fondements juridiques des arrêts rendus sur recours (par voie d'action) d'inconstitutionnalité.

171 Étant entendu que mot espagnol « extranjería » a un sens plus large que le mot français « extranéité » correspondant davantage au mot « immigration ».

172 Informations données par le service du Tribunal constitutionnel.

L'explication de cette pauvreté contentieuse réside principalement dans le fait que les nombreuses lois espagnoles sur l'immigration ont pratiquement toutes fait l'objet d'un recours d'inconstitutionnalité faisant intervenir les autorités politiques (comme les Communautés autonomes) ou administratives (comme le Défenseur du peuple, à plusieurs reprises)¹⁷³. L'on compte ainsi 15 recours de ce type ayant donné lieu à une jurisprudence particulièrement fournie de la part du juge constitutionnel, qui aborde et tranche pour ainsi dire l'ensemble des problématiques constitutionnelles afférentes à la condition et au statut des étrangers, par le biais, au surplus, d'une motivation particulièrement étoffée. Aussi, les juges ordinaires ayant été confrontés dans plus de 1 000 cas au droit des étrangers, et, à cette occasion, bien souvent au respect de leurs droits fondamentaux, ont pu aisément trouver dans ce fond jurisprudentiel la matière utile pour résoudre par eux-mêmes les difficultés d'ordre constitutionnel se présentant à leur prétoire, sans éprouver donc la nécessité de saisir à nouveau le Tribunal constitutionnel d'une question déjà résolue ou offrant la voie d'une interprétation conforme facilement négociable. À quoi s'ajoute l'apport de la jurisprudence constitutionnelle issue des quelque 150 recours d'*amparo* qui ont pu utilement compléter le droit constitutionnel des étrangers par une approche plus concrète des problématiques qu'il révèle.

Mis à part les explications ainsi données à la pauvreté contentieuse observée, force est donc, en définitive, de constater qu'en Espagne notre sujet n'en est pas vraiment un.

En Italie, en revanche, Laura Montanari ainsi que Francesco Grisostolo, ont recensé dans la période 2000-2019, dans le cadre du procès par la voie incidente, 330 décisions touchant le droit des étrangers, sur un total de 4 859 décisions (données arrêtées au 1^{er} novembre 2019). Parmi ces 330 décisions, 58 sont des arrêts, les autres sont des ordonnances. Concernant les solutions adoptées par ces décisions, l'on relève 29 arrêts de non-conformité (arrêts dans lesquels la question d'inconstitutionnalité *est accueillie* par la Cour), 21 arrêts de rejet de la question (arrêts dans lesquels la Cour ne prononce pas l'inconstitutionnalité de la disposition attaquée, qui sera donc appliquée dans le procès du renvoi, avec effet *inter partes*) et 280 décisions diverses (décisions de non-admission de la question et ordonnances).

Par ailleurs, la recherche sur la jurisprudence italienne a pris en compte aussi, de manière complémentaire, le procès par voie d'action (ou par voie principale), promu devant la Cour constitutionnelle par l'État ou les régions, afin d'assurer le respect de la répartition des compétences prévue par la Constitution. Comme nous le verrons ci-après, cette étude s'avère importante pour évaluer l'impact du procès par la voie incidente sur la protection des droits et libertés des étrangers opérée par la Cour constitutionnelle italienne. Ainsi, dans la même période (2000-2019) ont été recensés 30 arrêts pertinents pour notre recherche, adoptés dans le cadre du procès par la voie principale¹⁷⁴.

173 Sur l'évolution législative et jurisprudentielle en matière d'étrangers en Espagne, sous le profil spécifique de la vulnérabilité de cette catégorie de la population, voir A. M. OVEJERO PUENTE, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », in L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 151-171.

174 Concernant la voie principale, seuls les arrêts ont été comptabilisés dans la recherche, et pas les ordonnances. En effet, alors que dans le procès par la voie préjudicielle la Cour doit examiner préliminairement la pertinence de la question et son caractère non manifestement infondé, ces conditions n'apparaissent pas dans le procès par la voie principale, ce qui fait que ce procès se termine rarement par ordonnance.

Pour ce qui est des normes-paramètre les plus mobilisées dans ce domaine, il faut rappeler que la Constitution italienne contient quelques dispositions qui se réfèrent de manière expresse à l'étranger : ainsi, l'art. 10, 2^e alinéa, qui prévoit que « la condition juridique de l'étranger est régie par la loi, conformément aux normes et aux traités internationaux », et qui impose donc le respect des traités internationaux ; l'article 117, relatif à la répartition des compétences législatives entre l'État et les régions, qui dispose que « l'État a le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières a) de politique étrangère et relations internationales de l'État ; relations de l'État avec l'Union européenne ; droit d'asile et statut juridique des ressortissants d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne ; b) immigration ; i) citoyenneté, état civil et registres de l'état civil ». Enfin, l'art. 10, 3^e alinéa de la Constitution, disposant que « l'étranger, auquel l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne est interdit dans son pays, a droit d'asile sur le territoire de la République, selon les conditions fixées par la loi » et l'alinéa 4 de ce même article 10, interdisant « l'extradition d'un étranger pour des délits politiques ».

Mais au-delà des dispositions se référant de manière expresse à l'étranger, la Cour constitutionnelle a pu mobiliser à l'égard de ces personnes en situation de vulnérabilité pratiquement tous les droits et libertés prévus par le texte constitutionnel, en les étendant par la voie interprétative aux non-citoyens. Depuis un arrêt n° 120 de 1967, en effet, la Cour constitutionnelle a estimé que l'art. 3 de la Constitution italienne – qui consacre le principe d'égalité – bien que se référant expressément aux seuls « citoyens », s'applique également à l'étranger, lorsqu'il s'agit du respect des droits fondamentaux évoqués par l'article 2 de la Constitution. Ont été ainsi pris en considération dans la jurisprudence constitutionnelle les droits et libertés individuels, les droits sociaux et, dans une moindre mesure, les droits politiques. Au-delà des apports sur le fond, en Italie, aussi la protection jurisprudentielle offerte par le juge constitutionnel à l'égard des étrangers passe également à travers une dimension contentieuse, que nous allons analyser dans le paragraphe qui suit.

2. Les apports d'ordre processuel

Sur le plan contentieux, plusieurs points méritent plus particulièrement attention, en France comme en Italie.

2.1. La concurrence contentieuse et la législation contrôlée

Le domaine du droit des étrangers est particulièrement impacté, en France comme en Italie, par la coexistence, avec la voie préjudicielle, du procès par voie d'action, ouvert dans les deux pays à des organes institutionnels et/ou politiques. L'analyse comparative met en exergue le fait que les juges constitutionnels de ces deux systèmes ont globalement fait jouer le jeu de la protection offerte par la voie préjudicielle aux droits des étrangers, et ce malgré, ou grâce à la présence de cette concurrence contentieuse.

2.1.1. Contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*

En France, l'analyse montre en premier lieu que le contrôle *a posteriori* offert par la QPC joue en quelque sorte pleinement son rôle lorsqu'il permet de mettre rapidement en doute des dispositions législatives adoptées récemment et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle préventif (ou d'une déclaration de conformité) dans le cadre du procès par voie d'action. Dans ce cas, comme l'affirme Olivier Lecucq, « l'éventuel venin contenu dans la loi n'a pas le loisir de se diffuser dans le temps, il est rapidement stoppé, la QPC servant de garde-fou diligent des droits fondamentaux. Ainsi, dans 10 cas sur 23, la législation contestée n'a pas plus de trois ans, ou guère plus, ce qui révèle la réactivité potentielle de la procédure et évite, le cas échéant, que le mal constitutionnel perdure ». Cela a été le cas, par exemple, de la décision n° 799/800 QPC du 6 septembre 2019, par laquelle le Conseil a jugé que l'octroi d'une libération conditionnelle au profit d'une personne pour certains faits de terrorisme, tel que prévu par une loi du 3 juin 2016, n'était pas possible, compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, pour les condamnés étrangers sous le coup d'une décision d'éloignement du territoire, telle qu'une expulsion ou une interdiction du territoire français, dès lors que l'exécution de mesures probatoires est incompatible avec la décision d'éloignement du territoire, et que cette privation pour les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, était manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines¹⁷⁵.

À l'inverse, autre vertu d'intervention temporelle, la QPC a permis la contestation de législations anciennes qui, par la force des choses processuelles, avaient jusqu'alors échappé à tout contrôle de constitutionnalité. Topiquement, on citera l'exemple de la censure, prononcée, sur la base de la rupture d'égalité de traitement, dans la première décision QPC, la décision n° 2010-1, du procédé de cristallisation des pensions attribuées aux ressortissants d'Algérie (et aux ressortissants français qui y sont demeurés) issu d'un paquet législatif de nature financière dont certains des éléments textuels remontent à la fin des années cinquante¹⁷⁶.

Sur un autre plan, dans la décision n° 606/607 QPC du 24 janvier 2017, portant sur les contrôles d'identité, le Conseil constitutionnel a pu préciser les contours de la condition de recevabilité de la QPC qui impose que la loi déférée en QPC ne doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances¹⁷⁷, condition qui relève donc du mécanisme de connexion entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*. Dans cette décision, les deux situations visées par cette condition de recevabilité se retrouvent vérifiées et les solutions données sont favorables à la protection des droits des personnes (dont les étrangers) visées par les dispositions législatives attaquées. D'une part, en effet, le Conseil relève que l'un des alinéas contestés de l'article 78-2 du code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République a été « spécialement

175 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-799/800 QPC, points 7 et 8.

176 O. LECUCQ.

177 Cette condition de recevabilité est prévue par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

examiné » dans une décision DC antérieure¹⁷⁸, mais qu'il « ne l'a toutefois pas déclaré conforme dans le dispositif de cette décision »¹⁷⁹, de sorte que le contrôle de cet alinéa au titre de la QPC est en mesure de prospérer. D'autre part, le Conseil juge que, si les dispositions contestées de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale ont été déclarées conformes à la Constitution dans une autre décision DC antérieure¹⁸⁰, des modifications introduites par la suite par le législateur en ont étendu le champ d'application et que ce changement de circonstances justifie leur réexamen de constitutionnalité¹⁸¹.

2.1.2. *Contrôle par voie principale et contrôle par voie incidente*

Bien que le projet concentre son analyse sur le contrôle de constitutionnalité par la voie incidente, Laura Montanari et Francesco Grisostolo ont estimé pertinente pour la recherche la mise en exergue du rôle joué par le contrôle par voie principale dans le domaine de la protection des droits des étrangers ainsi que du rapport de complémentarité existant entre les deux contentieux.

Il faut rappeler, avant tout, que le procès par voie d'action est réglementé en Italie par l'article 127 de la Constitution, tel que révisé en 2001. Cet article dispose, à l'alinéa 1^{er}, que « lorsque le Gouvernement estime qu'une loi régionale *excède la compétence de la Région*, il peut saisir la Cour constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent sa publication » et, à l'alinéa 2, que « lorsque la Région estime qu'une loi, ou un autre acte ayant valeur de loi de l'État ou d'une autre Région, *porte atteinte au domaine relevant de sa compétence*, elle peut saisir la Cour constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi ou de l'acte ayant valeur de loi »¹⁸².

La différence de formulation textuelle des deux alinéas a donné lieu à une interprétation asymétrique de la part de la Cour constitutionnelle. Elle a estimé, en effet, qu'alors que l'État peut attaquer la loi régionale pour toute violation de la Constitution, non seulement pour celles ayant trait à la répartition des compétences, les régions, en revanche, ne peuvent attaquer la loi étatique qu'en cas de violation de la répartition des compétences prévue par la Constitution (sauf le cas où les vices de la loi étatique « redondent » sur les attributions régionales, avec l'obligation dans ce cas, pour la région, de motiver ce grief).

Ainsi, concernant le recours de l'État, la Cour estime que celui-ci peut intervenir à l'encontre d'une loi régionale, lorsqu'il estime que cette loi viole les droits fondamentaux des étrangers, à cause de mesures discriminatoires (telles que les obligations de résidence pour une période déterminée, afin de bénéficier de certaines prestations sociales régionales). Or, en vertu du pluralisme politico-institutionnel régional voulu par le constituant italien, il est somme toute normal, et même physiologique, que les régions légifèrent différemment sur telle ou telle prestation, et donc sur tel ou tel droit. Toutefois, une abondante jurisprudence de la Cour constitutionnelle, tout en admettant que

178 Conseil constitutionnel, décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.

179 Conseil constitutionnel, décision n° 2016-606/607 QPC, point 10.

180 Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

181 Conseil constitutionnel, décision n° 2016-606/607 QPC, point 11.

182 Souligné par nous.

des conditions spécifiques puissent être mises en place concernant les étrangers – telle la condition de résidence sur le territoire régional pour une période déterminée pour bénéficier de certaines prestations¹⁸³ – rappelle tout de même que les différenciations régionales ne doivent pas dépasser les limites du raisonnable, la Cour censurant les limitations introduites à l'égard des étrangers pour la jouissance de certains services régionaux, lorsque les différences de traitement ne sont pas proportionnelles au but poursuivi par le législateur régional (*principio di ragionevolezza*)¹⁸⁴.

Il ne faut pas croire, toutefois, que le recours de l'État aille toujours en faveur des droits des étrangers. Il arrive, en effet, parfois, que l'État attaque des lois régionales qui élargissent les garanties offertes aux étrangers, en alléguant une violation de sa propre compétence. Ainsi, pour ne donner qu'un exemple significatif, l'État a attaqué certaines lois régionales qui élargissaient les soins offerts par les Systèmes Sanitaires Régionaux aux étrangers en situation irrégulière, ces régions développant de manière autonome le noyau de « soins urgents essentiels » qui sont garantis à cette catégorie d'étrangers sur la base d'une loi étatique. Selon la défense de l'État, ces régions auraient envahi la sphère de compétence exclusive de l'État en matière d'immigration, puisque les garanties supplémentaires octroyées aux étrangers en situation irrégulière auraient pu avoir une incidence indirecte sur le contrôle de la politique migratoire nationale. D'autres fois, en revanche, la Cour constitutionnelle en a jugé autrement, estimant qu'en matière de « protection de la santé », pour laquelle la région possède une compétence concurrente à celle de l'État, il revient à la région de déterminer le noyau essentiel des soins offerts aux étrangers en situation irrégulière¹⁸⁵.

Quant aux recours des régions contre les lois étatiques, il arrive très souvent que la Cour rejette ces recours lorsqu'ils portent sur d'autres aspects que la stricte répartition des compétences, car, selon la Cour, les régions ne motivent pas assez le caractère « redondant ». Ainsi, récemment, la Cour constitutionnelle a rejeté les recours soulevés par plusieurs régions italiennes contre le texte législatif appelé « décret-sécurité », adopté sous le Gouvernement « Conte 1 » par le Ministre de l'Intérieur italien Matteo Salvini et finalisé à restreindre certains droits et garanties prévus pour les étrangers¹⁸⁶. La Cour a estimé que dans ces recours, l'impact de la loi étatique sur les compétences régionales et sur la garantie des droits qui en découlent n'avait pas été assez démontré, et que rien n'empêche, de toute façon, les régions de garantir, par des mesures plus favorables relevant de leur compétence, les droits et libertés des étrangers résidant sur leur territoire¹⁸⁷.

Cette orientation plutôt rigide de la Cour constitutionnelle à l'égard du recours régional limite ainsi les potentialités de protection des droits fondamentaux des étrangers que ce type de recours pourrait exprimer.

183 Cour constitutionnelle, arrêts n° 2 et 4 de 2013.

184 Voir par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 40/2011 ; 168/2014 ; 106 et 107/2018.

185 Cour constitutionnelle, arrêts 269 et 299 de 2010.

186 Il s'agit du *Decreto-legge* du 4 octobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), converti dans la loi n. 132 du 1^{er} décembre 2018.

187 Cour constitutionnelle, arrêt n° 194/2019.

2.2. *Le rôle joué par le droit supranational*

La question du rôle joué par le droit supranational au sein du contrôle de constitutionnalité de la loi revêt une importance toute particulière, notamment dans notre matière, le droit des étrangers, régie désormais en grande partie par ces normes. L'analyse de la jurisprudence française et italienne montre deux approches différentes, dues aussi en grande partie à la différence des normes constitutionnelles régissant les rapports entre l'État et les ordonnancements supranationaux. Mais, au-delà des données textuelles, l'orientation interprétative choisie par les juges constitutionnels dans ce domaine joue pour beaucoup. Concrètement, la solution adoptée en France, dans laquelle les directives européennes font « écran », empêchant ainsi le contrôle de constitutionnalité des lois qui appliquent ces directives, conduit à une diminution des possibilités ouvertes aux étrangers de se prévaloir du système QPC pour la protection de leurs droits. En Italie, en revanche, sur un autre plan, la solution adoptée par la Cour constitutionnelle, consistant à contrôler la constitutionnalité des lois nationales par rapport aux dispositions internationales, et notamment par rapport à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conduit à un renforcement de la protection des droits des étrangers offerte par le contrôle par la voie incidente.

2.2.1. *L'écran des directives communautaires en QPC*

L'article 88-1 de la Constitution française¹⁸⁸ crée, si l'on peut dire, comme le relève Olivier Lecucq, un écran européen entre la loi et la Constitution qui, selon les termes mêmes du Conseil, le rend incompétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, et qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. La seule exception à ce champ d'incompétence du juge constitutionnel tient à la mise en cause éventuelle par les dispositions législatives de transposition d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Rappelant ces données constitutionnelles, le Conseil a ainsi pu, dans sa décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, juger qu'elles étaient applicables aux dispositions de l'article L. 712-2 du CESEDA qui régissent la protection subsidiaire des étrangers et qu'il n'y avait par conséquent pas lieu d'examiner la QPC les contestant¹⁸⁹.

Cette théorie de l'écran européen présente en notre matière, le droit des étrangers, une importance particulière dans la mesure où la réglementation européenne par directives s'y révèle abondante et susceptible en conséquence d'empêcher nombre de QPC d'aboutir au profit du contentieux devant la Cour de Luxembourg¹⁹⁰. Encore qu'il faille noter une certaine marge d'appréciation du Conseil quant

188 Qui dispose : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'il résulte du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

189 Conseil constitutionnel, décision n° 2010-79 QPC, points 3 et 4.

190 À tout le moins du contentieux ordinaire devant les juridictions administratives et judiciaires.

à son caractère opératoire¹⁹¹. Ainsi, dans la décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, rendue à propos de la responsabilité, punissable d'amende, des transporteurs aériens en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national prévue par les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA, alors que le Conseil constate que ces articles visent à assurer la transposition de la directive du 28 juin 2001 qui complète l'article 26 convention d'application de l'Accord de Schengen de 1990 prévoyant dans ce cas de figure, à la charge des États, l'instauration de sanctions à l'encontre des transporteurs aériens ou maritimes, il juge néanmoins que les dispositions contestées ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de cette directive et qu'il est dès lors compétent pour les contrôler à l'aune des droits et libertés constitutionnels¹⁹², même si, au final, aucune inconstitutionnalité se sera décelée.

2.2.2. La Convention européenne des droits de l'homme comme norme paramètre « interposée »

La Cour constitutionnelle italienne, par une jurisprudence fort audacieuse, a considéré, en 2007, que lors du contrôle de constitutionnalité de la loi, elle devait tenir compte aussi des normes internationales, et notamment des normes issues de la CEDH, lesquelles deviennent ainsi des normes paramètre « interposées » de ce contrôle. Cette jurisprudence a conduit, dans les faits, à un élargissement de la protection offerte aux droits des étrangers.

L'article 117, 1^{er} alinéa, de la Constitution italienne, révisé en profondeur en 2001, dicte une règle générale qui impose au législateur le respect des traités internationaux : « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales ». Se fondant sur cette disposition, la Cour constitutionnelle a considéré ainsi les normes internationales, et notamment, en matière de droits fondamentaux, la CEDH, comme des normes paramètre (interposées) dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Cela signifie en d'autres termes que la disposition législative qui viole les droits de la Convention européenne viole indirectement aussi l'art. 117, 1^{er} alinéa, de la Constitution. Cette solution a été adoptée pour la première fois par la Cour constitutionnelle italienne dans les célèbres « arrêts jumeaux » de 2007¹⁹³, dans lesquels elle a inauguré une sorte de schéma opérationnel. Selon la Cour, il revient avant tout au juge ordinaire, dans le cadre du litige, de tenter de réaliser une interprétation conforme du droit interne par rapport au droit international, et ce n'est que s'il n'arrive pas à résoudre le conflit par la voie interprétative, qu'il doit saisir la Cour constitutionnelle, à qui revient donc « le dernier mot ». La Cour constitutionnelle vérifie alors le conflit de la loi avec la CEDH et déclare éventuellement la disposition législative contraire à la Constitution pour violation d'une disposition de la CEDH. Il est important aussi de préciser que selon la Cour, il faut tenir compte non seulement du texte de la Convention et de ses protocoles, mais aussi de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

191 Selon l'analyse d'Olivier LECUCQ.

192 Points 8, 9 et 10.

193 Cour constitutionnelle, arrêts n° 348 et 349 de 2007.

Cette solution jurisprudentielle a conduit à un renforcement de la protection des droits et libertés des étrangers, par un élargissement à leur égard des garanties offertes par la Convention et par la jurisprudence de Strasbourg. Ceci s'est vérifié avant tout en matière de droits sociaux. Une illustration importante est donnée par l'arrêt n° 187 de 2010, à propos de l'allocation d'invalidité, que la loi italienne subordonnait à la possession d'une carte de séjour. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁴, la Cour constitutionnelle a jugé que la discrimination entre nationaux et étrangers devait être évaluée à la lumière de cette jurisprudence qui, en matière de prestations sociales, lie le principe de non-discrimination, protégé par l'art. 14 de la CEDH, au droit de propriété, protégé par l'art. 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention. Ainsi faisant, la Cour constitutionnelle a repris l'idée selon laquelle à partir du moment où l'État, de manière discrétionnaire, décide de mettre en place une prestation sociale, il crée une sorte d'« attente » sur les destinataires, une attente d'ordre pécuniaire, liée au droit de propriété. Ainsi, si le juge (constitutionnel et européen) ne peut en aucun cas contrôler le choix (discrétionnaire) du législateur concernant la prévision d'une prestation, il pourra et devra, en revanche, contrôler, avec un *strict scrutiny*, que le législateur respecte le principe de non-discrimination concernant les destinataires de cette prestation et qu'il ne fonde pas une différence de traitement sur le seul critère de la nationalité.

2.3. *Le rôle des associations*

Comme nous le verrons dans le détail dans le paragraphe consacré, dans ce rapport, au rôle joué par les associations à la faveur des personnes vulnérables en QPC, il est d'ores et déjà opportun de préciser qu'en matière de droits des étrangers, la possibilité d'intervention de tiers au recours a donné tout loisir aux associations défenderesses des étrangers d'apporter leur écho à l'examen de constitutionnalité. Hormis quelques cas, les questions des requérants soulevées en QPC ont ainsi toujours fait l'objet d'observations en intervention d'associations bien connues de ce milieu, souvent de manière multiple. Rien d'étonnant à cela, puisque le droit des étrangers compte parmi les branches juridiques où l'activisme associatif se fait le plus prégnant – et le plus productif. Le contentieux administratif général, le contentieux des référés administratifs et, par la voie des portes étroites, le contentieux constitutionnel *a priori* en ont donné de belles illustrations. La QPC n'échappe pas à l'observation.

3. *Les apports d'ordre substantiel*

Même si les aspects d'ordre processuel ne peuvent être totalement détachés des éléments au fond, nous allons tenter de synthétiser plus précisément dans ce paragraphe les principales orientations jurisprudentielles en matière de droits fondamentaux des étrangers. Les analyses menées par Laura Montanari et Olivier Lecucq montrent que de nombreux droits fondamentaux ont été pris en considération dans les jurisprudences constitutionnelles des deux pays, pour vérifier si même les étrangers pouvaient en jouir ou pas, et dans quelle mesure. Pour simplifier la présentation, nous allons utiliser les catégories classiques élaborées par la doctrine, en distinguant les droits-libertés, les droits sociaux et les droits civils et politiques.

¹⁹⁴ Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996.

3.1. Les droits-libertés

En principe, que ce soit en Italie ou en France, la jurisprudence constitutionnelle a toujours reconnu aux étrangers la jouissance des droits-libertés, considérés comme des droits fondamentaux dont sont titulaires tous les êtres humains.

Il suffit de songer à la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, consacrant de manière éclatante le principe de fraternité et la première exigence qu'il comporte, à savoir que le fait d'aider autrui, fut-il en situation irrégulière sur le territoire, dans un but humanitaire. Ou encore il suffit de penser, en Italie, à l'arrêt n° 105 de 2001 en matière d'expulsion, dans lequel la Cour affirme que, bien que les exigences liées à maîtrise de l'immigration et à la prévention et au maintien de l'ordre public soient d'une fondamentale importance, « *le caractère universel de la liberté personnelle ne peut en aucun cas en résulter violé* », cette liberté, tout comme les autres droits fondamentaux consacrés par la Constitution, « appartenant aux individus non pas en tant que membres d'une communauté politique, *mais en tant qu'êtres humains* »¹⁹⁵.

Deux décisions qui suffisent à rappeler, selon les mots d'Olivier Lecucq, « que les étrangers sont avant tout des femmes et des hommes qui disposent de droits fondamentaux s'imposant à l'État législateur, et qu'en se confrontant à la logique de souveraineté qui imprègne le statut des étrangers, cette logique protectrice doit à tout le moins inspirer l'application aux étrangers des droits et libertés que la Constitution garantit ».

Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas dit autre chose lorsque, dans ses décisions DC pionnières en la matière, il énonce que : « si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »¹⁹⁶.

Toutefois, au-delà des affirmations de principe, que ce soit en Italie ou en France, les juges constitutionnels manifestent un certain *self restraint* lorsqu'il s'agit de la protection des droits-libertés, car ces droits se trouvent en première ligne face aux exigences liées à la maîtrise des flux migratoires et à la sauvegarde de l'ordre public. Les juges constitutionnels ont souvent tendance à sauver les dispositions législatives attaquées, en proposant, par exemple, des interprétations conformes de ces dispositions ou en limitant leur contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation. Cette attitude se manifeste dans plusieurs domaines intéressant la mise en œuvre et la protection des droits-libertés.

195 Cour constitutionnelle, arrêt n° 105/2001, cons. dir. point 4. Souligné par nous.

196 Principe énoncé dès la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. 33, et formulé de la manière la plus achevée dans la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 10.

3.1.1. *La jurisprudence relative à l'entrée de l'étranger sur le territoire national*

Comme le relève Laura Montanari, le *self restraint* de la Cour constitutionnelle italienne face aux choix politiques du législateur visant à maîtriser les flux migratoires et à répondre aux exigences relatives à l'ordre public se manifeste tout particulièrement dans le domaine, très sensible, de l'entrée de l'étranger sur le territoire de l'État. D'ailleurs, souligne Laura Montanari, il s'agit là du critère de différenciation majeure entre le national et l'étranger : seul le premier, et pas le second, jouit du droit d'entrer et de sortir librement du territoire national ainsi que du droit de ne pas y être éloigné.

À ce propos, il faut évoquer un arrêt important de la Cour constitutionnelle italienne, l'arrêt n° 62 de 1994, dans lequel la Cour dessine très précisément le rapport différent existant avec le territoire, et avec l'État, pour le national et pour l'étranger. Selon la Cour, « le fait, pour le citoyen italien, de constituer une partie essentielle du peuple ou, plus précisément, le fait de représenter, avec les autres citoyens, un élément constitutif de l'État » implique que le citoyen jouisse du « droit de résider dans le territoire de son propre État sans limitations temporelles » et le droit de ne pas en être éloigné, pour aucun motif. Au contraire, l'absence, pour l'étranger, d'un lien ontologique avec la communauté nationale, et donc l'absence de tout lien juridique avec l'État italien, conduit à nier pour celui-ci une quelconque liberté concernant l'entrée et la permanence sur le territoire italien, dans la mesure où « il ne peut y rentrer et y séjourner que sur la base d'autorisations (qui peuvent être révoquées à tout moment) et pour une période déterminée ». Cette disposition justifie ainsi l'ample pouvoir discrétionnaire laissé au législateur dans ce domaine, comme cela est confirmé, par exemple, par l'arrêt n° 250 de 2010, avec lequel la Cour constitutionnelle a jugé conforme à la Constitution le « délit de séjour irrégulier » (*reato di clandestinità*), affirmant que l'objet de la sanction pénale n'était pas « une condition personnelle et sociale », mais la violation des normes qui régissent l'entrée sur le territoire de l'État. Ici, le bien juridique protégé par la norme pénale est « l'intérêt de l'État au contrôle et à la gestion des flux migratoires, selon un système normatif donné : la protection pénale de cet intérêt ne peut donc être considérée ni irrationnelle ni arbitraire »¹⁹⁷.

3.1.2. *La modulation du contrôle de constitutionnalité*

Bien que les droits et libertés garantis par la Constitution aient la même valeur et soient pareillement dignes d'application par le juge constitutionnel, force est de constater que, tout comme la Cour constitutionnelle italienne, le Conseil constitutionnel procède à une gradation des degrés de protection de ces droits, au point de pouvoir imaginer une sorte de hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux en fonction précisément de cette gradation. Concernant le droit des étrangers, ceci s'avère tout particulièrement en matière de droits-libertés, car, comme nous le disions plus haut, ces droits se trouvent directement confrontés aux exigences de protection de l'ordre public et de maîtrise des flux migratoires. De même valeur, de même applicabilité, les droits fondamentaux ne font donc pas l'objet de la même intensité de contrôle de constitutionnalité, et les 23 décisions QPC analysées ici en portent largement témoignage.

¹⁹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 250 de 2010, cons. dir. point 6.2.

À titre d'exemple, il est clairement affirmé que l'application du principe de nécessité et de proportionnalité des peines ne donne lieu qu'à l'exercice d'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, en raison de ce que, ainsi que le Conseil le rappelle à plusieurs reprises, « l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ». D'où il ressort que : « si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de *s'assurer de l'absence de disproportion manifeste* entre l'infraction et la peine encourue »¹⁹⁸.

Comme le souligne Olivier Lecucq, qui dit contrôle restreint ne dit cependant et évidemment pas absence de contrôle et impossibilité de censure. C'est ce qu'a pu, en particulier, montrer la décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, portant sur les conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme. Dans le contrôle de la disproportion manifeste qu'il y opère au titre du principe de nécessité des peines, le Conseil confirme qu'il prend en compte le régime d'exécution des peines, cette dernière étant « conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »¹⁹⁹. Fort de ces considérations, le Conseil a jugé que le dispositif contesté avait pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, et était, ce faisant, manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines²⁰⁰.

C'est à ce degré de contrôle limité que le juge constitutionnel a également pu recourir dans sa décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, à propos cette fois-ci du droit au recours effectif et du droit au respect de la vie privée. Se prononçant sur le régime de l'expulsion en urgence absolue qui grignote les possibilités d'accès au contrôle juridictionnel de cette mesure d'éloignement, le Conseil estime qu'en dispensant l'autorité administrative, en cas d'urgence absolue, d'accomplir un certain nombre de formalités prévues par le CESEDA en matière d'expulsion (avis préalable de la mesure, convocation pour être entendu par la commission d'expulsion), le législateur « a opéré une conciliation qui n'est pas *manifestement déséquilibrée* entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions »²⁰¹. Comme l'illustrent plusieurs autres décisions, une même qualité de contrôle se perçoit également dans la mise en œuvre du principe d'égalité²⁰².

198 Souligné par nous.

199 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-799/800 QPC, points 5 et 6.

200 *Ibidem*, point 8.

201 *Ibidem*, point 12. Souligné par nous.

202 Voir, par exemple, la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, dans laquelle, à propos des bénéficiaires du revenu de solidarité active, le Conseil juge que le critère tenant à la stabilité de la présence sur le territoire national pour décider de l'attribution de cette prestation n'était *manifestement pas inapproprié* au but poursuivi (point 5).

En revanche, l'application d'autres droits, ou des mêmes droits mais envisagés dans des conditions et sous des profils différents, a conduit le Conseil à accroître l'intensité de son contrôle vers un véritable contrôle de proportionnalité. Une parfaite illustration de cette démarche nous est donnée par la décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 concernant la création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés. Outre l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui implique que les règles relatives à la détermination de l'âge de l'individu soient entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures²⁰³, le Conseil rappelle que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée, et que, « par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »²⁰⁴. Ce qui conduit le juge à examiner dans le détail la manière dont, en l'occurrence, le législateur a opéré la conciliation entre l'objectif de lutte contre l'immigration illégale qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle, et le droit au respect de la vie privée, et à juger, en définitive, que cette conciliation n'était pas disproportionnée.

L'exercice d'un contrôle normal se retrouve, dernier exemple, dans la décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017 rendue à propos du régime de l'assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion. En l'espèce, au terme d'un contrôle de la (simple) disproportion des atteintes à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale, autrement dit au terme d'un contrôle normal de proportionnalité de la conformité de la loi à ces divers droits et libertés, le Conseil censure le fait que « le législateur n' (ait) pas prévu qu'au-delà d'une certaine durée, l'administration doive justifier de circonstances particulières imposant le maintien de l'assignation à résidence aux fins d'exécution d'une décision d'interdiction du territoire »²⁰⁵. Afin qu'il n'y ait pas davantage d'atteinte disproportionnée aux mêmes droits et libertés, il émet en outre une réserve d'interprétation prescrivant que « l'autorité administrative (retienne) des conditions et des lieux d'assignation à résidence tenant compte, dans la contrainte qu'ils imposent à l'intéressé, du temps passé sous ce régime et des liens personnels et familiaux et personnels noués par ce dernier »²⁰⁶.

3.1.3. *Le contentieux de l'éloignement*

Comme le relève Olivier Lecucq, s'il est un thème épineux du droit des étrangers, c'est bien celui du contentieux de l'éloignement. D'abord, parce qu'il reflète un ensemble particulièrement fourni de dispositifs destinés à éloigner du territoire national les étrangers qui ne disposent pas, ou ne disposent plus, de titres de séjour. Ensuite, parce qu'il place l'étranger au centre d'un conglomérat de décisions administratives et judiciaires (refus de séjour, éloignement, placement en rétention, prolongation de

203 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-797 QPC, point 3.

204 *Ibidem*, point 4.

205 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-674 QPC, point 10.

206 *Ibidem*, point 11.

la rétention, à quoi s'ajoutent souvent des actes préalables comme le contrôle d'identité et la garde à vue, en particulier) dont la contestation s'avère un casse-tête, y compris pour les praticiens spécialistes de la matière. Enfin, et surtout, parce qu'à cette opération complexe, mettant aux prises une multitude de décisions et de conséquences matérielles, répond, en cas de contestation, un chevauchement de compétences juridictionnelles faisant intervenir tantôt le juge administratif, tantôt le juge judiciaire, tantôt les deux.

Le Conseil constitutionnel a très tôt été confronté à la complexité de ce régime contentieux tenant à la dualité des ordres juridictionnels²⁰⁷. Et, non sans peine, il s'est efforcé de rendre justice à chacun des principes constitutionnels en présence. Plusieurs décisions QPC l'illustrent²⁰⁸. C'est le cas, en particulier, de la décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, dans laquelle le Conseil a été conduit à faire application des règles constitutionnelles déterminant les chefs de compétence juridictionnelle administratifs et judiciaires à propos de la contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention. Régi par la loi du 20 mars 2018, permettant une bonne application du régime d'asile européen, ce cas de figure a, en l'espèce, attiré les foudres du requérant considérant qu'il méconnaissait l'article 66 de la Constitution, faisant de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, en donnant compétence exclusive au juge administratif pour apprécier la légalité des décisions de maintien en rétention prises à la suite d'une demande d'asile formée par un étranger retenu. Pour rejeter le grief, le juge constitutionnel a passé les dispositions contestées au crible des deux principales règles constitutionnelles mobilisées. Il rappelle, en effet, d'une part, l'article 66 de la Constitution, tout en précisant que « dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter » ; et, d'autre part, que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »²⁰⁹. Après avoir, de plus, précisé qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, (dans le cas considéré), le juge judiciaire est incompétent pour connaître, à l'occasion de son contrôle de la rétention administrative, de toute contestation portant sur la légalité de l'arrêté de maintien en rétention », le Conseil observe ensuite, qu'« alors même qu'elle a pour effet de laisser perdurer une mesure privative de liberté, la décision par laquelle l'autorité administrative décide de maintenir en rétention un étranger au motif que sa demande a été présentée dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement constitue une décision relative au séjour des étrangers ». Or, indique-t-il, « l'annulation ou la réformation d'une décision relative à telle

207 Voir, en particulier, décisions n° 86-216 DC, n° 89-261 DC et n° 93-325 DC.

208 Décisions n° 2017-674 QPC, n° 2018-709 QPC, n° 2018-741 QPC et n° 2019-807 QPC.

209 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-807 QPC, points 5 et 6.

matière, prise dans l'exercice de prérogative de puissance publique par une autorité publique, relève, en application du principe fondamental mentionné ci-dessus, de la compétence de la juridiction administrative »²¹⁰. Relevant, par ailleurs, que « la décision de maintien en rétention n'affecte ni le contrôle du juge des libertés et de la détention exercé sur la décision de placement en rétention ni sa compétence pour examiner la prolongation de la rétention », pas davantage que les dispositions contestées ne privent le juge judiciaire de la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention²¹¹, le Conseil juge, en définitive, que le législateur n'a pas méconnu l'article 66 de la Constitution, sans avoir oublié de souligner au passage qu'il n'est en outre pas tenu d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il peut seulement le faire²¹².

La décision n° 2018-741 QPC du 19 octobre 2018 se prononce quant à elle sur le respect du droit au recours effectif, découlant de l'article 16 de la DDHC, à propos des délais de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF). Au terme d'une vérification méticuleuse des garanties offertes à l'étranger par le CESEDA, le Conseil constitutionnel conclut, en définitive, que le législateur a opéré une conciliation équilibrée entre le droit à un recours juridictionnel et l'objectif qu'il poursuit d'assurer l'exécution des APRF et d'éviter la prolongation des mesures de rétention ou d'assignation à résidence²¹³.

Toujours sur le droit au recours juridictionnel, on relèvera enfin que, dans sa décision n° 2013-347 QPC du 11 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a montré une certaine vigilance à ce que les étrangers, quelle que soit leur situation administrative, soient en mesure de disposer de l'aide juridictionnelle pour contester une décision leur faisant grief. En l'occurrence, il était question de plusieurs dispositions du code de l'action sociale et des familles qui, pour qu'ils puissent prétendre au bénéfice de prestations sociales et de l'aide juridictionnelle, imposent aux personnes sans domicile stable d'élire domicile auprès soit du service intercommunal d'action sociale, soit auprès d'un organisme agréé à cet effet, mais excluent de cette procédure de domiciliation les étrangers (non ressortissants de l'Union européenne, de l'Espace économique ou de la Suisse) sans titre de séjour. *Quid*, par conséquent, du respect du droit au recours juridictionnel des intéressés sans possibilité pour eux de demander l'aide juridictionnelle ? En guise de réponse, le Conseil observe que les dispositions ainsi contestées constituent des dispositions générales qui n'ont pas pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions spécifiques. Or, au nombre de ces dernières, figurent celles, issues de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique, qui, sous certaines conditions, étendent à toutes les catégories d'étrangers le bénéfice de l'aide juridictionnelle, ce qui conduit le Conseil à écarter le moyen d'inconstitutionnalité tiré de la privation pour certains étrangers en situation irrégulière du droit de déposer une demande tendant à obtenir l'aide juridictionnelle.

210 *Ibidem*, point 9.

211 *Ibidem*, point 10.

212 *Ibidem*, point 11. Cette analyse est celle d'Olivier LECUCQ.

213 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-741 QPC, points 14 et 15.

Selon Olivier Lecucq, cette dernière décision, allant, on le voit, bien au-delà du thème du contentieux l'éloignement du territoire, est une bonne illustration du fait que la procédure de la QPC offre aux étrangers une réelle voie de droit supplémentaire pour la défense de leurs droits fondamentaux.

3.2. Les droits sociaux

Contrairement aux droits-libertés, pour lesquels les jurisprudences des juges constitutionnels français et italiens semblent converger, dans le sens d'une certaine réticence à l'égard de leur protection, face aux impératifs d'ordre public et de gestion des flux migratoires, en matière de droits sociaux, l'analyse montre des attitudes jurisprudentielles qui divergent quelque peu entre les deux pays.

En Italie, en effet, l'étude menée par Laura Montanari manifeste une grande ouverture de la part de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à l'égard des droits sociaux des étrangers. Les décisions rendues dans ce domaine sont importantes, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif: quasiment tous les types de droits sociaux étant pris en considération dans les affaires jugées, avec une grande articulation dans la protection offerte. Laura Montanari relève que bien qu'il s'agisse de « droits qui coûtent », la Cour constitutionnelle réalise un contrôle approfondi sur le caractère raisonnable des choix et des différenciations opérés par le législateur, tant national que régional, et n'hésite pas à censurer les dispositions législatives attaquées, sources de différenciations arbitraires ou non raisonnables. D'une part, la Cour vérifie qu'il y ait une correspondance, un lien, entre la différenciation mise en place à l'égard des étrangers et la raison d'être de la norme attaquée. Par exemple, dans l'arrêt n° 432 de 2005, sur l'utilisation gratuite des moyens de transport public pour les personnes invalides, la Cour, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'une prestation facultative de solidarité sociale, non directement rattachée à la protection du droit à la santé, ne trouve pas, toutefois, de « corrélation raisonnable » entre le fait de pouvoir bénéficier de cette prestation et la condition de la possession de la nationalité italienne, et censure ainsi la disposition attaquée qui imposait cette condition, affirmant que ce genre de différenciations « finissent par introduire dans le tissu normatif des éléments de distinction tout à fait arbitraires ». D'autre part, même là où la différenciation apparaît justifiée, la Cour vérifie le caractère raisonnable de la solution adoptée, comme l'illustrent les décisions déjà évoquées relatives aux lois régionales conditionnant le bénéfice de certains droits sociaux à une période de résidence sur le territoire de la région.

Les décisions de la Cour constitutionnelle dans ce domaine montrent que le juge constitutionnel tente de trouver un équilibre entre les diverses exigences en présence, un équilibre délicat, notamment dans une phase économique difficile comme celle que traverse l'Italie actuellement, sans toutefois oublier les demandes fondamentales de protection. Ainsi, dans l'arrêt n° 252 de 2001, à propos du droit à la santé, la Cour affirme « la garantie d'un noyau irréductible du droit à la santé protégé par la Constitution en tant que domaine inviolable de la dignité humaine, lequel impose d'empêcher la constitution de situations sans protection, qui pourraient porter préjudice à la réalisation de ce droit ».

Plus critiquable apparaît, en revanche, l'arrêt n° 50 de 2019, dans lequel la Cour ne censure pas la disposition qui, concernant les étrangers, subordonne le droit de bénéficier de l'allocation sociale (*assegno sociale*) à la condition de posséder un permis de séjour UE de longue durée et à celle d'avoir résidé sur le territoire de l'État pour au moins 10 ans de manière continue. Le juge constitutionnel affirme ici que « le législateur peut prévoir, de manière légitime, des conditions spécifiques pour la jouissance des prestations sociales excédant les besoins primaires de la personne, pourvu que ces conditions ne soient pas manifestement irraisonnables ni intrinsèquement discriminatoires », et que les conditions prévues par la loi dans l'espèce, qui certifient de l'insertion socio-juridique de l'étranger dans le contexte national, répondent bien à ces exigences.

Dans le contentieux constitutionnel français en matière de droits sociaux des étrangers, Olivier Lecucq évoque, tout d'abord, la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, dans laquelle le Conseil constitutionnel réaffirme toutes les conséquences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution sur le terrain social. Il y trouve, en effet, exigée la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées, et l'on en déduit que cet objectif de solidarité ne doit pas se désintéresser des étrangers qui comptent, d'évidence, parmi les personnes les plus facilement défavorisées.

Cependant, de longue date, le Conseil constitutionnel a, dans le cadre de ses décisions DC, admis que le principe constitutionnel de solidarité demeurait limité, pour ne pas dire absent, lorsqu'il s'agissait d'imposer des droits à la protection sociale en faveur des étrangers en situation irrégulière. Ainsi qu'il l'a affirmé dans sa grande décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 : « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français », de sorte qu'à cet égard une *summa divisio* distingue clairement les étrangers en situation régulière (et stable) des étrangers qui ne le sont pas, cette dernière catégorie ne pouvant profiter que d'un devoir d'assistance minimum de la part de l'État (notamment en matière d'urgence et de prestations médicales). Mais, ainsi que le révèle la décision 137 QPC évoquée, la différence de traitement peut aller plus loin. En l'occurrence, l'exclusion du bénéfice du revenu de solidarité active à l'endroit des étrangers ne justifiant pas depuis au moins cinq ans d'un titre de séjour leur permettant de travailler ne contrarie pas le Conseil dans la mesure où il observe que la prestation considérée a pour objet principal d'inciter à l'exercice, ou à la reprise, d'une activité professionnelle, et que le législateur a ainsi pu estimer que la stabilité de la présence sur le territoire national était une condition essentielle à l'insertion professionnelle. En conséquence de quoi, il admet que le critère utilisé conduisant à différencier le traitement entre Français et étrangers et entre étrangers est « un critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi »²¹⁴.

3.3. *Les droits civils et politiques*

Enfin, la Cour constitutionnelle italienne a adopté des décisions très intéressantes portant sur les droits civils et « politiques » (dans un sens large) des étrangers.

²¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-137 QPC, point 5.

Bien qu'il n'y ait pas de décision sur le droit de vote, la majorité de la doctrine estime que l'article 48 de la Constitution, qui se réfère aux « citoyens » concernant le droit de vote, invite à exclure les étrangers de la jouissance de ce droit, y compris pour les élections locales.

Il existe, en revanche, des décisions significatives concernant les « devoirs constitutionnels », liées au service militaire et au service civil. Au-delà de la décision « historique » n° 172 de 1999, sur le service militaire des apatrides, dans laquelle la Cour évoque « une communauté de droits et de devoirs plus large et plus inclusive que celle fondée sur le critère de la nationalité au sens strict »²¹⁵, on peut rappeler la décision plus récente n° 119 de 2015, sur le service civil des étrangers, dans laquelle la Cour reconnaît que « L'admission au service civil permet aujourd'hui de réaliser les devoirs obligatoires de solidarité et de se rendre utile pour sa propre communauté, ce qui correspond, en même temps, à un droit de celui qui lui appartient. [...] L'exclusion des étrangers de la possibilité de prêter le service civil national, les empêchant de concourir à la réalisation de projets d'utilité sociale et, par conséquent, de développer la valeur du service en faveur du bien commun, comporte ainsi une limitation injustifiée au plein développement de la personne et à l'intégration dans la communauté d'accueil »²¹⁶.

4. *Éléments conclusifs d'ordre comparatif*

Comme nous venons de le voir, la comparaison entre le contentieux italien et français par la voie préjudicielle en matière de protection des étrangers – sachant qu'en Espagne, le Tribunal constitutionnel n'a pas été saisi de questions de constitutionnalité dans ce domaine – montre somme toute plus de convergences que de divergences.

En Italie, tout comme en France, face aux exigences liées à la sauvegarde de l'ordre public et à la lutte contre l'immigration irrégulière, les juges constitutionnels ont tendance à réduire la protection des droits fondamentaux et à laisser, ainsi, le législateur libre de disposer des mesures les plus adéquates, dans ce domaine hautement politique.

Ainsi, en France, au-delà de l'aspect quantitatif, la lecture des 23 décisions QPC intéressant notre matière confirme l'observation depuis longtemps faite dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. À savoir que la maîtrise migratoire et la lutte contre l'immigration irrégulière trouvent dans la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux objectifs de valeur constitutionnelle, un appui tellement puissant dans le contexte socio-politico-économique des quarante dernières années que les droits fondamentaux de l'étranger peuvent, dans l'ensemble, être allégrement bousculés au nom de l'intérêt général et être le plus souvent acculés dans leurs derniers retranchements. Et la QPC n'y échappe pas.

Malgré ce constat qui concerne à la fois le contrôle *a priori* et *a posteriori*, l'analyse démontre, tout de même, que la procédure de la QPC offre aux étrangers une réelle voie de droit supplémentaire

215 Cour constitutionnelle, arrêt n° 72/1999, cons. dir. point 2.3.

216 Cour constitutionnelle, arrêt n° 119/2015, cons. dir. point 4.1.

pour la défense de leurs droits fondamentaux. Quoique de portée somme toute limitée, c'est un outil qui, pour cette catégorie de personnes vulnérables, peut tout de même s'avérer efficace. Rappelons que par cette voie, le Conseil constitutionnel a été conduit – dès sa première décision QPC!²¹⁷ – à se prononcer, ou à se prononcer de nouveau, sur quelques enjeux déterminants du statut des étrangers et, à l'image de l'application faite du principe de fraternité, il a pu se montrer rigoureux, et efficace, quant à la sanction du franchissement de certaines lignes jaunes auquel, dans le domaine, le législateur est souvent enclin. De ce point de vue, la QPC peut être appelée à jouer son rôle de filet ultime de protection des droits fondamentaux constitutionnels, lorsque les mailles judiciaires préalables ne sont pas parvenues à arrêter les dispositions législatives les plus nocives²¹⁸.

En Italie, le constat dressé par Laura Montanari est similaire : face aux impératifs d'ordre public, la procédure par la voie incidente, tout comme celle par la voie principale, également évoquée dans cette recherche, s'avère moins protectrice, notamment en ce qui concerne les droits-libertés. Alors que pour ce qui est des droits sociaux et des droits civils et politiques, la Cour constitutionnelle semble porter une attention toute particulière à la sauvegarde des garanties fondamentales des étrangers, fussent-ils en situation irrégulière.

E. La protection des gens du voyage

Ainsi que le souligne Marthe Fatin-Rouge Stefanini, la principale cause de vulnérabilité des gens du voyage tient à la spécificité de leur mode de vie par rapport à la majorité de la population. Une vie souvent itinérante, en communauté, à bord de véhicules servant de domicile, caractéristiques auxquelles s'ajoute une façon d'être à part, issue d'une longue tradition et d'une véritable culture autour de la famille. Aux différences de mode de vie s'ajoute une confusion entre gens du voyage, forains, roms, étrangers en situation irrégulière mais aussi, depuis quelques décennies, personnes sans domicile fixe, sans abri, en situation défavorisée occupant des lieux de manière illicite, travailleurs pauvres sans domicile... Tous constituent un ensemble de personnes en situation de marginalité pour différentes raisons, avec des degrés de vulnérabilité plus ou moins importants et plus ou moins réels.

Cependant, dans cet ensemble, les personnes qualifiées par la loi française de « gens du voyage » sont des personnes de nationalité française ne disposant ni de domicile ni de résidence fixe. Leur statut a été fixé par la loi, qui a donc fait d'eux une catégorie à part, dont le statut juridique est dérogatoire par rapport au droit commun. Ce constat ne correspond en revanche ni à la situation italienne, ni à la situation espagnole, car, dans ces pays, aucun statut dérogatoire n'a été prévu pour ces populations itinérantes et sans domicile fixe, ce qui fait que, du point de vue de notre recherche, peu ou pas de résultats ont pu être relevés concernant leur protection par la justice constitutionnelle.

²¹⁷ Précocité constatée également dès les premières ordonnances de référé-liberté (voir notamment CE ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, req. 229039).

²¹⁸ Olivier LECUCQ.

Pour analyser la question de savoir si la QPC et les procédures similaires de contrôle de constitutionnalité constituent un atout pour les gens du voyage, contribuant, ou pas, à renforcer leurs droits fondamentaux, il est avant tout nécessaire de fournir quelques précisions sur le traitement juridique réservé à ces populations en France, en Espagne et en Italie, avec les données statistiques qui en découlent (1). Nous allons ensuite nous arrêter sur la question, abordée notamment dans le contentieux QPC, relative à l'installation et au stationnement des gens du voyage (2), puis sur celle de leur statut et des éventuelles discriminations portées à leur encontre (3). Quelques propos conclusifs compléteront l'analyse (4).

1. Précisions d'ordre systémique et statistique

Contrairement au système juridique français, dans lequel un statut spécifique est prévu pour les gens du voyage, en Italie et en Espagne aucune réglementation particulière ne leur est réservée. Cette différence de taille entre les trois pays explique en grande partie « l'invisibilité constitutionnelle », selon les mots de Giovanna Spanò, de cette partie de la population qui existe, pourtant bel et bien, avec ses spécificités et avec les problématiques qui lui sont propres. Cela explique aussi que d'un point de vue statistique, seules quatre décisions²¹⁹ aient pu être dénombrées dans le contentieux incident de constitutionnalité en Italie (alors que, comme nous le constatons pour les autres catégories étudiées, le contentieux italien se distingue par l'abondance des décisions rendues par la Cour constitutionnelle) et qu'aucune décision n'ait pu être relevée dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité en Espagne.

En Italie, par ailleurs, parmi les quatre décisions décomptées, seul un arrêt a été rendu, en 2011, par la Cour constitutionnelle, les trois autres étant de simples ordonnances (dans lesquelles la Cour n'est donc pas entrée dans le fond de l'affaire) et la question des gens du voyage n'a été traitée de manière spécifique que dans cet arrêt de 2011, dans les autres affaires le nomadisme ne constituant qu'un aspect, un attribut supplémentaire, s'ajoutant au comportement des parties du litige. En outre, les paramètres majoritairement invoqués dans ces quatre décisions sont le principe d'égalité (et le principe de non-discrimination), la liberté d'aller et venir, le droit à un recours juridictionnel effectif, et la protection de la femme enceinte, de la mère et de l'enfant.

En Espagne, en revanche, Fernando Alvarez-Ossorio Micheo n'a pu relever aucune décision du Tribunal constitutionnel concernant les gens du voyage, et ce ni dans la période ciblée par notre recherche (2000-2019) ni dans les années qui la précèdent. L'explication de cette totale absence de décisions sur cette catégorie ne peut résider, selon M. Ossorio, dans le fait qu'il existe l'alternative du recours d'*amparo*, car, dans le cadre de ce contentieux, il n'y a davantage de décision concernant les gens du voyage (ou les personnes itinérantes, selon l'expression employée par M. Ossorio). Tout au plus, dans le cadre de ce contentieux, on peut relever une seule décision, l'arrêt n° 69/2007, dans laquelle cependant la question des gens du voyage n'est envisagée que de manière très indirecte,

219 Cour constitutionnelle, décisions n° 485/2000 (ordonnance); n° 145/2009 (ordonnance); n° 260/2009 (ordonnance) et n° 115/2011 (arrêt).

la requérante se plaignant d'une discrimination à son encontre fondée sur la race, puisqu'on lui empêchait de bénéficier de la pension de réversion de son mari défunt, qui était de culture gitane. De sorte que la cause de cette quasi-totale absence de contentieux dans ce domaine s'explique, selon Fernando Ossorio, par le fait qu'il n'y a pas, en Espagne, une réglementation spécifique encadrant ce phénomène social, la communauté gitane (la seule, visiblement, ayant une pertinence dans la recherche concernant l'Espagne) s'étant d'ailleurs installée de manière stable sur le territoire et ne se déplaçant que durant les périodes de récolte.

Quant à la France, elle constitue, sans doute, le cas le plus intéressant du point de vue de notre étude, ce qui est dû incontestablement au fait que dans ce pays, depuis 1969, des lois régissent spécifiquement le statut des gens du voyage en leur octroyant un régime à part.

Leur statut a été initialement fixé par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe. Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises et complétée par la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, venant remanier ce statut. Pour autant, les évolutions en 2000 n'étaient pas satisfaisantes, un régime distinct a continué à subsister dont la constitutionnalité était contestable. Malgré cela, aucune de ces deux lois n'a fait l'objet, lors de son adoption, d'une saisine du Conseil constitutionnel, ce qui conduit à reconnaître, avec Marthe Stefanini, que le système du contrôle *a priori* n'est pas en soi particulièrement favorable à une minorité qui n'est absolument pas représentée, même par les groupes dits minoritaires au Parlement. Dès lors, la question de l'apport de la QPC dans la protection des droits de ces personnes vulnérables ne fait que gagner en pertinence et en intérêt.

Il convient de souligner de prime abord que les décisions QPC portant sur la législation appliquée aux gens du voyage sont peu nombreuses, puisqu'on n'en dénombre que trois seulement au 1^{er} novembre 2019 (décisions n° 2010-13 QPC, n° 2012-279 QPC et n° 2019-805 QPC) portant directement sur la loi de 1969 ou la loi de 2000, auxquelles peut être ajoutée une décision concernant plus largement un mode de vie nomade (décision n° 2011-169 QPC). Toutefois, ce faible nombre doit être relativisé, car le Conseil constitutionnel s'est également prononcé à l'occasion d'autres décisions, DC, portant sur des dispositifs qui n'étaient pas spécifiques aux gens du voyage²²⁰. Il faut souligner aussi que le statut dérogatoire applicable aux gens du voyage a encore évolué très récemment, avec deux lois et une ordonnance : la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, abrogeant notamment la loi de 1969 et modifiant celle de 2000 ; la loi n° 2018-957 du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites et l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Ainsi, le dispositif mis en place en 2000 concernant les gens du voyage a connu des modifications législatives importantes dont trois intervenues ces dernières années. Or, si l'on peut considérer

220 Conseil constitutionnel, décisions n° 94-359 DC, n° 2003-467 DC de 2003, n° 2004-503 DC et n° 2016-745 DC notamment.

que ces évolutions législatives sont, en partie, une conséquence des questions soulevées lors des QPC et que la QPC a sans doute pu contribuer à améliorer le dispositif législatif relatif aux gens du voyage, pour tenir compte des droits et libertés fondamentaux, ce n'est toutefois qu'à titre partiel. En effet, certes, sur les trois décisions qui ont porté sur le statut applicable aux gens du voyage, deux ont prononcé des censures. Toutefois, ces censures peuvent être considérées comme le minimum que pouvait faire le Conseil constitutionnel, car elles concernent des dispositions dont l'inconstitutionnalité avait déjà été dénoncée par la doctrine et par un certain nombre d'autorités, dont la HALDE, ces dispositions risquant par ailleurs d'être mises en cause par les juridictions européennes.

En effet, la deuxième décision rendue par le Conseil constitutionnel a fait suite à une série de critiques formulées par diverses instances, et a été rendue avant une décision importante de la 5^e section de la CEDH qui a estimé que certaines dispositions de la législation française étaient incompatibles avec la Convention. Or, certaines de ces dispositions avaient déjà été examinées et déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, comme le souligne Marthe Stefanini, « le contrôle abstrait opéré par le Conseil constitutionnel semble marquer la limite de la garantie des droits fondamentaux accordée aux gens du voyage », alors qu'à l'inverse, « le contrôle concret opéré par la Cour européenne des droits de l'homme et la prise en compte d'éléments factuels expliquent sans doute que la France ait pu être condamnée pour violation de la Convention »²²¹.

En définitive, si la situation des gens du voyage semble s'être sensiblement améliorée ces dernières années, le droit applicable aux gens du voyage contient, néanmoins, encore des imperfections que le Conseil constitutionnel a pu censurer encore tout récemment dans une décision du 27 septembre 2019²²².

Les études menées dans le cadre de cette recherche sur la jurisprudence française et italienne concernant les gens du voyage ont mis en exergue deux thématiques principales : d'une part, celle relative à l'installation et au stationnement des gens du voyage ; d'autre part, celle, de portée plus générale, portant sur le statut des gens du voyage et sur le traitement à part qui leur est réservé.

2. L'installation et le stationnement des gens du voyage

2.1. Un dispositif législatif dérogatoire validé par le Conseil constitutionnel

Les questions liées à la problématique de l'installation et du stationnement des gens du voyage suscitent, en France, un contentieux assez fréquent devant le juge administratif, opposant généralement les communes aux gens du voyage (des communes ou des communautés de communes qui essaient d'échapper à leur obligation de prévoir des aires d'accueil appropriées, adaptées).

221 M. FATIN-ROUGE STEFANINI.

222 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-805 QPC.

Il faut dire d'emblée que si l'on peut dénombrer, dans ce domaine, trois des quatre QPC rattachées aux gens du voyage, la procédure de la QPC n'a pas fondamentalement fait changer le dispositif prévu par la loi, le Conseil constitutionnel validant l'ensemble de ce dispositif, alors que, comme nous le verrons dans le paragraphe qui suit, la QPC a permis des avancées importantes concernant le statut juridique spécifique des gens du voyage.

En particulier, dans la décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010²²³, étaient mis en cause les articles 9 et 9-1 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. Ces dispositions sont relatives au stationnement de ces personnes en dehors des zones d'accueil, elles prévoient notamment les conditions de mise en demeure en cas d'occupation illégale et contraire à l'ordre public, et celles de l'exécution forcée selon une procédure simplifiée.

Sur cette question, la jurisprudence du Conseil constitutionnel antérieure à l'adoption de la QPC n'avait pas toujours été favorable aux gens du voyage. Ainsi dans la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif législatif qui considérait que constituait une infraction non seulement le fait de s'installer sur le terrain d'une commune satisfaisant à ses obligations d'accueil des gens du voyage, mais également sur celui d'une commune n'étant soumise à aucune obligation d'accueil, car n'étant pas inscrite à un schéma départemental d'accueil des gens du voyage²²⁴. En revanche, dans la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, le dispositif législatif permettant la mise en demeure et l'évacuation forcée de personnes occupant un lieu de façon illicite, à toute époque et sans considération de la situation personnelle ou familiale des individus concernés, avait été censuré par le Conseil constitutionnel, car il ne garantissait pas une conciliation suffisante entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits et libertés²²⁵.

La décision n° 2010-13 QPC ne semble pas briller par un souci de protection à l'égard des gens du voyage²²⁶. Au contraire, dans cette décision, le dispositif organisant l'accueil et le pouvoir d'interdiction d'installation et de stationnement des gens du voyage a été entièrement validé par le Conseil constitutionnel, ce dispositif étant jugé justifié et proportionné. En particulier, selon le Conseil, les dispositions contestées respectent le principe d'égalité, la différence de traitement instaurée par le législateur reposant « sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers »²²⁷. Il existerait donc une différence de situation objective entre les personnes dont l'habitat principal est constitué de résidences mobiles et qui ont un mode de vie itinérant, et les personnes sédentaires, le statut dérogatoire dont font l'objet les gens du voyage étant ainsi, dans son principe, conforme à la Constitution.

223 Remarquons ici que contrairement aux QPC qui vont suivre, celle-ci a été soulevée par deux requérants à titre individuel. Aucune association ne s'est jointe à eux, y compris dans le cadre d'une tierce intervention. Il est intéressant aussi de souligner que les deux requérants n'auraient pas dû se voir appliquer les articles 9 et 9-1 de la loi de 2000, car ils ne faisaient pas à proprement partie de la catégorie « gens du voyage », mais des Roms.

224 Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC, cons. 70, 71, 73 et 74.

225 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-625 DC, cons. 55.

226 Voir E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *AJDA*, 2010, n° 41, p. 2324-2329.

227 Conseil constitutionnel, décision n° 2013-10 QPC, cons. 6.

Comme le fait remarquer Marthe Stefanini, il ressort de cette décision QPC que le mode de vie des personnes qualifiées de gens du voyage justifie une différence de traitement, mais de manière défavorable à ces derniers, puisqu'il permet des atteintes à leurs libertés, issues d'une tradition de méfiance à l'encontre des personnes qualifiées de nomades²²⁸. Par ailleurs, la situation des gens du voyage est considérée aussi comme différente de celles de personnes défavorisées. Contrairement aux premiers, qui disposent d'un logement et se déplacent avec celui-ci, ces dernières ne disposent pas généralement d'un logement qualifiable de décent et méritent, donc, une protection accrue. Marthe Stefanini fait justement remarquer que si l'on s'arrêtait à cette seule QPC, on pourrait considérer que cette nouvelle procédure, adoptée en 2010, ne profite pas aux gens du voyage car le Conseil constitutionnel ne se montre pas particulièrement soucieux d'une atteinte à leurs droits. Il valide le dispositif existant, malgré les nombreuses critiques dont il fait l'objet : la différence de traitement mise en place par le législateur sur la base d'une différence de situation – et validée par le Conseil constitutionnel au nom d'une conception très malléable du principe d'égalité – empêche le Conseil constitutionnel non seulement de pointer du doigt les effets discriminatoires des règles applicables aux gens du voyage, mais également de reconnaître toute forme de vulnérabilité de cette communauté. D'ailleurs, l'idée même de communauté est niée dans la jurisprudence, alors même que la loi vise bien une communauté, en particulier de manière implicite. Il en résulte une procédure d'expulsion forcée, sans recours au juge, et confiée au Préfet, que le Conseil constitutionnel valide dans son ensemble.

En définitive, cette jurisprudence semble être plutôt protectrice de la liberté des communes de concilier nécessité de l'accueil des gens du voyage et ordre public, et beaucoup moins protectrice des gens du voyage.

2.2. La jurisprudence plus protectrice de la Cour européenne des droits de l'homme

Saisie à plusieurs reprises à propos du dispositif dérogatoire français d'installation et de stationnement des gens du voyage, la Cour européenne des droits de l'homme a fait référence à cette première décision 2010-13 QPC dans ses décisions. D'une manière générale, la jurisprudence européenne s'est montrée plus protectrice des droits et libertés de cette catégorie de personnes vulnérables que celle du Conseil constitutionnel. Dans l'affaire *Winterstein c. France* du 17 octobre 2013, tout d'abord²²⁹, la Cour de Strasbourg a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale) en raison, d'une part, de l'absence d'examen de la proportionnalité de l'ingérence dans le cadre de la procédure d'expulsion (§ 158) et, d'autre part, de la non prise en compte suffisante des besoins de certaines familles ayant demandé un relogement, ce qui les plaçait dans une situation de grande précarité (§ 167). La Cour a rappelé que de nombreuses autorités, dont la Commission consultative des droits de l'Homme et la HALDE,

228 Voir notamment Claire Cossée, « Le statut "gens du voyage" comme institution de l'antitsiganisme en France », *Migrations Société*, 2016/1, n° 163, p. 75.

229 CEDH, 17 octobre 2013, n° 27013/07, *Winterstein et autres c. France*.

avaient souligné certains aspects discriminatoires et insuffisants du droit français en ce qui concerne la situation des gens du voyage, de nombreuses réclamations ayant, par ailleurs, été déposées auprès du Conseil de l'Europe²³⁰.

Dans une seconde décision, *Balta c. France* du 16 janvier 2018²³¹, rendue par la 5^e section de la Cour européenne des droits de l'homme et toujours à propos de la législation française concernant les gens du voyage, le requérant est celui-là même qui avait été à l'origine de la décision n° 2010-13 QPC. En l'espèce, le requérant faisait valoir que la mise en demeure qu'il avait reçu de quitter des lieux qu'il occupait de manière illicite était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Cela posait donc la question de la compatibilité avec la Convention européenne de l'article 9 de la loi de 2000, en particulier par rapport au principe de non-discrimination, « en ce qu'il restreint sur une base ethnique, la liberté de circulation qui inclut la liberté de stationnement ». Le requérant soutenait également que cette disposition visait « à interdire aux gens du voyage et à eux seuls de stationner en dehors des aires d'accueil qui leur sont réservées ». Il invoquait donc une violation de l'article 14 de la Convention (principe de non-discrimination) combinée avec l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention qui dispose que « quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. [...] ».

Malgré la pertinence du raisonnement, la Cour européenne a dû cependant déclarer la requête irrecevable, au motif que les requérants ne résidaient pas régulièrement en France. Ainsi, la condition de régularité peut seule ouvrir droit à la libre circulation et à la résidence dans un État. La Cour rappelle que « cette disposition ne saurait s'interpréter comme reconnaissant le droit pour un étranger de résider ou de continuer à résider dans un pays dont il n'est pas ressortissant, et ne régit en aucune manière les conditions dans lesquelles une personne a le droit de résider dans un État ».

Nous devons remarquer que ces deux décisions, rendues en chambre par la 5^e section de la Cour européenne, en 2013 et en 2018, sont intervenues après la seconde décision QPC adoptée par le Conseil constitutionnel, à propos du statut juridique des gens du voyage. Entre-temps, en effet, le Conseil constitutionnel s'était prononcé une nouvelle fois sur la législation concernant les gens du voyage, en particulier sur leur statut (voir paragraphe 3 qui suit), avec une décision qui avait tout de même remis en cause deux dispositifs qui apparaissaient très critiquables et discriminatoires²³².

Il est donc notable que lorsque la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans les deux affaires concernant la France, le Conseil constitutionnel avait déjà rendu une décision QPC plus favorable à la garantie des droits des gens du voyage, sans que la législation française ait été, cependant, fondamentalement modifiée.

230 Voir §§ 65 à 102 de la décision.

231 CEDH, 16 janvier 2018, n° 19462/12, *Balta c/ France*.

232 Conseil constitutionnel, décision n° 2012-279 QPC.

2.3. Quelques avancées concernant le dispositif d'installation et de stationnement des gens du voyage

Une affaire toute récente, donnant lieu à la décision n° 2019-805 QPC du 27 septembre 2019, a été une nouvelle occasion pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur le dispositif d'installation et de stationnement des gens du voyage. Dans celle-ci, le Conseil a validé, une nouvelle fois dans son principe, le dispositif prévu par la loi, tel que modifié par des textes législatifs récents, mais il a, tout de même, censuré des dispositions qui violaient de manière manifeste les droits des gens du voyage.

Dans cette affaire, étaient de nouveau mises en cause les dispositions de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, en particulier le dispositif relatif aux possibilités d'interdiction et d'expulsion de ces personnes. Bien que ces dispositions aient déjà fait l'objet d'un précédent contrôle de conformité à la Constitution, dans le cadre, justement, de la décision n° 2010-13 QPC, le Conseil d'État a tout de même soulevé la QPC les concernant devant le Conseil constitutionnel, en estimant qu'il y avait eu un changement de circonstances, puisqu'elles avaient entre-temps subi des modifications importantes, principalement par la loi du 27 janvier 2017 (Loi sur l'égalité et la citoyenneté) et par celle du 7 novembre 2018 (Loi relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites).

À noter que contrairement à l'affaire jugée en 2010, cette fois-ci les requérants étaient des associations de défense des droits et libertés ou de défense des intérêts des gens du voyage, à savoir l'Union de défense active des forains, l'association France liberté voyage, la fédération nationale des associations solidaires d'action avec les Tsiganes et les Gens du voyage et l'association nationale des gens du voyage citoyens. Par ailleurs, la montée en puissance du mouvement associatif en faveur des droits de cette minorité est confirmée par le fait que deux associations ont présenté des observations en tierce intervention : Rromeurope et l'Association de promotion et de développement des fêtes foraines en France.

Rappelons brièvement que l'article 9 fait partie des dispositions régissant l'accueil et le stationnement de résidences mobiles, et notamment les conditions permettant à un établissement intercommunal ou à une commune, d'interdire l'installation et le stationnement de celles-ci en dehors d'aires d'accueil appropriées. Comme nous le disions plus haut, la question du stationnement des gens du voyage est celle qui préoccupe le plus les communes et dont les juridictions sont le plus souvent saisies. D'ailleurs, plusieurs décisions de justice sont relatives à la question de l'évacuation forcée des gens du voyage sur des terrains non destinés à cet accueil, mais également de non mise à disposition des gens du voyage de terrains appropriés par les communes²³³.

Plusieurs griefs étaient soulevés par les requérants. Le premier était fondé sur une atteinte à la liberté d'aller et venir et au principe de fraternité. Les requérants soutenaient que l'article 9 permettrait à un établissement public de coopération intercommunale ou à une commune, d'interdire

²³³ Voir notamment les affaires concernant les Communes de Mouginsou de Nice; voir également Conseil d'État, 9 novembre 2018, req. 411010.

le stationnement des gens du voyage et, en cas de stationnement irrégulier, permettrait de solliciter le préfet pour obtenir leur évacuation forcée, même en l'absence d'aire d'accueil sur le territoire concerné. Toutefois, comme dans la précédente décision n° 2010-13 QPC, ce dispositif est validé par le Conseil constitutionnel, alors même que l'absence de recours au juge ne se justifie pas. Le second grief évoquait un « bannissement administratif » qui serait le résultat de la disposition prévoyant que le préfet puisse mettre en demeure de quitter le territoire couvert par cette interdiction pendant 7 jours consécutifs. Cela portait atteinte, selon les requérants, à un ensemble de droits et libertés : égalité d'accès aux soins, droit d'égal accès à l'instruction, droit de mener une vie familiale normale et objectif de sauvegarde de « l'ordre public immatériel ». En troisième lieu, une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et aux droits de la défense était invoquée, en raison du laps de temps trop court laissé pour saisir le juge en cas de mise en demeure (24 heures) et du délai de 48 heures laissé au juge pour se prononcer. Enfin, un quatrième grief soulevé par les requérants portait sur le fait que le dispositif législatif permet à certaines communes d'interdire aux gens du voyage de stationner sur un terrain, alors même qu'ils sont propriétaires de ce terrain. Une atteinte au principe d'égalité devant la loi et une violation du droit de propriété étaient donc invoquées.

Plus généralement, l'ensemble du dispositif mis en place par l'article 9 était visé dans cette affaire, ce dispositif se fondant, selon les requérants, sur des critères ethniques, en violation du principe d'égalité. Cette discrimination était déjà invoquée dans les affaires précédentes et l'avait également été devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

Malgré l'abondance des arguments soulevés et, encore une fois, malgré la pertinence du raisonnement porté devant le Conseil constitutionnel, fondé, essentiellement, sur le principe d'égalité, la majorité des griefs n'a pas été retenue par le juge constitutionnel, qui a estimé, à l'issue d'un contrôle abstrait, que le législateur avait adopté un dispositif permettant de concilier les droits et libertés garantis par la Constitution avec la nécessité de sauvegarder l'ordre public. En particulier, la nécessité et la proportionnalité des restrictions portées aux droits et libertés, notamment à la liberté d'aller et de venir, ont été vérifiées par le Conseil constitutionnel par le biais d'un contrôle restreint, pour finalement constater que la conciliation opérée n'était pas manifestement déséquilibrée. Par ailleurs, le Conseil a également estimé que le législateur n'enfreignait pas l'interdiction de discrimination fondée sur l'origine ethnique, ni le principe de fraternité et qu'il avait aussi respecté l'égalité d'accès aux soins et l'égalité d'accès à l'instruction, de même que le droit à un recours juridictionnel effectif et les droits de la défense.

En revanche, en ce qui concerne la disposition conduisant à interdire à des personnes propriétaires de leur terrain de stationner sur celui-ci, le Conseil constitutionnel a logiquement considéré que le droit de propriété était méconnu. Le § 3 de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 a donc été abrogé, cette abrogation étant toutefois reportée au 1^{er} janvier 2020²³⁴.

234 L'effet différé s'explique ici par le fait que l'abrogation de la disposition censurée aurait rendu applicable un dispositif interdisant aux propriétaires de terrains de stationner avec des résidences mobiles sur leurs propres terrains. L'effet immédiat de l'abrogation aurait ainsi créé une violation du droit de propriété, alors qu'il s'agit justement de ne plus permettre une telle violation.

En définitive, la dernière décision QPC rendue par le Conseil constitutionnel en septembre 2019 vient valider l'ensemble du dispositif mis en place par la loi de 2000 et ses modifications successives, notamment celles intervenues en 2017 et 2018, en matière d'installation et de stationnement des gens du voyage. Sans doute, par ces modifications récentes, le législateur, même sous l'effet indirect du dispositif QPC, a voulu faire avancer les choses dans ce domaine. Cependant, force est de constater que ce dispositif reste encore insatisfaisant. Et l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel en 2019, avec effet différé, ne change pas la donne, car elle ne concerne qu'une disposition manifestement excessive et ne remet pas en cause le dispositif dans son ensemble.

3. Le statut et le traitement spécifiques des gens du voyage

Que ce soit en France ou en Italie, les effets les plus importants dans la protection des gens du voyage par le biais de la question préjudicielle de constitutionnalité peuvent être constatés en ce qui concerne le traitement juridique de ces personnes. En France, cette protection est passée par la censure partielle, par le Conseil constitutionnel, du statut juridique dérogatoire; en Italie, par la sauvegarde, par la Cour constitutionnelle, du principe de non-discrimination, lors d'affaires touchant, même indirectement, les gens du voyage.

3.1. L'inconstitutionnalité partielle du statut dérogatoire

Comme le souligne Marthe Stefanini, dans la deuxième décision QPC rendue à propos des gens du voyage, la décision n° 2012-279 QPC du 5 octobre 2012, *Jean-Claude P. [Régime de circulation des gens du voyage]*, les dispositions mises en cause allaient bien au-delà des articles 9 et 9-1 concernant les conditions relatives au stationnement des gens du voyage, puisqu'il s'agissait des articles 2 à 11 de la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe. Ces dispositions abordent la question centrale du statut des gens du voyage, à savoir celle qui concerne la nécessaire possession de titres de circulation ainsi que l'obligation de déclarer une commune de rattachement.

Notons que dans cette affaire, même si la QPC a été formée par le seul requérant à titre individuel, le monde associatif en défense des gens du voyage a pu jouer un rôle important, car l'association France Liberté Voyage a présenté des observations au titre de tiers intervenant.

D'après le requérant, le dispositif législatif obligeant les gens du voyage à posséder un titre de circulation et à déclarer une commune de rattachement mettait en cause le principe d'égalité, la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée, le droit de vote et, en particulier, le principe d'égalité dans l'exercice de ce droit. Le Conseil constitutionnel a répondu à ces griefs en sauvant le dispositif des titres de circulation dans son ensemble, tout en censurant, cependant, les dispositions les plus manifestement inconstitutionnelles.

Ainsi, concernant les titres de circulation, le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause le principe même des titres de circulation, en estimant qu'il répond à la fois à des considérations d'intérêt général et à un objectif d'ordre public. Pour lui, il n'y a donc d'atteinte ni au principe d'égalité, ni à la liberté d'aller et venir. En revanche, dans la décision n° 2012-279 QPC, le Conseil constitutionnel estime que la différence de régime entre les personnes disposant de ressources régulières, soumises à un livret de circulation, et celles n'en disposant pas, qui sont soumises à un carnet de circulation, constitue une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. Pour le Conseil, la distinction de régime entre le livret de circulation (pour les personnes qui logent de façon permanente en résidence mobile et justifient de ressources régulières) et le carnet de circulation (pour les personnes qui logent de façon permanente en résidence mobile mais ne justifient pas de ressources régulières) « n'est pas en rapport direct avec les fins civiles, sociales, administratives ou judiciaires poursuivies par la loi ». Par conséquent, la différence de titres de circulation est déclarée contraire à la Constitution, sachant par ailleurs que les personnes possédant un livret de circulation devaient se soumettre au contrôle de l'autorité administrative tous les ans, alors que les autres (sans ressources), possédant un carnet, devaient s'y soumettre tous les trois mois.

Mais les censures ne s'arrêtent pas là, car dans la décision QPC de 2012, le Conseil constitutionnel déclare aussi non conforme à la Constitution le fait de prévoir une peine d'un an d'emprisonnement pour les personnes circulant sans carnet de circulation, considérant qu'il y avait là une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir au regard de l'objectif poursuivi par la loi.

Une autre question, importante, a été portée devant le Conseil constitutionnel lors de cette affaire, qui concerne l'obligation, pour les gens du voyage, de déclarer une commune de rattachement. Il faut savoir, avant tout, que ce rattachement emporte, pour la personne rattachée, les conséquences liées à une domiciliation classique : notamment, la célébration du mariage, l'inscription sur la liste électorale, l'accomplissement des obligations fiscales et de celles prévues par les législations de sécurité sociale et la législation sur l'aide aux travailleurs sans emploi, ainsi que l'obligation du service national. Il faut savoir aussi qu'aux termes de la loi attaquée, « sauf dérogation pour assurer l'unité des familles », « le nombre des personnes détentrices d'un titre de circulation, sans domicile ni résidence fixe, rattachées à une commune, ne doit pas dépasser 3 % de la population municipale telle qu'elle a été dénombrée au dernier recensement » et que la durée minimale du rattachement est de deux ans. En outre, les dispositions contestées prévoyaient également que pour les personnes faisant l'objet de l'obligation de rattachement (donc pour les gens du voyage), l'inscription sur une liste électorale de la commune de rattachement était, au surplus, soumise à un rattachement ininterrompu d'une durée de trois ans.

Saisi, dans la décision de 2012, de l'ensemble des mesures relatives à l'obligation de rattachement, le Conseil constitutionnel a rejeté les griefs d'atteinte à la liberté d'aller et venir et de respect de la vie privée, sauvant ainsi, encore une fois, le dispositif dans son ensemble. En revanche, il a estimé que l'obligation de rattachement pour une durée de 3 ans, aux fins de l'inscription sur les listes électorales, était contraire à la Constitution, car elle instaurait une division par catégorie des

électeurs et des éligibles, contraire au principe d'égalité, les gens du voyage constituant la seule catégorie assujettie à cette obligation de rattachement continu pour une période de 3 ans.

En définitive, dans la décision n° 2012-279 QPC, le Conseil a décidé de la non-conformité partielle de trois dispositions, et n'a émis aucune réserve d'interprétation. Les censures étaient toutefois ciblées, afin de permettre au dispositif de continuer à fonctionner.

On peut remarquer, toutefois, que cette décision est arrivée à un moment où la loi avait été déjà mise en cause par plusieurs hautes autorités, notamment par la HALDE, par la Commission nationale consultative des droits de l'homme et, sur le plan international, par le Commissaire aux droits de l'homme au Conseil de l'Europe, et que le gouvernement s'était engagé à prévoir une réforme du dispositif. Ce qu'il n'a pas manqué de faire dans les années qui ont suivi, notamment par les lois de 2017 et de 2018, qui ont abrogé la loi de 1969 et amplement réformé celle de 2000, en modifiant en profondeur le statut dérogatoire des gens du voyage, pour le rendre plus proche du droit commun. Ainsi, l'obligation de disposer d'un titre de circulation a disparu, tout comme l'obligation de déclarer une commune de rattachement. Les gens du voyage sont désormais assujettis au régime de droit commun de la domiciliation, à savoir l'article L. 264-1 du Code d'action sociale et des familles.

On remarque ainsi une tendance de la législation française – tendance que l'on peut même rattacher indirectement à la QPC – allant dans le sens d'un aplatissage du régime des gens du voyage sur celui de droit commun et donc d'un abandon progressif du statut dérogatoire.

Il est intéressant de rappeler ici qu'en Italie et en Espagne, pays qui connaissent une histoire différente par rapport à la France en matière d'immigration et qui ne se sont pas dotés de dispositifs spécifiques concernant les gens du voyage, la situation juridique est celle vers laquelle se dirige, donc, actuellement le système français : à savoir un système dans lequel les gens du voyage sont logés, du moins dans les textes, à la même enseigne que les autres citoyens résidant sur le territoire de l'État.

C'est ce qui semble expliquer la totale absence, en Espagne, de décisions concernant cette catégorie de personnes, qui n'en sont pas une, en réalité, du moins dans les textes. C'est ce qui explique aussi qu'en Italie on ne dénombre que quelques décisions adoptées dans le procès incident de constitutionnalité. Ces décisions visent toutes à sauvegarder, justement, l'égalité de traitement entre les gens du voyage et les autres citoyens de l'État.

3.2. La sauvegarde du principe de non-discrimination

Parmi les quatre décisions relevées au sein du contentieux par la voie incidente en Italie, trois d'entre elles, toutes des ordonnances, ne concernent qu'indirectement les gens du voyage, car dans ces affaires les juges *a quibus* mettent en évidence le nomadisme comme attribut supplémentaire de la personne concernée par le litige : dans ces affaires, le fait, pour la partie au procès, d'être une personne nomade, ne constituait donc pas le cœur du sujet, mais venait conforter le raisonnement du juge *a quo*. Ainsi, pour ne prendre que l'exemple le plus intéressant et qui s'est reproduit

à deux reprises²³⁵, dans les ordonnances n° 145 de 2009 et n° 260 de 2009, le juge *a quo* contestait la constitutionnalité d'une disposition du Code pénal italien qui oblige, sans réserve, le juge à différer l'exécution de la peine pour les femmes enceintes et les mères d'enfant en bas âge. Le juge *a quo* contestait le caractère automatique de ce renvoi prévu par la disposition contestée, alléguant le fait que ce dispositif est utilisé de manière systématique par les femmes nomades (comme celle qui était partie au litige), lesquelles s'abriteraient ainsi derrière leur maternité afin de circuler librement sur le territoire et de commettre les infractions – notamment contre le patrimoine – auxquelles elles ont l'habitude de s'adonner. Selon le juge *a quo*, le caractère obligatoire du dispositif du code pénal, qui ne permettait donc pas au juge de l'exécution de la peine de refuser l'application de cette norme, violait notamment l'article 27 de la Constitution italienne, selon lequel la peine doit avoir pour finalité la rééducation du condamné.

La Cour constitutionnelle, par une ordonnance constatant le caractère « manifestement infondé » de la question, a néanmoins précisé que la disposition attaquée était déjà dotée d'instruments voués à faire face à d'éventuels abus de la part des femmes ayant bénéficié de ce dispositif : la disposition prévoit, en effet, la révocation du dispositif si la mère a abandonné son enfant, ou si elle l'a confié à d'autres personnes, ou si la mère est déchue de son autorité parentale. On en déduit que la Cour constitutionnelle s'en est tenue aux dispositions du texte contrôlé, en refusant implicitement toute généralisation et tout préjudice concernant les gens du voyage, notamment celui selon lequel les mères nomades seraient toutes des mauvaises mères, s'abritant derrière leur enfant pour commettre des vols.

Mais la décision la plus intéressante du point de vue de notre recherche est, sans doute, l'arrêt n° 115 de 2011, dans lequel la Cour constitutionnelle a censuré une disposition législative qui permettait aux maires d'adopter des mesures – ayant une portée normative et pouvant rester en vigueur pour une période indéterminée – vouées à la prévention et à l'élimination de graves dangers pour la « sécurité urbaine » (et ce au-delà des mesures temporaires et non normatives que les maires peuvent adopter dans des cas d'extrême urgence). Sans le dire, la disposition attaquée permettait – et avait effectivement permis – aux maires d'interdire dans leur ville, par des mesures non-temporaires et non-urgentes, toute forme de mendicité ou toute forme de stationnement, notamment dans des quartiers périphériques, et visait donc, toujours sans le dire, les gens du voyage, qui s'adonnent souvent à ces pratiques. C'est, d'ailleurs, ce que met en lumière le juge *a quo* dans l'ordonnance de renvoi, où il souligne que « le lien entre la disposition attaquée et la discrimination raciale est évident, celui-ci découlant du lien qui existe entre la pratique de la mendicité et des situations de pauvreté et d'exclusion sociale ainsi que du risque élevé que des personnes nomades ou migrantes, appartenant à des groupes ethniques minoritaires, se retrouvent dans ce genre de situations »²³⁶. D'ailleurs, souligne toujours le juge *a quo*, « la loi sanctionne aussi la discrimination exercée de manière indirecte », à savoir dans les cas où « une disposition, un critère, une pratique, un acte, un

235 Il faut rappeler, en effet, que les ordonnances, ainsi que les arrêts de rejet de la Cour constitutionnelle italienne permettent de saisir de nouveau le juge constitutionnel d'une question identique, lors d'un autre procès.

236 Cour constitutionnelle, arrêt n° 115/2011, rit. fatto, point 1.3.

pacte ou bien un comportement apparemment neutre peuvent placer des personnes appartenant à une race ou à une origine ethnique déterminée dans une position particulièrement désavantageuse par rapport à d'autres personnes (art. 2, 1^{er} alinéa, lettre b, du décret législatif n. 215 de 2003) ».

La Cour constitutionnelle, censurant la disposition attaquée, a accueilli ce raisonnement et a donc contribué, par cette censure, à la sauvegarde du principe de non-discrimination à l'égard des populations nomades.

4. *Quelques propos conclusifs*

L'analyse comparative des quelques décisions adoptées en France comme en Italie, à propos des gens du voyage, montre globalement que cette catégorie de personnes vulnérables ne rentre pas forcément parmi les priorités des juges constitutionnels en matière de protection.

Ceci dit, et pour répondre à la question posée par notre recherche, Marthe Stefanini remarque que le dispositif de la QPC a, sans doute, constitué un atout pour les personnes entrant dans la catégorie des « gens du voyage », en ce que les décisions QPC rendues ont eu, à côté d'actions menées par différentes associations et grâce également aux mises en cause régulières du régime dérogatoire applicable aux gens du voyage par des autorités françaises et européennes, un effet de levier, poussant le législateur à intervenir.

En effet, jusqu'à l'adoption de la QPC, plusieurs dispositions du régime dérogatoire applicable aux gens du voyage étaient régulièrement mises en cause pour leur caractère discriminatoire, sans pour autant être modifiées. Cela a conduit des requérants, puis des associations, à utiliser cette nouvelle voie de recours pour faire valoir leurs droits autrement que devant les juridictions ordinaires ou européennes.

Or, si la différence de traitement en général n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel, en ce sens que les titres de circulation ont subsisté, ainsi que l'obligation de rattachement à une commune et l'impossibilité d'occuper des terrains librement en dehors de zones prévues, en revanche, les points les plus contestables (différences de régime, atteinte aux droits civiques, violation du droit de propriété) ont été censurés. Au-delà de ces QPC, c'est l'ensemble du régime applicable aux gens du voyage qui a été repensé, en France, notamment par les lois de 2017 et de 2018, qui ont rapproché le régime dérogatoire du régime de droit commun.

En revanche, l'abstraction du contrôle et les principes d'égalité et de non-discrimination tels qu'ils sont interprétés en droit français, n'ont pas conduit le Conseil constitutionnel à prendre en compte la vulnérabilité des gens du voyage en tant que minorité. En effet, une telle vulnérabilité a pu être soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Winterstein*, et justifie,

selon cette Cour, que soit accordée « une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »²³⁷, ce que ne fait pas le Conseil constitutionnel (ni les juges de droit commun d'ailleurs).

Une fois de plus, la prudence a donc été de mise dans la jurisprudence constitutionnelle et le Conseil constitutionnel s'est montré très respectueux du législateur. En revanche, le législateur lui-même a remis en cause son dispositif et est allé plus loin que le Conseil constitutionnel. Les différentes QPC ont donc permis d'attirer l'attention sur un régime qu'il convenait de faire évoluer et ont conduit le législateur à intervenir avant que la France ne soit plus souvent condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Des améliorations sont cependant encore souhaitables.

En Italie, en revanche, tout comme en Espagne, les gens du voyage sont pratiquement invisibles aux yeux du législateur, tout comme, par conséquent, du juge constitutionnel et leur protection par le biais de la question préjudicielle est ainsi très rare, voire nulle.

Il est, ainsi, possible de conclure ce paragraphe en soulignant que dans les trois pays, contrairement à d'autres catégories de personnes vulnérables, comme les étrangers ou les mineurs, il n'y a pas de statut constitutionnel des gens du voyage. On est donc loin de la consécration d'un statut protecteur en raison d'une situation de vulnérabilité.

F. La protection des travailleurs précaires et des chômeurs

Ainsi que le relève très opportunément Valérie Bernaud, « s'interroger sur les personnes vulnérables et leur appréhension par le juge constitutionnel dans le cadre de la procédure de la QPC pose avant tout la question de la délimitation du sujet, surtout lorsque celui-ci concerne les “travailleurs précaires”. La catégorie, hétérogène, peut faire l'objet d'une appréhension plus ou moins large puisque le terme “précaire” renvoie à deux significations principales : “Révocable selon la loi” ou “Dont l'avenir, la durée, la stabilité ne sont pas assurés”²³⁸ ». Ces définitions mettent en lumière ce qui, d'un point de vue juridique, paraît faire la spécificité de la notion, c'est-à-dire le caractère révocable par l'autorité qui l'a accordée de la concession, de la permission ou, plus généralement encore, de la faculté. Autrement dit, bien que l'expression « travailleur précaire » fasse aujourd'hui partie du langage courant, elle ne constitue pas une catégorie juridique cohérente et autonome, pas davantage que celle de « travailleur vulnérable ». Après quelques éléments d'ordre méthodologique et chiffrés à propos de cette catégorie (1), seront envisagés les principaux thèmes que la jurisprudence constitutionnelle a fait surgir dans ce domaine : l'égalité femmes-hommes dans l'emploi (2), l'identification de catégories de « travailleurs vulnérables » (3), l'examen des mesures de lutte contre la crise économique de 2008 (4), et la confrontation de l'emploi et de la maternité en Italie (5). Quelques éléments de conclusion permettront d'achever l'étude de cette catégorie (6).

²³⁷ « Enfin, la vulnérabilité des Roms et gens du voyage, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre, tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers (*Chapman*, précité, § 96 et *Connors*, précité, § 84) ; dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Roms et gens du voyage de suivre leur mode de vie (*Chapman*, précité, § 96, et la jurisprudence citée) », CEDH, 17 octobre 2013, n° 27013/07, *Winterstein et autres c. France*, cit., § 148.

²³⁸ *Le Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2019.

1. *Éléments méthodologiques et statistiques*

En Italie, la recherche pouvait être réalisée par mots-clefs ou par dispositions constitutionnelles. Le choix a été fait de retenir une recherche sur le fondement des dispositions constitutionnelles, afin d'envisager la situation individuelle de personnes susceptibles de se voir appliquer des règles visant spécifiquement les travailleurs. Ce choix est d'autant plus intéressant que la Constitution italienne présente la particularité de fonder la République démocratique sur le travail, ce dernier représentant l'une des valeurs sur lesquelles s'appuie le pays et attribuant, virtuellement, une coloration politique particulière à l'État. Plusieurs dispositions de la Constitution italienne sont, au surplus, directement relatives au statut des travailleurs (articles 1, 4, et 35 à 38). En Espagne, la sélection des décisions, par le biais de la base de données du Tribunal constitutionnel, a valorisé la recherche par mots-clefs, en particulier par référence à l'adjectif « social » ainsi que l'expression « contentieux administratif », étant donné qu'il s'agissait d'identifier les questions d'inconstitutionnalité examinées par le Tribunal constitutionnel en lien avec les travailleurs. Parmi les résultats obtenus, Miguel Pérez-Moneo a choisi d'exclure les affaires en lien avec les collèges et les ordres professionnels. Ce sont alors 110 arrêts qui ont été retenus, dont 74, 55 % répondaient à des questions d'inconstitutionnalité promues par des juridictions sociales et 25, 45 % par des juridictions administratives. En Espagne, la plupart des affaires sont relatives aux décisions adoptées par le gouvernement pour enrayer la crise économique. Ainsi trouve-t-on des questions d'inconstitutionnalité formées contre la réduction de 5 % de toutes les formes de rémunération des employés des organismes et entités intégrant le secteur public, la suppression du treizième mois en décembre 2012 ou le gel des pensions de retraite durant cette même année. Mais on trouve aussi des arrêts qui traitent de groupes particuliers, tels que les employés à temps partiel, les chômeurs de plus de 52 ans, les anciens détenus, ou encore les travailleurs déclarés handicapés. En Italie, les chiffres ne sont pas seulement remarquables du point de vue du nombre de dispositions constitutionnelles potentiellement mobilisables par le juge ; ils le sont aussi, et sans doute avant tout, du point de vue du nombre de décisions relatives à la matière : depuis l'année 2000, ce sont plus de 390 questions incidentes de constitutionnalité qui ont été portées devant la Cour constitutionnelle italienne relativement aux travailleurs, ce qui représente, annuellement sur la période, entre 9 et 47 affaires, soit entre 0,7 et 13,1 % des procès incidents de constitutionnalité dont la Cour a eu à connaître chaque année. La disposition constitutionnelle la plus invoquée est, naturellement, l'article 36 qui consacre le « cœur des droits du travailleur en tant que personne²³⁹ », selon les propos de Daniele Chinni. En revanche, l'article 1, alinéa 1, de la Constitution ne fait, quant à lui, alors même qu'il n'est pas simplement récapitulatif²⁴⁰, que l'objet d'un faible intérêt de la part des plaideurs. Après l'article 36, ce sont les articles 35 et 4 de la Constitution qui sont le plus souvent invoqués dans les affaires relatives à des travailleurs et personnes sans emploi²⁴¹. Par ailleurs, toujours

239 Article 36: « Le travailleur a droit à une rétribution proportionnée à la quantité et à la qualité de son travail et en tout cas suffisante pour assurer à lui-même et à sa famille une existence libre et digne. La durée maximale de la journée de travail est fixée par la loi.

Le travailleur a droit au repos hebdomadaire et à des congés annuels rétribués, et il ne peut y renoncer ».

240 « L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail ».

241 Article 35: « La République protège le travail sous toutes ses formes et dans toutes ses applications. Elle veille à la formation et à la promotion professionnelle des travailleurs. / Elle propose et favorise les accords internationaux et les organisations internationales visant à

au titre des éléments chiffrés, observons que sur les 391 décisions qui nous intéressent, 176 sont des arrêts (44,75 %) et 215 des ordonnances (c'est-à-dire 55,25 %). Ces chiffres sont à rapprocher des 4 862 décisions rendues, pendant la même période, dans le cadre de jugements incidents de constitutionnalité, parmi lesquelles 1 671 étaient des arrêts (34,34 %), et 3 191 étaient des ordonnances (65,66 %). Il en ressort que, dans le domaine qui nous intéresse ici, la Cour constitutionnelle italienne a tendance à examiner davantage qu'elle ne le fait généralement la totalité des éléments de l'affaire. En Espagne, de nombreuses dispositions constitutionnelles ont été invoquées par les requérants, qu'il s'agisse de l'interdiction de l'arbitraire (article 9, alinéa 3), du principe d'égalité (article 14), du droit de propriété (article 33), ou encore des règles d'attribution et de répartition des compétences à l'État et aux Communautés autonomes (article 103, alinéa 3, article 134, article 149, alinéa 1). En France, bien qu'il ait pu paraître séduisant de circonscrire le sujet et de n'étudier que les décisions QPC relatives à ces travailleurs précaires, tels que définis par quelques rares dispositions du Code du travail qui font référence à la « précarité » sans la définir, une telle approche serait par trop réductrice au regard du but de l'étude. En effet, si la précarité entraîne la vulnérabilité, cette dernière est plus large, englobant aussi tous les travailleurs qui, par leurs faiblesses supposées ou avérées, intrinsèques ou passagères, peuvent voir leur statut dégradé par le biais de mécanismes institués par des textes de valeur législative. D'un point de vue statistique, le Conseil constitutionnel n'a eu à juger que d'un nombre assez restreint de QPC relatives aux contrats temporaires. En effet, trois décisions portent sur les contrats à durée déterminée²⁴², tandis que les contrats de travail temporaire ou d'intérim ne sont abordés qu'une fois, mais dans une décision *a priori*²⁴³, la notion d'apprentissage, quant à elle, donnant lieu à quatre QPC, mais seule une décision étant relative spécifiquement aux contrats d'apprentissage, aux contrats uniques d'insertion, aux contrats d'accompagnement dans l'emploi et aux contrats de professionnalisation²⁴⁴. Il faut encore y ajouter trois affaires concernant les femmes au travail et une affaire relative au handicap au travail.

Sur le fond, le principe d'égalité représente, en Italie et plus encore en Espagne, un levier particulièrement sollicité et particulièrement efficace à l'heure de protéger les travailleurs et de développer leur statut constitutionnel. Si l'égalité femmes-hommes occupe une place particulière, en particulier dans l'actualité récente, elle n'a toutefois pas été la seule à nourrir la jurisprudence constitutionnelle, les motifs de discrimination à l'égard des travailleurs allant bien au-delà du seul critère du sexe (2). De sorte que c'est souvent à l'occasion de griefs articulés autour du principe d'égalité que les cours constitutionnelles italienne et espagnole ont pu identifier des catégories spécifiques de travailleurs placés dans une situation particulièrement vulnérable – travailleurs à temps partiel, travailleurs intérimaires, travailleurs invalides et travailleurs retraités – (3), n'hésitant pas, ensuite, à leur appliquer l'ensemble des dispositions constitutionnelles opportunes. En Italie et en Espagne,

l'affirmation et à la réglementation des droits du travail. / Elle reconnaît la liberté d'émigration, sous réserve des obligations fixées par la loi dans l'intérêt général et protège le travailleur italien à l'étranger ».

Article 4: « La République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et met en œuvre les conditions qui rendent ce droit effectif. / Tout citoyen a le devoir d'exercer, selon ses possibilités et selon son choix, une activité ou une fonction concourant au progrès matériel ou spirituel de la société ».

242 Il s'agit des décisions n° 2014-401 QPC ; n° 2014-402 QPC ; et n° 2017- 623 QPC. Cette dernière n'aborde cependant pas la question au fond.

243 Conseil constitutionnel, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*.

244 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011.

pays les premiers touchés par les effets de la crise économique de 2008, plusieurs dispositions législatives adoptées à cette occasion ont fait l'objet d'un contrôle incident de constitutionnalité (4), la jurisprudence constitutionnelle italienne consacrant, au surplus, des développements importants à la question des liens entre maternité et emploi (5).

2. *L'égalité femmes-hommes dans l'emploi*

L'égalité femmes-hommes en matière d'emploi a occupé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne. Bien sûr, la Constitution italienne pose le principe général d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, en particulier dans le domaine de l'emploi. La Cour constitutionnelle italienne a, ainsi, eu à envisager la règle qui prévoyait, à propos de la femme souhaitant travailler au-delà de l'âge de 60 ans – à la différence de ce qui était prévu pour les hommes – la charge de communiquer rapidement son intention à l'employeur et de le faire au moins trois mois avant la date de déclenchement de son droit à pension de retraite, sous peine d'application immédiate de ce droit. Il s'agissait d'une disposition qui, comme le souligne la Cour, a le même contenu prescriptif qu'une autre précédemment déclarée contraire à la Constitution dans l'arrêt n° 498/1998 et qui met en place la même discrimination entre le travail masculin et le travail féminin: « C'est pourquoi l'obligation de communiquer, mise à la charge de la travailleuse, et conditionnant le droit de cette dernière de travailler, à partir du même âge que celui prévu pour le travailleur, et le respect – donc le possible risque – d'une condition qui, dans les faits, n'est pas prévue pour les hommes, compromet et fragilise la réalisation pleine et effective du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, en violation de l'article 3 de la Constitution, ce choix ne se fondant sur aucune justification raisonnable, et de l'article 37 de la Constitution²⁴⁵ ».

La préoccupation du respect de l'égalité entre femmes et hommes a aussi été envisagée à travers le prisme des pensions de retraite et des conditions posées pour en bénéficier. À cet égard, de manière générale, est régulièrement rappelée la distinction établie entre l'âge de départ à la retraite et l'âge ouvrant droit à pension de retraite: si l'âge de départ à la retraite, c'est-à-dire la durée légale de travail, doit être identique pour les femmes et les hommes, l'âge ouvrant droit à pension de retraite peut être distinct en faveur de la femme, représentant alors un « avantage justifié » et non un élément de discrimination²⁴⁶.

En France, s'il est entendu que le législateur peut favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux responsabilités professionnelles, le juge constitutionnel n'entend pas que d'autres principes constitutionnels soient sacrifiés pour aboutir à ce résultat²⁴⁷. De sorte que « bien qu'il y ait beaucoup à faire en matière d'égalité femmes-hommes, la jurisprudence constitutionnelle développée dans le cadre des QPC reste, à ce jour, à construire²⁴⁸ ».

245 Cour constitutionnelle, arrêt n° 275/2009.

246 Durant la période examinée: Cour constitutionnelle, arrêts n° 335/2000 et n° 256/2002.

247 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-686 QPC et décision n° 2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC.

248 Valérie BERNAUD.

3. *L'identification de catégories de « travailleurs vulnérables »*

3.1. *Les travailleurs à temps partiel*

En Espagne, ce sont certaines des règles relatives aux travailleurs à temps partiel qui ont été confrontées au principe d'égalité. En effet, le statut général des travailleurs et la loi générale de sécurité sociale mettaient en place un traitement différent pour les travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps complet pour la détermination des périodes de cotisation nécessaire pour créer des droits à prestations de sécurité sociale. Ainsi, dans le cas des travailleurs à temps complet, ce sont les périodes de temps de travail prévues par le contrat de travail qui sont déterminantes tandis que pour les travailleurs à temps partiel seules les heures effectivement travaillées sont prises en compte. Par deux arrêts²⁴⁹, le Tribunal constitutionnel espagnol a considéré qu'un tel mécanisme portait atteinte au principe d'égalité devant la loi et cela d'un double point de vue : d'une part, car il était exigé des travailleurs à temps partiel des périodes d'activité plus longues pour considérer comme établie la carence, ce qui rendait plus difficile l'accès aux prestations de sécurité sociale, au surplus de manière disproportionnée ; d'autre part, s'ajoutait une discrimination indirecte, fondée sur le sexe, dans la mesure où les travailleurs à temps partiel sont le plus souvent des femmes.

La loi générale relative à la sécurité sociale prévoyait l'extinction des droits à allocation-chômage lorsque le bénéficiaire percevait des revenus supérieurs à 75 % du salaire minimal interprofessionnel ou lorsqu'il cessait d'avoir des responsabilités familiales, ce qui supposait que pour pouvoir bénéficier à nouveau de cette allocation il devait réunir une nouvelle fois les conditions d'octroi. En pratique, ce mécanisme rendait extraordinairement difficile, pour ne pas dire totalement impossible, pour les personnes sans emploi de plus de 52 ans, de disposer une nouvelle fois de cette allocation si elles en avaient une première fois perdu le bénéfice. Le Tribunal constitutionnel n'y a pas vu de motif de censure du législateur, dans la mesure où le choix opéré en la matière par la loi, bien que discutable, ne mettait en place aucune discrimination, d'autant plus que la Constitution, dans son article 41, ne prédétermine pas les droits des citoyens à l'égard du système de sécurité sociale²⁵⁰.

La préoccupation à l'égard de l'intérêt du travailleur à la stabilité de l'emploi, véritable « boussole²⁵¹ » de l'action de la Cour constitutionnelle italienne, l'a guidée lors de l'examen de l'encadrement législatif des contrats précaires. Ainsi, la Cour a-t-elle écarté la non-conformité de l'indemnisation en cas de licenciement d'un travailleur illégalement sous contrat à durée déterminée, car la réglementation contestée « assure à ce dernier la formation d'une relation de travail à durée indéterminée [...] et la stabilité de la relation de travail constitue la protection la plus intense qui puisse être reconnue à un travailleur précaire²⁵² ». Par ailleurs, la Cour constitutionnelle italienne a refusé de censurer la disposition qui interdit l'exercice de l'emploi médico-légal aux fonctionnaires à temps partiel, travaillant à mi-temps²⁵³. En effet, l'interdiction n'est pas censurée non seulement

249 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 253/2004 et arrêt n° 61/2013.

250 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 128/2009.

251 Daniele CHINNI, p. 15.

252 Cour constitutionnelle, arrêt n° 303/2011.

253 Qui jusqu'alors pouvaient l'exercer conformément à une disposition jugée conforme par la Cour dans l'arrêt n° 390/2006.

parce que sa définition, quant à ses périodes et à ses modalités, relève de la compétence du législateur, « mais aussi car elle entend encadrer le mode d'exercice du service dans les entités publiques afin de satisfaire l'intérêt général tenant à la bonne exécution de la prestation de travail, conformément aux exigences d'impartialité et de bonne évolution, ainsi qu'un exercice correct de la profession²⁵⁴ ».

3.2. *Les travailleurs intérimaires et travailleurs à durée déterminée*

Le principe d'égalité a de nouveau été, en Espagne, appliqué à une catégorie spécifique de travailleurs réputés vulnérables, les travailleurs intérimaires. En effet, la loi de finances des Canaries pour 2013 mettait en place, uniquement pour les travailleurs intérimaires, une réduction de la durée de la journée de travail à laquelle correspondait une réduction proportionnelle de la rémunération. À propos de ces conditions de travail distinctes, le juge constitutionnel espagnol rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle, en matière d'emploi salarié, le principe est celui de l'égalité entre les travailleurs disposant d'un contrat à durée déterminée, y compris les intérimaires, et ceux liés par un contrat de travail à durée indéterminée; de sorte que le simple fait d'être engagé par un contrat de travail à durée déterminée ne peut justifier un traitement différent si celui-ci n'est pas fondé sur des raisons objectives suffisantes. Le gouvernement des Canaries ne s'appuyant sur aucune spécificité propre au travail intérimaire, la règle a été déclarée inconstitutionnelle²⁵⁵. Et la jurisprudence constitutionnelle espagnole a dû également se saisir du cas particulier, fréquent dans ce pays, des travailleurs dits « travailleurs permanents exerçant de manière discontinue », c'est-à-dire les travailleurs employés dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée mais qui peuvent exercer auprès de plusieurs entreprises car leur profession est à caractère discontinu. La loi prévoit, notamment, qu'ils sont exclus du bénéfice de la prestation non contributive de chômage lorsque ces travailleurs ont dépassé l'âge de 52 ans. Le facteur déterminant mis en œuvre pour parvenir à cette exclusion consistait dans la modalité différente de la relation de travail²⁵⁶. Selon le Tribunal constitutionnel, le contrat de travail permanent d'exercice discontinu recouvre deux situations distinctes d'inactivité: la première naît de la fin du contrat de travail, tandis que la seconde résulte de l'interruption de l'activité temporaire c'est-à-dire d'un défaut d'occupation effective entre des périodes d'activité. Techniquement, cette seconde hypothèse ne constituerait pas une situation de chômage et ne pourrait donc être un élément valide de comparaison, de sorte qu'en l'espèce le législateur n'a pas créé une discrimination au sens de l'article 14 de la Constitution²⁵⁷.

En France, dans deux affaires de 2014, les requérants se plaignaient de ne pas avoir bénéficié de l'indemnité de fin de contrat normalement prévue par l'article L. 1243-8 du Code du travail²⁵⁸. Dans la décision n° 2014-401 QPC, la requête provenait d'un étudiant employé en contrat à durée déterminée pendant les vacances de Noël, tandis que dans la décision n° 2014-402 QPC, il s'agissait

254 Cour constitutionnelle, arrêt n° 166/2012.

255 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 71/2016.

256 C'est l'article 13, alinéa 3, de la loi 31/1984 du 2 août qui pose cette règle.

257 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 53/2004.

258 Cet article dispose que: «Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation».

d'une personne employée en contrat à durée déterminée dans le cadre d'un contrat d'usage. Dans les deux cas, les moyens soulevés étaient pertinents en ce qu'ils dénonçaient, d'une part, une atteinte au principe d'égalité vis-à-vis des autres travailleurs en contrat à durée déterminée susceptibles de prétendre à la prime convoitée ; d'autre part, en ce qu'ils demandaient au juge constitutionnel de repreciser les notions de « jeunes » et de « contrat d'usage ». La première affaire, donnant lieu à la décision 401 QPC, était, comme le relève V. Bernaud, « particulièrement intéressante puisque, depuis les années 2000, le législateur a adopté différentes lois censées venir au secours d'une catégorie de la population française perçue comme vulnérable, à savoir les “jeunes” ». L'apport des décisions « est cependant de faible valeur ». En effet, ces décisions n'examinent que des dispositions législatives très spécifiques, de sorte qu'elles peinent à produire des transformations importantes dans le chef des travailleurs vulnérables. Ainsi que le relève encore cet auteur, il s'agit « au mieux, de décisions pouvant ponctuellement s'avérer novatrices ou d'un apport substantiel sur de micros problèmes juridiques ». Mais, le plus souvent, elles se bornent à faire application d'une jurisprudence constitutionnelle établie de longue date « et permettant d'évacuer les moyens soulevés sans trop se compliquer la tâche ».

À l'occasion de ces deux affaires, le Conseil constitutionnel n'est pas venu préciser la notion de « jeunes », pas davantage que celle de « contrat d'usage », tandis qu'il rejette les prétentions de requérants, qui peuvent être considérés – ainsi que le souligne Valérie Bernaud – comme « doublement précaires, car titulaires d'un contrat à durée déterminée et exclus d'une prime visant “à compenser la précarité de leur situation” », au prix d'une application classique du principe d'égalité. Le commentaire officiel des décisions nous renseigne sur la manière dont le juge constitutionnel français n'envisage ces « publics précaires » qu'à travers le prisme d'un raisonnement juridique faisant peu de place au contexte : « n'était pas contraire au principe d'égalité le fait de prévoir qu'un élève ou un étudiant qui travaille pendant ses seules vacances et qui a vocation à reprendre ses études, se voit privé de l'indemnité de précarité : au regard de l'objet de la loi (compenser l'instabilité de l'emploi) cet élève ou cet étudiant ne se trouve pas dans une situation de précarité puisqu'il a recherché du travail pour la seule période de suspension de ses études et qu'il a repris ces études à l'issue du contrat (considérant 5 de la décision n° 2014-401 QPC). L'argumentation du requérant, qui se fondait sur des études montrant un important taux de précarité dans la population étudiante, n'était donc pas opérante. Le fait que nombre d'étudiants soient des travailleurs précaires n'a pas pour effet de conférer aux “jobs d'été” un statut de travail précaire ».

Pour être complet, relevons que la décision n° 2011-122 QPC, qui contrôle l'article L 1111-3 du Code du travail, en vertu duquel ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, ceux d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi et les titulaires d'un contrat de professionnalisation, ne comporte qu'un apport technique quant au calcul des effectifs des entreprises et à l'application du principe de participation tel que consacré par l'alinéa 8 du Préambule de 1946, sans se prononcer, au fond, sur les différents types de contrat et sur l'éventuelle précarité de leurs titulaires.

3.3. *Les travailleurs employés de nuit*

Cette catégorie de travailleur n'a été envisagée que par le seul juge constitutionnel français. En effet, la réglementation du travail de nuit en France est relativement récente puisqu'elle date de 2001. Outre que le recours au travail de nuit ne peut être, en principe, qu'exceptionnel, il doit prendre en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et doit être justifié « par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale »²⁵⁹. L'objet de cet encadrement consiste dans le souci « d'éviter de placer les individus dans des situations susceptibles de fragiliser leur santé, leur sécurité, voire leur vie familiale »²⁶⁰. Saisi en 2014 d'une QPC par la société Sephora, le Conseil constitutionnel a dû s'interroger sur une éventuelle atteinte à la liberté d'entreprendre par le Code du travail. À cette occasion, il a vérifié que la conciliation entre les exigences constitutionnelles en cause avait été correctement réalisée, ce qui ne peut laisser de place à la prise en compte explicite de cette forme de vulnérabilité ou de pénibilité salariale, pas davantage que d'une protection renforcée des droits des travailleurs considérés²⁶¹.

3.4. *Les travailleurs invalides*

La loi générale de sécurité sociale espagnole dispose que les travailleurs déclarés en situation d'incapacité permanente qui n'exercent pas d'activité professionnelle ne peuvent demander le réexamen de leur degré d'incapacité que selon une périodicité fixée par la décision reconnaissant leur situation. Au contraire, les travailleurs déclarés en situation d'incapacité permanente mais qui exercent une activité peuvent demander à tout moment le réexamen de leur situation en raison d'une aggravation ou d'une amélioration de leur degré d'invalidité déclaré. À l'occasion d'une affaire portée devant elle, la chambre sociale du Tribunal supérieur de justice de Catalogne a contesté ce mécanisme, estimant qu'il y avait là une atteinte au principe d'égalité. Le Tribunal constitutionnel espagnol refuse de faire droit à cette analyse en observant que, de manière générale, il n'existe pas de droit des personnes pensionnées à la révision automatique de leur degré d'incapacité; de ce point de vue, la situation de la personne cumulant un travail avec la perception d'une pension constitue une particularité susceptible de justifier une disposition légale permettant un contrôle permanent propre à garantir à tout moment l'adéquation de la pension versée avec la capacité réelle de travail. Autrement dit, la circonstance juridiquement déterminante de ce que la personne pensionnée cumule, ou non, sa pension avec l'exercice d'une activité salariée exige que l'aggravation ou l'amélioration de son état d'invalidité trouve un reflet immédiat dans le degré d'incapacité qui lui est reconnu et, dès lors, il n'y a pas de discrimination dans un tel mécanisme²⁶².

En France, quelques décisions QPC sont relatives aux travailleurs en situation de handicap, mais la quasi-totalité a trait à des aspects liés aux prestations sociales et non au travail lui-même. L'affaire ayant donné lieu à la décision 497 QPC aurait pu être intéressante en ce que le Conseil constitutionnel

259 Article L. 3122-32 du code du travail.

260 Valérie BERNAUD.

261 Conseil constitutionnel, décision n° 2014-373 QPC.

262 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 205/2011.

devait y examiner l'obligation législative d'emploi des travailleurs handicapés²⁶³. Mais, le problème juridique soulevé ne portait pas sur la protection éventuelle de ces derniers, mais sur une atteinte supposée au principe d'égalité entre les entreprises soumises à l'obligation d'emploi et celles qui en sont exemptées. Le juge constitutionnel français s'est donc borné à raisonner en termes de seuils d'effectifs, sans jamais aborder au fond la vulnérabilité des personnes handicapées.

3.5. Les travailleurs retraités

Le calcul du montant des pensions de retraite a donné lieu, en Espagne, à une réflexion autour du principe d'égalité : le juge constitutionnel a dû rechercher si l'intégration des écarts dans les périodes de cotisation qui doivent être prises en compte pour le calcul de la base réglementaire de la pension de retraite ou d'invalidité permanente, en considérant les bases minimales de cotisation, se trouvait renforcé. Les règles qui encadrent la détermination de la base de cotisation à la sécurité sociale dans le cas des travailleurs à temps complet et des travailleurs à temps partiel doivent respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elles sont fixées en proportion de la journée travaillée. Par conséquent, l'application de cette règle entraîne un montant de pension proportionnellement inférieur pour le travailleur à temps partiel, en même temps que le contrat de travail à temps partiel suppose un effort contributif moindre. C'est la raison pour laquelle le Tribunal constitutionnel a considéré comme raisonnable et proportionné que les bases réglementaires des prestations de sécurité sociale soient calculées en fonction des cotisations effectivement perçues, ce qui produit une pension d'un montant plus faible que lorsque le travail n'a été réalisé qu'à temps complet²⁶⁴.

Les travailleurs retraités ont également fait l'objet de l'attention de la Cour italienne. De ce point de vue, l'orientation de la jurisprudence constitutionnelle, selon laquelle la pension doit être considérée comme une « rémunération différée » dans le temps, est particulièrement ferme, de sorte que la pension bénéficie de protections similaires à celles des salaires²⁶⁵, même si ce principe n'impose pas un lien permanent des prestations de retraite avec les salaires²⁶⁶. L'arrêt n° 173/2016 le confirme. Il y a écarté les doutes de constitutionnalité portant sur la « cotisation de solidarité » (consistant dans une réduction, pour la période 2014-2016, des pensions les plus élevées) car les conditions requises par la Constitution étaient respectées et, en particulier, car il s'agit « d'une mesure effectivement orientée vers la solidarité en matière de sécurité sociale », ou « de soutien à la sécurité sociale pour les plus faibles, également en vue d'une solidarité intergénérationnelle ».

4. L'examen des mesures de lutte contre la crise économique de 2008

La Cour constitutionnelle italienne a été confrontée à d'autres problèmes politiquement sensibles, compte tenu des citoyens affectés par les règles en cause. Précisément en raison de la crise économique, le législateur est intervenu pour geler l'ensemble des salaires des agents publics

263 Conseil constitutionnel, décision n° 2015-497 QPC.

264 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 156/2014 et arrêt n° 110/2015.

265 Au cours de la période considérée, Cour constitutionnelle, arrêts n° 30/2004, 458/2005, 366/2006, 208/2014, 70/2015 et 174/2016.

266 Cour constitutionnelle, arrêt n° 316/2010.

pour les années 2011, 2012 et 2013. Insistant, avant tout, sur la « nécessité notoire de contenir les dépenses publiques » et « sur le but exceptionnel, transitoire, non arbitraire, cohérent et la nature temporellement limitée des sacrifices requis », le juge constitutionnel italien a considéré que les multiples questions de constitutionnalité soulevées n'étaient pas fondées²⁶⁷. Ces déclarations ont ensuite été confirmées, dans une décision de 2015, cette fois en soulignant « la gravité de la situation économique et financière, contemporaine de l'intervention législative » et la « nécessité de maîtriser un poste important de dépenses publiques, qui avait connu une croissance incontrôlée, dépassant l'augmentation des salaires du secteur privé »²⁶⁸.

En Espagne, plusieurs questions d'inconstitutionnalité ont été formées contre le décret-loi 29/2012 du 30 novembre, relatif à des mesures de consolidation et de garantie du système de sécurité sociale, qui avait, notamment, pour objet de geler le montant des pensions de retraite pour l'année 2012 par le biais d'une disposition rétroactive. L'originalité consiste en ce que les 22 questions d'inconstitutionnalité promues contre cette norme²⁶⁹ ont été tranchées par un seul arrêt de 2015 par lequel le Tribunal constitutionnel répondait au recours d'inconstitutionnalité qui avait également été formé contre cette règle²⁷⁰. Pour l'essentiel, le Tribunal a écarté le doute de constitutionnalité en indiquant que les personnes bénéficiaires d'une pension de retraite ne sont pas titulaires d'un droit subjectif à l'actualisation de leur pension au regard de la différence entre l'inflation estimée et l'inflation réelle mais simplement d'une attente légitime qui doit être concrétisée par les règles budgétaires en fonction des circonstances socio-économiques.

En Italie, les décisions relatives aux réformes législatives qui ont affecté le *quantum* des pensions sont particulièrement intéressantes, compte tenu de l'écho qu'elles ont eu dans l'opinion publique et des conséquences financières qui s'y attachent, ces règles étant inspirées par le souci de limiter les dépenses publiques à la suite de la crise économique de 2008. La Cour constitutionnelle italienne a jugé conforme à la Constitution la règle qui prévoyait le blocage total de la péréquation automatique des pensions dépassant huit fois le traitement minimum pour l'année 2008, règle essentiellement justifiée par son objectif clair de solidarité. Dans cette même décision, elle a cependant indiqué que « la suspension indéfinie du mécanisme de péréquation, ou la répétition fréquente de mesures visant à le paralyser, exposerait le système à des tensions évidentes avec les principes tenant au caractère raisonnable et à la proportionnalité des mesures ordonnées [...] car ainsi les pensions, même si elles répondent à une plus grande cohérence, peuvent ne pas être suffisamment sauvegardées face aux variations du pouvoir d'achat²⁷¹ ». Une affaire, en particulier, portait sur une neutralisation de la péréquation entre pensions, pour les années 2012 et 2013 et uniquement à l'égard des pensions ayant un montant total trois fois supérieur au montant minimum. Tout d'abord, la Cour rappelle que « la péréquation automatique des pensions est un instrument technique visant à assurer le respect du

267 Cour constitutionnelle, arrêt n° 219/2014.

268 Cour constitutionnelle, arrêt n° 178/2015.

269 Il s'agit des arrêts n° 95/2015, 109/2015, des arrêts n° 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 et 135/2015 et de l'arrêt n° 144/2015.

270 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 49/2015.

271 Cour constitutionnelle, arrêt n° 316/2010.

critère d'adéquation au sens de l'article 38, deuxième alinéa, de la Constitution » et qui peut, selon le cas, influencer le sens de la règle de l'article 36 de la Constitution selon laquelle le montant de la rémunération doit être suffisant. C'est à la lumière de ces précisions que le juge de la loi a considéré que, en l'espèce, les limites du caractère raisonnable et de la proportionnalité avaient été dépassées, portant en conséquence atteinte au pouvoir d'achat lié au salaire et violant les attentes légitimement nourries par les travailleurs compte tenu du temps passé dans leur emploi²⁷². La non-conformité résulte ici non pas du gel, en tant que tel, de la péréquation mais de ses modalités de mise en œuvre, ainsi que la Cour l'a confirmé dans son arrêt n° 250/2017. Les griefs à l'égard d'un dispositif qui, pour la période 2014-2016, avait décidé un gel de la péréquation en fonction du montant de la pension ont été jugés non fondés. En effet, la législation contestée n'a « sacrifié l'intérêt des retraités pour protéger le pouvoir d'achat de leurs pensions que partiellement et temporairement », en même temps et, surtout, qu'elle a destiné « les ressources financières limitées disponibles en priorité aux catégories de retraités dont le montant des pensions était faible ».

C'est encore la conjoncture économique qui a généré de nombreux renvois de questions d'inconstitutionnalité au Tribunal constitutionnel espagnol, cette fois-ci à propos de la suppression du treizième mois, en décembre 2012, pour le personnel du secteur public afin de garantir la stabilité budgétaire. De la même manière qu'à propos du gel du montant des pensions de retraite, cette mesure intervenait par le biais de l'adoption d'une disposition législative rétroactive au regard des jours travaillés normalement pris en compte pour le calcul du treizième mois²⁷³. Toutefois, avant que les questions ne soient inscrites au rôle du Tribunal, le législateur intervenait une nouvelle fois pour revenir sur ce calcul, le juge constitutionnel se contentant de constater que ces questions étaient finalement dépourvues d'importance constitutionnelle²⁷⁴.

Plus généralement, en Italie, la question de la rémunération a été envisagée à travers le prisme de son adéquation et de sa proportionnalité, dans la mesure où il existe entre ces deux notions un lien étroit à garantir au travailleur et à sa famille une existence libre et digne, telle que visée à l'article 37 de la Constitution italienne. De manière générale, la Cour constitutionnelle italienne considère que les dispositions constitutionnelles protégeant la rémunération sont de nature à garantir le caractère insaisissable des éléments de ladite rémunération indispensables à ses besoins essentiels²⁷⁵. Durant la période retenue, de nombreux arrêts ont envisagé la conformité à la Constitution de la législation qui, notamment en raison de la crise économique de 2008, ont imposé différents types de restrictions aux salaires publics. Dans l'arrêt n° 124/2017, la Cour a examiné la conformité constitutionnelle d'une législation dont il était soutenu par les requérants qu'elle violait le principe d'adéquation de

272 Cour constitutionnelle, arrêt n° 70/2015.

273 Il s'agissait du décret-loi 20/2012 du 13 juillet 2012.

274 Ce sont 55 questions d'inconstitutionnalité qui sont formées et qui donnent lieu aux arrêts n° 83/2015, n° 97 et 100/2015, n° 113/2015, n° 141/2015, n° 151 et 153/2015, n° 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 170, 171, 172, 173, 174 et 175/2015, n° 184/2015, n° 188, 189, 190, 191, 192 et 193/2015, n° 205 et 206/2015, n° 210/2015, n° 224, 225, 227 et 228/2015, n° 243 et 245/2015, n° 264/2015, n° 2 et 4/2016, n° 43/2016, n° 46, 47 et 52/2016, n° 79 et 80/2016, n° 90/2016, n° 97/2016, n° 104 et 106/2016, n° 134/2016, n° 145/2016, et n° 160/2016. Toutes ces décisions ne font que renvoyer aux arrêts n° 241/2015 et n° 1/2016 qui déclarent toutes ces questions non-admises pour défaut d'importance constitutionnelle de la question.

275 Cour constitutionnelle, arrêt n° 248/2015, confirmé plusieurs fois par la suite avec les ordonnances n° 70/2016, 222/2016, 91/2017 et 202/2018.

la rémunération. En effet, elle fixait comme limite infranchissable des rémunérations versées par les finances publiques le salaire du premier président de la Cour de cassation, fixé aujourd'hui à 240 000 euros bruts annuels et interdisait aux administrations et aux organismes publics de verser aux personnes bénéficiant déjà de prestations de pension, servies par les régimes de pension publics, des prestations dont le montant, cumulé avec ladite pension, dépasserait la limite de 240 000,00 euros annuels. La Cour a écarté le grief d'inconstitutionnalité, déclarant que « la règle de la limite maximale, tant pour les salaires dans le secteur public que pour le cumul entre salaires et pensions, s'inscrit dans un contexte de ressources limitées, qui doivent être convenablement réparties et transparentes ». Elle a, en effet, noté que « la limitation des ressources disponibles, immanente au secteur public, lie le législateur qui doit adopter des choix cohérents, visant à concilier les multiples valeurs du rang constitutionnel » et que, par conséquent, « dans le secteur public, il n'est pas interdit au législateur de fixer une limite maximale aux salaires et au cumul des rémunérations et des pensions, à condition que le choix, visant à équilibrer les différentes valeurs en jeu, ne soit pas manifestement déraisonnable », comme cela était le cas en l'espèce²⁷⁶. De ce point de vue, les cours constitutionnelles française, italienne et espagnole paraissent partager une même analyse qui prend en compte, avant tout, les contraintes budgétaires pesant sur les États davantage que la particulière vulnérabilité de certains travailleurs en période de forte crise économique.

5. *La confrontation de l'emploi et de la maternité en Italie*

La jurisprudence constitutionnelle italienne a eu à connaître de la situation des mères travailleuses, se saisissant, dans le même temps, des droits de leurs enfants mineurs. Dans ce domaine, la Cour a prononcé huit censures, chiffre élevé si on le rapporte aux affaires invoquant la violation de l'article 37 de la Constitution dont le juge de la loi a été saisi pendant la période. Le résultat consiste dans une extension aux travailleuses de la protection octroyée par le législateur en cas de maternité. Ainsi, la Cour a affirmé que la mise en place d'une interdiction de travail en cas d'événements ou de conditions préjudiciables à la santé de la femme ou du *nasciturus* est une mesure protectrice du bien-être psycho-physique de la mère et de l'enfant. Il en résulte qu'elle doit être appliquée également aux travailleuses à domicile étant donné que l'indemnisation économique subséquente évite qu'elles continuent à effectuer une activité salariée afin de ne pas subir une perte de revenus²⁷⁷. En application des mêmes principes, l'arrêt n° 361/2000 a jugé que l'indemnité de maternité, attribuée par la loi aux agricultrices, devait également bénéficier à la catégorie proche des exploitantes agricoles à titre principal car « alors que la règle d'un degré de protection plus élevé en faveur de certaines catégories par rapport à d'autres peut être justifiée, apparaît, en revanche, absolument discriminatoire l'absence totale de protection qui se produit quand, dans les mêmes circonstances, il existe des personnes qui ne bénéficient d'aucune aide reconnue, à la différence d'autres personnes qui connaissent des situations comparables ».

276 Cour constitutionnelle, arrêt n° 124/2017.

277 Cour constitutionnelle, arrêt n° 360/2000.

L'arrêt n° 405/2001 a encore étendu le bénéfice de l'allocation de maternité : la loi prévoit en fait qu'une telle allocation soit versée également aux mères dont la relation de travail cesse au cours de la période d'arrêt obligatoire ou qui est sans emploi, au début de cette période ; la Cour a estimé qu'il était constitutionnellement nécessaire d'étendre également ce régime aux travailleuses licenciées pour négligence grave, car « le fondement de la protection [est] de plus en plus clairement lié à la maternité en tant que telle et non plus, comme par le passé, uniquement en lien avec l'exercice de fonctions salariées ». Difficile de considérer alors que l'élément de vulnérabilité tient à l'emploi ou au statut de travailleur, le juge constitutionnel italien paraissant attacher plus d'importance ou, en tout cas, attacher davantage la protection ici à la maternité. Ainsi que la Cour l'a explicitement précisé quelques années plus tard, cela signifie que « les institutions créées pour protéger la maternité n'ont plus, comme par le passé, le but premier et exclusif de protéger la femme, mais visent également à garantir l'intérêt prééminent de l'enfant [...] »²⁷⁸. On assiste donc à une véritable concurrence ou – pour dire les choses plus positivement – de concours ou d'interrelation entre les situations de vulnérabilité, toutes participant d'un accroissement de l'attention du juge constitutionnel italien à l'égard des travailleuses. En application de ces principes, le juge de la loi a censuré divers dispositifs législatifs discriminatoires à l'égard de certaines catégories de travailleuses. Cela fut le cas, par exemple, du mécanisme qui, à propos d'une même catégorie de parents adoptifs, attribuait aux employées relevant du régime de pension dit « de gestion distincte » des travailleurs indépendants et qui avaient adopté, ou avaient entamé une pré-adoption de mineur, un congé de maternité d'une période de trois mois, au lieu du congé de cinq mois, attribué aux salariées²⁷⁹.

De la même manière, encourait un vice d'inconstitutionnalité la réglementation prévoyant qu'en cas d'adoption nationale, l'allocation de maternité ne serait versée à la mère indépendante que si l'enfant n'avait pas dépassé l'âge de six ans²⁸⁰. Dans le même sens, n'est pas conforme à la Constitution, la règle qui n'attribue pas d'allocation de maternité à la femme qui, au début de la période de congé obligatoire, avait bénéficié pendant plus de soixante jours d'un congé extraordinaire d'assistance à son conjoint ou à son enfant en situation de grave handicap²⁸¹. Enfin, il arrive également que la Cour entende protéger la mère qui travaille par le biais d'une décision interprétative : c'est le cas de l'arrêt 495 de 2002, dans lequel, par voie d'interprétation conforme, le paiement de l'allocation de maternité est octroyé pour une durée totale de 5 mois, même en cas de naissance prématurée.

278 Cour constitutionnelle, arrêt n° 257/2012, repris par l'arrêt n° 205/2015, qui relevait également que « le mineur ne doit pas subir de discrimination arbitraire liée à des données accidentelles et extrinsèques, telles que la relation de travail de sa mère ou les particularités de sa relation de filiation ».

279 Cour constitutionnelle, arrêt n° 257/2012.

280 Cour constitutionnelle, arrêt n° 205/2015.

281 Cour constitutionnelle, arrêt n° 158/2018.

6. *Éléments conclusifs*

Quelques conclusions spécifiques aux « travailleurs précaires » peuvent être tirées de l'examen de la jurisprudence constitutionnelle. En Espagne, tout d'abord, observons que le contrôle incident de constitutionnalité de la loi ne revêt, à l'image de ce qui a été constaté plus généralement, qu'une portée limitée pour la protection des droits des travailleurs. Cela s'explique par la conjonction d'un double phénomène, pour partie spécifique à la matière. D'un côté, comme pour les autres catégories de personnes vulnérables identifiées, car les atteintes aux droits et libertés des travailleurs disposent de leur propre voie de protection à travers le recours d'*amparo* constitutionnel. De l'autre, et là surgit la spécificité de la matière, car les politiques publiques qui se concrétisent par la voie législative font souvent l'objet d'une contestation sociale qui se trouve portée devant le Tribunal constitutionnel avant tout – chronologiquement parlant d'abord – par des autorités politiques par la voie du recours d'inconstitutionnalité. Il reste bien un espace pour la question d'inconstitutionnalité afin de protéger les groupes de travailleurs qui, face à l'action du législateur, sont précisément ceux qui sont les plus vulnérables et qui ont, initialement, agi, on l'a vu, pour lutter contre les discriminations. Mais dans de telles hypothèses, ce n'est que lorsque le critère discriminant consiste, même indirectement, dans le sexe, que l'intervention du juge constitutionnel se révèle la plus énergique, c'est-à-dire la plus efficace, le législateur dispose, en toute hypothèse, d'une importante marge de manœuvre dès lors que l'encadrement des relations de travail est en cause.

D'ailleurs, cette large marge d'appréciation laissée au législateur au moment de réglementer les relations de travail représente un point commun dans les trois systèmes étudiés qui vient partout « desservir » la « progression qualitative » de la protection des droits des travailleurs. À cet égard, en Italie, bien que le droit au travail soit conçu comme un droit social, la jurisprudence constitutionnelle n'en affirme pas moins que la « garantie de ce droit est laissée à la discrétion du législateur quant au choix des rythmes et des modes d'action »²⁸². Les dispositifs législatifs imaginés pour lutter contre les conséquences de la crise économique de 2008 ont, d'ailleurs, le plus souvent, été validés par les juges constitutionnels espagnol et italien. La (large) compétence de principe du législateur en France est également reconnue de longue date, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative au travail dominical, fixée dans le cadre du contrôle *a priori*²⁸³ et rappelée dans plusieurs décisions QPC²⁸⁴ : le droit au repos dominical ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, ce qui laisse donc au législateur une réelle marge de manœuvre dans l'aménagement de celui-ci. Sans surprise, les décisions QPC rendues n'ont pas modifié cette jurisprudence, d'autant moins que les griefs se bornaient à voir dans la réglementation du repos hebdomadaire une atteinte potentielle à la liberté d'entreprendre ou au principe d'égalité entre collectivités territoriales. Le raisonnement du Conseil constitutionnel a donc moins porté sur la définition du repos ou sur la protection des salariés que sur la conciliation entre des exigences constitutionnelles contradictoires.

282 Cour constitutionnelle, arrêt n° 419/2000 qui renvoie aux arrêts n° 419/1993 et n° 152/1975.

283 Conseil constitutionnel, décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*.

284 Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-89 QPC ; n° 2011-157 QPC ; n° 2014-374 QPC ; et décision n° 2016-547 QPC.

De manière générale, en France, les travailleurs précaires, entendus comme ceux qui ne sont pas protégés par un contrat de travail à durée indéterminée et sont donc soumis aux aléas de contrats temporaires, n'ont pas suscité de nombreuses décisions QPC. D'ailleurs, par extension, les décisions relatives « aux mécanismes législatifs les encadrant sont peu nombreuses », ainsi que le relève V. Bernaud. On mesure alors d'autant mieux la différence avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui, récemment, a reconnu au travailleur, de manière tout à fait remarquable, la qualité de « sujet vulnérable » dans la relation contractuelle de travail. Bien qu'il n'ait pas de droit à l'obtention et au maintien de l'emploi, il dispose du droit de ne pas subir de licenciement arbitraire²⁸⁵. En tout état de cause, ce droit n'implique pas, d'un point de vue constitutionnel, la réintégration sur le lieu de travail en cas de licenciement irrégulier, car le législateur peut également prévoir un mécanisme de protection consistant dans une réparation pécuniaire, dès lors qu'est respecté le caractère raisonnable de cette réparation et que le législateur opère une conciliation adéquate des intérêts en conflit, confiant au juge l'appréciation des spécificités de chaque espèce. C'est la solution retenue par la Cour dans sa décision rendue à propos de la réforme des modalités de licenciement²⁸⁶, réforme qui fait encore l'objet de vifs débats. Dans un arrêt complexe, le juge constitutionnel italien a, ainsi, estimé que le législateur, qui avait déjà modifié les règles en la matière en prévoyant un recours pour les cas qui, jusque-là, avaient ordonné la réintégration, n'a pas correctement concilié les intérêts en jeu²⁸⁷.

Toujours quant à l'office du juge constitutionnel, en France, comme le relève Valérie Bernaud, le cas des travailleurs illustre bien le fait « qu'il est difficile d'isoler les apports jurisprudentiels issus des QPC, de ceux découlant des décisions de contrôle *a priori*, le juge abordant les questions de droit de façon identique, sans réellement se soucier du fait que le contentieux des QPC naisse à la base au sein de litiges concrets ». Les résultats de la recherche ici démontrent qu'il n'existe pas dans les décisions QPC une prise en considération spécifique de la vulnérabilité de certaines personnes qui, parce qu'identifiées comme telles par le juge, bénéficieraient d'une jurisprudence plus protectrice que les autres. Saisi de moyens juridiques dénonçant des atteintes à certaines dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel se contente d'y répondre sans outrepasser son rôle, ce qui est juridiquement orthodoxe mais « potentiellement décevant d'un point de vue humain si l'on raisonne sur la protection constitutionnelle des personnes considérées comme vulnérables »²⁸⁸.

285 Durant la période envisagée, Cour constitutionnelle, arrêts n° 541/2000 et n° 194/2018 et ordonnance n° 58/2006.

286 Cour constitutionnelle, arrêt n° 194/2018.

287 En effet, la disposition contestée a déterminé d'avance l'indemnité de licenciement, à travers deux versements du dernier salaire de référence pour chaque année de service, en fixant un minimum et un maximum global. Ce faisant, cependant, la loi « prévoit une protection économique qui ne constitue ni une réparation adéquate des dommages subis, dans divers cas de licenciement, ni une dissuasion adéquate de licenciement irrégulier adressée à l'employeur », portant atteinte à l'intérêt constitutionnel de stabilité de l'emploi. Cela n'a conduit la Cour qu'à censurer la prédétermination de l'indemnité, sans modifier la fixation d'un montant minimum et maximum pour cette dernière.

288 Valérie BERNAUD.

G. La protection des personnes détenues

La situation juridique – et plus précisément la situation constitutionnelle – des détenus dans les trois systèmes de justice constitutionnelle envisagés peut débiter par un constat partagé, assez simple mais éclairant : sa pauvreté, résultat du désintérêt longtemps manifesté pour la condition juridique de cette catégorie particulière de la population. Pourtant, depuis quelques années, partout des réflexions sont menées et, plus précisément, renouvelées autour de la question, en particulier, de l'objectif de la peine. À cet égard, quelques précisions méthodologiques, ainsi que quelques éclairages statistiques doivent être apportés pour prendre la mesure de la situation constitutionnelle des détenus en France, en Espagne et en Italie, en particulier compte tenu des disparités quantitatives qui caractérisent les jurisprudences constitutionnelles en la matière. Elles sont considérables et placent l'Espagne dans une situation tout à fait originale qui mérite d'être expliquée. À la lumière de ces éclaircissements, il apparaît néanmoins que les jurisprudences constitutionnelles ont produit des évolutions qui partagent des points communs, au moins au regard des thèmes envisagés qui s'articulent autour du sens général conféré à la peine privative de liberté (2) et des droits des détenus (3). Quelques éléments de conclusion peuvent, en outre, être formulés (4).

1. *Précisions méthodologiques et statistiques*

Si le positionnement des ordres juridiques à l'égard des détenus aujourd'hui est largement comparable, entre l'Espagne, la France et l'Italie (1.1), l'Espagne présente, du point de vue quantitatif, une spécificité qui mérite quelques explications (1.2).

1.1. *Les ordres juridiques face aux détenus*

Jusqu'en 2009²⁸⁹, le droit français se caractérise par sa pauvreté puisque peu de jurisprudence constitutionnelle porte sur la situation des personnes détenues dans les prisons françaises. L'explication est assez simple ; c'est que longtemps a dominé l'idée qui consiste à estimer que c'est au pouvoir réglementaire qu'il revient de déterminer les règles de fonctionnement interne des établissements pénitentiaires. Autrement dit, la priorité est donnée, dès les débuts de la V^e République, à l'intervention du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire de l'administration, ce qui ne peut produire, mécaniquement, que peu de matériel législatif susceptible d'être déféré au juge constitutionnel. Dès lors, puisque l'intervention de l'autorité administrative a longtemps été privilégiée, rien d'étonnant à ce que le juge principalement intéressé, et principal producteur de jurisprudence en la matière, ait longtemps été le juge administratif. En France, par conséquent, ce n'est qu'au fur et à mesure de la récupération par le législateur de sa compétence sur la question de la situation des personnes incarcérées que le juge constitutionnel français s'est trouvé en position de contrôler l'encadrement adopté par le pouvoir législatif et de produire alors – éventuellement – une jurisprudence protectrice. Au demeurant, la jurisprudence administrative a été d'autant plus abondante qu'elle

289 Avec l'adoption de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

s'est développée, stimulée par la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Et si, en 2009, c'est par la voie législative que les pouvoirs publics choisissent d'encadrer la vie pénitentiaire, c'est avant tout pour répondre à la pression des exigences supranationales, en particulier, européennes. Ce sont elles qui poussent le législateur à intervenir pour consacrer les évolutions jurisprudentielles qui s'étaient produites devant le juge européen puis devant le juge administratif français, et, au passage, récupérer sa compétence.

Cette observation peut, au surplus, être élargie à l'Espagne et à l'Italie où la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'a pas manqué d'avoir une influence certaine sur les solutions retenues par les juges constitutionnels. En Espagne, c'est particulièrement vrai puisque conformément à l'alinéa 2 de l'article 10 de sa Constitution, « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne ». Naturellement, l'ensemble des dispositions consacrant des droits et libertés de valeur constitutionnelle – les droits fondamentaux, selon la dénomination retenue par la section I du Chapitre II du Titre I de la Constitution du 27 décembre 1978 –, a vocation à s'appliquer aux personnes privées de liberté. À cet égard, l'ordre juridique espagnol distingue, comme l'ordre juridique français, entre détenus prévenus – non condamnés – et détenus effectivement condamnés. Et c'est la loi organique générale pénitentiaire du 26 septembre 1979 qui encadre les relations entre l'État et la personne privée de liberté, notamment en concrétisant l'exercice des droits qui lui sont reconnus par la Constitution²⁹⁰. Cette loi organique est, elle-même, mise en œuvre par le règlement pénitentiaire²⁹¹. D'un point de vue constitutionnel, la disposition constitutionnelle centrale en la matière est l'article 25 qui, après un premier alinéa consacrant le principe de légalité des délits et des peines, indique, dans son alinéa 2 que « les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité tendront à la rééducation et à la réinsertion dans la société et ne pourront pas comporter de travaux forcés. Le condamné à une peine de prison jouira, pendant l'accomplissement de celle-ci, des droits fondamentaux définis à ce chapitre, à l'exception de ceux qui auraient été expressément limités par le contenu du jugement qui le condamne, le sens de la peine et la loi pénitentiaire. Dans tous les cas, il aura droit à un travail rémunéré et aux prestations correspondantes de la Sécurité sociale, ainsi qu'à l'accès à la culture et au plein épanouissement de sa personnalité ».

En Italie, trois dispositions constitutionnelles apparaissent centrales : les articles 3, 13 et 27, l'article 13 consacrant, en particulier, la liberté de la personne comme inviolable et prévoyant dans son alinéa 4 que « la loi fixe les limites maximales de la détention provisoire », tandis que les deux premiers alinéas de l'article 27 disposent que, d'une part, « La responsabilité pénale est personnelle. Le prévenu n'est pas considéré coupable tant que sa condamnation définitive n'a pas été prononcée » et, d'autre part, que « Les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité et elles doivent avoir pour but la rééducation du condamné ». Dans l'ordre juridique italien,

290 *Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) del 26 de septiembre de 1979.*

291 Adopté pour la première fois en 1981, il a été modifié par le décret du 9 février 1996 : *Real decreto 190/1996 de 9 de febrero.*

l'essentiel de l'encadrement de la vie pénitentiaire résulte de l'« ordre pénitentiaire », expression qui renvoie, non seulement, à la « loi sur l'ordre pénitentiaire », dont la dernière version est issue du texte du 9 janvier 2019, mais aussi, plus généralement, à l'ensemble de l'appareil normatif définissant la réglementation des établissements pénitentiaires et de leur organisation.

En France, on le sait, aucune disposition constitutionnelle spécifique ne vise la détention. Seul l'article 66 de la Constitution envisage la liberté individuelle mais celle-ci recouvrant la détention arbitraire, cette disposition n'est pas mobilisable à l'heure d'envisager le statut constitutionnel des détenus. Néanmoins, avec l'évolution, en forme d'élévation, de l'encadrement normatif de la détention, le juge constitutionnel a été amené à se saisir de cette question, produisant une jurisprudence faite, aujourd'hui, de 19 décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel entre 2010 et aujourd'hui concernant la détention. Avant 2010, très peu, voire pas de jurisprudence en la matière, en dehors d'une décision résultant du contrôle *a priori* et portant sur la loi pénitentiaire dont les apports sont très limités²⁹². Le juge constitutionnel français saisit, cependant, cette occasion pour identifier les règles constitutionnelles spécifiquement applicables au contrôle des lois pénitentiaires et à la situation des détenus et pour poser les principes généraux qui encadrent toute intervention du législateur en la matière. Du côté des paramètres de contrôle, il en identifie un principal, auquel s'adjoignent les finalités de la détention : le critère central lorsque la situation des détenus est en cause est le principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, principe fondé sur le préambule de la Constitution de 1946.

Mais ce qui apparaît essentiel et totalement nouveau, c'est que le Conseil constitutionnel pose alors le principe selon lequel « il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne ». Et si ces affirmations n'ont rien de surprenant, elles sont, néanmoins, importantes car elles annoncent, à partir de cette décision, le rappel, régulier, de la compétence de principe du législateur et des conditions dans lesquelles cette compétence doit s'exercer. C'est même tout à fait essentiel car ce rappel de la compétence du législateur et des contraintes constitutionnelles générales qui pèsent sur lui ouvrent la voie, avec l'entrée en vigueur de la QPC, à un véritable contrôle et, avec lui, à la construction possible d'un statut constitutionnel des détenus. Enfin, toujours pour en finir avec les observations générales, notons encore que les QPC ont été provoquées aussi bien par des personnes détenues (provisoirement ou définitivement) que par des associations dont l'objet est l'aide et la protection des détenus (en particulier la section française de l'observatoire international des prisons).

1.2. *La disparité quantitative espagnole*

Pour revenir aux chiffres, reconnaissons que l'Italie se distingue clairement de la France en matière de contrôle incident de la constitutionnalité des dispositions législatives applicables aux détenus puisqu'à côté des 19 QPC françaises, entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2018, ce sont

²⁹² Conseil constitutionnel, décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*.

193 arrêts de la Cour constitutionnelle italienne qui intéressent notre champ de recherche. Autrement dit, un peu plus de dix fois plus. Mais si la différence est remarquable, elle frappe également avec l'Espagne où c'est le phénomène inverse qui se produit puisqu'aucune question d'inconstitutionnalité portant sur le statut des détenus n'a pu être identifiée entre 2000 et aujourd'hui. Non pas qu'il n'y ait eu aucune question d'inconstitutionnalité formée dans des affaires intéressant le droit pénal et, plus spécialement, l'emprisonnement, mais elles ne portent pas précisément sur les droits et le statut des détenus. Ainsi, trouve-t-on des questions relatives à la définition légale de la récidive²⁹³, à la détermination et la définition des peines²⁹⁴, au déroulement du procès²⁹⁵, ou encore à la situation des anciens détenus²⁹⁶. Mais rien à propos des détenus eux-mêmes et de l'exercice de leurs droits constitutionnellement reconnus au cours de leur détention. Au contraire, entre 1981 et 2019²⁹⁷, la voie du recours d'*amparo* constitutionnel a, quant à elle, été largement utilisée : 5 ordonnances et 70 arrêts ont été rendus (dont 40 entre 2000 et 2019) par le Tribunal constitutionnel, saisi par cette voie de droit, à propos de questions relatives au statut et aux droits des détenus. Or, pour la période allant de 2000 à aujourd'hui, aucune question d'inconstitutionnalité sur la matière qui nous intéresse. En réalité, pour être tout à fait complet, libérons-nous un instant du cadre temporel de la recherche pour observer qu'il y a bien eu des questions d'inconstitutionnalité dans la matière qui nous intéresse. Mais elles sont bien antérieures à l'année 2000 et sont seulement au nombre de deux ; autrement dit, entre 1981 et 2019, face aux 70 recours d'*amparo*, seules deux questions d'inconstitutionnalité ont été formées qui, au surplus, portent toutes les deux sur le régime des remises de peine²⁹⁸.

Cela s'explique par le succès du recours d'*amparo* dont les mérites, aux yeux des requérants, ne tiennent pas seulement au caractère direct de l'accès au juge constitutionnel, là où la question d'inconstitutionnalité est nécessairement médiatisée par l'intervention d'un *juge a quo*. Devant ce dernier, le renvoi de la question d'inconstitutionnalité « n'est pas aux mains des parties » mais relève uniquement du pouvoir du juge saisi de l'affaire, la question d'inconstitutionnalité étant conçue comme une prérogative exclusive des organes juridictionnels, la demande des parties ne les contraignant même pas à entamer une procédure d'audition sur ce point. Autrement dit, apparaît ici le deuxième avantage, considérable, du recours d'*amparo* : ses modalités d'exercice et, plus précisément, l'absence de filtre. En matière de détention, il y a là un gain qui est déterminant et qui fait apparaître, pour les personnes privées de liberté, ce recours comme une voie d'accès facilitée. D'ailleurs, toujours au titre des modalités de mise en œuvre de la procédure, bien évidemment, même si les textes encadrant le recours d'*amparo* n'obligent pas à faire appel à un avocat, les requérants sont le plus souvent représentés ; en revanche, peu, voire pas, d'interventions d'associations d'aide aux détenus. Ces dernières sont rares, pour ne pas dire absentes, car la mise en œuvre de cette voie de droit peut

293 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 205/2014 du 15 décembre 2014.

294 Tribunal constitutionnel, arrêts n° 55/2010 du 4 octobre 2010 ; n° 139/2008 du 28 octobre 2008 ; n° 59/2008 du 14 mai 2008 ; n° 34/2005 du 17 février 2005 ; n° 73/2000 du 14 mars 2000.

295 À propos du cas particulier des mineurs : Tribunal constitutionnel, arrêt n° 146/2012 du 5 juillet 2000.

296 Tribunal constitutionnel, arrêts n° 135/2016 du 18 juillet 2016 et n° 123/2016 du 23 juin 2016.

297 Le Tribunal constitutionnel a été installé en février 1980 et a rendu sa première décision le 11 octobre 1980.

298 Tribunal constitutionnel, arrêt n° 72/1994 du 3 mars à propos des remises de peine pour travail pour les détenus dans les établissements pénitentiaires militaires ; arrêt n° 94/1986 du 8 juillet à propos également du régime des remises de peine tel que prévu par l'article 100 du code pénal en vigueur à l'époque.

aisément se passer de leur soutien. Au contraire, la question d'inconstitutionnalité est, au même titre que le recours d'inconstitutionnalité, avant tout une procédure de contrôle abstrait des normes et ce n'est qu'incorrectement, ou avec beaucoup de prudence, qu'elle peut être dite « concrète ».

Par ailleurs, un défaut supplémentaire pèse encore sur la question d'inconstitutionnalité, défaut qui, en matière de détention, prend un relief tout particulier puisqu'il est question de privation de liberté et qui la disqualifie presque définitivement : son délai d'examen. À cet égard, le retard mis à statuer par le Tribunal constitutionnel espagnol n'est pas un secret. Et si ce retard n'est pas propre à la procédure de la question d'inconstitutionnalité, il n'en est pas moins préoccupant, d'autant plus peut-être qu'il est aléatoire, donc parfaitement imprévisible. Et pourtant, l'essentiel n'est pas là puisqu'il y a plus ennuyeux encore dans la mesure où le renvoi de la question entraîne la suspension du procès devant le juge *a quo* jusqu'à ce que la décision du juge constitutionnel intervienne. En matière de détention, une telle situation est inacceptable. Elle est inacceptable, surtout et avant tout, pour le juge de premier ressort, le *juez de vigilancia penitenciaria*, qui se refuse purement et simplement systématiquement à poser une telle question au Tribunal constitutionnel.

Une explication encore, à la disqualification de la question d'inconstitutionnalité, plus spécifique aux détenus : pour les personnes privées de liberté, ce n'est le plus souvent pas de la loi mais de l'acte juridictionnel ou de l'acte administratif que vient le danger. Si la voie de la question d'inconstitutionnalité est empruntée, il faut alors démontrer que la décision de l'autorité judiciaire ou de l'administration pénitentiaire viole un droit ou une liberté car la loi sur laquelle cette décision se fonde est elle-même contraire à la Constitution. L'effort argumentatif est alors double : démontrer la violation du droit fondamental par la décision et démontrer que cette violation est le résultat de la loi sur laquelle la décision se fonde²⁹⁹. Dans le cadre du recours d'*amparo*, l'effort est réduit : la seule démonstration à construire est celle de la violation du droit par l'acte juridictionnel ou administratif, c'est-à-dire pour les détenus condamnés, la plupart du temps, par les décisions prises par les responsables du centre pénitentiaire dans lequel ils sont détenus. Si un véritable statut constitutionnel des détenus a bien été construit, en Espagne, il l'a été par la voie de l'*amparo* constitutionnel. À cet égard, de nombreuses questions ont été envisagées, à l'image de ce qui s'est produit en Italie et en France, par la voie du contrôle incident de constitutionnalité de la loi.

2. *Le sens général de la peine privative de liberté*

Il est possible de considérer que les termes utilisés par la Cour constitutionnelle italienne représentent une conception minimale aujourd'hui partagée par les ordres juridiques espagnol, français et italien : la Cour reconnaît que le détenu « conserve » un « reliquat » de liberté, « d'autant plus précieux qu'il constitue le dernier domaine dans lequel sa personnalité peut se développer », sous

²⁹⁹ À ce propos, il peut être utile de rappeler les différents textes qui peuvent ainsi se trouver soumis au Tribunal constitutionnel, en particulier pour mentionner le cas des « décrets législatifs » (articles 82 à 85 C° esp.), équivalents aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution française : ces dispositions, adoptées sur le fondement d'une délégation législative, ont force de loi et la question d'inconstitutionnalité est donc ouverte à leur encontre, sauf si c'est le périmètre de l'habilitation qui est en cause car, dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal suprême, faute de respect dudit périmètre, la disposition n'a pas valeur législative et relève donc de sa seule compétence, alors même pourtant que, formellement, il s'agit d'une loi (en effet, le Tribunal suprême espagnol est seul compétent pour contrôler un décret législatif qui aurait violé l'habilitation parlementaire).

cette précision que dans l'ordre juridique italien, la peine privative de liberté ne peut entraîner une privation totale et absolue de la liberté de la personne. Elle en constitue, certes, une sérieuse limitation, mais pas la suppression³⁰⁰. Autrement dit, en matière de détention – comme c'est également le cas en matière de travail –, la Constitution italienne, telle qu'interprétée par la Cour, adopte une conception spécifique qui, en cette matière, a été développée et exposée clairement par le juge constitutionnel : le principe du plus petit sacrifice nécessaire de la liberté de la personne impose d'envisager l'incarcération comme le dernier recours et de privilégier des peines alternatives, soit en vue de la recherche d'une méthode de resocialisation plus efficace, soit pour privilégier un traitement qui ne soit pas contraire au sens de l'humanité.

La finalité de réadaptation et de rééducation attribuée à la peine, en même temps que le principe d'humanisation des peines et le primat de la personne se sont imposés dans l'ordre constitutionnel italien. Mais ce n'est qu'en 1990 que la Cour constitutionnelle italienne a opéré un véritable virage dans sa jurisprudence, jugeant que « dans un État évolué, l'objectif de réadaptation ne peut être considéré comme étranger à la légitimité et à la fonction de la peine », que le souci de rééducation est « l'une des qualités essentielles et générales qui caractérisent la peine dans son contenu ontologique », le principe s'appliquant tant au législateur qu'aux juges et aux autorités pénitentiaires. L'option « répressive » ne peut aboutir à « écarter dans l'ombre la préoccupation rééducative »³⁰¹.

D'ailleurs, c'est le manque d'intervention, en particulier du législateur, qui provoque, récemment, le plus souvent l'intervention de la Cour constitutionnelle italienne, selon Marco Ruotolo ; mais elle ne peut le compenser que partiellement. Le critère fondamental d'orientation de sa jurisprudence apparaît clair : l'importance et la portée des droits des détenus ne peuvent supporter des restrictions que si ces dernières se fondent sur des exigences de sécurité inhérentes à la détention. En l'absence de telles contraintes, l'atteinte au droit revêt une dimension afflictive supplémentaire par rapport à la privation de liberté personnelle, ce qui n'est pas compatible avec l'article 27 de la Constitution.

À cet égard, très récemment, la Cour a fourni une indication fondamentale en matière de politique pénale. À propos de l'accès à des mesures alternatives d'exécution de la peine, elle adopte une prise de position générale progressiste, si ce n'est généreuse, considérant que « la personnalité du condamné ne reste pas irrémédiablement marquée par le crime, même le plus horrible, commis dans le passé ; mais elle reste ouverte à la perspective d'un éventuel changement ». Elle ajoute que cette perspective non seulement « met en cause la responsabilité de l'individu dans la voie d'un examen critique de son passé et de la reconstruction de sa personnalité », mais suppose également une « responsabilité corrélative de la société à travers la sollicitation des condamnés à s'engager dans cette voie, y compris à travers l'octroi par le législateur – et l'octroi concret par le juge – de faveurs qui atténuent progressivement et prudemment, en réponse au changement déjà engagé, la juste rigueur de la sanction infligée pour le crime commis, favorisant la réinsertion progressive des condamnés au sein de la société »³⁰².

300 Cour constitutionnelle, arrêt n° 349/1993.

301 Cour constitutionnelle, arrêt n° 257/2006.

302 Cour constitutionnelle, arrêt n° 149/2018.

Toujours dans le souci de maximiser l'idéal de rééducation, le juge des lois a adopté, il y a quelques semaines seulement, une décision historique – non encore diffusée – sur la question de la réclusion à perpétuité. Dans le communiqué de presse publié le jour de la décision, la Cour a indiqué qu'elle avait déclaré « l'article 4-bis, paragraphe 1, de l'ordre pénitentiaire, non-conforme à la Constitution dans la partie où il ne prévoit pas l'octroi de semi-liberté en l'absence de collaboration avec la justice, même si étaient acquis des éléments qui excluent à la fois la réalité de sa participation à l'association criminelle et, à la fois, plus généralement, tout danger de rétablissement de relations avec le crime organisé. Pourvu, bien entendu, que le condamné ait pleinement démontré sa participation au parcours de rééducation ». Ainsi, soulignant la nécessité constitutionnelle qui veut que chaque sanction tende effectivement à une resocialisation, la Cour déclare inconstitutionnel – au moins à l'égard du dispositif de semi-liberté – le mécanisme qui fige le condamné dans le passé, sans tenir compte du parcours de réhabilitation entrepris et des progrès réalisés au cours de l'exécution de la peine. À lire le communiqué de presse, la décision de la Cour constitutionnelle transforme la présomption de « dangerosité sociale » du détenu n'ayant pas coopéré, qui d'absolue devient relative, le magistrat en charge de la surveillance de l'exécution de la peine pouvant, en fonction de son appréciation au cas par cas et en s'appuyant sur les informations et opinions de diverses autorités, du procureur anti-mafia ou anti-terrorisme et de la commission provinciale compétente pour l'ordre et la sécurité publique, la renverser³⁰³.

En France, les prises de position du juge constitutionnel ne sont pas aussi explicites, d'autant plus que beaucoup des décisions QPC, parmi les 19 recensées, sont relatives à des personnes placées en détention provisoire. Elles ne portent donc pas, à proprement parler, sur le statut des personnes détenues, si l'on entend par là les personnes définitivement condamnées et purgeant leur peine dans un établissement pénitentiaire. Elles dessinent, cependant, un statut constitutionnel des personnes détenues au sens large. Par ailleurs, à côté des personnes détenues provisoirement, on trouve donc une seconde catégorie, celle des détenus condamnés, c'est-à-dire les condamnés ayant fait l'objet d'une décision juridictionnelle définitive³⁰⁴. Ce qui est tout à fait remarquable, au regard des règles constitutionnelles, c'est que tandis que les détenus condamnés sont placés sous l'autorité de l'administration pénitentiaire, l'exécution de la détention provisoire se fait sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Aussi, les règles applicables ne sont pas nécessairement les mêmes et les personnes détenues provisoirement se trouvent souvent dans une situation « plus dure » encore – pour le dire simplement – que les personnes condamnées.

L'essentiel du statut constitutionnel des détenus est fait, comme en Italie et en Espagne, de droits et de devoirs qui ont été essentiellement concrétisés et précisés par la loi pénitentiaire de 2009, texte central en la matière. Un premier ensemble a été posé par le Conseil constitutionnel par la voie du contrôle *a priori*, bien que l'objet de la recherche porte sur le contrôle incident, les précisions qu'il y apporte sont utiles car elles forment en quelque sorte le cadre dans lequel se meuvent les QPC

303 Cour constitutionnelle, arrêt n° 253/2019.

304 Ces personnes sont incarcérées dans un établissement pour peines.

postérieures. Il y est, en particulier, précisé que, dès lors que les sanctions applicables aux détenus sont en cause, non seulement c'est la loi elle-même qui doit prévoir ces sanctions mais, en outre, elle doit en fixer la durée maximale. Ce sont ces deux éléments qui, selon le juge constitutionnel, sont de nature à prévenir toute disproportion ou violation excessive des droits des détenus. Cela d'autant plus qu'il note, par ailleurs, que le législateur a aussi fixé un délai réduit dès lors qu'est en cause le placement en cellule disciplinaire des mineurs de plus de seize ans, tout en réservant à cette sanction un caractère exceptionnel. Il en profite, aussi, pour ajouter un principe selon lequel le maintien de telles sanctions doit être compatible avec l'état de santé des personnes détenues³⁰⁵. Cette décision apparaît ainsi effectivement comme une avancée, par rapport à un état du droit antérieur inexistant. Mais, au regard du contrôle qu'elle met en œuvre, c'est bien plus douteux.

Ce n'est finalement qu'assez récemment (en 2013, puis en 2015) que les conditions proprement dites du déroulement de la détention sont arrivées devant le juge constitutionnel français. Ajoutons que dans de nombreuses affaires, c'est à travers le prisme de la répartition des compétences entre la loi et le règlement que les questions relatives aux droits des détenus ont été envisagées, bien plus qu'à travers celui des droits fondamentaux des détenus. Plus largement encore, dans la majorité des affaires, c'est par ce biais ou par celui des exigences du procès équitable que le Conseil constitutionnel a traité la question et qu'il a, en cas de censure, le plus souvent invalidé la disposition contestée. Rien de surprenant alors à ce que l'on peine à trouver des prises de position aussi franches et généreuses que celles de la Cour constitutionnelle italienne.

3. *Les droits des détenus*

Sur le fond, en France, beaucoup de QPC sont relatives à la détention provisoire, c'est-à-dire aux règles qui la gouvernent et qui encadrent les pouvoirs de l'autorité judiciaire (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention), ou encore aux règles gouvernant le déroulement de l'instruction et le déroulement du procès lui-même. Dans toutes ces hypothèses, la QPC est alors bien relative à une personne détenue mais en amont de toute condamnation définitive. Et il s'agit alors, le plus souvent, de problèmes procéduraux qui, bien que parfois communs aux détenus prévenus et aux détenus condamnés, ne construisent souvent pas à proprement parler un statut constitutionnel du détenu purgeant sa peine, mais plutôt un encadrement procédural de sa situation aboutissant éventuellement à sa condamnation définitive. Dans toutes ces affaires, ce qui est au centre de la question posée, ce n'est pas la détention elle-même mais la conformité à la Constitution des règles qui peuvent entraîner la détention. Ces QPC participent toutefois de la détermination des droits des détenus, entendus au sens large. Du reste, il y a sans doute là un premier groupe de droits puisqu'en Italie également les droits liés au déroulement de la procédure ont nourri une part importante de la jurisprudence constitutionnelle. À côté de ces droits procéduraux, *lato sensu*, des droits plus substantiels ont également suscité des développements, à l'égard tant du droit à la vie privée des détenus, que de leur droit à communication, en matière d'aménagements de l'exécution de la peine ou encore en cas de travail salarié confié au détenu.

³⁰⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *préc.*

3.1. *Droit au recours et droits liés à la procédure pénale*

En France, dans l'une des premières décisions QPC³⁰⁶, était en cause la possibilité pour toute personne détenue de pouvoir demander, à tout moment, sa mise en liberté. La solution vaut également pour tout détenu : tous – prévenus ou condamnés – doivent être en mesure de demander à tout moment leur mise en liberté, demande qui doit être examinée dans les plus brefs délais, par un juge. Les éventuelles limites posées par le législateur ne sont admissibles que si elles assurent une conciliation équilibrée entre « l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et les exigences qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». La solution est semblable à propos de l'impossibilité supposée de faire appel de la décision de maintien en détention provisoire prise par le juge des libertés et de la détention (JLD)³⁰⁷. Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a entendu la dépasser pour soulever d'office le grief plus large tiré de ce que le code de procédure pénale portait atteinte à l'équilibre des droits des parties dans la procédure car seul le droit d'appel de la personne mise en examen présentait un caractère exceptionnel. De ce point de vue, le législateur peut, pour éviter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les recours dilatoires, exclure la possibilité d'un appel par la personne mise en examen d'ordonnances qui feraient grief à ses droits. Mais, cela uniquement à la condition qu'existent d'autres moyens de procédure permettant de contester utilement et dans des délais appropriés les dispositions que ces ordonnances contiennent. Comme cela s'est souvent produit, c'est au regard de l'article 16 de la Déclaration de 1789 que le Conseil exerce son contrôle ici.

C'est encore la situation procédurale, avant éventuelle condamnation définitive, qui est en cause avec le cas d'un mis en examen – détenu provisoirement – qui, parce qu'il n'est pas assisté par un avocat, peut se trouver dans l'impossibilité de présenter des observations sur les réquisitions du ministère public³⁰⁸. La question de la mise en liberté, ou plus précisément de ses modalités d'obtention, retient encore l'attention en septembre 2011, cette fois-ci à propos de l'hypothèse du maintien en détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction³⁰⁹.

En Italie, par le biais d'arrêts interprétatifs de rejet, additifs de principes et par la voie de décisions de non-admission, le juge constitutionnel italien a proposé une lecture conforme à la Constitution de certaines dispositions législatives qui étaient relatives, quant à elles, à des détenus déjà définitivement condamnés. Ainsi, à propos de la fouille des détenus, un juge de renvoi se plaignait du défaut d'imposition par la disposition législative contestée d'une obligation de motivation à la charge de l'administration pénitentiaire, interdisant un contrôle juridictionnel effectif du respect des droits des détenus susceptibles d'être affectés par des fouilles. La Cour constitutionnelle a comblé de manière interprétative cette lacune, déclarant qu'il fallait considérer qu'une motivation de la fouille est « toujours nécessaire et imposée, précisément afin de permettre un contrôle juridictionnel efficace ». Cette solution se fonde, au-delà du cas particulier de l'administration pénitentiaire, sur

306 Conseil constitutionnel, décision n° 2010-62 QPC.

307 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-153 QPC.

308 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-160 QPC.

309 Conseil constitutionnel, décision n° 2011-168 QPC.

« les principes généraux de l'activité administrative », qui exigent que l'acte, « surtout s'il affecte des droits subjectifs », soit motivé³¹⁰.

À l'égard du droit au recours, le juge constitutionnel italien juge que reconnaître un individu titulaire de droits signifie nécessairement que l'ordre juridique lui reconnaît également la possibilité de faire valoir ces droits devant un juge dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. L'action en justice pour la défense des droits représente, par ailleurs, la substance même d'un droit constitutionnel inviolable, caractérisant l'État de droit démocratique. De sorte que la Cour fournit une clé interprétative à destination des dispositions qui sont relatives à la protection juridictionnelle des droits des détenus et dont une des conséquences figure précisément dans l'arrêt³¹¹, dans lequel il est précisé que l'administration doit se conformer aux consignes du magistrat compétent : il ne s'agit pas, alors, de simples conseils, suggestions ou invitations. Et c'est précisément à la suite de ce dernier arrêt, mais surtout sous la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³¹², que le législateur a finalement prévu un recours juridictionnel spécifique pour assurer le respect des décisions prises par le magistrat de surveillance³¹³.

La Cour a également accru les droits des détenus grâce à des interprétations conformes délivrées par le biais de décisions de non-admission. De ce point de vue, la décision n° 190 de 2010 peut être considérée comme « exemplaire ». Elle portait sur le manquement supposé à prévoir un contrôle de légalité exercé sur la disposition ministérielle suspendant certaines règles pénitentiaires, en cas de situations d'urgence spécifiques, en particulier, à l'égard de détenus appartenant à des organisations criminelles mafieuses, permettant, notamment, de limiter au maximum le séjour en plein air du détenu à deux heures par jour. La question est alors jugée irrecevable car, avant tout, le juge *a quo*, n'a pas procédé à une reconstruction systématique du cadre normatif et, ce faisant, a négligé « une interprétation constitutionnellement conforme de la disposition attaquée », sous-estimant, au passage, que dans l'espèce il ne s'agissait pas de permettre « un contrôle de l'adaptation de la disposition aux fins de sécurité », mais de la « recherche d'une éventuelle atteinte à un droit fondamental – toujours dépourvue de justification, même pour des raisons de sécurité – au cas par cas »³¹⁴.

En France, récemment, la possibilité – ou plus exactement son absence – de contestation du refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne placée en détention provisoire a fait l'objet d'une question posée, une fois de plus, par l'Observatoire international des prisons³¹⁵. En réalité, trois articles du code de procédure pénale sont critiqués mais finalement le Conseil constitutionnel ne retiendra qu'une seule inconstitutionnalité alléguée, celle de l'article 148-5. Le raisonnement mené par le Conseil l'est à partir du droit à un recours juridictionnel effectif résultant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ici était en cause la disposition du code de procédure pénale prévoyant que les personnes placées en détention provisoire peuvent, en

310 Cour constitutionnelle, arrêt n° 56/2000.

311 Cour constitutionnelle, arrêt n° 135/2013.

312 Cour européenne des droits de l'homme, *Torreggiani et autres c. Italie* du 8 janvier 2013.

313 Au sein de l'article 35-bis de l'ordre pénitentiaire.

314 Cour constitutionnelle, arrêt n° 190/2010.

315 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-791 QPC.

toute matière et en tout état de la procédure d'instruction, bénéficiaire à titre exceptionnel d'une autorisation de sortie sous escorte octroyée par la juridiction d'instruction ou de jugement. Toutefois, ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative ne permettaient de contester devant une juridiction la décision prise à propos de ce type de demande, ni davantage le refus d'une telle autorisation. Seul le cas des détenus prévenus était critiquable et a fait l'objet d'une censure, les détenus condamnés disposant, quant à eux, d'une voie de recours effective contre le refus d'autorisation. Au regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision de la juridiction d'instruction ou de jugement violait les exigences du droit au recours.

Plus remarquable encore, en septembre 2019, la décision 802 QPC était relative au recours à la visioconférence dans le cadre de la détention provisoire³¹⁶. Se trouvaient critiquées des dispositions qui permettent le recours à la visioconférence pour assurer la comparution d'un détenu à l'occasion de l'examen de sa demande de mise en liberté. De manière générale, pour admettre leur conformité à la Constitution, le Conseil constitutionnel relève qu'elles ne fondent qu'une faculté offerte au président de la chambre de l'instruction de recourir à la visioconférence lorsqu'une audience physique a déjà eu lieu dans une période récente, c'est-à-dire moins de 4 mois auparavant. Par ailleurs, ces dispositions contribuent à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics. De ce point de vue, leur existence se trouve valablement justifiée selon le Conseil constitutionnel. S'ajoutent à cela un certain nombre de conditions dont l'accumulation met en évidence l'appréciation juste à laquelle s'est livré le législateur en les adoptant : la décision de recourir à la visioconférence appartient au juge ; d'un autre côté, est alors assurée la communication de la personne détenue avec son avocat, en visioconférence le cas échéant, avocat qui a communication du dossier. Par ailleurs, l'intéressé a toujours le droit de s'opposer à l'utilisation de la visioconférence.

Mais, c'est en matière criminelle qu'un problème surgit : dans ce domaine, la périodicité de demande de mise en liberté en cas de détention provisoire, ou de prolongation de cette détention, est fixée à 6 mois, de sorte que la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'un délai d'un an, ce qui implique qu'il n'y aura pas de présentation physique du détenu prévenu, placé en détention provisoire, devant le juge appelé à statuer sur sa détention provisoire pendant un an. Ici, le délai apparaît trop long, portant une atteinte excessive aux droits de la défense. Cette décision est particulièrement intéressante car elle est la conséquence d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, à la suite d'une première censure par le Conseil constitutionnel dans sa décision 778 DC du 21 mars 2019³¹⁷. En effet, selon cette décision du 21 mars 2019, la personne détenue doit toujours pouvoir refuser le recours à la visioconférence, non seulement lors des débats sur le placement en détention provisoire, mais aussi lors des débats sur la prolongation

316 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-802 QPC.

317 Dans la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, le Conseil constitutionnel avait censuré les dispositions de la loi du 23 mars 2019 qui supprimaient l'obligation de recueillir l'accord de l'intéressé pour recourir à la visioconférence dans les débats relatifs à la prolongation d'une mesure de détention provisoire. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation dans la décision de renvoi de la QPC, le raisonnement du Conseil constitutionnel, « exprimé en termes généraux, est susceptible de s'appliquer à d'autres aspects du contentieux de la détention provisoire, et notamment à l'examen des demandes de mise en liberté dont est saisie directement la chambre de l'instruction ».

de la détention provisoire. Cette décision intervenue *a priori* a donc conduit la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence à propos de son refus de renvoyer une QPC relative à l'absence de faculté d'opposition du détenu à la visioconférence lorsque le contentieux porte sur une demande de mise en liberté. Et c'est ce revirement qui a abouti au renvoi et, en conséquence, à la décision 802 QPC. D'autres QPC ont encore été relatives à la situation procédurale de personnes non définitivement condamnées et à leurs possibilités de remise en liberté. Certaines ont même porté sur des catégories particulières de détenus ; pensons, en particulier, aux étrangers³¹⁸. Au-delà des éléments techniques, notons, en tout cas, que l'habitude paraît désormais prise par les associations d'aide – aux détenus et aux étrangers – d'intervenir, de manière plus ou moins directe, dans la procédure. Parmi les griefs invoqués, observons aussi que c'est l'incompétence négative qui est le plus souvent articulée.

3.2. *Droit au respect de la vie privée*

En France, lorsque les décisions QPC restent consacrées à la détention provisoire, au fil des années, elles ne s'en diversifient pas moins et approfondissent l'examen du statut des détenus en ne s'en tenant plus seulement à leur situation procédurale mais en envisageant, parfois, à proprement parler leurs droits et libertés. Évidemment, au fur et à mesure que le juge pénètre un peu plus dans le déroulement de la vie carcérale, et que se fait jour le souci de maintenir, notamment, les liens familiaux et la vie privée des détenus, plusieurs questions déterminantes surgissent.

La première est, sans doute, la possibilité de recevoir des visites. Ainsi, à propos du permis de visite et de l'autorisation de téléphoner durant la détention provisoire, une décision du juge constitutionnel français permet-elle de relever plusieurs éléments intéressants³¹⁹. D'abord, l'action est ici directement déclenchée par une association dont l'objet est la protection des détenus. C'est souvent le cas en France, les étrangers et les détenus représentant des groupes à l'égard desquels les associations d'aide sont particulièrement actives. Sans doute y a-t-il là l'illustration ou une preuve de leur particulière vulnérabilité. Ensuite, c'est la loi pénitentiaire de 2009 qui revient devant le Conseil constitutionnel : la QPC est relative à certains articles de la loi de 2009 et du code de procédure pénale. Double argumentation, à la fois de fond et de forme en quelque sorte, puisque l'association soutenait que, d'un côté, ces dispositions méconnaissaient le droit à un recours effectif, le droit de mener une vie familiale normale et le droit au respect de la vie privée et que, de l'autre, elles étaient entachées d'une incompétence négative. Ce sont les conditions de leur délivrance et, surtout, – une fois de plus – les possibilités de contestation d'un éventuel refus qui fondent la censure. Car, alors que les prévenus sont présumés innocents, leurs conditions de détention, ainsi que le régime juridique pénitentiaire qui s'y rattache, sont notoirement plus sévères que pour les personnes condamnées.

318 Pour les étrangers détenus frappés d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF), une fois encore la censure est intervenue au regard des conditions d'exercice des recours : décision n° 2018-709 QPC. Problème de délai de recours également, cette fois contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière, mais n'aboutissant pas à la censure dans cette hypothèse : décision n° 2018-741 QPC.

319 Conseil constitutionnel, décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016.

La jurisprudence constitutionnelle italienne s'est montrée bien plus audacieuse en n'hésitant pas à pénétrer au cœur de la vie privée du détenu en se saisissant de questions dont le traitement normatif est malaisé. Ainsi, alors même que le droit à la sexualité des détenus n'est pas reconnu dans l'ordre juridique italien, la Cour constitutionnelle s'est emparée de cette question à l'occasion d'une décision de non-admission d'une question incidente de constitutionnalité. En effet, devant le juge *a quo* avait été soulevée la difficulté liée à une partie de l'article 18 de l'ordre pénitentiaire qui prévoit le contrôle visuel des agents pénitentiaires à l'occasion des rencontres des détenus. Ce contrôle visuel, qui répond au souci de maintien de l'ordre et de la sécurité au sein des établissements pénitentiaires, apparaît alors comme un obstacle indirect à la réalisation de la sexualité des détenus. Mais la Cour constitutionnelle ne s'arrête pas là et, tout en reconnaissant que ce contrôle est nécessaire, elle observe qu'est ici posé « un problème qui mérite toute l'attention du législateur », à la lumière des recommandations émanant d'organes supranationaux et de « l'expérience comparative, qui voit un nombre toujours croissant d'États reconnaître, sous diverses formes et avec différentes limites, le droit des détenus à une vie affective et sexuelle dans les prisons ». Et c'est ici que la décision vaut acte de surveillance à l'égard du législateur, prenant place au sein d'un débat qui tend, de plus en plus, à insister sur la nécessité d'une projection normative de l'intimité-sexualité, non pas seulement pour améliorer le bien-être du détenu mais comme un droit dont l'exercice ne peut être méconnu dès lors qu'il n'est pas incompatible avec la situation de détenu. Cela requiert, selon la Cour constitutionnelle, la détermination de « mesures organisationnelles » spécifiques, dont l'adoption ne devrait plus être retardée car, en leur absence, le droit du détenu n'est pas limité dans ses possibilités d'exercice mais purement et simplement nié³²⁰.

La Cour constitutionnelle italienne a même eu à prendre position à propos de la possibilité éventuellement laissée aux détenus de cuisiner dans leur cellule. Une question incidente de constitutionnalité, récemment en 2018, a abouti à une nouvelle censure : sans être motivée par des nécessités liées à la sécurité, les détenus se voyaient, en effet, interdire de cuisiner dans leur cellule et, plus particulièrement, de cuire des aliments. À cet égard, la Cour relève avec une certaine malice qu'il ne s'agit pas de consacrer « le droit fondamental des détenus à cuire leurs aliments dans leur propre cellule », mais plutôt de reconnaître que, même si certains détenus sont placés sous un régime plus dur, « ils doivent conserver la possibilité d'accéder aux petits gestes de normalité quotidienne, d'autant plus précieux qu'ils constituent les derniers recoins où leur liberté personnelle peut s'exprimer³²¹ ».

3.3. *Droit de communiquer*

Toujours dans le souci de maintenir les liens familiaux et la vie privée des détenus, la possibilité pour les détenus de communiquer, tant avec leurs proches qu'avec leur(s) conseil(s) est essentielle. Toutefois, là aussi, les contraintes de la vie carcérale, en particulier liées à la sécurité, sont susceptibles de justifier des restrictions à cette faculté. C'est la raison pour laquelle le code pénal français va jusqu'à réprimer le fait pour les détenus de communiquer en dehors des cas autorisés par les

320 Cour constitutionnelle, arrêt n° 301/2012.

321 Cour constitutionnelle, arrêt n° 186/2018.

règlements. Le principe est même l'interdiction pure et simple en la matière, tandis que le pouvoir réglementaire se voit habilité à déterminer lui-même, sans aucun encadrement, les cas dans lesquels la communication avec un détenu peut être autorisée. En pratique, cela renvoie à la possibilité pour les personnes détenues d'avoir accès à un téléphone portable³²². Sans surprise, le Conseil constitutionnel juge que le législateur a abandonné au pouvoir réglementaire la détermination du délit de communication irrégulière avec un détenu et qu'il a, ainsi, méconnu les exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines. En revanche, de manière décevante, le Conseil constitutionnel ne prend pas position sur l'interdiction elle-même, c'est-à-dire sur la question de fond dont il se contente de dire qu'elle relève bien de la compétence du législateur.

De la même façon, toujours afin de maintenir une qualité de vie minimale, le droit de communiquer, par écrit cette fois, a également mérité les honneurs d'une QPC³²³ portant sur le droit du détenu condamné et du détenu prévenu de correspondre par écrit avec la personne de leur choix. La QPC était, une fois de plus, promue par la section française de l'Observatoire international des prisons. Ce droit de correspondre par écrit, prévu par la loi, s'exerce sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas. Cette disposition reprend la distinction en fonction du statut pénal de la personne détenue et entend tenir compte, pour les prévenus, du risque que l'exercice de la correspondance peut faire peser sur l'instruction en cours ou le jugement à venir. Pour autant, il n'a pas été difficile de démontrer que la manière dont le législateur détermine ce droit à la correspondance écrite n'est pas conforme à la Constitution car la possibilité de contester la décision de l'autorité judiciaire s'opposant à l'exercice de ce droit n'était pas prévue, à la différence de ce qui se passe pour les personnes définitivement condamnées. C'est donc encore le droit à un recours juridictionnel effectif – plutôt que des droits de nature plus substantielle – qui fonde la censure³²⁴.

En Italie, les mêmes préoccupations, dès 2013, ont participé à l'apparition et au développement des droits des détenus à la communication. La Cour a alors censuré l'article qui prévoyait un certain nombre de limitations aux communications des détenus avec leur avocat³²⁵. La motivation de l'arrêt s'articule autour de trois éléments essentiels : tout d'abord, l'exercice des droits de la défense peut connaître des limitations dès lors qu'il convient de le concilier avec d'autres exigences constitutionnelles, mais pas au point de compromettre son effectivité ; ensuite, l'éventualité que les avocats acceptent de servir d'intermédiaire entre le détenu et les autres membres de l'organisation criminelle, si elle ne peut *a priori* être exclue, ne peut pas davantage être considérée comme une certitude, traduite en un énoncé normatif ; enfin, « l'opération normative ici en cause est contraire au principe selon lequel, dans toute conciliation, il ne peut y avoir de restriction de la protection d'un droit fondamental si elle ne se traduit pas par une augmentation équivalente de la protection d'autres intérêts de rang égal ». Cette dernière précision est essentielle pour saisir la manière dont le juge

322 Conseil constitutionnel, décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017, *Mme Audrey J.* On note, une fois encore, l'intervention la section française de l'Observatoire international des prisons.

323 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-715 QPC.

324 Non-conformité, avec effet différé et réserve transitoire. Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit au recours effectif, entamée par la décision n° 2016-543 QPC, concernant également les droits de personnes détenues et, spécialement, l'impossibilité d'agir contre un refus de permis de visite délivré à un tiers.

325 En l'espèce, il s'agissait de l'article 41-bis, §2-quater, b), de l'ordre pénitentiaire.

constitutionnel italien apprécie l'architecture de tout travail législatif de conciliation ; au surplus, toute limitation d'un droit ne peut intervenir qu'afin d'assurer la garantie d'autres valeurs et sans jamais qu'elle n'aboutisse à sa disparition complète. En l'espèce, la disposition contestée n'était pas adaptée au regard de son objet³²⁶.

3.4. Sanctions disciplinaires et aménagements de peine

3.4.1. Sanctions disciplinaires

Dans le même ordre d'idée, c'est la vie intérieure des établissements pénitentiaires qui se trouve modernisée dans son ensemble grâce au contrôle incident de constitutionnalité de la loi. Ainsi, en France, en 2014 est intervenue une importante QPC³²⁷, bien que portant sur une réglementation applicable avant la loi de 2009 que justement cette loi avait réformée. Le mécanisme de la QPC a alors permis la constatation de la violation flagrante de la Constitution par une règle qui voulait que l'autorité administrative fût compétente en matière d'organisation et de régime des établissements pénitentiaires. Autrement dit, l'autorité administrative était compétente non seulement pour prononcer une sanction disciplinaire (ici un placement en cellule disciplinaire d'une durée de 45 jours), mais aussi pour définir l'essentiel du régime de la détention. Avant la loi pénitentiaire de 2009, la plupart des règles régissant les droits et obligations des personnes détenues étaient donc de nature réglementaire, alors que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives à l'exercice des droits et libertés. Compte tenu de la part très importante laissée au pouvoir réglementaire, le grief essentiel était articulé autour de l'incompétence négative du législateur. Mais le requérant invoquait aussi ses droits au respect de la dignité humaine, au respect de l'intégrité physique et à la santé, le droit au respect de la vie privée ou encore sa liberté religieuse – entre autres – . Or les dispositions en cause ne satisfaisaient pas à la règle la plus élémentaire, c'est-à-dire à l'exigence d'intervention du législateur. On était bien en deçà de toute conciliation entre l'exercice des droits et libertés, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et les finalités qui sont assignées à l'exécution des peines privatives de liberté ; on l'était, *a fortiori*, de tout équilibre dans cette conciliation. Le Conseil constitutionnel ne pouvait donc que juger que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence et censurer ces dispositions du code de procédure pénale.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas, au sens strict, d'une sanction disciplinaire, notons que la possibilité pour un détenu de se voir imposer une période de sûreté de plein droit a récemment fait l'objet d'une QPC. Selon l'auteur de la question, l'automaticité de l'application d'une période de sûreté en cas de condamnation à certaines peines fermes privatives de liberté pour certaines infractions, porterait atteinte aux principes de nécessité et d'individualisation des peines. L'atteinte résulterait de ce que la période de sûreté s'applique, lorsque les conditions légales en sont réunies, sans que le juge ait à la prononcer expressément. Néanmoins, l'affaire est davantage relative à l'exécution de la

326 Cour constitutionnelle, arrêt n° 143/2013.

327 Conseil constitutionnel, décision n° 2014-393 QPC.

peine plus qu'à la détention elle-même³²⁸ et je n'y insisterai pas. Observons, toutefois, que comme les Constitutions espagnole et française, la Constitution italienne admet une pluralité de sanctions, mais ne tolère pas le défaut de personnalisation de la sanction.

3.4.2. Aménagements de peine

Dans le domaine pénitentiaire, la Cour constitutionnelle italienne n'hésite pas à « ajouter » aux droits reconnus par l'ordre juridique. Elle l'a encore fait de manière remarquable en jugeant déraisonnable une disposition législative qui n'excluait pas les mères, détenues du fait de la commission de délits particuliers (mentionnés à l'article 4-bis, § 1, de l'ordre pénitentiaire) et avec des enfants mineurs de moins de dix ans, de l'interdiction d'octroi d'une mesure de détention spéciale au domicile. La Cour a étendu cette déclaration d'inconstitutionnalité à l'interdiction d'octroi de la détention ordinaire au domicile (art. 47-ter)³²⁹. Surtout, elle souligne que la détention spéciale au domicile doit être conçue comme répondant à « l'intérêt prioritaire d'un sujet vulnérable, distinct du condamné et particulièrement digne de protection, qui est l'enfant d'âge précoce, à établir une relation aussi "normale" que possible avec sa mère (ou, éventuellement avec son père) lors d'une phase cruciale de son développement ». Outre la référence *expressis verbis* à la vulnérabilité de l'enfant mineur, c'est le thème du maintien des liens familiaux et de la vie privée des détenus qui se trouve convoqué, une fois de plus, au cœur de la jurisprudence constitutionnelle italienne. C'est alors au juge ordinaire qu'il revient de rechercher et vérifier l'éventuelle présence, dans l'espèce dont il est saisi, de raisons entravant l'octroi de la mesure de détention au domicile³³⁰. Et le juge constitutionnel italien va jusqu'à adresser des avertissements plus ou moins directs au législateur. Ce travail de surveillance vise à mobiliser le législateur « dans un esprit de collaboration loyale et dans le but d'assurer une mise en œuvre plus complète de la Constitution »³³¹.

L'invitation au législateur peut se faire plus insistante, comme cela fut le cas avec l'arrêt n° 279 de 2013. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur la conformité à la Constitution de l'article 147 du Code pénal italien qui ne prévoyait pas, en plus des cas expressément mentionnés (dépôt d'une demande de grâce, maladie physique grave ou mère d'enfants de moins de 3 ans), la possibilité d'un report de l'exécution de la peine lorsqu'elle devrait être exécutée « dans des conditions contraires au sens de l'humanité ». La Cour n'a pas accueilli la question du fait de l'existence d'une pluralité de solutions qui permettraient toutes d'atteindre l'objectif. Toutefois, le juge constitutionnel prend soin d'indiquer que l'inertie du législateur n'est pas, pour autant, acceptable et que s'il devait être de nouveau saisi dans une procédure ultérieure portant sur des questions similaires, il ne pourrait qu'« adopter les décisions nécessaires visant à mettre fin à l'exécution de la peine dans des conditions contraires au sens de l'humanité ». Un nouveau renvoi n'est pas exclu à l'occasion de la mise en

328 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-742 QPC.

329 Cour constitutionnelle, arrêt n° 239/2014.

330 Dans le même sens, l'arrêt n° 76/2017 censure la disposition contestée car elle exclut la possibilité pour les mères condamnées pour l'un des délits mentionnés à l'article 4-bis de l'ordre pénitentiaire, d'avoir accès à une institution (la détention spéciale au domicile) « qui vise principalement à sauvegarder la relation avec le mineur », alors même que cet article 4-bis établit une « liste complexe » rassemblant des délits « hétérogènes, stratifiés et de gravité inégale ».

331 Marco RUOTOLO.

œuvre d'une mesure alternative à la détention, et alors même qu'à l'étranger d'autres cours ont affirmé qu'il convenait de renoncer à l'exécution de la peine de prison lorsque, compte tenu des conditions de surpopulation carcérale, cela serait synonyme de traitement inhumain.

D'ailleurs, très récemment, une question incidente de constitutionnalité a abouti à la censure de l'article 47-ter, § 1-ter, de l'ordre pénitentiaire en ce qu'il n'envisageait pas que, dans l'hypothèse d'une grave maladie psychique survenue au cours de l'exécution de la peine, le tribunal en charge de l'exécution puisse ordonner la détention au domicile. Partant de l'idée que le droit à la santé protégé par la Constitution ne vise pas seulement la santé physique, mais aussi la santé mentale, la Cour reconnaît aussi au juge, dans ce cas, le pouvoir de faire usage de l'aménagement consistant dans la détention au domicile ; elle ajoute qu'il est possible de moduler cette mesure afin de respecter les exigences liées à la défense de la collectivité, sous le contrôle du magistrat en charge de la surveillance et avec l'intervention des services sociaux. En outre, « grâce à une identification minutieuse du lieu de détention (qui pourrait également être un établissement public de soins, d'assistance ou d'accueil), des fins thérapeutiques et de protection peuvent être poursuivies, sans négliger les besoins des membres de la famille et en garantissant, en même temps, la sécurité de la communauté ». En toute hypothèse, cette affectation à un lieu extérieur à la prison ne pourra, cependant, pas être décidée lorsque le juge considère qu'en l'espèce les besoins de sécurité publique prévalent³³².

La Cour apporte ainsi une nouvelle contribution, positive et « intégrative », à la législation pénale, comblant une lacune qui empêchait les juges de garantir efficacement le droit à la santé des personnes détenues. Et l'intervention manipulatrice est menée ouvertement, même si la Constitution ne commandait pas de solution unique pour combler le vide. Toutefois, le juge constitutionnel italien le fait sous couvert de deux précisions. La première sonne comme un rappel évident, mais non superflu : la solution constructrice de la Cour laisse, selon ses propres mots, entière « la possibilité pour le législateur d'intervenir à tout moment pour identifier, dans le cadre de son propre pouvoir discrétionnaire, une autre solution, [...] à condition qu'elle respecte les principes constitutionnels ». La seconde est, quant à elle, explicative : précédemment, dans un arrêt de 1996 – que la Cour rappelle en 2019 – une décision de non-admission avait été rendue par laquelle le juge constitutionnel avait, néanmoins, relevé le « traitement insatisfaisant réservé à la maladie mentale grave survenue après la condamnation » et demandé au législateur de « trouver une solution équilibrée » garantissant aux personnes intéressées le soin de leur santé mentale – protégé par l'article 32 de la Constitution – sans que leur traitement pénal ne soit écarté. Et la Cour ne craint pas d'indiquer explicitement que c'est parce que son appel n'a pas été entendu qu'elle se voit contrainte d'agir.

3.5. *Détenus salariés*

En dehors de la situation procédurale des détenus et de leur sphère intime, d'autres affaires ont été consacrées au déroulement du quotidien pénitentiaire. C'est, particulièrement, la situation au regard de l'emploi des détenus qui a retenu l'attention, en France comme en Italie, et, spécialement,

³³² Cour constitutionnelle, arrêt n° 99/2019.

l'encadrement des relations de travail. En France, cette problématique s'est frayé un chemin jusqu'au prétoire du juge constitutionnel par le biais de deux QPC relatives aux dispositions du code de procédure pénale qui prévoient que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail »³³³. En effet, le travail des détenus relève d'un régime particulièrement dérogatoire puisque lié à l'exécution de la peine privative de liberté. Tout au plus, depuis la loi pénitentiaire, les activités exercées en prison doivent faire l'objet d'un « acte d'engagement » qui doit énoncer les droits et obligations professionnels de la personne détenue ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération (bien plus faible qu'à l'extérieur). Faute de contrat, certains droits élémentaires ne sont pas reconnus (pas de liberté syndicale, ni de participation à la détermination des conditions de travail, ni de droit de grève, ni de procédure de licenciement, de droits aux congés payés ou d'indemnités journalières durant un arrêt de travail en cas de maladie ou accident de travail, et refus du bénéfice du régime de retraite complémentaire). Donc une situation du détenu travailleur en profond décalage avec le droit commun. Pour autant – surprise ! – l'absence de contrat de travail n'est pas jugée contraire à la Constitution.

De ce point de vue, sans doute, la tendance à aligner de nombreux droits des détenus sur ceux reconnus à l'extérieur ne peut pas ignorer la réalité carcérale et les restrictions nécessaires motivées par l'ordre ou la sécurité. Pour autant, la situation actuelle reste très insatisfaisante et ne doit pas demeurer figée. La décision du Conseil constitutionnel résonne comme une invitation à réformer le droit du travail en prison. Cette décision du Conseil a, comme cela était prévisible, été critiquée. Elle n'a satisfait personne et n'a donc pas fait taire le débat ; de sorte que le problème du statut du détenu travailleur n'a pas tardé à revenir devant le juge constitutionnel, dès 2015³³⁴. Sorte de crispation sur le thème du travail en prison, illustrant un peu les zones de non-droit qui demeurent en prison. On se souvient que la loi de 2009 prévoit un acte d'engagement pour les personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires. Deux grandes catégories d'arguments étaient articulées : d'une part, l'incompétence négative du législateur et, d'autre part, la violation d'un certain nombre de droits fondamentaux, « sociaux », consacrés par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi que le principe de sauvegarde de la dignité humaine et la liberté contractuelle. C'est la qualité du cadre juridique insuffisamment protecteur en matière de relations de travail qui était contestée. On savait déjà que l'absence de principe de contrat de travail ne viole pas la Constitution. Restait à savoir si cette solution médiane imaginée par le législateur, avec cet acte d'engagement, était satisfaisante car le Parlement ne précise pas quels sont les droits et obligations professionnels déterminés par cet acte. Mais, encore une fois, le juge constitutionnel n'a pas trouvé dans l'incompétence négative du législateur ou dans la conciliation des droits fondamentaux avec les contraintes de la vie carcérale, la source d'une violation de la Constitution.

En Italie, le travail des détenus a, et continue, également de nourrir le débat. Et, à ce propos, la Cour constitutionnelle ne s'est pas contentée de fournir simplement des solutions strictement « interprétatives » ou des « adoucissements » du cadre normatif pénitentiaire. Elle est allée jusqu'à

333 Conseil constitutionnel, décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, M. *Yacine T. et autre*.

334 Conseil constitutionnel, décision n° 2015-485 QPC.

ajouter des « règles », c'est-à-dire jusqu'à combler des omissions législatives par des arrêts de censure – supprimant des parties de textes qui ne permettaient pas la jouissance d'un droit ou produisaient une restriction intolérable – ou des arrêts additifs. Particulièrement utiles pour les détenus et, en particulier, leur éventuel emploi, de tels arrêts permettent alors de reconnaître des droits fondamentaux jusque-là non consacrés ou limités de manière déraisonnable. Ainsi en va-t-il de la non-conformité à la Constitution de l'omission, figurant dans l'article 20, paragraphe 17, de l'ordre pénitentiaire, du droit aux congés payés annuels pour les détenus exerçant une activité salariée. La Cour précise que la spécificité de la relation de travail dans le cadre pénitentiaire ne vaut pas « affaiblissement du contenu minimum de la protection qui, selon la Constitution, doit bénéficier à toute relation de travail salarié ». Bien entendu, la jouissance du droit au congé annuel payé doit être assurée selon les adaptations nécessaires, en termes de modalités (de formes et de délais), afin d'assurer sa compatibilité avec la détention³³⁵. Une chose est d'imaginer des modalités distinctes dans la jouissance d'un droit en raison de la détention de son titulaire, une autre est de ne pas garantir un droit, alors même qu'il est reconnu dans la Constitution sans distinction de cette sorte, du simple fait de l'existence de cette détention.

La question des droits des détenus salariés a encore fait l'objet d'un arrêt additif en 2016. La Cour y a jugé que l'attribution au magistrat surveillant de la compétence pour statuer sur les conflits du travail des détenus, impliquant le recours à une procédure simplifiée, telle que celle prévue par l'ordre pénitentiaire, était de nature à violer la Constitution dans la mesure où elle est nettement moins protectrice des droits des travailleurs que la procédure applicable aux conflits ordinaires de travail³³⁶. Par conséquent, le juge constitutionnel a accueilli la question formée à propos de l'article 69 de l'ordre pénitentiaire, § 6, a) du cadre pénitentiaire pour violation des articles 24, § 2, 111, § 2 et 3, § 1 de la Constitution, réaffirmant ainsi, notamment, la non-conformité constitutionnelle de toute « discrimination irrationnelle injustifiée » entre détenus et autres citoyens, dès lors que les droits inhérents à l'exécution du travail sont en cause³³⁷.

4. *Éléments de conclusion*

Finissons, d'un mot, pour constater que le panorama dressé illustre, quel que soit l'ordre juridique en cause, une évolution qui, en France, avait été entamée dans le cadre du contrôle *a priori* : l'exécution de la peine, comme la détention elle-même, se sont juridictionnalisées, offrant l'occasion au juge constitutionnel de développer, voire de construire, une véritable jurisprudence, précisant un peu plus les droits des détenus, et d'édifier un véritable statut constitutionnel. À cet égard, longtemps, l'ordre juridique n'a guère manifesté d'intérêt pour les détenus. Leur statut, peu développé, relevait pour l'essentiel, lorsqu'il existait, des initiatives du pouvoir réglementaire. De manière générale, le

³³⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 158/2001.

³³⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 341/2006.

³³⁷ Article 24, § 2 : « Les moyens d'ester et de se défendre devant toutes les juridictions sont assurés aux indigents par des institutions juridiques spécifiques » ; art. 111, § 2 : « Tout procès se déroule contradictoirement entre les parties, dans des conditions d'égalité, devant un juge tiers et impartial. La loi en garantit une durée raisonnable » ; article 3, § 1 : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales ».

mouvement d'élévation hiérarchique de l'encadrement normatif des détenus retire des mains de l'administration pénitentiaire un nombre important de prérogatives qui, jusque-là, relevaient de sa seule appréciation. Mais toutes les thématiques de la vie en détention n'ont pas été saisies par la jurisprudence constitutionnelle, en particulier dans le cadre du contrôle *a posteriori* – loin s'en faut – et pas toutes avec le même intérêt. Aujourd'hui, le mouvement paraît être celui d'une reconnaissance des droits des détenus. Bien évidemment, de ce point de vue, la QPC s'est révélée très utile. Mais difficile de dire qu'il s'agit là d'une surprise, en particulier pour ce qui concerne les détenus et leurs immenses besoins. Il est même possible de soutenir qu'en France, comme en Espagne et en Italie, l'amélioration est lente et beaucoup reste encore à faire. Songeons, par exemple, au maintien des liens familiaux ou au respect de la vie privée, c'est-à-dire intime, des détenus et, plus généralement encore, de leur dignité. Les détenus apparaissent encore aujourd'hui comme des citoyens de seconde zone. Des questions demeurent non réglées ou non envisagées par le juge constitutionnel espagnol, le tout alimentant les critiques à l'égard des prisons, de leur état général et de leur faible pouvoir de resocialisation (pour ne pas dire leur pouvoir de désocialisation).

D'ailleurs, que l'absence de questions d'inconstitutionnalité en Espagne ne nous fasse pas ignorer que, ces dernières années, les affaires dont le Tribunal constitutionnel est saisi par la voie du recours d'*amparo* témoignent des mêmes préoccupations, non seulement à propos des droits de nature procédurale des personnes privées de liberté mais aussi à l'égard des droits plus substantiels. Du côté de la procédure, la jurisprudence constitutionnelle espagnole a particulièrement envisagé la question de la preuve du bon comportement du détenu lors d'une demande de permission de sortie ou d'aménagement de sa peine. À cette occasion, l'obtention d'éléments de preuve par l'administration pénitentiaire, au moyen d'interception des correspondances ou de la fouille de la cellule, a été critiquée par le Tribunal constitutionnel. De la même façon, le juge constitutionnel espagnol est très attentif à la qualité de la motivation formulée par le juge qui aurait à envisager la régularité d'une mesure décidée par l'administration pénitentiaire et supposément attentatoire à un droit ou une liberté constitutionnels, en particulier lorsqu'il s'agit d'une sanction. Du côté des droits substantiels, plusieurs questions reviennent régulièrement devant le prétoire du juge constitutionnel espagnol : principe d'égalité, liberté religieuse, interdiction des traitements inhumains et dégradants, ou encore droit au respect de l'intimité et possibilité d'exercer dignement une activité salariée.

En réalité, la véritable question qui paraît demeurer posée est, *in fine*, plus largement celle des limites de la privation des droits des détenus et du sens que l'ordre juridique entend lui donner. C'est sur le terrain de la responsabilité du destinataire de la sanction – qui renvoie à l'idée de flexibilité de la peine – qu'une conciliation peut être recherchée entre la sécurité des droits et la fonction de réhabilitation de la peine. Une conciliation qui repose sur une idée assez simple mais qui a toujours du mal à être traduite en pratique : si la sanction offre de réelles possibilités de réinsertion sociale – aussi et surtout en garantissant une possibilité effective d'exercer les droits formellement reconnus, permettant à chacun d'exprimer sa personnalité –, elle produit beaucoup plus d'effets en termes de sécurité publique, car les chances de rechute dans la délinquance sont plus faibles. Cependant,

comme le relève Marco Ruotolo à propos de l'Italie, il est très important, et peut-être même décisif, de ne pas sous-estimer ce qui peut être défini comme une « demande sociale d'efficacité ». Il faut répondre à cette demande en imaginant des mesures alternatives, voire de meilleures peines non privatives de liberté, infligées directement dans la condamnation afin qu'elles soient perçues comme de véritables sanctions. Sinon, l'équation « peine = prison », tant installée dans l'esprit de l'opinion publique, ne sera jamais écartée et la seule, ou la principale, manière de répondre à la délinquance continuera d'être le prononcé de peines privatives de liberté.

H. L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC

1. *Essai de modélisation du filtrage des QPC formées par les personnes en situation de vulnérabilité devant les cours d'appel civiles (2010-2019)*

L'objectif de cette recherche³³⁸ a été d'étudier, sur la période allant de mars 2010 à juin 2019, la manière dont le juge judiciaire, au stade de l'appel, s'est approprié le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'agit d'un travail transversal car traitant de l'ensemble des catégories de personnes en situation de vulnérabilité étudiées dans le cadre du projet. Pour parvenir à réaliser cette étude, il a fallu établir un tri, afin de sélectionner les décisions rendues par les cours d'appel françaises qui allaient faire l'objet de l'étude. Les décisions des cours d'appel n'étant pas en libre accès sur internet, il a été nécessaire d'effectuer un déplacement à la Cour de cassation afin de pouvoir utiliser un logiciel interne aux juridictions judiciaires (le logiciel *JuriCA*). Ce déplacement a permis, à la fin du mois de juin 2019, de réaliser une extraction des décisions susceptibles d'être pertinentes. Au prix de précisions méthodologiques (1.1), il est possible de livrer quelques enseignements : différents degrés apparaissent dans les relations qu'entretiennent les personnes en situation de vulnérabilité avec la question prioritaire de constitutionnalité (1.2.).

1.1. *Précisions méthodologiques*

Des précisions relatives à la méthodologie et à la délimitation de l'objet de l'étude sont indispensables. En effet, sur plusieurs centaines de milliers de décisions rendues par les cours d'appel et intégrées au logiciel *JuriCA*, l'utilisation du mot-clé « question prioritaire de constitutionnalité » a permis de faire ressortir près de 5 000 décisions. Il a fallu, ensuite, affiner la recherche en ne retenant que celles des décisions qui concernaient les personnes en situation de vulnérabilité. Dès lors, 8 requêtes principales ont été effectuées afin d'isoler ces décisions. Ces requêtes ont produit des résultats parcellaires, compte tenu des restrictions dont fait l'objet le logiciel *JuriCA*. Il est donc très vite apparu qu'il ne serait pas possible de traiter de manière exhaustive et égalitaire l'ensemble des catégories définies dans le cadre du projet de recherche collective.

³³⁸ La recherche a été réalisée par Nicolas PAUTHE.

	Requêtes	Nombre de décisions concernées
1	« étranger », « nationalité »	463 décisions
2	« enfant », « mineur »	149 décisions
3	« gens du voyage »	3 décisions
4	« travail », « travailleur », « salarié »	740 décisions
5	« handicap »	136 décisions
6	« hospitalisation »	105 décisions
7	« maladie », « malade »	1029 décisions
8	« chômage »	235 décisions
Total	Sans compter les doublons, le nombre total de décisions extraites a ainsi été de 3215 décisions.	

Par ailleurs, certaines requêtes n'ont pas été autorisées par la Cour de cassation. Il n'a, par exemple, pas été possible d'accéder aux décisions intervenues dans le domaine pénal, compte tenu de l'absence d'anonymisation de ces décisions et du caractère sensible des affaires concernées. La catégorie des détenus n'a donc pas pu être traitée. Est également exclue de la base de données une grande partie des décisions intéressant l'essentiel du droit des mineurs. Au contraire, d'autres requêtes, quant à elles, n'ont pas permis une étude systématique de la manière de filtrer les QPC pour la catégorie de personnes vulnérables concernées, au regard du trop faible nombre de décisions pertinentes auxquelles la recherche a abouti. Cela a été le cas, par exemple, de la catégorie « gens du voyage » (3 décisions). Sans surprise, les requêtes « maladie » et « malade » ont conduit à la difficulté opposée, puisque près d'un millier de décisions étaient concernées. En d'autres termes, sur le plan de l'exhaustivité quantitative, le travail effectué n'a pu être représentatif de l'ensemble du filtrage effectué par le juge judiciaire. Il en donne toutefois un aperçu éclairant.

En outre, au stade de l'interprétation des résultats, d'autres difficultés sont apparues. D'abord liées aux tendances rédactionnelles, celles-ci pouvant varier d'une décision à l'autre et dans le temps, « ce qui pose des problèmes de fidélité quant à la réalité étudiée »³³⁹. De la même manière, il est difficile d'apprécier la spécificité de la non-transmission des QPC impliquant précisément des personnes en situation de vulnérabilité, puisqu'il n'était pas question ici d'étudier le filtrage général par les cours d'appel françaises des questions prioritaires de constitutionnalité. Ce sont donc surtout des tendances qui ont été mises en exergue. Au demeurant, reste posée la question de l'intersectionnalité, c'est-à-dire du cumul de situations vulnérables sur une même personne : ce cumul a-t-il un impact sur le traitement par le juge de la question prioritaire de constitutionnalité ? Impossible d'y répondre compte tenu des contraintes qui ont pesé sur la recherche menée ici. Aussi, ne livre-t-on que des pistes de réflexion.

339 N. PAUTHE.

1.2. Le degré variable de prise en compte de la situation de vulnérabilité par les cours d'appel dans le traitement des QPC

L'étude transversale de la non-transmission des questions prioritaires de constitutionnalité formulées par les personnes en situation de vulnérabilité peut faire l'objet d'éclairages à partir d'une modélisation, sous la forme d'une gradation des rapports que ces deux objets d'étude entretiennent. En effet, tout le problème est de savoir si l'auteur de la QPC agit au nom de la spécificité, découlant de la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve. La détermination d'une gradation a pour intérêt de distinguer les cas de figure dans lesquels une personne en situation de vulnérabilité utilise la QPC. Un premier stade peut être dénommé « relation optimale » et désigne l'hypothèse où l'auteur de la QPC cherche à défendre un droit ou une liberté avec pour spécificité le fait que ce droit ou cette liberté est par essence lié à la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve. C'est, par exemple, le cas pour un justiciable de nationalité étrangère qui chercherait à bénéficier du regroupement familial. À un degré plus faible, la « relation productive » est le stade où le justiciable utilise la question prioritaire de constitutionnalité pour protéger un droit ou une liberté, dont la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve renforce le champ d'application. Tous les individus jouissent des mêmes droits et libertés constitutionnellement garantis. Cela étant, certaines situations révèlent la concrétisation du droit ou de la liberté en question. À titre d'exemple, tout individu bénéficie du droit de ne pas être enfermé arbitrairement, mais c'est bien une fois enfermé, ou menacé d'être enfermé, que l'intérêt à agir surgit et permet de contester une disposition législative qui contreviendrait à l'interdiction d'être enfermé arbitrairement. La « relation productive » est donc celle qui permet au justiciable d'utiliser de manière effective la question prioritaire de constitutionnalité pour défendre un droit, ou une liberté, fragilisé par la situation de vulnérabilité. À un niveau encore moindre, le troisième stade peut être dénommé « relation neutre ». Dans ce cas de figure, le justiciable est bien en situation de vulnérabilité. Il utilise la question prioritaire de constitutionnalité pour défendre un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Cela étant, la situation de vulnérabilité qui est la sienne est sans incidence sur la question prioritaire de constitutionnalité posée. C'est, par exemple, le cas d'une personne en situation de handicap qui formerait une question prioritaire de constitutionnalité pour contester une disposition législative qui porterait atteinte à son droit de propriété. Un quatrième stade serait celui de la « relation contreproductive » : le justiciable utilise la question prioritaire de constitutionnalité, mais la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve vient restreindre le champ d'application du droit, ou de la liberté, invoqué. Cette restriction n'est pas une oppression de l'individu concerné. Elle est au contraire destinée à le protéger du fait de sa situation de vulnérabilité. Cette relation entre la personne et la question prioritaire de constitutionnalité est dite ici « contreproductive », dans la mesure où cette personne ne va pas obtenir l'effet escompté. Elle va, au contraire, se voir opposer une protection constitutionnelle à sa situation de vulnérabilité qui va mettre en échec sa demande. Enfin, le cinquième et dernier stade, celui de la « relation défavorable », voit la logique du stade 4 poussée à son paroxysme, puisque le droit ou la liberté constitutionnellement garanti va purement et simplement être nié à la personne en situation de vulnérabilité. C'est, par exemple, le cas avec les droits civiques, qui font défaut aux mineurs ou

aux adultes frappés d'incapacité. Cette relation est précaire puisqu'elle ne dure qu'aussi longtemps que perdure la situation de vulnérabilité.

Cette diversité permet d'appréhender le champ des possibles. L'étude montre que c'est la relation productive (stade 2) qui apparaît le plus souvent. Les situations relatives au stade 1 sont rares. Les stades 4 et 5 n'entrent pas dans le champ de cette étude, puisque les restrictions opposées cherchent à protéger la personne de la situation de vulnérabilité dans laquelle elle se trouve.

2. *Les personnes en situation de vulnérabilité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel*

L'objet de cette étude transversale³⁴⁰ consistait à analyser, sur une période allant de mars 2019 à juin 2019, le contrôle opéré par le premier filtre de l'ordre juridictionnel administratif³⁴¹ sur les QPC soulevées par des personnes se trouvant en situation de vulnérabilité. La recherche entendait, ainsi, mesurer l'impact du filtre sur l'effectivité du mécanisme de la QPC, lorsqu'il est activé par cette catégorie particulière de justiciables.

2.1 *Précisions méthodologiques et données statistiques*

Grâce à une convention que les porteurs du projet ont pu signer avec le Conseil d'État, il a été possible d'utiliser, pour la réalisation de cette étude, le logiciel d'extraction *Ariane*, dont la qualité permet une recherche bien plus complète que celle qui peut être menée sur sa version disponible en accès libre sur le site du Conseil d'État, *Arianeweb*. L'utilisation de ce logiciel s'est avérée précieuse, car elle a permis de cibler la recherche par mot-clé.

Toutefois, malgré ses qualités, le logiciel a peiné à satisfaire toutes les attentes, et ce pour de multiples raisons, notamment du fait que les ordonnances QPC, qui constituent le support privilégié des décisions du juge du premier filtre, en application des dispositions de l'article R. 771-7 du code de justice administrative, ne sont pas systématiquement versées dans la base de données, ce qui rend très difficile l'accès au contenu de ces ordonnances, ou encore car le moteur de recherche ne permet pas d'extraire avec précision les décisions de non-transmission, ces dernières ne présentant aucun signe particulier sur le plan formel permettant de les distinguer des autres décisions QPC. De même, l'absence d'harmonisation rédactionnelle du dispositif des ordonnances QPC, entre les juridictions administratives, limite également les potentialités d'une recherche automatisée. En outre – relève Annabelle Pena – la recherche a éprouvé les plus grandes difficultés à extraire les décisions rendues par les cours administratives d'appel à propos d'une contestation de refus de transmission, et le rapport d'activité du Conseil d'État n'est guère plus utile, puisqu'il ne distingue pas entre les mémoires QPC introduits en contestation d'un refus de transmission et les questions de constitutionnalité présentées pour la première fois devant les cours administratives d'appel. Compte tenu de ces

³⁴⁰ Réalisée, dans le cadre de notre recherche, par Annabelle PENA.

³⁴¹ En application des dispositions des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée.

éléments, les résultats de l'étude doivent donc être lus avec mesure et précaution : s'ils permettent d'apporter un éclairage sur la manière dont les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel exercent leur rôle de juge du premier filtre sur les questions prioritaires de constitutionnalité, ils ne sauraient toutefois, sans une étude complémentaire, servir de fondement à une quelconque systématisation.

En ce qui concerne les résultats obtenus par la recherche, il convient de souligner, tout d'abord, une différence entre ces résultats et ceux qui apparaissent dans les rapports d'activité du Conseil d'État. En effet, alors que la recherche a permis de recenser 8 861 QPC introduites devant les tribunaux administratifs (6 521) et cours administratives d'appel (2 340) jusqu'en juin 2019 – dont aucune ne vise précisément les personnes vulnérables ou les personnes en situation de vulnérabilité –, les chiffres produits par le Conseil d'État dans son rapport annuel, à l'issue de l'année 2018, étaient de 5 002 QPC introduites devant les tribunaux administratifs (3 728) et cours administratives d'appel (1 284)³⁴². Or, selon Annabelle Pena, ces chiffres apparaissent plus probants, à raison du fait que la recherche brute sur l'expression « question prioritaire de constitutionnalité » recense toutes les décisions dans lesquelles apparaît l'expression et intègre donc également les jugements et arrêts rendus au fond, portant, dans leurs visas, mention des décisions QPC. Ce sont, en définitive, une trentaine de QPC transmises en moyenne chaque année par les tribunaux administratifs et moins d'une dizaine par les cours administratives d'appel. Parmi elles, peu concernent les personnes en situation de vulnérabilité.

Ce volume de 5 000 décisions QPC a, par la suite, été volontairement réduit lors de la recherche pour écarter les questions de constitutionnalité portant sur le droit fiscal, le droit de l'environnement ainsi que le droit de l'urbanisme et de la construction. Il a, ainsi, été ramené à un volume de 896 QPC présentées devant les tribunaux administratifs, contre 656 QPC pour les cours administratives d'appel, soit 1 552 QPC toutes juridictions confondues. Toutes ces décisions ne concernent évidemment pas les personnes en situation de vulnérabilité, mais leur nombre est tout de même significatif, puisque 37,6 % des QPC devant les tribunaux administratifs et 36,89 % des QPC devant les cours administratives d'appel concernent des personnes en situation de vulnérabilité³⁴³. Il est à noter, par ailleurs, que la quasi-totalité des QPC recensées concerne des étrangers, ce qui n'a rien de surprenant compte tenu du fait que le contentieux des étrangers est également celui qui pèse le plus lourdement sur l'activité des juridictions administratives³⁴⁴. De sorte qu'en dehors des QPC concernant les étrangers, il ne reste qu'une vingtaine de QPC relatives aux personnes en situation de vulnérabilité, c'est-à-dire, finalement, un nombre très faible.

Annabelle Pena a, enfin, mis ces résultats à l'épreuve de l'activité d'une juridiction administrative spécifique : le tribunal administratif de Toulon³⁴⁵. Ici, ce sont 35 QPC qu'a eu à connaître le juge

342 Les rapports du Conseil d'État, rapport d'activité 2019 (année 2018), La Documentation française.

343 L'équilibre entre les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel est ici à souligner.

344 Dans la mesure où il représente à lui seul 37,5 % de l'activité des tribunaux administratifs et 49,4 % de celle des cours administratives d'appel pour l'année 2018.

345 Nous tenons, ainsi, à remercier M. Michel LASCAR, président du tribunal administratif de Toulon, pour avoir ouvert les portes de cette juridiction, ainsi que les archives, pour la réalisation de la recherche.

administratif de premier ressort depuis les débuts de la procédure en 2010, avec un taux de transmission de 5,7 % (ce qui est conforme au taux moyen de transmission des tribunaux administratifs). La moitié des QPC introduites sont des questions d'ordre fiscal ou financier, le reste des questions de constitutionnalité recensées concernant la fonction publique et le droit de l'urbanisme et de la construction. Une seule intéresse notre étude puisqu'elle concerne une personne hospitalisée. Ces résultats particuliers viennent alors confirmer ceux précédemment dégagés dans le cadre d'une démarche plus globale.

2.2 Les difficultés d'accès des personnes en situation de vulnérabilité au prétoire du Conseil constitutionnel

D'un point de vue substantiel, la recherche a conduit à plusieurs constats, sources de réflexions. En premier lieu, il apparaît que, pour les personnes en situation de vulnérabilité, l'accès au prétoire du juge constitutionnel reste difficile, ceci étant établi par le nombre relativement faible de questions soulevées par ces personnes. La raison tient moins au mécanisme de la QPC qu'à la faculté même de ces personnes de faire appel au juge, qu'il soit constitutionnel ou non. Par ailleurs, dans le domaine objet de notre analyse, il apparaît que le « réflexe constitutionnel » est moins développé que dans d'autres domaines (tel que la matière financière ou fiscale), ce qui est probablement dû au fait qu'il est difficile, pour ces personnes particulièrement fragiles, d'avoir une connaissance précise des moyens juridiques dont elles disposent pour la protection de leurs droits ; il est même souvent difficile, pour ces personnes, de faire appel à un avocat pour la défense de leurs droits. En outre, lorsque la personne en situation de vulnérabilité parvient à soulever une QPC, bien souvent la procédure n'est pas menée avec l'assistance d'un avocat, ce qui fait que la QPC a peu de chances de prospérer³⁴⁶.

Une série de difficultés a trait au filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité et à la façon concrète dont les juges administratifs de première instance et d'appel interprètent leur rôle au sein de cette procédure. Ainsi, et tout d'abord, l'examen *in concreto* de la condition d'applicabilité des dispositions au litige est de nature à freiner le processus, car le contrôle de cette condition conduit le juge *a quo* à vérifier que la personne vulnérable se trouve réellement affectée dans ses droits. Il ne suffit donc pas que les dispositions législatives soient « applicables au litige », il faut également que l'application des dispositions législatives critiquées ait un effet réel sur la situation personnelle de l'auteur de la question. Si ce n'est pas le cas, le requérant essuiera un refus de transmission, comme cela a été le cas, par exemple, de l'étranger se plaignant de la brièveté des délais de recours contentieux prévus par le IV de l'art. L. 512-1 du CESEDA, dans sa version modifiée par la loi du 7 mars 2016, et mettant en exergue les obstacles que peuvent rencontrer les personnes détenues pour être assistées dans leurs démarches contentieuses ; or, n'ayant pas lui-même concrètement souffert de la brièveté de ces délais – car à aucun moment sa demande n'a été rejetée pour tardiveté – la QPC n'a pas été transmise, tant par le juge de première instance, que par la cour administrative d'appel³⁴⁷.

346 C'est ce qui est arrivé, par exemple, pour la seule QPC présentée devant tribunal administratif de Toulon dans le domaine de l'hospitalisation des malades, le tribunal prononçant un refus de transmission en raison de l'imprécision des dispositions législatives critiquées et de celles de valeur constitutionnelle qui seraient méconnues.

347 CAA, Lyon, 17 octobre 2017, *M. Abdelkader Amri*, n° 17LY03360, 17LY03361.

En revanche, la même question a pu prospérer lors d'une autre affaire, dans laquelle le requérant avait véritablement souffert des effets de la disposition attaquée³⁴⁸, ce qui a conduit, par ailleurs, à une décision d'inconstitutionnalité de la disposition en question de la part du Conseil constitutionnel³⁴⁹.

Toujours concernant les constats et les problèmes liés au filtre, l'analyse met en exergue la manière dont la pratique de la question prioritaire de constitutionnalité au sein des juridictions administratives a évolué avec le temps – et somme toute très vite – pour aller dans le sens d'un véritable contrôle du « caractère sérieux » de la question par les juges du premier filtre. Se détachant, ainsi, complètement d'une interprétation littérale de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 – qui demande aux juges du premier filtre de vérifier que la question ne soit « pas dépourvue de caractère sérieux » –, les juges administratifs opèrent finalement un contrôle positif du caractère sérieux de la question³⁵⁰, et ce même dans le domaine de la protection des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité. De sorte que, comme le relève Annabelle Pena, « la première marche vers l'accès de la QPC au prétoire du Conseil constitutionnel passe désormais par le contrôle indéfectible du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, le juge du filtre passant, dans tous les cas, la question de constitutionnalité au tamis de la jurisprudence constitutionnelle pour apprécier l'opportunité juridique de la transmettre à la Cour suprême dont il relève ». Malgré cela, l'analyse de la jurisprudence du premier filtre indique que le mécanisme de la QPC fonctionne globalement bien, en dépit de l'élargissement du contrôle opéré. Toutefois, force est de constater que l'attitude à l'égard de cette condition de recevabilité varie selon les juges, et que ce contrôle du caractère sérieux de la question peut s'avérer, dans certains cas, bloquant. Tel a été le cas, par exemple, d'une affaire concernant la législation dérogatoire relative aux gens du voyage, déjà analysée dans le paragraphe consacré à cette catégorie de personnes vulnérables. Ici, le contrôle opéré par le premier filtre a eu pour effet d'interrompre, à deux reprises³⁵¹, le parcours contentieux d'une QPC dont le caractère sérieux a été postérieurement reconnu par le Conseil d'État³⁵² et qui a finalement abouti à une censure de la part du Conseil constitutionnel³⁵³.

Une autre difficulté, mise en exergue par l'analyse, concerne les refus de transmission des QPC. On constate que généralement – et même pour les QPC soulevées par des personnes en situation de vulnérabilité – le refus de transmission du juge de première instance met un terme au processus constitutionnel, les contestations devant les cours administratives d'appel contre les refus de transmission étant plutôt rares. Pour ce qui concerne l'objet de notre recherche, seulement deux cas de contestation d'une ordonnance refusant de transmettre au Conseil d'État une QPC soulevée par une personne en situation de vulnérabilité ont pu être identifiés ; et le fait qu'ils portent tous deux sur la constitutionnalité des mêmes dispositions législatives (les dispositions du IV de l'article L. 512-1 du CESEDA) est particulièrement intéressant pour la comparaison et révélateur des différences qui

348 CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603.

349 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-709 QPC.

350 Il est à noter que cette tendance, déjà constatée dans les premières années d'application de la procédure de la QPC, se confirme complètement à partir de 2013.

351 TA, Besançon, ord., 4 juin 2019, *Mme Prud'homme et M. Renard*, n° 1900932 ; TA, Lyon, ord., 22 mai 2019, *M. Clément*, n° 1903933.

352 CE, *Union de défense active des forains et autres*, n° 430064.

353 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-805 QPC.

subsistent entre les juridictions administratives dans l'appréhension du mécanisme de la QPC³⁵⁴. À ce propos, Annabelle Pena estime que la faiblesse du flux contentieux touchant aux décisions de non-transmission laisse à penser que la voie de l'appel peine ici à jouer pleinement son rôle. Cela s'explique, en partie, par le fait que, contrairement à ce qui se passe devant les juridictions judiciaires, la contestation du refus de transmission d'une QPC ne suit pas la même procédure que celle suivie lors de la première invocation d'une QPC, puisque la position retenue par le Conseil d'État consiste à appliquer les dispositions de droit commun de la procédure d'appel. Or, cette absence de particularisme procédural devant le juge administratif a pour conséquence d'amplifier le caractère diffus du contrôle, en diluant artificiellement le moyen d'inconstitutionnalité dans le procès ordinaire. La QPC perd ainsi la spécificité qui la caractérise en première instance, tant au regard de l'instruction que du délai imparti au juge du filtre pour se prononcer. Cela constitue une source de confusion pour les plaideurs qui délaissent, en définitive, cette voie de recours, soit parce qu'ils sont découragés, soit parce qu'ils jugent la procédure finalement trop longue. Ce désintérêt pour la voie de l'appel a inévitablement pour effet de renforcer la portée du contrôle exercé par le filtre des tribunaux administratifs, qui prend ainsi les allures d'un contrôle décentralisé de fait³⁵⁵.

Pour tenter de dépasser les difficultés d'accès au prétoire du Conseil constitutionnel, et notamment pour contourner le premier filtre, perçu comme paralysant par les plaideurs, se diffuse alors, de plus en plus, une pratique qui consiste à « construire » de toutes pièces les recours, en générant artificiellement un litige directement devant le Conseil d'État. Le litige principal ne trouve alors plus sa source dans l'application de la loi, mais dans le refus du pouvoir réglementaire d'abroger le décret d'application de la loi critiquée. Cette pratique, qui n'est pas nouvelle – puisqu'on en trouve les traces dès les premières années d'application de la QPC – a tendance toutefois à s'installer dans les habitudes, notamment dans celles des associations, des syndicats ou des organisations des ordres professionnels, qui utilisent cet escamotage afin de déplacer le procès constitutionnel hors du champ des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel³⁵⁶. L'analyse montre, en effet, qu'entre mai 2010 et septembre 2019, plus de 60 QPC ont ainsi été introduites, en dehors de la matière fiscale, devant le Conseil d'État, à la suite d'un refus d'abrogation d'un décret d'application et que, dans plus de 60 % des cas, le mécanisme de l'abrogation du décret d'application a été utilisé par des associations, des syndicats ou des organisations d'ordre professionnel. Par ailleurs, cette pratique est de plus en plus utilisée par les associations en défense des droits des personnes les plus faibles, les personnes en situation de vulnérabilité.

On aboutit, alors, à un dernier constat tiré de l'analyse réalisée par Annabelle Pena à propos du filtrage des QPC opéré par les juges administratifs : l'intervention des associations dans la procédure de la QPC s'avère être un moyen plus efficace pour défendre la cause des personnes en situation de

354 CAA, Lyon, ord., 17 octobre 2017, *M. Abdelkader Amri*, n° 17LY03360, 17LY03361, *cit.*, (confirmation du refus de transmission de la QPC au Conseil d'État); CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603, *cit.*, (transmission de la QPC au Conseil d'État).

355 Annabelle PENA.

356 Annabelle PENA note également que le recours « construit » est utilisé comme un palliatif à la voie de la contestation du refus de transmission du juge du premier filtre, le plaideur préférant générer un nouveau contentieux devant le Conseil d'État plutôt que de s'en remettre à l'appréciation d'une cour administrative d'appel.

vulnérabilité. En fait, les chances d'accéder au prétoire du Conseil constitutionnel augmentent considérablement lorsque la défense des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité est portée par des associations. Cela se vérifie, par exemple, en matière de protection des droits des détenus, puisque la grande majorité des décisions rendues sur le sujet par le Conseil constitutionnel l'a été sur des questions préjudicielles soulevées par la section française de l'Observatoire international des prisons³⁵⁷. Ce constat se vérifie, de la même façon, à propos des questions de constitutionnalité intéressant les gens du voyage, portées principalement par l'Union de défense des forains ou individuellement par son président³⁵⁸. Inversement, la protection des droits fondamentaux des autres catégories de personnes vulnérables pâtit de l'absence d'implication des associations pour porter leur voix et défendre leurs droits devant le juge.

3. *Le rôle des associations dans la protection des personnes vulnérables en QPC*

Comme le souligne fort à propos Anna-Maria Lecis Cocco Ortu, face à des violations de droits et libertés perpétrées à l'encontre d'un grand nombre de personnes, chaque individu peut, selon la métaphore de Mauro Cappelletti, être tel Don Quichotte qui se bat contre des moulins à vent³⁵⁹. Cela vaut, notamment, pour les personnes en situation de vulnérabilité qui souvent ne se trouvent pas dans les meilleures conditions pour faire valoir leurs droits, que ce soit à cause d'un manque d'information et connaissances, de la faiblesse de leurs moyens financiers ou des conditions pratiques pour former un recours dans un certain délai (si on pense en particulier aux recours contre les expulsions, par exemple)³⁶⁰. De sorte que le soutien d'associations peut s'avérer bienvenu, voire nécessaire, pour la défense juridictionnelle des droits et libertés des personnes en situation de vulnérabilité. Dans le cadre de cette recherche, Anna-Maria Lecis a cherché à clarifier le rôle que ces associations peuvent jouer dans la protection des droits des personnes vulnérables par la voie de la QPC. Au cours de ces dix ans, les associations se sont, en fait, révélées être des acteurs incontournables de la nouvelle procédure, qu'elles ont peu à peu appris à exploiter dans ses différentes potentialités.

3.1 *Précisions d'ordre méthodologique*

La méthodologie utilisée combine une analyse à la fois quantitative et qualitative, s'inspirant des méthodes développées dans de récentes études juridiques comparatives³⁶¹, faisant intervenir une étude de terrain réalisée par le biais d'entretiens avec des représentants des associations sélectionnées³⁶². Le but est, en premier lieu, de mesurer, à l'aide d'indicateurs quantitatifs, la présence des associations dans le contentieux QPC dans les domaines concernés par ce projet, avant de tenter, en

357 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-763 ; décision n° 2018-715 QPC ; décision n° 2016-543 QPC.

358 Conseil constitutionnel, décision n° 2019-805 QPC ; décision n° 2012-279 QPC.

359 M. CAPPELLETTI, « Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile », Riv.Dir.Proc., 1975, p. 365, spéc. 374.

360 A-M. LECIS.

361 A. JAKAB, A. DYEVE , G. Itzcovich (dir.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, 2017 ; T. GROPPI, M.-C. PONTHEAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013. Sur l'utilité de mobiliser des méthodes empruntées des autres sciences sociales, et notamment de la sociologie, dans les études juridiques, voir aussi R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, *op. cit.* et ID., « From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies », I-Con, Vol. 11, n° 1, 2013, p. 1.

362 Selon celle qui a été définie comme une « perspective “user-based” » : voir V. ROUSSEL, « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droit et société*, Vol. n° 56-57, n° 1, 2004, p. 52 ; E. DESMET, « Analysing Users' Trajectories in Human Rights. A Conceptual Exploration and Research Agenda », *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 8, n° 2, 2014, p. 121.

second lieu, d'appréhender le rôle joué par les associations et leur influence réelle sur ce contentieux, à l'aide d'indicateurs à la fois quantitatifs et qualitatifs, ainsi que d'entretiens.

Il faut préciser, tout d'abord, en ce qui concerne l'analyse quantitative, que la recherche a été effectuée sur la totalité des QPC publiées jusqu'au 30 septembre 2019. Ont été, ainsi, identifiées les affaires, concernant les catégories sélectionnées, auxquelles des associations ont participé en tant que requérant ou tiers intervenant ; ont été déterminés le nombre de décision de conformité, non-conformité totale ou partielle, les domaines concernés et les associations intervenues. Dans cette phase, il n'y a pas eu davantage de délimitations temporelles de la recherche : toutes les QPC publiées au cours de ces dix ans ont été considérées. Par ailleurs, uniquement pour les associations sélectionnées, Anna-Maria Lecis a également pris en compte les décisions de non-renvoi des QPC soulevées par elles devant le Conseil d'État³⁶³. Ensuite, l'influence ne pouvant pas se mesurer seulement de manière quantitative, par la présence et le taux de réussite, Anna-Maria Lecis a procédé à une analyse qualitative des stratégies contentieuses adoptées et de la teneur des observations présentées par les associations, notamment les trois associations choisies aux fins de ce projet que sont : la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP), la Cimade, et la section française de la Ligue des droits de l'homme (LDH)³⁶⁴. Lors de cette phase, une sélection des matériaux portant sur différentes sources a également été réalisée³⁶⁵. Cette analyse a été complétée par des entretiens et des questionnaires écrits³⁶⁶.

Une dernière précision méthodologique est de rigueur : bien que la recherche s'insère dans le cadre d'un projet se fondant sur le droit comparé, elle ne porte pas sur les contentieux italien et espagnol, notamment pour ce qui concerne l'étude de terrain. L'analyse s'est concentrée, en effet, sur le cas français, puisqu'un premier regard sur la participation au contrôle de constitutionnalité de la loi par voie incidente dans les trois pays atteste que le rôle des associations est moins important dans les deux autres contentieux – pour des raisons concernant les règles d'accès et le degré de concrétisation de la procédure, notamment³⁶⁷ – ce qui, comme le relève Anna-Maria Lecis, constitue une spécificité de la QPC, qui mérite d'être préservée et renforcée, et qui est regardée avec intérêt par d'autres juges constitutionnels, notamment par la Cour constitutionnelle italienne³⁶⁸.

363 En raison des difficultés objectives d'accès aux données concernant les juridictions de première instance et d'appel, nous ne disposons, en revanche, pas de données concernant les recours devant ces juridictions, mais ces informations ont été partiellement comblées par les entretiens.

364 La LDH est, certes, une association de défense des droits à vocation généraliste, mais qui a souvent participé à la protection des droits concernés par ce projet, notamment vis-à-vis des étrangers ou des détenus.

365 Il s'agit, notamment, des décisions QPC sélectionnées lors de la première étape ; des enregistrements des audiences publiques ; des documents publiés par certaines associations ; des documents et informations mises à dispositions par certaines associations.

366 Les personnes auditionnées sont : Nicolas FERRAN, responsable du pôle contentieux de la section française de l'OIP ; Gérard SADIK, responsable national du pôle asile de la Cimade, spécialisé en contentieux réglementaire ; Michel TUBIANA, ancien président et président d'honneur de la LDH.

367 Sur cette question, voir notamment A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs. Étude sur l'élargissement du débat contradictoire dans un contrôle de constitutionnalité concret et objectif*, LGDJ, Paris, 2018.

368 Voir A.-M. LECIS COCCO ORTU, « *Amici curiae* et contrôle de constitutionnalité : la Cour constitutionnelle italienne relance le débat », *La lettre d'Italie*, n° 13-14/2019, p. 14. Voir aussi les Actes de la Journée d'étude organisée par la Cour constitutionnelle italienne sur « Les interventions des tiers et *amici curiae* dans le contrôle de constitutionnalité des lois, à la lumière des expériences d'autres cours constitutionnelles et internationales », Rome, Palais de la Cour constitutionnelle, 18 décembre 2018, à paraître, incluant une contribution sur l'expérience française des interventions en QPC.

3.2. La présence des associations dans le contentieux QPC relatif aux personnes en situation de vulnérabilité

Les associations peuvent participer au contentieux QPC par des voies multiples, qui apparaissent également lorsque ce contentieux touche les droits des personnes vulnérables. Tout d'abord, elles peuvent être à l'origine d'un recours, notamment d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, et soulever, à cette occasion, une QPC. Elles peuvent, de même, former une question de constitutionnalité, ou présenter des observations à l'appui du renvoi d'une QPC, en tant que tiers intervenus dans le litige au fond, litige déclenché par un autre requérant, que ce soit devant le juge judiciaire ou le juge administratif, sachant que ce dernier représente tout de même le juge privilégié par l'action des associations, sans doute du fait du régime de l'habilitation à agir ou à intervenir, beaucoup plus souple devant le juge administratif que devant le juge judiciaire.

Ensuite, les associations peuvent participer au contentieux par la voie de la tierce intervention devant le Conseil constitutionnel. Comme le relève Anna-Maria Lecis, en réalité, lors de l'introduction de la QPC, les interventions des tiers n'avaient pas été prévues. Dans le silence de la loi organique, le Conseil avait initialement décidé de ne pas mentionner les interventions dans son règlement intérieur, non pas parce qu'il ignorait ou entendait exclure cette procédure, mais parce qu'il souhaitait laisser son encadrement à la pratique jurisprudentielle³⁶⁹. Dès les premiers mois, le Conseil constitutionnel a, en effet, commencé à admettre des observations en intervention sur un fondement jurisprudentiel et, au bout de huit mois de pratique, a modifié son règlement intérieur pour y inscrire les interventions³⁷⁰. C'est sur le fondement d'« un intérêt très spécifique, souvent au niveau national, au maintien ou à l'abrogation de la loi »³⁷¹ que les associations ont pu intervenir en défense des droits affectés par les effets généraux de l'abrogation ou du maintien en vigueur de la norme censurée. Il faut dire que le Conseil constitutionnel s'est montré très ouvert à l'égard de ce genre d'interventions et, concernant, en particulier, les personnes en situation de vulnérabilité, l'analyse prouve que le taux de participation des associations par voie d'intervention est plus important que celui de la participation par voie de recours. Enfin, même en l'absence d'une participation formelle, les associations peuvent intervenir dans le contentieux de manière indirecte, en offrant leur assistance à la partie ayant soulevé une QPC, à travers ce qui a été dénommé *sponsorship*. Cette stratégie, née aux États-Unis³⁷², consiste à offrir assistance juridique, financière ou encore

369 M. GUILLAUME, « La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », in J. B. PERRIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 125.

370 Conseil constitutionnel, décision n°2011-120 ORGA du 21 juin 2011. L'article 6 du règlement dispose qu'« une personne justifiant d'un intérêt spécial » peut adresser des observations en intervention relatives à une QPC. Néanmoins, les critères qui qualifient de « spécial » l'intérêt d'un tiers ne sont pas précisés. Dans sa jurisprudence, le Conseil n'en dit pas beaucoup plus, puisque les décisions de recevabilité ou de rejet des interventions, communiquées par voie télématique et confidentielle aux intervenants, ne sont pas motivées. Le Règlement intérieur dispose tout simplement que le Conseil décide de la recevabilité des interventions (art. 6 al. 2) et que lorsqu'elles ne sont pas admises, le Conseil constitutionnel doit en informer l'intéressé (art. 6 al. 5). Dans quelques cas, l'irrecevabilité des interventions a été mentionnée dans les motifs de la décision.

371 M. GUILLAUME, *op. cit.*

372 Cette stratégie trouve son origine à l'aube de la *Civil Rights Revolution* aux États-Unis. Un exemple majeur est constitué par la participation de la NAACP dans une affaire de discrimination raciale et de garantie de la clause du *due process of law*. L'association avait apporté son soutien à douze paysans noirs, condamnés à la peine capitale pour le meurtre de cinq hommes blancs pendant une émeute qui a vu l'opposition entre blancs et noirs dans une petite ville de l'Arkansas. La NAACP, après avoir connu de l'instruction sommaire de l'affaire, en violation des principes du procès équitable, avait mené sa propre enquête sur les événements, en parvenant à la conclusion que l'identification des coupables avait été absolument arbitraire. L'association avait alors décidé, sans intervenir formellement dans le litige, de « sponsoriser » le recours en appel, qui avait conduit par la suite à une annulation de la condamnation par la Cour suprême pour violation de la clause du *due process*: *Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86, 1923. Sur cette affaire et sur le rôle de la NAACP, R.C. CORTNER, *A Mob Intent on Death: the NAACP and the Arkansas Riot Cases*, Wesleyan University Press, Middletown, 1988.

informative, aux parties à des litiges déjà en cours, en raison de l'intérêt de la question juridique au regard des finalités de l'association.

Pour ce qui est de l'analyse empirique, la présence des associations et, plus généralement, des groupes porteurs d'intérêts collectifs, est très importante dans le contentieux QPC. En effet, sur les 716 décisions QPC prononcées au 30 septembre 2019, 110 ont pour origine des QPC soulevées par des associations ou des syndicats, c'est-à-dire 15 %³⁷³. L'approche libérale du Conseil constitutionnel vis-à-vis des tierces interventions³⁷⁴ a permis que cette voie soit aussi largement empruntée par les associations et les autres groupes : 119 décisions visent les observations en intervention d'associations ou d'autres personnes morales porteuses d'intérêts collectifs, c'est-à-dire 16,5 % du total des décisions³⁷⁵. Pour Anna-Maria Lecis, cette donnée ne témoigne pas seulement de l'intérêt des associations et des syndicats pour la QPC, mais aussi de l'intérêt des juges constitutionnels à l'égard de ces interventions. À cet égard, le Conseil constitutionnel paraît particulièrement bienveillant envers les observations provenant des groupes engagés dans la protection des intérêts collectifs liés à la question.

Toutefois, lorsque l'analyse porte plus précisément sur la participation des associations au contentieux concernant les personnes en situation de vulnérabilité, le constat est plus nuancé. Le nombre de QPC soulevées par des associations dans les matières concernant les catégories sélectionnées s'élève à 19, c'est-à-dire un peu plus de 2,5 % du total. Le nombre de décisions dans lesquelles des interventions ont été effectuées par des associations est de 45, à savoir un peu plus de 6 %. Il faut, néanmoins, observer que ce chiffre représente presque 38 % des décisions comportant des interventions par des groupes, ce qui témoigne de l'importance de l'intervention des associations dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité (et encore, toutes les situations de vulnérabilité ne sont pas représentées dans cette analyse). Même si ces chiffres ne sont pas exceptionnels, ils ne sont pas non plus négligeables, notamment au regard du pourcentage qu'ils représentent par rapport aux décisions du Conseil constitutionnel dans les matières touchant aux catégories sélectionnées, qui s'élèvent – en tenant compte des rapports rendus dans les différentes catégories au 1^{er} 2019 – à 89 décisions au total, portant sur les six catégories étudiées. Or, 45 décisions sur 89, cela représente presque la moitié ; cela signifie que les associations participent de manière quasi-systématique au contentieux QPC relatif aux personnes en situation de vulnérabilité.

Par ailleurs, pour ce qui est de la participation des trois associations sélectionnées dans le cadre de l'analyse, il apparaît qu'elles ont été à l'origine de plusieurs QPC. Sur les 19 décisions sélectionnées, 9 trouvent leur origine dans une QPC soulevée par une ou deux de ces associations, auxquelles s'ajoute une QPC soulevée par un autre requérant, mais avec l'appui de deux associations intervenues devant le Conseil d'État en soutien du renvoi de la QPC. En revanche, pour ce qui est de l'accès des

373 A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, *op. cit.*, dont les chiffres ont été mises à jour pour la présente étude.

374 A.-M. LECIS COCCO ORTU, *op. cit.*, p. 266 et 399. Voir aussi les données statistiques présentées par N. BELLOUBET, *op. cit.*, n° 26, spéc. p. 69 et le rapport d'octobre 2014 sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/octobre-2014-les-interventions-en-qpc-de-2010-au-31-aout-2014>. Cette approche libérale ne l'empêche pourtant pas de considérer irrecevables certaines de ces interventions quand bon lui semble...

375 A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, *op. cit.*, dont les chiffres ont été mises à jour pour la présente étude.

trois associations sélectionnées au contentieux QPC devant les autres juridictions, Anna-Maria Lecis n'a pu disposer de données complètes concernant les QPC soulevées par les associations devant les juges du litige et non renvoyées. Elle a donc dû se contenter des données relatives aux décisions de renvoi des QPC soulevées devant le Conseil d'État, complétées par les entretiens. Ainsi, en principe, il est assez rare que les trois associations participent au litige devant le juge de première instance. De même, il n'est pas fréquent qu'elles participent au contentieux devant le juge judiciaire, la Cour de cassation adoptant une notion très restrictive de l'habilitation à agir³⁷⁶.

Ajoutons que lorsque les associations « créent » des litiges spécifiques afin de soulever une QPC, elles utilisent :

- soit la voie du recours en excès de pouvoir contre un décret³⁷⁷ ou contre le silence du Premier ministre (en demandant l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre³⁷⁸ ou l'un des ministres³⁷⁹ sur une demande tendant à l'abrogation des articles) ; le recours est alors formé devant le Conseil d'État ;
- soit la voie du recours en annulation devant un tribunal administratif et ensuite, le cas échéant, devant la cour administrative d'appel contre d'autres actes administratifs³⁸⁰ ;
- soit la voie du recours ou de constitution de partie civile devant le juge judiciaire, mais elles se heurtent, dans ce cas-là, aux règles strictes de l'intérêt à agir ;
- soit la voie de l'intervention dans le litige d'un justiciable (souvent devant le juge des référés pour ce qui concerne les domaines de compétences des associations traitées dans la recherche), mais rarement en premier ressort.

Lors du deuxième filtre devant le Conseil d'État, les associations, en principe, ne sont pas admises à intervenir uniquement en soutien de la QPC³⁸¹. Sauf exception, c'est donc surtout devant le Conseil d'État que les associations soulèvent des QPC, tandis qu'en ce qui concerne la participation aux litiges devant le juge judiciaire, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'habilitation à agir limite, *de facto*, la participation contentieuse des associations. Ceci est d'ailleurs confirmé par les entretiens qu'Anna-Maria Lecis a pu avoir avec les représentants des trois associations sélectionnées.

376 Une jurisprudence constante de la Cour de cassation a toujours fermement affirmé qu'il existe une différence entre les syndicats et les groupements professionnels, d'une part, et les associations, d'autre part. Contrairement aux syndicats et aux groupements professionnels, les associations ne sont pas investies d'une mission de représentation, par conséquent elles ne sont pas titulaires d'une habilitation automatique à la représentation des intérêts dont elles sont porteuses.

377 CE, n° 323930.

378 CE, 10^e-9^e ch. réunies, n° 424970 ; CE, 10^e – 9^e ch. réunies, n° 417244 ; CE, 2^e-7^e ch. réunies, n° 416737 ; CE, n° 427252.

379 CE, 10^e / 9^e SSR, n° 395126 ; CE, 1^e/4^e chambres réunies, n° 428478.

380 CAA Paris, ord. n° 19PA02385, 11 octobre 2019.

381 Voir entre autres CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, n° 346164, 21/03/2011, dans lequel l'intervention de la Cimade n'a pas été admise, et CE, 2^e – 7^e chambres réunies, n° 407230, 29 mars 2017, dans lequel le principe est bien rappelé : « Sur l'intervention de la Ligue des droits de l'homme : Considérant qu'eu égard au caractère accessoire, par rapport au litige principal, d'une question prioritaire de constitutionnalité, une intervention, aussi bien en demande qu'en défense, n'est recevable à l'appui du mémoire par lequel il est demandé au Conseil d'État de renvoyer une telle question au Conseil constitutionnel qu'à la condition que son auteur soit également intervenu dans le cadre de l'action principale ; que la Ligue des droits de l'homme se borne à intervenir au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. B... sans être intervenue au soutien de la demande présentée par l'intéressé devant le tribunal administratif tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 27 juin 2016 du préfet de police ; qu'ainsi, son intervention est irrecevable ».

3.3. Le rôle des associations: entre défense des droits dans le cas d'espèce et pression sur le législateur pour l'évolution du droit

Au-delà des chiffres, une analyse qualitative de la participation des associations dans ce domaine a paru nécessaire pour comprendre, d'une part, les stratégies et les difficultés concernant l'accès des associations au contentieux QPC qui expliqueraient ces chiffres, et, d'autre part, la contribution qu'elles peuvent concrètement apporter à la décision et, de manière plus large encore, à la protection des droits concernant les personnes en situation de vulnérabilité. Il apparaît alors que les associations peuvent remplir une double mission au sein du contentieux QPC : tantôt la protection directe des justiciables directement concernés par une affaire, tantôt une mission d'intérêt général finalisée à l'évolution du droit français.

Pour ce qui est de la contribution à la protection des personnes concernées par le cas d'espèce, l'analyse de l'expérience des trois associations étudiées montre que cette contribution peut consister, tout d'abord, dans le soutien argumentaire aux justiciables : l'association peut alors renforcer l'argumentaire du justiciable lors du procès, fournir des informations statistiques ou factuelles utiles à la décision dont la partie privée ne dispose pas, ou encore, si l'association intervient devant le Conseil constitutionnel, soulever des moyens nouveaux, alors que cette possibilité est interdite aux parties. Il est également possible, ensuite, que l'association vienne en appui de la situation processuelle globalement considérée, même en dehors du contentieux QPC : ainsi, au-delà du succès de la QPC, considérée en elle-même, la participation de l'association traduit parfois un soutien au justiciable dans la situation processuelle globalement considérée dans le cadre d'une stratégie judiciaire, pour parvenir à des résultats favorables dans le litige *a quo*. Ainsi, par exemple, les représentants des associations ont avoué que la QPC est parfois soulevée avec d'autres finalités que la déclaration d'inconstitutionnalité, par exemple pour obtenir une audience dans des plus brefs délais ou pour retarder une procédure.

Quant à l'utilisation du cas d'espèce pour faire évoluer le droit et ainsi se mettre au service d'une cause, l'analyse menée démontre que les trois associations sélectionnées ont toutes plus ou moins à l'esprit cette fonction lorsqu'elles défendent des justiciables déterminés. Dès lors, les deux missions sont présentes et se combinent, même si c'est à des degrés variables. Par ailleurs, dans le cadre de cette mission, le « litige stratégique » représente sans doute un moyen d'action très intéressant afin d'obtenir des résultats appréciables au-delà de l'issue juridique de l'affaire individuellement considérée.

IV. QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé : bilan et perspectives

Mesurer, dans le domaine emblématique de la protection des personnes en situation de vulnérabilité, dans trois ordres juridiques différents, les résultats produits par le contrôle de constitutionnalité de la loi par voie incidente, c'est mesurer l'efficacité – autrement dit, ce que change – d'une procédure qui, en France, a été pensée pour mieux protéger les droits fondamentaux des justiciables.

À cet égard, la recherche menée a permis de réaliser une comparaison inédite, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, en forme d'évaluation, tout en produisant également une réflexion sur d'éventuels ajustements et perfectionnements du mécanisme de la QPC. De ce point de vue, bien que la comparaison invite à une part de relativisation, un bilan, mesuré et raisonné, peut être établi, s'articulant autour d'un triptyque des influences : tout d'abord, l'influence de la nature du contrôle exercé par le juge ; celle, ensuite, de la concurrence des contentieux ; et celle, enfin, des modalités procédurales propres aux mécanismes eux-mêmes.

Au titre, d'abord, de la nature du contrôle exercé par le juge constitutionnel, la comparaison avec les systèmes italien et espagnol met – ou remet – en lumière un constat désormais fermement établi lié à *l'office du juge constitutionnel* : ce contrôle, dès lors qu'il n'est pas exercé en lien étroit avec une appréciation factuelle et circonstanciée de la situation des requérants, ne produit que des effets dégradés par rapport à ceux que le mécanisme est potentiellement en mesure de générer. Or, la vulnérabilité, et plus précisément son appréciation, sa pesée, apparaît étroitement liée au caractère concret du contrôle ; autrement dit, de la concrétisation du contrôle opéré par le juge, de la prise en compte du contexte concret dans lequel la loi est appliquée, dépend très largement l'appréciation que ce dernier pourra réaliser de la situation de vulnérabilité du justiciable et, avec elle, d'un éventuel intérêt plus aiguë pour la protection dudit justiciable. Entre la situation de vulnérabilité et la concrétisation du contrôle s'établit une sorte de rapport de proportionnalité.

Évoquer la concrétisation renvoie non seulement à l'idée que le juge constitutionnel vérifie les conditions factuelles dans lesquelles sont mises en œuvre certaines mesures (par exemple l'enfermement dans des hôpitaux psychiatriques, ou l'enfermement dans des centres de rétention pour les étrangers devant quitter le territoire national), mais cela implique aussi que le juge établisse des distinctions lors de son contrôle, par exemple entre étrangers en situation régulière et étrangers en situation irrégulière, entre mineurs de moins de 16 ans et mineurs de moins de 18 ans, etc. En ce sens, la recherche démontre qu'il existe différents degrés de vulnérabilité qui peuvent être, plus ou moins, pris en compte par le juge. De sorte que, paradoxalement, comme le souligne Laura Montanari, il apparaît que, souvent, dans les systèmes étudiés, les personnes les moins protégées sont les personnes les plus vulnérables (par exemple, les étrangers en situation irrégulière). De ce point de vue, les différences identifiées entre l'attitude de la Cour constitutionnelle italienne, d'un côté, et les juges constitutionnels espagnol et français, de l'autre, illustrent particulièrement cette variété dans l'évaluation : la Cour constitutionnelle italienne, ici, se distingue de ses voisins en retenant une conception de son office qui laisse une place importante à l'évaluation *in concreto* de la situation des requérants, ce qui se traduit, d'une part, par une attention plus grande aux situations de vulnérabilité et, d'autre part et parallèlement, par des références explicites croissantes à la vulnérabilité dans sa jurisprudence.

Dans le même sens, les évolutions à l'œuvre depuis plusieurs années dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se font l'écho de ces réflexions. Ainsi, constatons-nous qu'elle y fait place à une appréciation qui tient autant d'une perception catégorielle que d'une perception situationnelle de la vulnérabilité, afin de s'autoriser l'appréciation la plus fine possible de la condition

du requérant. Point de conception unique et univoque du cas de figure mais, au contraire, place à une vision qui entend embrasser, par cette double approche, aussi habilement et précisément que possible la réalité de l'état de la victime auteur de la requête, afin de produire les résultats les plus opérants pour le justiciable. Au fond, en dernière analyse, la question n'est autre que celle de savoir ce que l'ordre juridique et le juge entendent protéger et, surtout, comment – c'est-à-dire à quel degré – ils entendent le protéger.

Or, même si des travaux ont mis en lumière une évolution en forme de progression sur ce point, les analyses menées ici démontrent que le Conseil constitutionnel est encore timide en matière de concrétisation de son contrôle. Formé au contrôle abstrait, qu'il a l'habitude de réaliser depuis sa naissance, il a du mal à se détacher de ce qui fait son ADN. À cet égard, chacun entend parfaitement que le Conseil constitutionnel ne se prononce évidemment pas sur l'opportunité des restrictions déterminées par le législateur ; en revanche, au titre de la conciliation qui est opérée entre sauvegarde de l'ordre public, respect des droits d'autrui et droits du requérant, il y place pour une appréciation qui relève sans doute de son office et qui pourrait aller plus loin qu'un simple contrôle du but légitime de la restriction, approfondissant l'exigence de proportionnalité de l'adéquation de la mesure restrictive au but poursuivi. Pour le dire autrement, peu de place dans le contrôle – tel qu'il est aujourd'hui exercé – pour la vulnérabilité et sa mesure, au point de se demander si le prétoire du juge constitutionnel ne lui est pas fermé, la rejetant dans le giron du seul juge ordinaire.

Pourtant, cela ne correspond pas véritablement aux intentions affichées par les promoteurs de la QPC. Rapprocher la Constitution, et le Conseil constitutionnel, des citoyens ; démocratiser le contrôle de constitutionnalité ; faire de la QPC une arme pour la défense des droits fondamentaux : voilà un leitmotiv qui s'accommode (rait) mal d'un tel constat. La vulnérabilité fonctionnerait alors comme le révélateur du décalage entre l'intention et l'action, entre le pourquoi de la mise en place de la QPC et la réalité de sa mise en œuvre, entre le procès fait à la loi et le procès fait à l'application concrète de la loi. Un constat qui en appellerait un autre : si le caractère abstrait du contrôle entretient un lien étroit avec le caractère *a priori* de ce contrôle, le basculement du moment du contrôle, avec sa mise en œuvre *a posteriori*, disqualifie alors considérablement son caractère purement abstrait. Bien que la QPC soit née, nous a-t-on dit, comme un recours subjectif, puisque visant la protection des droits et libertés des justiciables – et non pas la protection (objective) de la Constitution, assurée par le contrôle *a priori* – sa mise en œuvre paraît déloyale aux intentions de ses promoteurs. Avec l'Italie, l'Espagne – à front renversé, cette fois – illustre ce décalage : la question d'inconstitutionnalité y participe de la garantie de la Constitution, au même titre que le recours d'inconstitutionnalité, avec lequel elle partage l'essentiel de ses caractères – parmi lesquels le caractère abstrait du contrôle –, et se trouve très largement délaissée par les justiciables qui trouvent dans le recours d'*amparo* un mode bien plus concrétisé de prise en compte de la spécificité de leur situation.

Et c'est alors le deuxième versant de notre triptyque qui se dévoile, révélant l'influence de la présence de plusieurs voies d'accès au juge constitutionnel sur la qualité de la protection des personnes en situation de vulnérabilité : la présence d'autres modes de saisine du juge constitutionnel

n'est pas sans conséquence sur le recours à la voie préjudicielle pour contester la loi. En d'autres termes, la concurrence contentieuse produit des effets sur la stratégie des justiciables et l'utilisation de la question de constitutionnalité pour la défense de leurs droits.

Là encore, le rapprochement avec les ordres juridiques voisins est éclairant. Le contentieux constitutionnel espagnol illustre parfaitement l'existence de cette concurrence et l'enracinement durable dans l'esprit des justiciables d'une hiérarchie des mérites des voies d'accès au juge constitutionnel : le recours d'*amparo* constitutionnel, qui permet aux citoyens de saisir directement le Tribunal constitutionnel pour la protection de leurs droits fondamentaux, y est la voie la plus largement empruntée par les justiciables, et notamment ceux qui sont en situation de vulnérabilité. Il est même la voie privilégiée, à leurs yeux, de protection des droits et libertés, précisément parce qu'il offre la possibilité au juge constitutionnel espagnol d'une appréciation très circonstanciée de leur situation. Même si la question d'inconstitutionnalité souffre de cette concurrence – au moins quantitativement –, le succès de l'*amparo* n'est que le reflet d'une conception différenciée des voies d'accès au juge constitutionnel et de son office : différenciation des modalités du contrôle mis en œuvre par le juge qui répond à une différenciation des modes d'accès à ce juge. En Italie, en revanche, dès lors que la voie incidente est la seule ouverte aux justiciables pour accéder au prétoire de la Cour constitutionnelle, à la finalité originelle de ce recours – l'épurement de l'ordre juridique – est venue s'adjoindre, en pratique, une seconde, toute tournée vers la protection des droits fondamentaux. Dans ce contexte, la voie préjudicielle ne subit pas l'éventuelle rivalité du recours de constitutionnalité, déclenché par l'État ou les régions pour lutter contre un supposé empiètement sur leurs compétences.

Sans verser dans une ode au relativisme, livrons-nous alors à une observation : celle du particularisme – paradoxal – de la situation française où la question prioritaire de constitutionnalité, outre qu'elle ne produit pas nécessairement et toujours – pour les raisons déjà évoquées – les effets puissants qui pourraient lui être attachés, doit supporter l'influence négative du contrôle *a priori* qui, bien que fermé au citoyen, peut interdire, *a posteriori*, la contestation de dispositions législatives qui auraient pu faire l'objet d'une QPC. Paradoxe d'une concurrence qui n'aboutit pas à une amélioration du traitement du justiciable.

Enfin, dernière influence – dernier volet du triptyque – celle des modalités procédurales propres aux mécanismes eux-mêmes. Ici s'exprime, chacun s'accorde à le dire, une nouvelle forme de l'exception française : le double filtrage. Plus précisément, ne faut-il pas voir dans cette tâche délicate confiée au juge ordinaire, à laquelle il n'était pas préparé, l'élévation d'une difficulté particulièrement sérieuse, dans l'accès au prétoire du juge constitutionnel ? Le justiciable peinera à franchir les nombreux obstacles qui se dressent devant lui, dont le juge de premier ressort, peut-être étonnement, n'est pas le moindre. En sens inverse, l'absence de double filtre n'est synonyme ni de triomphe ni d'échec. Ainsi, pas de filtrage en Espagne et, pour autant, pas de triomphe de la question d'inconstitutionnalité, rétorquera-t-on. Certes. Encore faut-il rappeler que si triomphe du recours d'*amparo* il y a, il est avant tout quantitatif : des centaines de questions – ce n'est quand même pas rien – face à des milliers de recours. Qualitativement, mais aussi au regard de l'architecture du

ystème juridictionnel, l'analyse inviterait à plus de nuance que n'en offrent les chiffres. Et en Italie, l'absence de double filtre n'est pas synonyme d'échec de la procédure. L'absence de consécration formelle d'un filtrage fort n'empêche pas le juge ordinaire, dans un souci de protection des droits et libertés, de produire des renvois souvent détaillés et motivés. Précisément rétorquera-t-on encore : en l'absence de filtrage, la procédure a été victime de son succès et la Cour constitutionnelle a croulé sous les questions de constitutionnalité. Certes. Mais, faisant de sa faiblesse une force, elle a alors imposé aux juges de tenter de réaliser une interprétation conforme de la loi avant d'être admis à soulever une question préjudicielle, activant, grâce à cette simple règle procédurale, la diffusion de la culture constitutionnelle ou, pour le dire à la française, du « réflexe constitutionnel ». C'est qu'elle n'hésite pas à « forcer » les règles du procès constitutionnel – selon l'heureuse expression de Giuliano Serges –, en particulier lorsque les individus en cause sont des personnes particulièrement vulnérables.

Si certains regretteront que le temps soit aujourd'hui celui de la vulnérabilité, félicitons-nous que le temps de la comparaison ne soit pas celui du relativisme mais celui de la mise à distance. Celle qu'offre la recherche menée autour de la QPC et des personnes en situation de vulnérabilité, sans gommer les avantages propres à ce mécanisme, a aussi permis d'en éclairer les zones d'ombre et d'ouvrir des pistes de réflexion qui seront peut-être celles d'évolutions.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- BARRANCO AVILÉS (M.), CHURRUCA MUGURUZA (C.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valence, Tirantlo Blanch, 2014.
- BERNARDINI (M.-J.), CASALINI (B.), GIOLO (O.), RE (L.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Rome, If Press, 2018.
- BLONDEL (M.), *La personne vulnérable en droit international*, Thèse, Bordeaux, 2015.
- BOITEUX-PICHERAL (C.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme: conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles, Limal-Anthemis-Nemesis, 2019.
- BOLADERAS (M.) (dir.), *Bioética: justicia y vulnerabilidad*, Barcelona, Proetus, Cànoves i Samalús, 2013.
- BURGORGUE-LARSEN (L.) (sous la dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.
- COHET-CORDET (F.), *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG, 2000.
- DE BAUCHE (L.), *Vulnerability in Europeanlaw on asylum: A conceptualization under construction – Study on reception conditions for asylum seekers / La vulnérabilité en droit européen de l'asile: une conceptualisation en construction: étude en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile – Étude en matière de conditions d'accueil*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- DEL CARMEN BARRANCO AVILES (M.) et CHURRUCA MUGURUZA (C.) (dir.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- DONIER (V.), LAPÉROU-SCHNEIDER (B.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Le Mans, Éditions L'Épitoge, 2016.
- FERRER LLORET (J.), SANZ CABALLERO (S.), *Proteccion de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Valence, Tirant loBlanch, 2008.
- GÁLVEZ MUÑOZ (L. A.), *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables: teoría, crítica y práctica*, Valence, Tirant loBlanch, 2009.
- GARCÍA GARNICA (M. C.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014.
- GAY (L.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approches de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

- LICHARDOS (G.), *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, thèse Toulouse, 2015.
- NIFOSI-SUTTON (I.), *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2019.
- MARIÑO MENÉNDEZ (F.) et FERNÁNDEZ LIESA (C.) (dir.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.
- MARQUEÑO DE LLANO (M.) (et al.), *La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*, 1ª ed., CizurMenor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008.
- MBONGO (P.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault, 2015.
- MONEROE ATIENZA (C.), *Universos de dignidad: autonomía relacional, igualdad en mínimos y vulnerabilidad humana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MONTERRAT DE HOYOS (S.) (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valence, Tirant loBlanch, 2013.
- MORENO GENE (J.) et FERNANDEZ VILLAZON (L.A.) (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017.
- PAILLET (E.), RICHARD (P.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- PASTOR SELLER (E.) et CANO SORIANO (L.) (dir.), *Políticas e intervenciones ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorios: análisis comparado México-España*, Madrid, Dykinson, 2016
- PRESNO LINERA (A.) (dir.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Institución de la Procuradora del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Área de Derecho Constitucional, 2013.
- QUEIROLO (I.), BENEDETTI (A.-M.), CARPANETO (L.), *La tutela dei soggetti deboli tradiritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno: seminari di alta formazione internazionale*, Imperia, ottobre-novembre 2011, Rome, Aracne, 2015.
- ROUVIÈRE (F.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- SANZ CABALLERO (S.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos: perspectiva internacional*, Valence, Tirant loBlanch, 2010.
- SAURON (J.-L.), *La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice critiquée des « libertés invisibles »*, Fondation pour l'Innovation politique, 2019.
- SUSÍN BETRÁN (R.) et BERNUZBENEITEZ (M.) (dir.), *Seguridad (es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014.
- TORRECILLA (E.) (dir.), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Huygens, 2015.

VIGLIANISI FERRARO (A.), *Soggetti deboli e diritto incerto, un'indagine multidisciplinare*, Rome, Aracne, 2015.

ZANETTI (G.), *Filosofia della vulnerabilità: percezione, discriminazione, diritto*, Milano, Carocci, 2019.

Rapports

Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2010.

PARTIE II

ÉTUDE DES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLES NATIONALES CONSACRÉES À LA PROTECTION DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ

VULNERABILITÀ, SOGGETTI “DEBOLI” E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
INTRODUZIONE AD UNO STUDIO SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
IN MATERIA DI PROTEZIONE DELLE “PERSONE VULNERABILI”

Giovanni SERGES¹

Le ragioni che rendono di particolare rilievo, dal punto di vista del diritto costituzionale, uno studio dedicato alle persone che versano in situazioni di vulnerabilità, condotto nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale, sono molteplici e, tra di loro, intimamente connesse².

La determinazione concettuale della “condizione di vulnerabilità”, propedeutica all’individuazione dei “soggetti vulnerabili”, è una questione che si presta ad essere osservata da prospettive molto diverse, potendo essa implicare valutazioni di ordine etico, sociologico, politico-filosofico, perfino antropologico. Considerata dal punto di vista giuridico, si presenta come una questione per molti versi sfuggente e di difficile delimitazione³.

In realtà, ad una potenziale situazione di vulnerabilità sono più o meno esposti tutti i soggetti dell’ordinamento, per via del possibile mutamento delle condizioni soggettive o del contesto in cui ciascuno si viene a trovare, che, anche d’improvviso, può provocare situazioni di debolezza, alterazioni dei rapporti, esposizioni più o meno intense a rischi difficilmente rimediabili.

Si pensi, tanto per fare qualche semplice (se non banale) esempio: ad un rapporto contrattuale in cui una delle parti non sia più in grado di mantenere o realizzare i termini dell’accordo e viene a trovarsi in una condizione di svantaggio; a chi subisce un trauma fisico e non è più in grado di provvedere a sé stesso; a chi, anche in conseguenza di una certa direzione impressa dal legislatore ad una determinata attività, vede, d’improvviso, precludersi scelte di vita sulle quali aveva riposto un intenso affidamento. Situazioni, dunque, tra loro molto diverse, in alcuni casi determinate da

¹ Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi «Roma Tre» – Professeur des universités en Droit constitutionnel, Doyen de la Faculté de Droit, Université de «Roma Tre».

² L’esigenza di una riflessione di tipo costituzionalistico sul tema è ben sottolineata, nella prima parte di questo *Volume*, anche da C. SEVERINO – H. ALCARAZ, « Étude comparée de la protection des personnes en situation de vulnérabilité par les systèmes de contrôle incident de constitutionnalité en France, en Italie et en Espagne », i quali, tuttavia, si soffermano soprattutto sull’opportunità di svolgere siffatta riflessione avvalendosi degli strumenti del diritto comparato.

³ Sulla nozione di “vulnerabilità” si soffermano, in questo *Volume*, G. LICHARDOS, « Vulnérabilité et Conseil constitutionnel français », e, sia pure con minore insistenza, M. BERARDI, « La protection des personnes en situation de vulnérabilité en Espagne. Une étude statistique sur la jurisprudence du Tribunal Constitucional (2000-2019) », e GIU. SERGES, « La notion de “personne en situation de vulnérabilité” dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne ».

condizioni soggettive, in altri casi frutto perfino di decisioni imposte dallo stesso ordinamento di riferimento, ma che comportano tutte una mutazione della condizione soggettiva, fatalmente trasformata in una situazione di svantaggio, di debolezza o di attenuazione del possibile esercizio di diritti.

La semplice individuazione di potenziali situazioni di vulnerabilità nei rapporti disciplinati dal diritto, o da questo anche solo influenzati, non è però in grado di delimitare, in termini sufficientemente precisi, un concetto di vulnerabilità che possa assumere una qualche rilevanza giuridica.

Ecco, allora, che entra in gioco il diritto costituzionale, perché è proprio nei valori espressi dai principi costituzionali che può individuarsi la sede nella quale rintracciare il fondamento della vulnerabilità come fenomeno giuridicamente rilevante. È pur vero che le tre Costituzioni oggetto di studio in questo *Volume* (quella francese del 1958, quella italiana del 1948 e quella spagnola del 1978) – così come, d'altronde, molte altre costituzioni democratiche occidentali – non usano espressamente il termine “vulnerabilità”, e neppure fanno esplicito riferimento ai “soggetti deboli” o ai “soggetti vulnerabili”⁴, per la semplice ragione che queste terminologie ed i relativi concetti sono lentamente affiorati nel tempo, essendo in larga misura frutto di una graduale presa di coscienza, tradottasi in faticosa e sofferta elaborazione al tempo stesso politica e scientifica, che ha consentito l'emersione di situazioni un tempo neppure considerate e poi, passo dopo passo, sempre più ritenute meritevoli di una specifica considerazione e di un'adeguata tutela sul piano del diritto. Ciò, tuttavia, non significa che il tema della rilevanza giuridica di posizioni caratterizzate dal profilo della intrinseca debolezza o vulnerabilità non trovi formidabili agganci nei sistemi costituzionali.

In questo senso l'esperienza italiana è, in qualche modo, esemplare, dato il peculiare ruolo in essa riconosciuto al principio di eguaglianza⁵ (opportunamente definito da Luigi Ferrajoli come «principio costitutivo delle forme e, insieme, della sostanza della democrazia»⁶); ruolo che ha consentito al Giudice delle leggi di far progressivamente emergere, attorno all'eguaglianza, una sorta di “statuto” (perennemente in divenire) della protezione costituzionale della vulnerabilità.

La Costituzione italiana, infatti, non solo innalza il principio di eguaglianza – nelle due diverse e complementari accezioni della eguaglianza formale e di quella sostanziale⁷ – a principio supremo

4 Il che, peraltro, non comporta affatto l'assenza di richiami, più o meno diretti, a specifiche categorie di persone in situazione di vulnerabilità. Basti pensare ai riferimenti che vengono fatti, nel preambolo della Costituzione francese del 27 ottobre 1946 (espressamente richiamato nel preambolo della Costituzione del 1958 e facente parte, come noto, del cosiddetto “*bloc de constitutionnalité*”), alla «*femme*» (alinea 3), all'«*homme persécuté*» (alinea 4), all'«*enfant*», alla «*mère*» e ai «*vieux travailleurs*» (alinea 11), ecc.; o a quelli, contenuti nella vigente Costituzione spagnola, ai «*trabajadores*» (articolo 35), agli «*hijos*» e ai «*niños*» (articolo 39), ai «*disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*» (articolo 49), alla «*tercera edad*» (articolo 50), ai «*consumidores y usuarios*» (articolo 51), ecc.; o, ancora, a quelli, previsti dalla Costituzione italiana, allo «*straniero*» (articolo 10), alle «*persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*» (articolo 13), ai «*figli*» (articolo 30), a «*la maternità, l'infanzia e la gioventù*» (articolo 31), agli «*indigenti*» (articolo 32), alla «*donna lavoratrice*», alla «*madre e al bambino*» (articolo 37), ai «*lavoratori*», agli «*inabili*» e ai «*minorati*» (articolo 38), ecc.

5 La cui centralità, d'altronde, è ampiamente riconosciuta anche dagli ordinamenti spagnolo (articolo 1 della Costituzione del 1978: «*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*») e francese (basti pensare all'«*idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité*», richiamato nel preambolo della Costituzione del 1958 e risalente ad una consolidata tradizione democratica che affonda le sue radici nella proclamazione degli uomini quali «*libres et égaux en droits*» contenuta nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789).

6 L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Editori Laterza, 2018, p. X.

7 Accezioni, ovviamente, conosciute (e riconosciute) anche negli altri due ordinamenti qui oggetto di studio: quello spagnolo, ove si distingue tra *igualdad formal* e *igualdad sustantiva*, e quello francese, ove si distingue tra *égalité formelle* e *égalité réelle*.

e fondamentale, ad architrave dell'intero impianto ordinamentale, ma contiene anche una serie di disposizioni che si riferiscono alla specifica posizione di tutela che investe, sia pure in misura diversa, alcune categorie di soggetti e di posizioni. Basti pensare alla peculiare rilevanza che assume la posizione di maggior vulnerabilità della donna (articoli 37 e 51)⁸, al rilievo specifico che la condizione di inabilità fisica riveste nella prospettiva del lavoro e dell'istruzione (articolo 38)⁹, alla speciale tutela accordata agli indigenti nell'ambito di quell'unico diritto espressamente qualificato come “fondamentale” (il diritto alla salute, contenuto nell'articolo 32)¹⁰ per accorgersi di come la Costituzione italiana si preoccupi della esigenza di uno specifico riequilibrio dinanzi a particolari situazioni nelle quali è proprio la maggiore fragilità del soggetto rispetto ad una determinata condizione di fatto ad imporre una più penetrante tutela. Un riequilibrio che si riferisce ai diritti e alla maggiore difficoltà (o anche alla impossibilità) del loro concreto esercizio discendente, appunto, dalla specificità della condizione di fatto, e che pertanto mira, in alcuni ambiti ritenuti più esposti, ad evitare la sofferenza, a ripristinare la parità o, addirittura, ad assicurare un diritto altrimenti precluso.

Nella Costituzione del '48 si rinviene, dunque, la radice di alcune più rilevanti situazioni che implicano, in qualche misura, l'esistenza di una “vulnerabilità” ed esigono lo sviluppo di adeguati strumenti per la loro effettiva realizzazione da parte del legislatore, il quale, a sua volta, incontra un insuperabile limite nei confronti di opzioni normative che dovessero comprimerli o circoscriverli irragionevolmente.

La vulnerabilità, in altri termini, assume rilevanza giuridica al cospetto di specifiche situazioni nelle quali è la compressione di un diritto o di un fascio di diritti ad entrare in gioco¹¹. Ma, accanto alla peculiarità di quelle situazioni specificamente inserite in altrettante enunciazioni di principi costituzionali, è, più in generale, il principio di eguaglianza, nel suo costituire espressione di un valore che innerva l'intero ordinamento¹², a guidare la individuazione (e, conseguentemente, la emersione rispetto alla tutela ordinamentale) di altrettante posizioni. Tutte le volte, insomma, che affiorano situazioni meritevoli di tutela sotto il profilo della “debolezza”, della più intensa difficoltà ad esercitare un diritto, della disparità di trattamento tra posizioni di maggior sofferenza conseguenti a peculiari condizioni di vita, è il principio di eguaglianza a consentirne o imporle il riconoscimento, sia sotto il profilo della necessaria diversificazione del trattamento giuridico (o, tutto all'opposto, sotto il

8 Articolo 37, comma 1: «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»; articolo 51, comma 1: «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

9 Articolo 38, commi 1, 2 e 3: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. / I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. / Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale».

10 Articolo 32, comma 1: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti».

11 Questa tematica è particolarmente approfondita nello studio di L. AZZENA, « Divieti di discriminazione e posizione dei soggetti “deboli”. Spunti per una teoria della “debolezza” », in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2009*, Giappichelli, 2006, pp. 35 ss.

12 Come ha, d'altronde, riconosciuto più volte la stessa Corte costituzionale, la quale – ad esempio – nella sentenza n° 25 del 1966 (pubblicata in *Il Foro amministrativo*, 1966, II, con nota di S. LARICCIA, pp. 117 ss.) ha individuato nell'eguaglianza il «principio generale che condiziona tutto l'ordinamento».

profilo della riconduzione ad unità di trattamenti ingiustificatamente differenziati), sia sul versante promozionale, sul versante cioè dell'uguaglianza in senso sostanziale e della necessaria rimozione di quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (così l'articolo 3, comma 2, della Costituzione italiana).

Ora, quest'opera, costituzionalmente imposta, di individuazione delle "posizioni di debolezza" attraverso il "prisma" dell'uguaglianza incontra tuttavia un ostacolo nel suo concreto avverarsi, nella misura in cui risulta spesso molto difficile delimitare e circoscrivere compiutamente quella esigenza di specifico trattamento che è alla base della definizione, sul piano giuridico, del concetto di vulnerabilità. Tale difficoltà può apparire, forse, in qualche misura attenuata rispetto a quelle situazioni per le quali la stessa Costituzione ritiene di individuare una puntuale esigenza di specifica tutela (le donne lavoratrici, gli indigenti, gli stranieri, i disabili, le minoranze linguistiche, le minoranze religiose, ecc.), quando, cioè, la vulnerabilità e le relative garanzie affiorano con contorni sufficientemente precisi. Ma è pur vero che l'emersione di situazioni di maggiore debolezza prodotte dalla dinamica economico-sociale e dal conseguente modificarsi dei rapporti di forza può assumere, nella vita di un ordinamento, caratteri di inusitata frequenza, può, in altri termini, presentarsi rispetto ad una serie aperta e, potremmo dire, addirittura infinita di condizioni, rispetto alle quali non solo le specifiche esigenze di tutela, ma, addirittura, anche la stessa individuazione della "vulnerabilità" risultano oltremodo problematiche.

L'attenzione non può che spostarsi, allora, sull'opera del legislatore, sulla sua risposta alla evoluzione delle istanze che la dinamica ordinamentale produce, sulla sua capacità di cogliere le esigenze di società in rapida trasformazione, di sviluppare attraverso discipline adeguate i valori racchiusi nella Costituzione, tanto più quando questi ultimi si arricchiscono dei condizionamenti prodotti dalle grandi "Carte internazionali dei diritti" (si pensi, tanto per fare un esempio, al ruolo svolto dalle convenzioni ONU sui diritti del fanciullo¹³, che toccano il tema di una vulnerabilità, potrebbe dirsi, naturale ed estrema, del tutto peculiare, quale è quella dei bambini). Spetta, in altri termini, al legislatore l'opera di selezione e individuazione di situazioni o condizioni che, di volta in volta, affiorano nella evoluzione dei rapporti sociali, dei rapporti economici e di quelli politici; un'opera che, naturalmente, è, per così dire, meno complessa e difficoltosa quando trova radicamento su quelle esigenze di una speciale tutela differenziata, *lato sensu* riconducibili alla vulnerabilità, che si rinvencono espressamente in Costituzione, ma che non esclude – e, anzi, forse impone – che anche altre e diverse vulnerabilità si affermino nell'ordinamento, trovando quel riconoscimento giuridico che l'uguaglianza (soprattutto l'uguaglianza sostanziale) pone come obiettivo da perseguire.

Ma l'opera del legislatore – di tutti legislatori – è opera intermittente, sovente frammentaria, condizionata da scelte ideologiche di segno opposto, tradotte talvolta in misure di debole compromesso derivanti da convenienze contingenti e da logiche di breve periodo. Certo, non si può, né si vuole,

¹³ Ci si vuol riferire alla *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* del 1959 ed alla *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989.

negare che la produzione legislativa abbia vissuto anche momenti particolarmente virtuosi, momenti “alti”, tradotti in attenzione alle situazioni di vulnerabilità sviluppati in discipline che hanno apprestato nel tempo tutele sostanziali, specie rispetto a talune specifiche esigenze di ordine costituzionale. Un esempio di un certo rilievo può individuarsi, sempre con riferimento al caso italiano, nella progressiva evoluzione della legislazione che, sia pure mediante una pluralità di interventi succedutisi nell’arco di oltre un trentennio, ha sviluppato le misure a sostegno delle persone disabili, dando così attuazione a quella specifica esigenza di tutela che è racchiusa nell’art. 38 della nostra Costituzione¹⁴. Si tratta di un percorso non sempre lineare ma che oggi presenta un quadro robusto di misure e dimostra una progressiva e sempre crescente attenzione a quella particolare forma di vulnerabilità ben individuata nella Costituzione del ‘48. Un’attenzione, quest’ultima, per molti versi indotta dal quadro internazionale e sovranazionale ma che, forse, non avrebbe poi compiutamente raggiunto il punto al quale è arrivata senza l’opera della giurisprudenza costituzionale.

Ovviamente, per le ragioni che si sono poc’anzi indicate, non mancano vicende di segno del tutto opposto nelle quali è, invece, l’inerzia legislativa, la contrapposizione paralizzante tra opposte visioni e, in larga misura, l’opportunismo delle forze politiche ad aver offerto una tardiva risposta o, ancor peggio, a non aver apprestato alcuna risposta alla tutela di condizioni ritenute di particolare “vulnerabilità”, intorno alle quali sia la coscienza sociale, sia la stessa opera del giudice comune, avevano segnalato, con sempre maggiore intensità, la necessità di un intervento legislativo. Appare sufficiente richiamare la questione delle unioni tra persone dello stesso sesso, faticosamente tradottasi nella disciplina contenuta nella legge italiana n. 76 del 2016, una legge composta di un solo articolo che racchiude 69 commi, approvata in maniera rocambolesca (con ricorso alla apposizione della questione di fiducia su di un cosiddetto “maxiemendamento” interamente sostitutivo del testo di legge fino a quel momento in discussione¹⁵) da un Parlamento nettamente spaccato, e che lascia irrisolte molte questioni, alimentando, tra l’altro, non pochi dubbi interpretativi. Ed ancora, emblematica si rivela la traumatica vicenda – sulla quale più volte ci si sofferma, sotto diversi profili, in questo *Volume* – della disciplina penale del suicidio assistito (cosiddetto “caso Cappato”), rimasta colpevolmente irrisolta sul piano legislativo, nonostante il severo monito della Corte costituzionale¹⁶.

Ecco allora che l’attenzione deve essere rivolta al sistema di giustizia costituzionale, perché in un sistema a costituzione rigida, con una carta costituzionale carica di principi, intessuta da norme di riconoscimento di diritti, espressione dei valori di fondo che ne ispirarono la nascita, la concreta attuazione di siffatti principi spetta certamente, in primo luogo, al legislatore, ma chiama in causa inevitabilmente anche il Giudice delle leggi. Certo, si tratta di due posizioni diverse ma che appaiono, per molti versi, complementari. Il legislatore è chiamato a sviluppare quei principi, a tradurli in

14 Su questo tema si veda, di recente, il contributo di G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, FrancoAngeli, 2020, nel quale si riviene una accurata disamina della progressiva evoluzione, nel sistema costituzionale italiano, della questione dei diritti dei disabili e del ruolo svolto dalle istanze emerse in sede internazionale e sovranazionale.

15 Sulle distorsioni delle procedure parlamentari che una prassi di questo tipo comporta si vedano le riflessioni contenute nell’ampio studio di G. PISTORIO, *Maxiemendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 94 ss.

16 Il riferimento è alle due decisioni della Corte costituzionale contenute, rispettivamente, nell’ordinanza n° 207 del 2018 (pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, pp. 2445 ss., con note di A. ANZON DEMMING, R. PINARDI, C. TRIPODINA e G. REPETTO) e nella sentenza n° 242 del 2019 (pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 2991 ss., con note di F. RIMOLI, G. D’ALESSANDRO, G. REPETTO e GIU. SERGES).

discipline adeguate, a compiere le scelte politiche selezionando gli interessi. Ma se questa opera si traduce, invece, in strumenti lacunosi, inadeguati, o peggio, si caratterizza per omissioni, per la mancata o deviata considerazione di posizioni meritevoli di tutela, ecco che entra in gioco l'opera della giurisprudenza costituzionale.

Anche in questo caso l'esperienza italiana costituisce un esempio significativo. Superata infatti, ormai da lungo tempo, l'idea che la Corte costituzionale agisca solo con lo strumento delle decisioni di annullamento (con decisioni, cioè, che si limitano ad eliminare in tutto o in parte disposizioni di legge), il Giudice delle leggi italiano ha, nel tempo, assunto un ruolo decisamente e profondamente attivo, un ruolo che gli consente di intervenire nell'ordinamento, per ricondurlo alla legalità costituzionale, con decisioni alle quali – come è stato anche di recente sottolineato – deve ormai riconoscersi la qualificazione di vere e proprie «fonti integrative dell'ordinamento»¹⁷.

La Corte, è vero, agisce su singole questioni, incide sul prodotto già finito, ossia sull'atto legislativo (ed in questo senso il suo ruolo “politico” è profondamente diverso da quello del legislatore, che decide se legiferare o meno, se imprimere all'intervento legislativo una certa direzione piuttosto che un'altra). Ma le sue decisioni servono anche a chiarire e definire – sia in negativo, sia, soprattutto, in positivo – il contenuto dei principi costituzionali, servono, cioè, anche ad integrare l'ordinamento, correggendone le deviazioni persino, se del caso, con l'individuazione di norme “nuove” (purché comunque ricavabili dall'intero sistema).

In altri termini, le pronunce del Giudice costituzionale italiano – ma, *mutatis mutandis*, può dirsi lo stesso anche di quello francese e di quello spagnolo – giocano un ruolo, all'interno del sistema, che solo ingenuamente potrebbe ritenersi limitato a correggere le storture prodotte dal legislatore, ma che in realtà si connota, fatalmente, anche in senso propulsivo. Con le sue decisioni, infatti, il “Custode della Costituzione” finisce inesorabilmente anche con l'indicare la direzione di sviluppo dei principi costituzionali o, quanto meno, con l'individuare *standard* minimi e irretrattabili nell'adeguamento del sistema legislativo ai valori espressi dalla carta costituzionale di riferimento. Si pensi, ad esempio, alla cospicua giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* francese ispirata alla nozione di «*effet cliquet*»¹⁸ (oggi superata da quella, meno incisiva, di «*garanties essentielles*»)¹⁹, in virtù della quale il Giudice delle leggi, dichiarando illegittimi i fenomeni abrogativi che comportavano un abbassamento nel livello di tutela ordinamentale delle garanzie costituzionali, finiva ineluttabilmente per indicare al legislatore il “verso” da seguire, *pro futuro*, nell'attuazione delle previsioni costituzionali, limitandone di fatto il potere discrezionale.

17 Mi riferisco al recentissimo contributo di G. SILVESTRI, « Del rendere giustizia costituzionale », *Questione giustizia (on-line)*, 2020, p. 8, il quale mette in evidenza come il «rendere giustizia costituzionale» non si risolva nel mero «confronto astratto e accademico tra due norme», bensì consista nel risolvere un problema «concreto di costituzionalità vale a dire introdurre nell'ordinamento una nuova disciplina di una fattispecie o per ablazione radicale di una norma esistente – e conseguente espansione di altre norme del contesto – o per ablazione parziale e sua trasformazione da come è a come deve essere, secondo una valutazione di macrolegalità».

18 Come ben sintetizzato da L. FAVOREU – L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2003, XII ed., p. 593, «*effet cliquet*» significa che, quando una legge abroga le disposizioni contenute in un'altra legge, le nuove disposizioni devono «*reprendre à son compte les garanties que prévoyaient le premier texte*».

19 Sul punto si veda l'analisi di G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/20015, pp. 257 ss.

È proprio in questa direzione, d'altronde, che la Corte costituzionale italiana ha sviluppato quel ben noto armamentario di strumenti che va dalle decisioni “additive” a quelle “manipolative”, dalle pronunzie di incostituzionalità “annunziata ma non dichiarata” alle decisioni che modulano gli effetti temporali, dalle sentenze “monito” alle “doppie pronunzie”: tutti strumenti mediante i quali l'incidenza nell'ordinamento si è fatta profonda e incisiva, non solo nelle correzioni al sistema ma anche nell'indicazione in positivo al legislatore delle vie da percorrere per muoversi in termini di legalità costituzionale²⁰. E invero, per molti versi, la tematica della protezione della “vulnerabilità” appare come un vero banco di prova della capacità di incidenza della giustizia costituzionale²¹.

Mi limito qui a fare un solo significativo esempio di questa capacità di penetrazione e di condizionamento. Esso si riferisce alla tematica delle persone disabili e sembra dunque iscriversi centralmente proprio nell'orizzonte concettuale dei problemi di ordine costituzionale che coinvolgono le situazioni di vulnerabilità. Si tratta di una giurisprudenza che ha affrontato un punto cruciale, ossia quello della compatibilità tra risorse pubbliche disponibili e garanzie che l'ordinamento deve apprestare nei confronti di siffatte condizioni di “debolezza”. Ebbene, proprio con riferimento ad alcune di queste garanzie la Corte costituzionale ha sottolineato l'esistenza di un “nucleo indefettibile” di protezione che deve ritenersi come «limite invalicabile» all'intervento normativo discrezionale del legislatore, chiarendo altresì (con riferimento, in particolare, al diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili) che i diritti non possono essere “finanziariamente condizionati” «in termini assoluti e generali», dal momento che deve essere «la garanzia dei diritti incomprimibili a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016)²². Una affermazione, quest'ultima, davvero di straordinario rilievo, perché, da una parte, chiarisce in modo inequivoco il principio secondo cui, dinanzi ad esigenze di soggetti “deboli” (o quanto meno ad alcune tra queste), le ragioni di bilancio devono ritenersi recessive e, dall'altra, con il richiamo ai “diritti incomprimibili” rende potenzialmente dilatabile a categorie diverse siffatto principio, il cui raggio di azione può dunque estendersi anche ad altre condizioni di vulnerabilità se non, addirittura, a tutti i diritti costituzionalmente garantiti.

L'esempio appena richiamato dimostra allora, forse meglio di tanti altri, che, se vogliono ricercarsi gli elementi che concorrono a definire un possibile “statuto” della protezione costituzionale della vulnerabilità, è alla giurisprudenza costituzionale che deve guardarsi in primo luogo, ricostruendo un percorso che, nella sua complessiva intelaiatura, può portare ad esiti sorprendenti.

20 In questo senso mi pare davvero apprezzabile lo sforzo compiuto da M. RUOTOLO, « L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale », *Rivista Aic*, 2/2019, di inquadrare le recenti innovazioni occorse nell'ambito delle tecniche decisorie del Giudice costituzionale italiano nel solco di un percorso evolutivo del ruolo della Corte all'interno del sistema; percorso, a sua volta, determinato anche (se non soprattutto) dall'insufficiente prodigarsi del legislatore nell'attuare, seguendo la direzione indicata dallo stesso Giudice delle leggi, principi costituzionali la cui realizzazione è ritenuta particolarmente urgente al fine di «“rendere giustizia” costituzionale» (ivi, p. 662).

21 Sul punto rimane sempre di grande attualità l'accurato studio di M. AINIS, « I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale », *Politica del diritto*, 1999, pp. 25 ss.

22 Pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, pp. 2330 ss., con note di L. CARLASSARE e A. LUCARELLI. Si vedano, inoltre, il commento di L. MADAU, « “È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Nota a Corte cost. n. 275/2016 », *Osservatorio costituzionale*, n° 1/2017, e i contributi di I. CIOLLI, « I diritti sociali “condizionati” di fronte alla Corte costituzionale », *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2017, II, p. 362, e C. COLAPIETRO, « I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione », *Dirittifondamentali.it*, n° 2/2019, il quale parla di «decisione storica» che rappresenta «il punto più alto del cammino della Corte nell'affermazione del nuovo diritto alla socializzazione del disabile».

Di qui – abbandonando l'esempio particolare della Costituzione italiana e tornando, in conclusione, al tema generale dei rapporti tra vulnerabilità e giustizia costituzionale – il peculiare interesse di uno studio, come è quello contenuto nelle pagine che seguono, che, pur non escludendo gli apporti della giurisprudenza degli “altri” giudici (dei giudici chiamati in prima battuta a rendere la giustizia del caso concreto)²³, si muove soprattutto sulla linea direttrice dei sistemi di giustizia costituzionale di tre ordinamenti diversi ma, al contempo, affini sotto alcuni profili.

Quanto poi ai campi di ricerca, la scelta di individuare situazioni di debolezza anche molto diverse tra loro appare particolarmente felice. Indagare intorno alla protezione dei minori²⁴, degli ammalati e dei portatori di *handicap*²⁵, degli stranieri²⁶, dei nomadi e delle persone senza fissa dimora²⁷, dei lavoratori in particolari condizioni di disagio e dei disoccupati²⁸ o, ancora, dei detenuti²⁹, sembra idonea a cogliere meglio le diversità ontologiche delle categorie prescelte ed a mettere ben in luce il carattere sempre relativo delle situazioni di vulnerabilità.

Rimane l'auspicio che le indicazioni provenienti dalla ricerca possano guidare giudici e legislatori ad affrontare meglio le “sfide” del tempo presente, in cui molte certezze sembrano vacillare, mentre nuove ed inquietanti “vulnerabilità” si profilano all'orizzonte, esigendo adeguate risposte nella produzione, nell'esecuzione e nell'applicazione normativa.

23 Apporti che, naturalmente, non risiedono solo nel “decidere bene” sulle questioni a loro sottoposte, ma anche – nei sistemi in cui vige un controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale – nel favorire, o comunque nel non ostacolare, l'accesso, da parte delle “persone vulnerabili”, alla giustizia costituzionale. Il tema si pone, poi, con particolare insistenza in Francia, ove la presenza del “filtro” della Corte di Cassazione o del Consiglio di Stato nell'*iter* di rimessione di una questione al Consiglio costituzionale rischia di diventare una “strettoia” attraverso la quale troppo difficilmente si riesce a passare. Davvero intelligente mi pare, allora, la scelta di svolgere un approfondimento sull'accesso delle “persone vulnerabili” alla QPC, tematica alla quale sono dedicati, in questo *Volume*, gli scritti di N. PAUTHE, « Les personnes en situation de vulnérabilité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité des cours d'appel civiles (2010-2019) », A. PENA, « Personnes en situation de vulnérabilité et juge administratif du premier filtre », e A. M. LECIS COCCO ORTU, « Le rôle des associations dans la protection des personnes vulnérables en QPC ».

24 Sul punto si soffermano, in questo *Volume*: per la Francia, M. DOUCHY-OU DOT, « Quelle protection constitutionnelle de l'enfance ? Les QPC relatives aux mineurs »; per la Spagna, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, « El acceso de los menores a la jurisdicción constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad en el S. XXI »; per l'Italia, P. PASSAGLIA, « Una rassegna della giurisprudenza della corte costituzionale italiana sullo status costituzionale dei minori (2000-2019) ».

25 Di queste categorie si occupano, in questo *Volume*: per la Francia, L. GAY, « Dix ans de jurisprudence QPC sur la maladie et le handicap. La vulnérabilité, une absente (très) présente ? »; per la Spagna, F. J. MATIA PORTILLA, « Cuestiones de inconstitucionalidad 2000-2018 relacionadas con el ingreso hospitalario de personas que padecen trastornos psíquicos »; per l'Italia, M. CALAMO SPECCHIA, « La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di disabili e trattamenti sanitari obbligatori (TSO) ».

26 Sui quali si vedano, in questo *Volume*: per la Francia, O. LECUCQ, « Question prioritaire de constitutionnalité et étrangers »; per la Spagna, O. LECUCQ, « “Questions d'inconstitutionnalité et étrangers” (Rapport espagnol) »; per l'Italia, L. MONTANARI – F. E. GRISOSTOLO, « Diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale italiano. Il ruolo della questione incidentale nel complesso del sistema di tutela dei diritti ».

27 Su queste categorie si confrontino, in questo *Volume*: per la Francia, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « QPC et personnes vulnérables : le cas des gens du voyage en France »; per la Spagna, F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, « De nomadas a asentados. Tribunal Constitucional y derecho a un techo »; per l'Italia, G. SPANÒ, « La (scarsa) rappresentatività dei soggetti nomadi e senza fissa dimora nella giurisprudenza del Giudice delle leggi italiano. Una questione di (in)visibilità “costituzionale” o sostanziale? ».

28 Se ne occupano, in questo *Volume*: per la Francia, V. BERNAUD, « La QPC et les personnes vulnérables : le cas des “travailleurs précaires” »; per la Spagna, M. PÉREZ-MONEO, « La protección de trabajadores vulnerables a través de la cuestión de inconstitucionalidad en España »; per l'Italia, D. CHINNI, « La tutela dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana degli ultimi vent'anni (2000-2019) ».

29 Il tema è affrontato, in questo *Volume*: per la Francia, da H. ALCARAZ, « QPC et détenus en France »; per la Spagna, da H. ALCARAZ, « Question d'inconstitutionnalité et détenus en Espagne »; per l'Italia, da M. RUOTOLO, « I diritti dei detenuti nella più recente giurisprudenza costituzionale italiana ».

CHAPITRE 1

LA VULNÉRABILITÉ DEVANT LES JUGES CONSTITUTIONNELS FRANÇAIS, ESPAGNOL ET ITALIEN

VULNÉRABILITÉ ET CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Gaëlle LICHARDOS¹

« On peut comprendre la réglementation normative des relations interpersonnelles comme une enveloppe poreuse qui protège le corps vulnérable et la personne qui s'y incarne des contingences auxquelles ils sont exposés »². Jürgen HABERMAS, en ces quelques mots nous enseigne à propos de la vulnérabilité qu'elle relève du corps humain *exposé*. Aussi l'auteur résume-t-il ici tout le paradoxe de la vulnérabilité : elle est inhérente à l'humain mais ne s'exprime en réalité qu'au travers de ses rapports avec l'extérieur. En effet, si de prime abord la vulnérabilité peut sembler relever de l'intrinsèque, l'observation de son contenu ne peut qu'amener à l'apprécier selon une perception extrinsèque. Résumer la vulnérabilité à un phénomène qui serait intérieur à l'humain revient à l'amputer de ce qui fait son essence : si la vulnérabilité est intrinsèque, alors tout le monde est vulnérable et par conséquent personne ne l'est. Dans l'absolu, nous sommes tous vulnérables à quelque chose. À ce titre, le droit ne peut la prendre en compte car la tâche est irréalisable. Nous sommes tous vulnérables à quelque chose, certes, mais nous ne sommes pas tous dans une situation de vulnérabilité. Celle-ci est constituée par un déséquilibre et par son abus, or ce critère est tout à fait contrôlable. S'il souffre il est vrai d'un certain nombre de limites, notamment celle de son appréciation, il offre cependant un avantage indéniable : cet abus peut être pris en compte dans le cadre du contrôle opéré par le juge.

La vulnérabilité³, du latin *vulnus* c'est-à-dire « qui peut être blessé » est devenue, au fil du temps, un sujet « à la mode » : tout ce qui est perçu comme devant être protégé sera qualifié de vulnérable. Le champ juridique n'échappe pas à la règle, et depuis l'introduction en droit de la consommation français de « l'abus de faiblesse » dans les années 1970, l'emploi de la notion de vulnérabilité a fait l'objet d'une augmentation exponentielle.

1 Maître de conférences à la Faculté libre de droit de Toulouse.

2 J. HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, Gallimard, Paris, 2002, p. 52.

3 Une grande partie de ce travail repose sur nos travaux de doctorat : « La vulnérabilité en droit public », thèse soutenue en décembre 2015 à l'Université de Toulouse 1 Capitole.

Au plan national, en 1992, deux lois ont ainsi modifié le Code pénal, précisant la vulnérabilité de catégories de personnes ciblées en raison de l'âge, d'un handicap, d'une infirmité, d'un état de maladie ou d'un état de grossesse⁴. Par suite, plusieurs lois ont complété la protection des *personnes vulnérables*, toujours en raison d'une appartenance à l'une des catégories précitées⁵. Par ailleurs, la loi sur les mouvements sectaires y ajoute les personnes « en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables »⁶. De plus, une loi du 7 juillet 2014 vise la vulnérabilité des jeunes filles dans certains États⁷, et plus récemment, la loi du 29 juillet 2015 sur le droit d'asile rappelle la prise en compte de la vulnérabilité de certains réfugiés⁸.

À la marge, dans le contexte de crise sanitaire mondiale de ces derniers mois, un décret est venu préciser une liste de situations ou de maladies nécessitant, dans le cadre professionnel, des dispositions spécifiques⁹.

Cette amplification législative prenant en compte la vulnérabilité est non seulement significative de l'importance accordée par la France à la protection des *personnes vulnérables*, mais aussi évolutive : si pendant des années la vulnérabilité est restée cantonnée à l'appartenance à des catégories bien déterminées, celle-ci s'efface peu à peu au profit d'une analyse contextuelle.

Par ailleurs, au niveau international, la vulnérabilité est surtout reconnue en raison de l'appartenance à des *groupes* tels que mis en évidence par le rapport de la XXVII^e conférence du Comité international de la Croix Rouge (CICR)¹⁰, ajoutant aux catégories déjà connues les personnes réfugiées et déplacées. Ces groupes vulnérables font par ailleurs l'objet de l'attention du Conseil de sécurité de l'ONU, qui dans une résolution « décide que la MONUC¹¹, [...] aura pour mandat : [...] de faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire et de veiller au respect des droits de l'homme, en prêtant une attention particulière aux groupes vulnérables, y compris les femmes, les enfants et les enfants soldats démobilisés »¹².

4 Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes et Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens.

5 V. par exemple : Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses adaptations dans le domaine de la justice en application du droit de l'UE et des engagements internationaux de la France, Loi n° 2014-813 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes,

6 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, article 20.

7 Loi n° 2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale, § 1.2.

8 Loi n° 2015-905 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, article 7.

9 Décret 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle.

10 Rapport de la XXVII^e conférence du CICR du 31 octobre 1999, annexe 2 de la résolution 1.

11 La MONUC est la Mission des Nations unies en République démocratique du Congo, rebaptisée le 1^{er} juillet 2010 en MONUSCO « Mission de l'Organisation des Nations unies pour la Stabilisation en République démocratique du Congo ».

12 Résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU R/RES/1291 du 14 février 2000, §7-g. V. aussi ONU, rapport annuel du 1^{er} août 2014 au 31 juillet 2015, § 128.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est aussi emparée de la vulnérabilité depuis la fin des années 1970 dans une perspective catégorielle et depuis les années 1990 dans une perspective situationnelle. En effet, l'analyse de la jurisprudence de la Cour met en évidence une conception multiple de la vulnérabilité. Elle constate ainsi tant la vulnérabilité « classique », c'est-à-dire en raison de l'appartenance à une catégorie prédéterminée, que la *situation de vulnérabilité* dont on peut considérer, en raison de l'ampleur de sa jurisprudence et de son importance en droit national, qu'elle est le principal promoteur. La Cour a par conséquent construit progressivement une conception situationnelle de la vulnérabilité.

La vulnérabilité est ainsi de plus en plus fréquemment saisie par le droit, que ce soit au travers de *catégories*, de *groupes*, ou de *situations*. Cependant, cette inflation de l'utilisation de la « vulnérabilité » ne nous renseigne que partiellement sur son contenu. En effet, la vulnérabilité est classiquement perçue comme étant liée à la catégorisation : le droit national, bien qu'il ne fasse pas de l'appartenance à une catégorie l'exclusif critère de détermination de la vulnérabilité, retient celle-ci presque systématiquement. Certes, la seule appartenance à l'une des catégories visées dans ce que l'on nommera « la vulnérabilité classique » ou encore « catégorielle » n'est pas suffisante pour caractériser une vulnérabilité saisissable par le juge. Cependant, cette catégorisation retient finalement toute l'attention du juge comme de la doctrine, pour faire passer en arrière-plan ce qui constitue une des réalités de la vulnérabilité : son caractère situationnel.

Dès lors analyser la vulnérabilité selon un prisme situationnel implique d'étudier son interprétation par le juge : en effet, la mise en évidence de la *situation de vulnérabilité* nécessite son intervention, car il est le seul à même de la constater dans le cadre de son office. Celui-ci est en effet le principal révélateur de la situation de vulnérabilité, puisque son rôle consiste à appliquer, dans le cadre d'un contrôle concret, une règle de droit à des faits, autrement dit, à appliquer la norme à une *situation* donnée. À ce titre, il en est le témoin privilégié puisque le droit positif reprend largement une perception catégorielle de la vulnérabilité, laissant ainsi aux juges le soin de son application pratique.

Tant par les compétences qui lui sont confiées par la Constitution de 1958 que par son histoire et son évolution, le Conseil Constitutionnel est un promoteur majeur de la protection des droits et libertés fondamentales en France, notamment au travers de la construction progressive et évolutive de ce que l'on nomme le « bloc de constitutionnalité ». Une première réflexion peut être précisée à ce stade : le mot « vulnérabilité » n'apparaît pas dans le bloc de constitutionnalité. Pourrait-on penser que le Conseil, tenu de s'en tenir à la Constitution française, se désintéresse de la question ? Bien au contraire, il semblerait qu'au travers de sa jurisprudence, le Conseil se saisisse de plus en plus de la protection de ceux qui sont perçus comme vulnérables (les catégories visées devant, et c'est le problème essentiel, être précisées).

La révision de Constitutionnelle de 2008 ainsi que la loi organique de 2010 sont venues renforcer le rôle de gardien des droits et libertés fondamentales du Conseil, en instaurant, sous certaines conditions, la possibilité pour un justiciable dans le cadre d'un procès en cours de soulever une non-conformité possible entre la loi qui lui est opposée et le bloc de constitutionnalité. Or, le type de contrôle effectué par le Conseil ne lui permet pas, en réalité, de se saisir, sinon pleinement, au moins directement de la notion de vulnérabilité, puisque la Constitution elle-même ne s'en préoccupe pas directement, pour des raisons essentiellement historiques : quand les textes fondateurs du bloc de constitutionnalité ont été rédigés, la protection des droits et libertés fondamentales ne se percevait pas directement au travers du prisme de la vulnérabilité.

Aussi plusieurs interrogations se posent-elles : tout d'abord, qu'entend-on par le mot « vulnérabilité » ? Juridiquement, la notion a-t-elle un sens ? Ensuite, le juge est-il pleinement saisi par cette notion ? Le type de contrôle opéré par lui a-t-il une influence sur sa prise en compte de la vulnérabilité ? Enfin, existe-t-il des écarts entre les différentes juridictions, tant nationales qu'internationales ?

Il semble qu'actuellement la notion de vulnérabilité transcende largement la perception catégorielle classique « femme enceinte, enfant, personne âgée, personne malade ou en situation de handicap » au profit d'une analyse de plus en plus orientée vers la situation d'un ou de plusieurs individus, sans pour autant que les catégories historiquement ciblées. Nous y voyons deux raisons, l'une sociale, et l'autre pratique : en effet, certains groupes d'individus bénéficient d'une présomption de vulnérabilité (les enfants par exemple) ; par ailleurs, la catégorisation est en soi une technique pratique qui permet, au moins en théorie, d'apporter de la clarté à une notion *a priori* complexe.

I. La prise en compte par le juge national de catégories d'individus dans le cadre de la protection des personnes vulnérables

L'utilisation des catégories d'individus dans la mise en œuvre de la protection des vulnérabilités reste majoritaire en droit français. En ce sens, les trois cours suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État et Conseil Constitutionnel) se fondent sur les catégories classiques pour qualifier la vulnérabilité : la Cour de cassation et le Conseil d'État adoptant un positionnement similaire en la matière (A), le Conseil Constitutionnel n'étant quant à lui que peu saisi directement de la question (B).

A. L'utilisation persistante par la Cour de cassation et le Conseil d'État des catégories de personnes vulnérables

La Cour de cassation est juge du droit, ou plus précisément, juge de l'application du droit. À ce titre, elle constitue la Cour suprême de l'ordre judiciaire, et a pour but d'uniformiser l'interprétation que font les différents juges du fond (pour le versant judiciaire) de la norme appliquée sur le territoire. *De facto*, la Cour de cassation est soumise à la norme devant elle présentée, à cela près que plus celle-ci est vague, plus son pouvoir d'appréciation sera fort. Par exemple, on se souviendra qu'à propos de la réforme de la garde à vue consécutive à la QPC de juillet 2010, elle avait considéré que la

loi, qui prévoyait une application différée dans le temps, essentiellement pour des raisons pratiques, était d'application immédiate, prenant ainsi au dépourvu l'ensemble des services de police. Pour autant, la Cour de cassation, bien qu'elle puisse parfois se démarquer de la législation, n'en reste pas moins l'interprète suprême, ce qui implique avant tout le respect du texte.

En matière de vulnérabilité, cet état de fait a un impact immédiat : celui de la conservation de la catégorisation ; puisque la loi se sert d'une perspective catégorielle pour analyser la vulnérabilité, la Cour la maintient nécessairement, dans la mesure où s'en exonérer reviendrait à contredire la loi. Pourtant, la Cour n'est pas totalement indifférente à la question de la vulnérabilité, tant et si bien qu'elle a en 2009 consacré son rapport annuel aux « personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation »¹³. Les thèmes abordés sont ainsi les mineurs, les majeurs protégés, les étrangers retenus, le particulier endetté, les personnes aux ressources insuffisantes souhaitant accéder à la justice, l'emprunteur et l'assuré, les personnes bénéficiant du régime de sécurité sociale agricole, le droit des baux d'habitation appliqué aux personnes vulnérables, la vulnérabilité de l'investisseur et celle de l'emprunteur de caution, la dépendance économique, les personnes âgées et/ou malades, la précarité de certains contrats de travail, la vulnérabilité des salariés et celle du stagiaire, et les victimes vulnérables. Au travers des thèmes abordés, il semble qu'il existe, pour la Cour de cassation, à la fois une vulnérabilité catégorielle classique, et d'autres hypothèses qu'elle *envisage* comme relevant de la vulnérabilité. En effet, comme le rappelle à juste titre X. LAGARDE dans son avant-propos, « il est rare que le législateur fasse expressément de la vulnérabilité la condition de son intervention. La protection des personnes vulnérables inspire assurément de nombreuses règles, mais ces dernières désignent rarement comme telles les personnes dont elles assurent la protection »¹⁴ : puisque le législateur ne se saisit que très rarement de la vulnérabilité, le juge, dont le rôle est de « garantir l'effectivité des droits fondamentaux »¹⁵, s'en empare à pleines mains, prenant ainsi « parti sur la notion de vulnérabilité »¹⁶, quitte à ce qu'il y ait des « divergences d'appréciation »¹⁷.

En somme, le juge s'empare de la notion de la vulnérabilité devant le défaut du législateur, mais en l'absence de texte mettant en place une réelle définition de celle-ci, il doit se positionner dans un sens ou dans un autre : plusieurs juges pourront ainsi avoir plusieurs interprétations de la vulnérabilité, y compris au sein de la Cour de cassation. Léger paradoxe ici, qu'une Cour dont le but est d'uniformiser l'interprétation des textes puisse finalement interpréter différemment la vulnérabilité en fonction de l'appartenance du litige à une chambre ou une autre : la confusion inévitable qui en ressort n'est pas le meilleur outil de protection de la vulnérabilité et ne fait qu'augmenter l'incompréhension de la notion.

13 Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel, La documentation française, rapport annuel, 2009, 584 p.

14 X. LAGARDE, « avant propos », in Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 56.

15 *Idem.*

16 *Idem.*

17 *Idem.*

En effet, il semble que la perception de la Cour de cassation de la vulnérabilité relève plus de l’assertion que de la notion : elle utilise le mot « vulnérabilité » qu’elle « plaque » sur des situations jugées par elle contraires aux droits fondamentaux et s’en sert (dans son analyse doctrinale) pour justifier une censure ou une augmentation de droit.

À l’instar de la Cour de cassation, le Conseil d’État se préoccupe de façon exponentielle de la question de la vulnérabilité : ainsi, même si le contentieux relatif à la celle-ci reste infiniment moins important que son équivalent devant la Cour de cassation, il a, depuis le début des années 1990, connu un essor indéniable. Les situations mises en évidence par le Conseil d’État sont, en toute logique, moins fréquentes que devant la Cour de cassation : en effet, au-delà du domaine réservé de chaque Cour, les hypothèses devant lesquelles le Conseil d’État pourrait réellement mettre en œuvre une analyse de la situation de vulnérabilité relèvent du champ de la détention et constituent l’essentiel de sa réflexion.

Le Conseil d’État, bien qu’il n’en ait pas souvent l’occasion, a pu, parfois en filigrane, souligner la vulnérabilité des catégories de personnes ciblées traditionnellement dans le régime de la vulnérabilité : ainsi en 1991, il rappelle la particulière vulnérabilité d’habitants d’un immeuble « âgés, dont certains tout à fait invalides, ou peu valides »¹⁸ dans lequel le propriétaire n’avait pas effectué les travaux de sécurité nécessaires, ce qui avait poussé le maire à fermer l’établissement pour raisons de sécurité. De la même façon, un arrêt de 2014 rappelle « la vulnérabilité des jeunes face aux violences homophobes »¹⁹ dans le cadre d’une campagne ministérielle de lutte contre l’homophobie en milieu scolaire. Le malade²⁰ est aussi reconnu comme vulnérable par le Conseil d’État, venant en cela confirmer la loi et le positionnement de la Cour de cassation.

B. Une prise en compte directe de la vulnérabilité amoindrie du Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel, n’a pas réellement été saisi sur la question de la vulnérabilité. Pourtant, trois décisions, respectivement de 1999, 2003 et 2010 permettent en filigrane de noter l’adhésion partielle du Conseil à la perspective catégorielle de la vulnérabilité.

Dans sa décision de 1999 relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale, le Conseil précise que « l’article 68 du statut oblige la Cour à prendre toutes les mesures de nature à assurer la sécurité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins, notamment en dérogeant au principe de la publicité des débats s’agissant de l’audition de personnes vulnérables »²¹. Or, l’article 68

18 Conseil d’État, 4 mars 1991, 5/10 SSR, requête n° 75632.

19 Conseil d’État, 15 octobre 2014, 4/5 SSR, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, requête n° 369965, §8 ; obs. J. VEYRET, *CFPA*, 1^{er} décembre 2014, p. 109-110, A. DE DIEULEVEULT, *D.*, 4 décembre 2014, p. 2451-2455, J.-B. CHEVALIER, *AJDA*, 26 janvier 2015, p. 100-105, G. EVEILLARD, *DA*, 1^{er} février 2015, p. 27-29.

20 Conseil d’État, 8 septembre 1999, 9/8 SSR, requête n° 176324, Conseil d’État, 2 septembre 2009, 5/4 SSR, requête n° 310932 ; Conseil d’État, 8 septembre 1999, 9/8 SSR, requête n° 176324.

21 Const. Const., n°98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour Pénale Internationale*, cons. 28 ; obs. J.-E. SCHOTTL, *AJDA*, 20 mars 1999, p. 230-235, B. GENEVOIS, *RFDA*, 1^{er} avril 1999, p. 285-313, F. LUCHAIRE, L. FAVOREU, *RFDC*, 1^{er} juillet 1999, p. 324, P. ESPLUGAS, *LPA*, 5 juillet 1999, p. 4-9, S. SCIORTINO-BAYART, *RFDC*, 20 août 1999, p. 315-323, J.-E. SCHOTTL, *RDP*, 1^{er} septembre 1999, p. 1037-1046, M. BERTRAND

du statut vise spécialement les « victime(s) de violences sexuelles ou d'un enfant qui est victime ou témoin »²², qui fondent la qualification de « personnes vulnérables » par le Conseil Constitutionnel. Il y a donc ici reconnaissance explicite par celui-ci de la vulnérabilité des « victimes de violences sexuelles » et des « enfants victimes ou témoins ». Deux constats s'imposent : d'une part, il existe une analyse situationnelle de la part du Conseil (les personnes victimes de violences sexuelles) assortie d'une analyse catégorielle (les enfants) et d'autre part l'analyse catégorielle est restrictive (les enfants doivent être *victimes ou témoins*). L'appellation de « vulnérable » assortie à ces deux cas semble relever plus de l'assertion que d'une réelle conception de la vulnérabilité ; pour autant, il y a une forme de reconnaissance intuitive de ce que *pourrait être* la vulnérabilité : si l'analyse situationnelle paraît indéniable en ce qui concerne les personnes victimes de violences sexuelles, l'analyse catégorielle touchant aux enfants n'est pas sans laisser une place à une analyse similaire. En effet, ce ne sont pas les enfants qui sont ciblés par le Statut, mais les enfants *victimes ou témoins* : nulle mention ici de l'enfant soupçonné d'une infraction, ou même de la définition de « l'enfant », alors même que le même article prévoit la possibilité d'un huis clos pour « protéger les victimes et les témoins ou un accusé »²³. Le fait que le Conseil Constitutionnel les qualifie de « vulnérables » n'est selon nous pas anecdotique, au regard notamment de la faible utilisation du mot par celui-ci.

Cependant, par suite, le Conseil est revenu sur une analyse catégorielle : dans une décision de 2003 à propos de la loi sur la sécurité intérieure, il valida sur le fond la conception pénaliste de la vulnérabilité, en tant qu'elle doit être connue par l'auteur présumé des faits et qu'elle est « particulière » en ce sens qu'elle relève de la catégorisation²⁴.

Enfin, la décision de 2010 relative à la loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne vient entériner la présomption de vulnérabilité pesant sur les mineurs : en effet, ceux-ci sont expressément visés par la loi (sans mention de leur vulnérabilité), ce qui est mis en évidence par le Conseil : « considérant, en l'espèce, qu'en adoptant la loi contestée, le législateur a [...] édicté des mesures destinées à prévenir une accoutumance, à protéger les *publics vulnérables* [...] »²⁵. Or, la loi ne vise expressément que les mineurs, les personnes connaissant une dépendance au jeu, étant elles-mêmes énoncées à part par le Conseil : celui-ci reconnaît donc la vulnérabilité des mineurs, ce qui en soit n'est guère surprenant, et fait de leur protection un objectif valable et légitime de la loi. Cependant, pourquoi alors ne pas viser directement les mineurs ? De plus, le terme de « publics vulnérables », au pluriel, peut laisser à penser qu'il existe d'autres publics vulnérables que les mineurs, mais lesquels ? S'il s'agit des personnes souffrant d'une dépendance,

et alii, LPA, 20 septembre 1999, p. 8-15, E. SALES, RA, 1^{er} novembre 1999, p. 584, N. LIGNEUL, RA, 1^{er} novembre 1999, p. 595, M. BERTRAND et M. VERPAUX, JCP G, 26 janvier 2000, p. 139-150, M. FROELICH, RA, 1^{er} septembre 2001, p. 473-481.

22 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 68, §2.

23 *Idem*.

24 Cons. Const., n° 2003-467 DC 13 du mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 65 ; obs. M. FATIN-ROUGE STEFANINI *et alii*, RFDC, 1^{er} avril 2003, p. 363-389, S. DE CACQUERAY *et alii*, RFDC, 1^{er} juillet 2003, p. 547-590, L. DOMINGO *et alii*, RFDC, 1^{er} octobre 2003, p. 759-818.

25 Cons. Const., n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 25 ; obs. G. DRAGO, *Gaz. Pal.*, 23 mai 2010, p. 12-16, D. ROUSSEAU, *Gaz. Pal.*, 23 mai 2010, p. 16-18, B. MATHIEU, JCP G, 24 mai 2010, p. 1077-1080, S. LAVRIC, *D.*, 27 mai 2010, p. 1205, B. MATHIEU, JCP A, 31 mai 2010, p. 34-36, D. SIMON et A. RIGAUD, *Europe*, 1^{er} juin 2010, p. 1-2, A. MARON et M. HASS, *Dr. Pén.*, 1^{er} juin 2010, p. 39-44, A. LEVADE, *D.*, 3 juin 2010, p. 1321-1324, J. MONEGER, *Loyers et copropriétés*, 1^{er} juillet 2010, p. 1-2, P. DEUMIER, *RTD Civ.*, 1^{er} juillet 2010, p. 499-504, R. VANDERMEEREN, *RJDA*, 1^{er} août 2010, p. 779-783, M. GUILLAUME, *RLDA*, 1^{er} décembre 2010, p. 11-14, Y. CHAPUT, *RLDA*, 1^{er} décembre 2010, p. 35-39, G. CANIVET, *RLDA*, 1^{er} décembre 2010, p. 40-44.

pourquoi sont-elles visées à part ? Même la doctrine reprend à son compte cette analyse, sans jamais préciser *quel* public est vulnérable²⁶ : en effet, bien que visant spécifiquement les articles 1^{er}, 3, 5 et 7 de la loi, celle-ci ne prend réellement en compte que les mineurs. Dans ces conditions, le Conseil ainsi que son commentateur utilisent-ils la vulnérabilité comme assertion ou comme notion ?

II. L'évolution des jurisprudences vers la prise en compte d'individus en situation de vulnérabilité

Si le recours à la catégorisation reste la règle en droit national français, force est de constater que les juges éprouvent de plus en plus de difficulté à prendre en compte la vulnérabilité sans sortir du champ classique de celle-ci. Qu'il le fasse implicitement ou explicitement, le juge national s'ouvre peu à peu à l'idée d'une vulnérabilité situationnelle (A), sans que l'on puisse douter de l'influence de la jurisprudence des cours européennes de ce point de vue (B).

A. L'admission progressive d'hypothèses transcendant la vulnérabilité classique par les juges nationaux

Pour X. LAGARDE, les personnes vulnérables « sont celles qui, dans une situation pathologique ou hors-norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés »²⁷ : on retrouve ici sans mal l'analyse situationnelle de la vulnérabilité, mais replacée dans un contexte « hors-norme » et perçu du point de vue de la personne en situation de vulnérabilité comme lui empêchant d'exercer ses droits. Cependant, pour l'auteur, « les consommateurs et les salariés ne peuvent pas être par principe assimilés à des personnes vulnérables »,²⁸ car leur situation est normale : l'auteur fait ici du critère de la situation « hors norme » l'élément déterminant de la situation de vulnérabilité, parce qu'il maintient en réalité une analyse catégorielle de celle-ci, affirmant qu'à partir de la définition qu'il donne de la vulnérabilité, deux conceptions émergent l'une personnelle et relevant de l'intrinsèque²⁹, et l'autre, marginale, qu'il nomme « réelle » qui concerne un individu qui « exerce des droits ou des fonctions dans un contexte qui ne caractérise aucune anormalité »³⁰. X. LAGARDE, qui fait ici référence aux emprunteurs, investisseurs et professionnels en situation de dépendance économique mise en exergue par les différentes chambres, estime ainsi que sa propre définition, impliquant une situation « hors norme » puisse être dépassée : la Cour de cassation reconnaît, au travers de son rapport, des hypothèses de vulnérabilité dépassant le champ de la conception personnelle de la vulnérabilité. Et l'auteur de rajouter « qu'à côté de la vulnérabilité personnelle il est, en quelque sorte, une vulnérabilité du fait des choses ; d'où le terme de conception réelle. *La vulnérabilité ne résulte pas d'une faiblesse personnelle qui empêche a priori l'individu d'exercer convenablement l'ensemble des attributs de la personnalité juridique. Elle se constate lors de la conclusion d'un*

26 Voir les commentaires sous CCC, n° 29, « commentaire de la décision n° 2010-605 du 12 mai 2010 », p. 13.

27 *Ibid.*, p. 59.

28 X. LAGARDE, « Avant-propos », in Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 59.

29 *Idem* p. 59-63 et plus spéc. p. 59.

30 *Ibid.* p. 63.

acte ou de l'exercice d'un droit à l'occasion desquels les circonstances rendent la personne vulnérable »³¹ : l'auteur accepte ici l'idée d'une conception situationnelle de la vulnérabilité, même s'il admet que cette « conception n'est pas toujours admise »³², notamment par la chambre criminelle, alors que celle-ci est particulièrement attachée au respect de la légalité (ce que l'auteur admet), qui elle-même impose une vision catégorielle de la vulnérabilité. La situation de vulnérabilité est ainsi envisagée par la Cour de cassation, sans pour autant qu'elle devienne dominante, en raison principalement du principe légaliste.

Pourtant, le juge cherche à se saisir de la vulnérabilité, avec plus ou moins de succès, en fonction notamment du contentieux qui lui est soumis. L'une des contributions de la première chambre civile étudiant le majeur protégé met ainsi en évidence que celui-ci est principalement perçu dans « l'hypothèse d'une vulnérabilité résultant d'une altération des facultés mentales [...], mais l'altération des facultés corporelles est aussi envisagée dès lors qu'elle empêche l'expression de la volonté »³³. La première chambre civile dégage ici un critère : une altération des facultés mentales empêchant l'expression de la volonté, ce qui implique une prise en compte de la nature des rapports entre la personne ciblée et son entourage et, donc, une analyse contextuelle de la vulnérabilité. Si l'auteur admet que « toutes les personnes vulnérables ne sont pas privées de tout ou partie de leur capacité. La catégorie des personnes vulnérables est donc plus large que celle des «incapables majeurs» »³⁴, il reste néanmoins sur une analyse catégorielle de la vulnérabilité, sans prendre en compte réellement la situation particulière dans laquelle se trouve le majeur protégé.

La deuxième chambre mettra quant à elle en avant la vulnérabilité économique des personnes éligibles à l'aide juridictionnelle³⁵, sans préciser en quoi elles sont vulnérables (non pas que nous le contestons), alors qu'une fois de plus il s'agit d'une analyse contextuelle, extrinsèque de la vulnérabilité : les personnes sans ressources confrontées à un problème juridique nécessitant les conseils d'un avocat seraient dans une situation de vulnérabilité s'il n'existait pas l'aide juridictionnelle, puisqu'elles assisteraient alors à une réduction de leur droit le plus élémentaire à une défense et donc à un procès équitable.

Plus concrètement, la Cour de cassation semble vouloir retenir un certain nombre de critères qui lui permettraient d'envisager, dans le cadre d'une analyse situationnelle, de nouvelles hypothèses de vulnérabilité : le rapport de force³⁶ et le risque³⁷.

31 *Idem.* p. 64. Souligné par nous.

32 *Idem.*

33 Ch. MELLOOTTE et C. BOBIN, « Les majeurs protégés », *op. cit.*, p. 97.

34 *Idem.*

35 P. MAYNIAL *et alii*, « L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes : le contentieux de l'aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009) », *op. cit.*, p. 150.

36 V. par exemple les travaux de P. MAYNIAL *et alii*, « L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage », *op. cit.*, p. 165 ; v. aussi A. GARIAZZO et L. JACQUES, « Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation », *op. cit.*, p. 193.

37 V. par exemple les travaux de P. MAYNIAL *et alii*, « Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 179.

L'extériorité de la vulnérabilité est cependant reconnue par certaines analyses du rapport : par exemple, la chambre sociale, mentionne des situations et précise que « la vulnérabilité apparaît ainsi comme une notion toute relative puisqu'elle dépend de l'aptitude de l'individu à se défendre »³⁸. Il y a ainsi reprise du critère du rapport de force (implicitement) remis dans son contexte réel c'est-à-dire situationnel, auquel est rajoutée la notion de risque : « est vulnérable celui qui prend un risque lourd et la lourdeur de ce risque sera naturellement fonction des épaules qui le supportent. *En droit commercial, la personne (physique ou morale) vulnérable protégée sera donc celle qui se trouve anormalement exposée à prendre des risques inconsidérés* ». Le « défaut d'information »³⁹ est ainsi créateur de vulnérabilité tout comme la « situation économique »⁴⁰ ou encore « la nécessité de l'opération »⁴¹.

Cette analyse situationnelle est largement mise en œuvre par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui, bien qu'elle rattache dans certains cas la vulnérabilité à une « fragilité particulière », renvoie malgré tout à une incapacité au moins partielle « à exercer leurs droits et libertés au mieux de leurs intérêts »⁴² pour inclure les personnes âgées ou malades dans son champ. On pourrait alors croire à un retour vers une analyse catégorielle, pourtant immédiatement contredite par la substance des propos des auteurs : ils justifient en effet la vulnérabilité des personnes âgées ou gravement malades comme étant un facteur de désinsertion professionnelle, statistiques à l'appui, amenant donc à les observer dans leur contexte (ici celui du marché de l'emploi, en crise). Cette analyse situationnelle est poursuivie ensuite, au travers de l'étude du salarié syndiqué ou représentant du personnel, « particulièrement vulnérables aux discriminations de la part d'employeurs qui peuvent être tentés de les évincer en usant de leur pouvoir disciplinaire ou de leur pouvoir de direction »⁴³ : le rapport de force est ici évident, et l'analyse qui en est faite est situationnelle ; en effet, nulle mention d'une quelconque faiblesse « intérieure », puisque c'est la qualité de représentant élu ou syndiqué, phénomène purement extrinsèque qui détermine la *situation de vulnérabilité* dans laquelle se trouvera le salarié, notamment en raison de son lien de subordination⁴⁴. Un dernier parallèle est fait par la chambre sociale, du point de vue de stagiaire, perçu comme vulnérable en raison de « l'absence ou, à tout le moins, l'insuffisance de l'encadrement juridique du stage ainsi que celle du statut du stagiaire plaçaient ce dernier dans une situation d'insécurité juridique et le rendaient ainsi vulnérable »⁴⁵ : l'analyse est une fois de plus situationnelle ; la chambre sociale ne prend pas nécessairement en compte les catégories classiquement envisagées par les textes, mais le contexte dans lequel est placé le salarié ou le stagiaire.

La Cour de cassation navigue ainsi entre deux eaux, maintenant une appréciation catégorielle de la vulnérabilité tout en cherchant à protéger ce qu'elle admet intuitivement comme relevant de la vulnérabilité, sans que les textes en fassent spécifiquement mention. La Chambre criminelle aborde

38 *Idem.*

39 *Idem.*

40 *Idem.*

41 *Ibid.*, p. 210.

42 J. DUPLAT et L. PECAUT-RIVOLIER, « Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi », *op. cit.*, p. 231.

43 J. DUPLAT et L. PECAUT-RIVOLIER, « Les salariés protégés », *op. cit.*, p. 270.

44 *Idem.*, p. 274.

45 J. DUPLAT et L. PECAUT-RIVOLIER, « Brève réflexion sur les contours de la vulnérabilité du stagiaire en entreprise », *op. cit.*, p. 283.

par exemple la vulnérabilité de la victime, au travers d'une appréciation plutôt large : « des décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation se dégagent quelques traits saillants relatifs à la caractérisation de la vulnérabilité qui peut présenter des situations variées selon qu'il s'agit d'un état permanent ou passager, apparent ou non, tenant aussi bien à *l'état physique, psychique ou psychologique de la victime, ou à sa situation sociale ou économique* »⁴⁶ ; la victime sera ainsi appréhendée selon « l'état physique ou psychique »⁴⁷ ou encore la situation « économique et sociale »⁴⁸, avec, dans certaines hypothèses, des présomptions de vulnérabilité, non seulement pour le mineur, mais aussi pour l'étranger nouvellement arrivé sur le territoire⁴⁹.

Il semblerait donc que la Cour de cassation s'attache à viser tant les catégories classiquement abordées par le Code que les *situations* particulières dans lesquelles peuvent se trouver les victimes d'une infraction. Cette question de la situation de vulnérabilité est d'ailleurs succinctement abordée dans le rapport à propos de « l'état d'infériorité dans lequel se trouve le citoyen auquel la justice demande des comptes, et qui justifie que des règles particulières soient posées afin de garantir à l'intéressé l'exercice de ses droits et tout particulièrement les droits de la défense ; c'est l'un des objets de la procédure pénale »⁵⁰ : situation pure que celle de l'individu confronté à la justice prise en compte par la chambre criminelle. De façon très marginale, la chambre a ainsi pu se prononcer sur la situation de vulnérabilité du détenu⁵¹, suivant en cela la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais lui déniait un recours mettant en œuvre des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine : en effet, la Cour interprète les modalités de l'article 225-14 du Code pénal comme impliquant « l'exploitation de la personne hébergée en vue d'un enrichissement de l'exploitant des lieux »⁵², excluant d'office les détenus.

Le Conseil d'État n'est pas non plus indifférent à l'extériorité de la vulnérabilité, acceptant par exemple l'idée de rapport de force mettant en place une situation de vulnérabilité : ainsi, dans l'hypothèse où un infirmier agresse sexuellement deux patientes hospitalisées dans son service, celles-ci sont perçues comme particulièrement vulnérables, notamment en raison de l'autorité qu'avait l'infirmier sur elles⁵³. Bien sûr, le Conseil d'État ne fait que suivre une jurisprudence constante de la Cour de cassation ; cependant, le rappel et l'utilisation de la notion de vulnérabilité sont évidemment un signe d'acceptation de celle-ci.

Cependant, si le Conseil d'État reste préoccupé par la vulnérabilité, en l'absence de définition législative, il connaît le même écueil que la Cour de cassation en utilisant la vulnérabilité comme une assertion. Il précise ainsi à quelques occasions la vulnérabilité de tel ou tel individu ou groupe d'individus sans pour autant développer son raisonnement : il met ainsi en exergue la « plus

46 Ch. RAYSSEGUIER *et alii*, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle », *op. cit.*, p. 291. Souligné par nous.

47 *Idem*, p. 292 et s.

48 *Idem*, p. 296 et s.

49 Article 225-15-1 du nouveau code pénal introduit par la loi n° 2013-711 du 30 août 2013.

50 Ch. RAYSSEGUIER *et alii*, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle », *op. cit.*, p. 296.

51 *Ibid.*, p. 305.

52 *Ibid.*, p. 298.

53 Conseil d'État, 20 novembre 2002, 9/10 SSR, requête n° 237984.

grande vulnérabilité chez les patients de moins de vingt-six ans aux troubles de nature psychiatrique »⁵⁴, l'incidence de la modification du remboursement de soins » sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées »⁵⁵, « la vulnérabilité particulière du demandeur »⁵⁶ sur le calcul du montant d'une astreinte, la nécessité de ne pas exposer « les personnes les plus vulnérables [...] à des agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction »⁵⁷, ou encore « la vulnérabilité à des pressions extérieures »⁵⁸ pour un homme dont le recrutement par l'armée avait été refusé sur ce motif. Par ailleurs, le Conseil d'État a parfois considéré la vulnérabilité *a contrario* : un homme « seul et sans difficulté de santé »⁵⁹ est ainsi perçu comme moins vulnérable sans que l'on sache explicitement par rapport à qui (bien que l'on puisse supposer *de facto* qu'une femme malade serait prioritaire). En l'espèce il s'agit de la question de l'hébergement d'urgence de personnes en difficulté, qui a donné au Conseil d'État l'ingrate tâche de déterminer entre Charybde et Scylla : le Conseil d'État mettra alors en avant l'assertion « d'extrême vulnérabilité »⁶⁰ de certaines personnes sans-abri, permettant à l'administration de « trier » entre plusieurs situations précaires.

Tout en utilisant la vulnérabilité en tant qu'assertion, le Conseil d'État met en évidence des *situations de vulnérabilité*, extérieures à l'individu. L'un des domaines où il a eu le plus l'occasion de se prononcer (en dehors du contentieux de la détention) est sur la question de l'entrée sur le territoire des étrangers.

Un étranger condamné en France peut, pour des raisons d'ordre public et après avoir purgé sa peine, être expulsé vers son pays d'origine. Ce point n'est pas contesté par le Conseil d'État qui confirme systématiquement les arrêtés d'expulsion quand il s'agit de protéger l'ordre public, y compris quand les demandeurs font état de leur vulnérabilité, en raison par exemple de ressources insuffisantes et d'une position isolée dans leur pays d'origine. Cependant, le Conseil d'État est moins conciliant sur la question de la demande d'asile. Par un référé du 15 mai 2012, le Conseil d'État a par exemple censuré le refus par le préfet de faire acte d'une demande d'asile d'une prostituée faisant l'objet d'une mesure d'éloignement⁶¹.

54 Conseil d'État, 26 février 2007, 1/6 SSR, requête n° 297084.

55 Conseil d'État, 6 mai 2009, 1/6 SSR, requête n° 312462 ; obs. A.-S. GINON, *Droit ouvrier*, 1^{er} novembre 2009, p. 570-572, B. MATHIEU et M. VERPAUX, *JCP G*, 21 décembre 2009, p. 46-53, H. RIHAL, *AJDA*, 15 février 2010, p. 283-285 ; Conseil d'État, 27 juillet 2011, 1/6 SSR, *Association FNATH & autres*, requête n° 337065 ; obs. V. VIOUJAS, *RDSS*, 1^{er} octobre 2011, p. 957-960, M. FONTAINE, *Gaz. Pal.*, 10 novembre 2011, p. 47-48, L. GAY, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1^{er} janvier 2012, p. 186-191 ; Conseil d'État, 27 juillet 2012, 1/6 SSR, requête n° 349173, §10 ; obs. L. CAMAJI *et alii*, *Droit ouvrier*, 1^{er} décembre 2012, p. 807-814, L. GAY, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1^{er} janvier 2013, p. 241-245, B. MATHIEU *et alii*, *JCP G*, 24 mars 2014, p. 567-574 ; Conseil d'État, 26 octobre 2012, 1/6 SSR, requête n° 352210, §3 ; obs. V. VIOUJAS, *RDSS*, 1^{er} novembre 2012, p. 1137-1140, B. MATHIEU *et alii*, *JCP G*, 24 mars 2014, p. 567-574.

56 Conseil d'État, avis, 2 juillet 2010, 4/5 SSR, requête n° 332825 ; obs. S. ROBERT-CUENDET, *AJDA*, 18 octobre 2010, p. 1948-1950, F. ZITOUNI, *JCP A*, 18 octobre 2010, p. 24-28, M.-Ch. ROUAULT, *LPA*, 9 mars 2011, p. 6-15.

57 Conseil d'État, 9 octobre 2002, 1/2 SSR, requête n° 231869.

58 Conseil d'État, 31 juillet 1992, 5/3 SSR, requête n° 99271.

59 Conseil d'État, référé, 10 février 2012, requête n° 356456 ; obs. M. TOUZEIL-DIVINA, *JCP G*, 20 février 2012, p. 373, O. LE BOT, *JCP A*, 20 février 2012, p. 37-40, A. DURANTHON, *AJDA*, 9 avril 2012, p. 716-719, G. DELMAS, *JCP G*, 7 mai 2012, p. 955-957, R. PIASTRA, *AJDI*, 1^{er} juin 2012, p. 411-413, O. BOSCOVIK *et alii*, *D.*, 7 février 2013, p. 324-337.

60 Conseil d'État, 23 décembre 2011, 4/5 SSR, requête n° 350884.

61 Conseil d'État, référé, 15 mai 2012, requête n° 359106.

En dehors du contentieux de la détention, le Conseil d'État reste ainsi relativement timoré face à la situation de vulnérabilité, en dépit d'une volonté nette de poursuivre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, si le Conseil d'État confirme, voire applique à la lettre la jurisprudence de la Cour en matière de détenus, le cas des étrangers n'est pas autant exploité. Même dans les hypothèses où il admet la situation de vulnérabilité du ressortissant étranger dans son pays d'origine, la protection de celui-ci ne résistera pas à la mise en balance avec l'ordre public, quand bien même les infractions reprochées seraient-elles minimales. En 2006, un Rom originaire de Bosnie-Herzégovine ayant été précédemment condamné en France pour vol et recel, avait épousé une Française à l'étranger et cherchait à la rejoindre en France. Devant le refus de délivrance de visa par l'ambassade de France, il forma un référé, arguant de sa vulnérabilité au moment des faits (sans plus de précision), ainsi que celle relative à l'hostilité importante manifestée à l'encontre de la population Rom dans son pays d'origine. Le juge des référés considéra d'une part que le refus de visa en raison de la sauvegarde de l'ordre public n'est manifestement pas mal fondé malgré sa « vulnérabilité au moment des faits »⁶², et d'autre part que « le moyen tiré des risques auxquels serait exposé le requérant en Bosnie-Herzégovine en raison de son appartenance à la communauté rom, moyen dépourvu de toute précision, n'est pas davantage de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision »⁶³ : partant, bien que reconnaissant partiellement la vulnérabilité du requérant (au moins initiale), il rejette sa situation de vulnérabilité en tant que membre d'une communauté pourtant largement discriminée. En cela le Conseil d'État ne rejoint pas réellement la position de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a plutôt une tendance protectrice vis-à-vis des ressortissants Rom. Pourtant, plusieurs précisions sont à faire : tout d'abord, la « vulnérabilité » au moment des faits lui ayant valu une condamnation d'un an de prison avec sept mois de sursis n'est pas précisée, alors qu'elle est reconnue par le Conseil d'État. Ensuite, la vulnérabilité incidente à l'appartenance à la communauté Rom est rejetée par le Conseil d'État non en tant que telle, mais parce que le juge des référés considère que le moyen n'est pas précisé. Cependant la situation particulière des Roms est largement mise en évidence par la Cour européenne des droits de l'Homme, ce qui aurait pu donner un argument en faveur du plaignant. Enfin, la question tiendrait à la prise en compte particulière du cas du requérant : devant le constat de l'insuffisance du moyen soulevé, s'agit-il pour le Conseil d'État d'appréhender la situation de vulnérabilité d'un individu avant toute considération groupale, ou d'éviter de qualifier le groupe Rom de « vulnérable » par essence afin d'éviter des demandes à répétition de visa sur ce simple motif ? Il y a là tout le nœud de l'appréciation de la vulnérabilité non par le prisme du groupe ou de la catégorie, mais par celui de la situation. Cependant, dans cette hypothèse, il semblerait plus logique de mettre en œuvre une analyse plus poussée de la situation particulière de l'individu concerné.

62 Conseil d'État, référé, 27 octobre 2006, requête n° 297975.

63 *Idem.*

B. Le rôle majeur des cours européennes en matière de développement de la prise en compte des situations de vulnérabilité

L'Union européenne n'est pas non plus indifférente à la protection des personnes vulnérables, et a plus particulièrement cherché à protéger les consommateurs vulnérables « en raison d'une infirmité mentale, physique ou psychologique, de leur âge ou de leur crédulité, d'une façon que le professionnel puisse raisonnablement prévoir »⁶⁴, les enfants⁶⁵, les personnes âgées⁶⁶, les patients hospitalisés⁶⁷, « clients vulnérables »⁶⁸ ou encore la situation de vulnérabilité⁶⁹ et les groupes de consommateurs vulnérables⁷⁰. À l'instar de la perception française de la vulnérabilité, l'Union européenne protège ainsi des *catégories de personnes vulnérables*, mais évolue progressivement vers une prise en compte de la *situation de vulnérabilité*.

La Cour européenne des droits de l'Homme endosse un rôle majeur, pour ne pas dire central, dans la protection des droits de l'Homme en Europe. Ce rôle majeur lui permet de sanctionner un État partie qui contreviendrait aux droits contenus dans la Convention. Bien qu'elle confère une certaine marge d'appréciation aux États parties, il est indéniable qu'elle poursuit un objectif d'uniformisation des droits et libertés contenus dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

La Cour, dont l'existence est prévue au sein même de la Convention⁷¹, est ainsi considérée comme une juridiction singulière, car « elle est la seule à offrir un contrôle juridictionnel spécifique du respect des droits de l'homme »⁷². Depuis l'entrée en vigueur du onzième protocole le 1^{er} juin 2010, en dehors de l'épuisement des voies de recours en droit national, n'importe quel individu, organisation non gouvernementale, groupe de particuliers ou État partie peut saisir directement la Cour quand ils considèrent qu'un État membre déroge aux stipulations de la Convention, dans un délai de six mois à partir de la décision nationale définitive, à condition que la question n'ait pas déjà été examinée par la Cour et sous réserve que le préjudice subit soit suffisamment important.

64 Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, §34.

65 V. par exemple la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, la directive 2009/48/CE du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, la directive 2014/81/UE du 23 juin 2014 relative à la sécurité des jouets en ce qui concerne le bisphénol A, la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, la directive 2005/84/CE du 14 décembre 2005 modifiant pour la vingt-deuxième fois la directive 76/769/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses, la directive 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, et la directive 2000/69/CE du 16 novembre 2000 concernant les valeurs limites pour le benzène et le monoxyde de carbone dans l'air ambiant.

66 V. par exemple la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001, *op. cit.*, §8.

67 V. par exemple la directive 2000/69/CE du 16 novembre 2000, *op. cit.*, §8.

68 Affaire C-236/18 GRDF SA contre Eni Gas & Power France SA, Direct énergie, Commission de régulation de l'énergie conclusions de l'avocat général.

69 V. par exemple la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, *op. cit.*, §25-26.

70 V. par exemple la directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

71 Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, titre 2, plus spéc. article 19.

72 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e édition, PUF, collection droit fondamental, Paris, 2011, p. 703.

Or, l'atteinte présumée aux droits contenus dans la Convention peut provenir *d'une action positive comme d'une abstention* de l'État : en matière de situation de vulnérabilité, ce point sera particulièrement important puisque la Cour sanctionne non seulement les situations de vulnérabilités créées directement par l'État, mais aussi celles résultant de son abstention⁷³.

La Cour est devenue, en quelques décennies, le principal organe de protection des personnes dans une situation de vulnérabilité⁷⁴. Cette protection offerte par la Cour ne s'est pas étendue exclusivement aux catégories d'ores et déjà visées par les différents droits nationaux, mais est venue englober des *situations* en les qualifiant de situations de vulnérabilité. La construction de cette nouvelle conception a été permise grâce à l'adoption d'une approche extra-catégorielle par la Cour nécessitant une adaptation du contrôle exercé en présence de *situations de vulnérabilité*.

Elle adopte parfois, mais non exclusivement un positionnement extra-catégoriel dans son analyse de la vulnérabilité : plutôt que de se cantonner à une vision classique de celle-ci, elle utilise aussi la *situation de vulnérabilité* dans le cadre de son office et ce de façon exponentielle.

Depuis le début des années 1990, la Cour, en s'appropriant la situation de vulnérabilité, en est devenue le protecteur par essence, en s'exonérant progressivement de la *catégorisation* pour se focaliser sur la *situation* : en délaissant l'individu au profit de l'individu *situé*, elle a construit une perception moderne et réaliste de la vulnérabilité. En effet, la perception catégorielle étant par nature excluante, elle souffre d'insuffisances structurelles qui sont résolues par la perception situationnelle : en élargissant la protection qu'elle offre aux personnes dans une situation de vulnérabilité, la Cour évite ainsi leur exclusion.

Cette construction provient tant d'une volonté marquée de la Cour de s'emparer de la vulnérabilité que de la nature de son office puisqu'elle fait une appréciation *in concreto* des violations alléguées. En raison du pragmatisme de ce dernier, elle met en évidence la *situation de vulnérabilité*. En effet, l'examen concret auquel elle se livre lui a permis de se saisir de la vulnérabilité dans une perspective situationnelle, l'amenant à la révéler. Par ailleurs, cette révélation naturelle a eu pour conséquence un enrichissement du champ de la vulnérabilité développé par la Cour, mettant en exergue des *situations* relevant purement de l'extrinsèque.

Que ce soit au travers d'espèces quasi uniques, comme l'affaire du journaliste ukrainien ou par le biais de contentieux récurrents, comme celui de la protection des personnes sous le contrôle exclusif de l'État, la constatation de situations de vulnérabilité est devenue courante pour la Cour. Par ce biais, elle a non seulement développé le champ de la vulnérabilité, mais elle l'a aussi dotée d'un régime juridique. Ce faisant, la Cour lui a donné une consistance, une densité sans précédent. Si on remonte le temps de quelques décennies jusqu'aux années 1980, la vulnérabilité n'est qu'une

73 Cette abstention étatique peut par exemple provenir d'un défaut effectif de protection d'un droit.

74 Ce constat se fonde sur l'analyse effectuée par nos soins de la jurisprudence de la Cour. Au total, nous avons retenu pour cette étude environ quatre cents arrêts, sélectionnés en fonction du critère de la mention explicite de la vulnérabilité dans les motivations de la Cour (nous avons ainsi exclu les arrêts qui reprenaient dans l'exposé des faits et de la procédure les mots « vulnérabilité » et « vulnérable (s) » au seul titre du rappel par la Cour de l'état du droit national de l'État incriminé).

assertion que l'on rattache à certaines catégories dont on considère intuitivement qu'elles méritent une protection supplémentaire. En mettant en évidence la situation de vulnérabilité telle qu'elle a été développée depuis, la Cour a donné à la notion de vulnérabilité tout son sens et toute son ampleur.

Elle aurait cependant pu se contenter de relever les situations de vulnérabilité sans aller plus loin : après tout, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales n'en faisant pas mention, rien n'obligeait la Cour à le faire. Or, c'est la position contraire qui a été adoptée : en adaptant son régime aux situations de vulnérabilité, la Cour en fait un élément de contrôle fort, un outil précieux lui permettant de sanctionner les États.

En cela, la protection des personnes placées dans une situation de vulnérabilité devient un objectif primordial de la Cour. En effet, au-delà de la dimension juridique donnée à la situation de vulnérabilité, c'est aussi tout un symbole qui est érigé : la Cour, défenseur suprême des droits des individus *ne pouvait pas* s'abstenir de protéger les personnes placées dans une telle situation. Le contraire reviendrait en effet à une autolimitation impropre et non compatible avec les objectifs de la Cour qui sont, au sens de l'article 19 de la Convention, « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles ».

La situation de vulnérabilité n'est cependant pas la seule perception adoptée par la Cour, pas plus d'ailleurs que par les juges nationaux : en effet, quand bien même la situation de vulnérabilité est dorénavant connue et reconnue, la perception catégorielle de la vulnérabilité est maintenue. Ce maintien a ainsi pour conséquence une coexistence entre les différentes analyses de la vulnérabilité.

La Cour européenne des droits de l'Homme est ainsi le vecteur principal d'une analyse situationnelle de la vulnérabilité. Pour autant, au-delà des limites inhérentes à son fonctionnement même, cette analyse situationnelle n'est pas exclusive. En effet, il existe une persistance de l'utilisation de l'analyse catégorielle en matière de vulnérabilité par la Cour : non seulement elle reprend les critères « classiques » de la vulnérabilité catégorielle, mais en plus mets en œuvre une nouvelle perception de celle-ci au travers des *groupes vulnérables*. Or, cette dualité d'analyse de la vulnérabilité, à la fois catégorielle, groupale et situationnelle, est particulièrement évidente en droit national. En effet, l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les Cours nationales est indéniable, particulièrement sur les deux cours suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation). En tant qu'interprète de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi un rôle déterminant par le biais de sa jurisprudence sur les Cours nationales. Cependant, au-delà d'une rigueur juridique imposée par la Constitution, les cours nationales (et notamment les Cours suprêmes) sont plus ou moins sensibles à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : la double (voire triple) perspective opérée par la Cour amène en droit national à une sorte d'incertitude quant à la notion de vulnérabilité : en effet, le maintien d'une grille d'analyse à plusieurs niveaux, au lieu d'élargir le champ de la vulnérabilité, a plutôt tendance à ajouter à l'incertitude que fait nécessairement naître des points de vue finalement

diamétralement opposés. Aussi, le « travail d'équipe » qui est censé être mis en place par la collaboration entre les différentes cours nationales et la Cour européenne des droits de l'Homme est-il quelque peu remis en question par l'absence de positionnement clair, tant en droit national qu'en droit de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'Homme, à côté d'une analyse situationnelle de la vulnérabilité maintient et entérine parallèlement une analyse catégorielle : même si elle accepte l'évaluation de la vulnérabilité en tant que phénomène situationnel, elle ne remet pas en question la notion de vulnérabilité en raison de l'appartenance à une catégorie pré-déterminée ou non. Dans l'affaire *Lambert & autres c. France*, la Cour rappelle ainsi qu' : « une attention particulière a été accordée à des facteurs de vulnérabilité, tels que l'âge, le sexe ou le handicap, propres à empêcher certaines victimes de soumettre leur cause à la Cour, compte dûment tenu par ailleurs des liens entre la victime et la personne auteur de la requête »⁷⁵. Même si la Cour élargit la notion de vulnérabilité catégorielle (en prenant notamment en compte le sexe, ce qui n'est pas le cas en droit national), elle reste cependant sur une reprise classique des critères de vulnérabilité intrinsèque. La Cour confirme ainsi le positionnement traditionnel vis-à-vis de la vulnérabilité au travers de la reprise des catégories classiques. Cependant, en parallèle des catégories classiques ciblées en droit, elle crée de nouvelles catégories qu'elle nomme « groupes vulnérables », sortes d'hybrides entre la catégorie traditionnelle et la situation pure. Or, ces « groupes vulnérables » ne sont, selon nous, que la transposition d'une *situation* systématiquement considérée comme relevant de la situation de vulnérabilité.

La vulnérabilité est ainsi conçue en droit national en fonction de deux principaux axes : le premier, qui trouve sa source dans le droit positif, est lié à une perception catégorielle de celle-ci. Le second, dont l'inspiration est largement influencée par la Cour européenne des droits de l'Homme, l'analyse comme pouvant être situationnelle.

Cependant, la persistance en droit positif d'une vision de la vulnérabilité en raison de l'appartenance à une ou plusieurs catégories prédéterminées empêche le juge national de réellement se saisir de la *situation de vulnérabilité*. Il semble, de ce point de vue, que l'on assiste actuellement à une phase transitoire dans la perception de la vulnérabilité : longtemps assimilée à la faiblesse, elle est progressivement analysée en fonction d'un contexte, pour, peut-être dans le futur, devenir exclusivement situationnelle.

⁷⁵ CEDH, 5 juin 2015, *Lambert & autres c. France*, requête n° 46043/14, §92 ; obs. F. SUDRE, *JCP G*, 22 juin 2015, p. 1210, L. CIMAR, *Rev. des droits et libertés fondamentaux*, 22 juin 2015, I. CORPART, *RJPF*, 1^{er} juillet 2015, p. 20-21, F. SUDRE, *JCP G*, 6 juillet 2015, p. 1331-1335, J.-G. MAHINGA, *LPA*, 9 juillet 2015, p. 7-10, F. VIALLA, *D.*, 30 juillet 2015, p. 1625-1630.

**LA PROTECTION DES PERSONNES
EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ EN ESPAGNE
UNE ÉTUDE STATISTIQUE SUR LA JURISPRUDENCE
DU *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL* (2000-2019)**

Marco BERARDI¹

Notion difficile à définir², la vulnérabilité est fréquemment décrite comme une situation ou un « état spécial »³ qui entraîne l'exposition à un danger ou un risque déterminé. Parfois elle caractérise la situation d'un sujet de manière « structurelle », d'autre fois elle se manifeste de façon « conjoncturelle », en fonction du contexte spécifique auquel elle est associée. Face à l'hétérogénéité de ces situations, l'efficacité d'un système de justice constitutionnelle dépend aussi de sa capacité à saisir les « situations normatives »⁴ spécifiques dans le cadre desquelles la vulnérabilité peut se matérialiser. Ainsi, l'intérêt d'une étude concernant le contrôle de constitutionnalité par voie incidente en Espagne découle notamment de la coexistence de ce mécanisme avec le *recurso de amparo*, un moyen de contrôle qui, en raison de sa structure, serait plus apte à s'emparer des nuances plus « concrètes » de la vulnérabilité⁵. Dès lors, à partir d'une analyse statistique des décisions rendues dans la période 2000-2019 à l'occasion d'une *cuestión de inconstitucionalidad*, cette recherche vise à offrir un panorama transversal de la jurisprudence du *Tribunal constitucional* concernant la protection des droits des personnes en situation de vulnérabilité.

¹ ATER en droit public, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

² À propos de la définition du terme « vulnérabilité », nous renvoyons à la contribution de G. LICHARDOS contenue dans cet ouvrage.

³ Dans l'une des rares références (STC 41/2010 du 22 juillet), le TC décrit la vulnérabilité particulière comme « *situation* ou état spécial dans laquelle se trouve la victime, réduisant ses possibilités de défense, dont l'auteur du délit peut se servir pour parvenir à ses fins ».

⁴ Cette expression est utilisée par Antonio RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milan, Giuffrè, 1988.

⁵ En effet, le recours d'*amparo* reconnaît aux particuliers le droit de former un recours direct devant le *Tribunal constitucional* contre les actes – ou même les omissions – des pouvoirs publics qu'ils estiment avoir porté atteinte à leurs droits fondamentaux. Bien que les actes ayant force de loi soient exclus du champ d'application de l'*amparo*, ce dernier soumet au contrôle de constitutionnalité des actes ayant une portée individuelle telles que les décisions de justice. À ce titre, l'attention des juges constitutionnels serait plus axée sur les circonstances du cas concret. La place donnée au justiciable par l'*amparo* est d'autant plus significative si nous considérons que la *cuestión de inconstitucionalidad* réserve au seul juge ordinaire le pouvoir de saisine, qui peut donc avoir lieu même contre la volonté des parties du procès *a quo*. Par ailleurs, la définition classique de la *cuestión de inconstitucionalidad* en tant que contrôle de constitutionnalité « concret » a été contestée par certains auteurs, qui considèrent que les circonstances du procès *a quo* ne sont prises en compte par le *Tribunal constitucional* que dans le cadre de l'examen de recevabilité (P. BON, « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 2, 1997, cité dans : I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, « La juridiction constitutionnelle en Espagne : un système intégral de justice constitutionnelle ? », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI, C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, coll. « Confluence des droits », UMR 7318 DICE, 2017, p. 367-368).

En partant des difficultés posées par la définition même de la notion de « vulnérabilité », des prémisses sont nécessaires.

Tout d'abord, il est opportun de considérer que lorsque le juge constitutionnel est appelé à se prononcer sur la violation d'un droit, celle-ci comporte implicitement une potentielle « vulnérabilité » des sujets concernés, *a fortiori* dans le cadre d'une procédure qui trouve son origine dans un cas concret. Par ailleurs, la langue espagnole maintient la racine étymologique de cette corrélation, traduisant le terme « violation » avec « *vulneración* ». Dès lors, il est plus précis de concevoir cette étude comme focalisée sur la protection des droits de personnes ou de groupes atteints par une vulnérabilité « particulière » ou « spéciale ». Cette vision a été déjà adoptée par la doctrine espagnole, qui rappelle que « *toda las personas son vulnerables* » et que lorsqu'un texte normatif national ou européen confère à un groupe de personnes une protection particulière, nous devrions plutôt parler d'une « *especial vulnerabilidad* »⁶. Une telle approche est confirmée aussi par la loi espagnole et, dans un certain sens, par la jurisprudence du *Tribunal constitucional*, car nous y retrouvons des références aux *grupos* ou *colectivos especialmente vulnerables*.

Du point de vue méthodologique, la jurisprudence en matière de groupes vulnérables peut être analysée de deux manières. La première, qui correspond à l'approche générale de cette recherche, se focalise sur la portion de jurisprudence concernant les six catégories de sujets que nous avons *ex ante* qualifiés de vulnérables, à savoir les détenus, les étrangers, les gens du voyage, les travailleurs précaires ou sans emploi, les mineurs et les personnes atteintes par un handicap ou des troubles psychiques. La deuxième effectue l'opération de catégorisation seulement à l'issue d'une étude juridiquement située, sur la base des cas à l'occasion desquels la jurisprudence associe une situation de vulnérabilité particulière à un groupe de sujets déterminé. Cette dernière approche sera utilisée afin de mieux contextualiser l'impact de la jurisprudence constitutionnelle espagnole sur les six catégories prises en considération et de constater d'éventuelles asymétries catégorielles, aussi à travers une comparaison avec d'autres modes de contrôle de constitutionnalité.

Ainsi, dans un premier temps, il s'agira d'offrir un panorama des décisions, en matière de contrôle de constitutionnalité par voie incidente, concernant les six catégories de sujets vulnérables considérées (I). Les décisions ont été classées en suivant deux critères : leur nature (arrêt ou ordonnance) et leur portée, « directe » ou « indirecte », sur les droits de chaque catégorie. Ce dernier critère a été adopté afin de systématiser les décisions de façon plus cohérente et d'éviter une surestimation des résultats qui, en effet, montrent que très peu de questions de constitutionnalité ont une portée directe sur les droits des catégories étudiées.

Dans un deuxième temps, l'objectif est d'observer les occasions lors desquelles le *Tribunal constitucional* emploie, de manière explicite, la notion de vulnérabilité, même au-delà des catégories de sujets pris en compte et du contrôle de constitutionnalité par voie incidente (II). Ainsi, outre la

⁶ E. CARMONA CUENCA, « La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español », *Teoria & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, n. 9, 2011, p. 104.

cuestión de constitucionalidad, l'analyse s'étendra aussi au *recurso de amparo* et le *recurso de inconstitucionalidad*. De ce point de vue, l'utilisation de la notion de vulnérabilité par le Tribunal s'avère être souvent « provoquée » par les définitions contenues dans les normes législatives, visant principalement à identifier des groupes sensibles nécessitant d'une protection accrue⁷. De plus, les résultats font émerger certaines asymétries entre les catégories de sujets vulnérables effectivement concernées par la jurisprudence constitutionnelle espagnole et celles prises en compte dans cette recherche.

Enfin, l'étude propose une sélection bibliographique afin d'apprécier comment le sujet de la protection des groupes vulnérables a été abordé jusqu'à présent par la doctrine espagnole (III). Ce bilan nous permet notamment de constater que les références à la jurisprudence du *Tribunal constitucional* sont très rares.

I. Analyse statistique des décisions rendues en matière de *cuestión de inconstitucionalidad*

Après une analyse transversale fondée sur la nature et la portée des décisions sélectionnées (A), ces dernières seront examinées en fonction de la catégorie de sujets vulnérables concernée (B).

A. Bilan statistique transversal de la jurisprudence

Notre attention sera focalisée d'abord sur l'ensemble des décisions sélectionnées (1), puis seulement sur les arrêts ayant une portée plus directe sur les droits des six catégories étudiées (2).

1. Analyse de l'ensemble des décisions sélectionnées

Nous avons sélectionné 90 décisions au total (51 arrêts⁸ et 39 ordonnances⁹). Cela constitue 5 % de toutes les questions tranchées par le Tribunal dans la période 2000-2019¹⁰. L'enquête s'étend aux ordonnances afin de mieux quantifier la masse d'affaires soumises à l'examen du *Tribunal constitucional* et d'évaluer l'impact du « filtrage » que celui-ci effectue à travers des décisions d'irrecevabilité.

⁷ De ce point de vue, la loi associe la vulnérabilité à un « risque » particulier, ou encore à des « besoins spéciaux » comportant la nécessité d'un « traitement différencié » (A. M. OVEJERO PUENTE, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, coll. « Cahiers européens », n. 7, Paris, Pedone, 2014, p. 151-171).

⁸ SSTC 99/2019 du 18 juillet ; 64/2019 du 09 mai ; 77/2018 du 05 juillet ; 41/2017 du 24 avril ; 135/2016 du 18 juillet ; 123/2016 du 23 juin ; 71/2016 du 14 avril ; 110/2015 du 28 mai ; 156/2014 du 25 septembre ; 51/2014 du 07 avril ; 61/2013 du 14 mars ; 191/2012 du 29 octobre ; 185/2012 du 17 octobre ; 181/2012 du 15 octobre ; 171/2012 du 04 octobre ; 160/2012 du 20 septembre ; 146/2012 du 05 juillet ; 205/2011 du 15 décembre ; 152/2011 du 29 septembre ; 75/2011 du 19 mai ; 132 et 131/2010 du 02 décembre ; 119,118,117,116 et 115/2010 du 24 novembre ; 86,85,84,83,82 et 81/2010 du 03 novembre ; 80 et 79/2010 du 26 octobre ; 60/2010 du 07 octobre ; 128/2009 du 01 juin ; 140 et 139/2008 du 28 octobre ; 100/2006 du 30 mars ; 52/2006 du 16 février ; 273/2005 du 27 octobre ; 213/2005 du 21 juillet ; 156/2005 du 09 juin ; 138/2005 du 26 mai ; 253/2004 du 22 décembre ; 78/2004 du 29 avril ; 53/2004 du 15 avril ; 197/2003 du 30 octobre. Parmi les arrêts recueillis, nous retrouvons aussi deux questions internes de constitutionnalité : SSTC 91/2019 du 03 juillet et 200/2001 du 04 octobre.

⁹ AATC 3/2018 du 23 janvier ; 65/2017 du 25 avril ; 43/2017 du 28 février ; 187 et 186/2016 du 15 novembre ; 14 et 11/2016 du 19 janvier ; 180/2015 du 03 novembre ; 301/2014 du 16 décembre ; 152/2014 du 27 mai ; 35/2013 du 12 février ; 152/2011 du 07 novembre ; 54/2010 du 19 mai ; 186/2009 du 16 juin ; 33,31 et 30/2009 du 27 janvier ; 306/2008 du 07 octobre ; 202 et 201/2008 du 03 juillet ; 467/2007 du 17 décembre ; 457,455 et 454/2007 du 12 décembre ; 409/2007 du 06 novembre ; 200/2007 du 27 mars ; 263/2006 du 04 juillet ; 188/2006 du 06 juin ; 164/2006 du 09 mai ; 132/2006 du 04 avril ; 56/2006 du 15 février ; 432/2005 du 13 décembre ; 350/2005 du 27 septembre ; 275/2005 du 22 juin ; 95/2004 du 23 mars ; 367/2003 du 13 novembre ; 191/2003 du 04 juin ; 100/2003 du 25 mars ; 194/2001 du 4 juillet

¹⁰ Soit 520 arrêts et 1186 ordonnances d'irrecevabilité. Les données ont été élaborées à partir des statistiques disponibles sur le site du *Tribunal Constitucional* <https://www.tribunalconstitucional.es/fr/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx>

Afin d'évaluer l'efficacité du contrôle par voie incidente, cette statistique devrait donc se lire en combiné avec celle concernant l'issu des décisions, en mettant en rapport les affaires en entrée et les questions qui entraînent une déclaration d'inconstitutionnalité. Considérant que dans certains cas plusieurs affaires (*asuntos*) ont été regroupées dans la même question de constitutionnalité, le nombre total des affaires en entrée est de 103. Enfin, parmi les arrêts répertoriés, deux tranchent des *questions internes de constitutionnalité*.

Le deuxième critère de classification fait référence à l'impact de la décision sur les droits des catégories de sujets vulnérables prises en considération. Nous avons classifié ces décisions comme ayant une portée directe lorsque la question soulevée affecte de manière plus immédiate l'exercice d'un droit du sujet concerné (une personne détenue, une personne atteinte d'un trouble psychique etc.), alors que nous n'avons retenu qu'une portée indirecte lorsque la question affecte les catégories étudiées mais intéresse principalement un autre sujet. À titre d'exemple, à propos des mineurs, les questions relatives à la discrimination en matière de filiation ont été considérées comme ayant une portée directe¹¹, tandis que celles concernant l'éloignement obligatoire du conjoint auteur de délits de violence domestique ont été considérées comme ayant une portée indirecte¹². Sur les 90 décisions répertoriées, 56 ont un impact plus immédiat sur l'exercice d'un droit de l'une des catégories de sujets étudiées.

Concernant les sujets vulnérables affectés par ces décisions, nous remarquons une forte disproportion entre les différentes catégories. Si la plupart des décisions concernent les personnes sans emploi, les travailleurs précaires et les mineurs, nous retrouvons très peu d'arrêts à propos des détenus et des personnes atteintes par un handicap et, finalement, aucun arrêt à propos des étrangers¹³ et des gens du voyage.

En outre, il est intéressant d'observer qu'une décision sur cinq environ affecte plusieurs catégories de sujets vulnérables. Par exemple, une décision à propos de la constitutionnalité d'une norme limitant la possibilité de suspendre ou de modifier la peine d'emprisonnement de mineurs ayant été condamnés pour avoir commis des délits sanctionnés avec une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans¹⁴, concerne en même temps la catégorie des mineurs et des détenus. Nous retrouvons ainsi 19 décisions ayant une portée pluri-catégorielle, exactement 11 arrêts et 8 ordonnances.

Cette proportion est encore plus importante si nous considérons d'autres situations, que nous pourrions qualifier de vulnérables, pour définir des catégories qui ne sont pas comprises dans cette étude. Par exemple, les questions à propos de l'indemnité chômage pour les majeurs de 52 ans intéressent au même titre la catégorie des personnes sans emploi et celle des personnes âgées¹⁵. Nous pouvons aussi évoquer les questions à propos du calcul du montant de l'allocation-chômage de personnes ayant opté pendant plusieurs années pour la réduction du temps de travail afin d'assurer

11 Voir STC 171/212 du 4 octobre.

12 Voir STC 60/2010 du 7 octobre.

13 Cette catégorie est concernée par 10 ordonnances seulement.

14 Voir STC 160/2012 du 20 septembre.

15 Voir STC 53/2004 du 15 avril.

la garde de leur enfant¹⁶. En plusieurs occasions, les juridictions *a quo* ont considérées que ces normes comportaient une discrimination indirecte sur la base du sexe, se fondant aussi sur des statistiques sociologiques qui montrent que le titulaire d'un contrat à temps partiel est, huit fois sur dix, une femme. Ces questions font émerger des vulnérabilités « plurielles » affectant les travailleurs précaires ainsi que les femmes sur le marché de travail et, indirectement, les mineurs.

Continuant l'analyse des décisions recueillies, le Tribunal a presque toujours tranché les questions en session plénière¹⁷. En général, le contrôle de constitutionnalité par voie incidente comporte une forte participation du juge du fond. En effet, la majorité des questions ont été introduites par un *Juzgado* (certains compétents en matières spécifiques tels que le *Juzgado de Violencia sobre la Mujer* et le *Juzgado de Menores*)¹⁸, alors que le *Tribunal Supremo* est le juge *a quo* à l'occasion de deux questions seulement. La plupart des questions trouvent leur origine dans une juridiction *a quo* compétente en matière civile ou pénale. Cependant, nous remarquons une certaine correspondance entre la catégorie considérée et la juridiction qui soulève la question : chaque catégorie de sujets vulnérables étudiée est donc souvent liée à une typologie particulière de procès *a quo*. Par exemple, 80 % des questions relatives à la catégorie des travailleurs ont été soulevées par des juridictions compétentes en matière de droit social. La seule exception est la catégorie de mineurs, dont les questions choisies ont été introduites par des juridictions variées : pénale, civile, administrative ainsi que constitutionnelle (dans le cadre de la seule *question interne de constitutionnalité* s'inscrivant dans cette catégorie).

Du point de vue géographique, bien que la majorité des questions soit soulevée par des juridictions appartenant à la *Cataluna* (21), à la *Comunidad Valenciana* (10) et au territoire de *Madrid* (12), les juges à quo dans les questions sélectionnées représentent la quasi-totalité des Communautés Autonomiques espagnoles¹⁹.

La durée de la procédure est, en moyenne, de 4 ans environ (1 583 jours)²⁰. Sur les 90 décisions, des opinions dissidentes ou concurrentes (*votos particulares*) ont été formulées 21 fois.

Sur la totalité des décisions, nous constatons l'existence d'une forte barrière s'interposant entre l'introduction d'une question et une déclaration d'inconstitutionnalité. 45 questions ont été déclarées irrecevables par ordonnance (*Auto*) et, même quand le *Tribunal constitucional* statue sur le fond, en 27 occasions il le fait à travers un arrêt de rejet. Nous avons sélectionné 16 déclarations d'inconstitutionnalité au total.

Après cette analyse globale fondée sur une sélection suivant des critères à mailles plus larges, nous pouvons focaliser l'attention sur les seuls arrêts ayant une portée plus directe sur l'exercice des droits des catégories de personnes vulnérables étudiées, remarquant une jurisprudence assez pauvre.

16 Voir, à titre d'exemple, ATC 432/2005 du 13 décembre.

17 Des 90 décisions, 84 ont été adoptées par le *Pleno*, 4 par la *Sala Primera* et 2 par la *Sala Segunda*.

18 Deux questions ont été soulevées par le *Juzgado de Violencia sobre la Mujer* et cinq par le *Juzgado de Menores*.

19 Nous reportons le nombre de questions réparties par territoire : *Cataluna* (21), *Valencia* (10), *Madrid* (12), *Castilla-La Mancha* (7), *Galicia* (7), *Castilla-Leon* (6), *Pais Vasco* (6), *Aragon* (4), *Asturias* (4), *Canarias* (4), *Andalusia* (3), *Extremadura* (2), *Navarra* (2), *La Rioja* (1), *Islas Baleares* (1).

20 Afin d'éviter une sous-estimation, seules les questions tranchées par un arrêt ont été prises en compte.

2. *Analyse des arrêts ayant une portée directe sur les catégories de sujets étudiées*

Considérant uniquement les arrêts ayant une portée directe sur les droits des personnes en situation de vulnérabilité, nous limitons le champ d'analyse à 21 arrêts seulement. Cependant, ce chiffre serait destiné à se rétrécir ultérieurement en adoptant des critères de sélection plus stricts : en effet, certains arrêts concernent la même question posée en des termes similaires ou identiques ou, encore, d'autres ont été sélectionnés en appréhendant la catégorie de sujets étudiée de manière extensive.

À cet égard, nous ne remarquons pas des variations significatives à propos de certaines des statistiques²¹, même s'il importe de constater que, une fois sur deux, les questions sont introduites par une juridiction compétente en matière de droit social²². Ce résultat est la conséquence du fait que la majorité des arrêts concerne la catégorie des personnes sans emploi et des travailleurs précaires, qui est, dans ce cadre, la plus nettement représentée. Le sujet le plus fréquent de ces questions est la discrimination entre travailleur à temps plein et à temps partiel, notamment dans le cadre de la détermination du montant des allocations-chômage et, en général, des droits de protection sociale garantis par l'*Instituto Nacional de Seguridad Social*.

En cinq occasions les arrêts à propos des travailleurs précaires affectent une autre catégorie de manière indirecte. Six arrêts concernent les mineurs, alors qu'un arrêt affecte au même titre les catégories des détenus et des mineurs. Seulement deux arrêts portent sur les personnes atteintes par un handicap. Nous n'avons sélectionné aucun arrêt à propos des étrangers et des gens du voyage.

Ces résultats confirment une représentation non uniforme de chaque catégorie, un constat qui était déjà perceptible en analysant les statistiques globales. De plus, nous signalons encore une fois un impact considérable des décisions ayant une portée pluri-catégorielle (presque un arrêt sur trois).

À propos de l'issue de chaque question, l'exclusion des ordonnances – et donc de la barrière de l'irrecevabilité – augmente la proportion des déclarations d'inconstitutionnalité sur l'ensemble des arrêts ayant une portée directe. Dans quasiment un cas sur deux la question entraîne l'inconstitutionnalité de la norme attaquée.

Après une étude des statistiques fondée sur la nature et la portée des décisions nous proposons, de manière complémentaire, d'effectuer une analyse répartie en fonction de la catégorie de sujets vulnérables concernée.

21 Les décisions sont presque toujours adoptées par le *Pleno* (19 arrêts) et le juge *a quo* est souvent un *juzgado* (9 arrêts) ou un Tribunal Supérieur de Justice (8 arrêts). La durée moyenne d'une question est de 1791 jours (presque 200 jours de plus que dans les statistiques générales) et les arrêts comportent une opinion dissidente ou concurrente en cinq occasions.

22 La juridiction *a quo* a compétence en matière sociale en 11 arrêts, en matière civile en 5 arrêts, en matière pénale en 3 arrêts et en matière constitutionnelle en 2 arrêts (questions internes de constitutionnalité).

B. Analyse par catégories de sujets en situation de vulnérabilité

En adoptant ces critères analytiques, l'hétérogénéité des résultats émergés sur le plan quantitatif (nombre de décisions relatives à chaque catégorie de sujets vulnérables) est confirmée aussi sur le plan qualitatif (nature et portée de la décision et sujet de la question).

1. Personnes détenues²³

La catégorie des détenus est affectée par 12 décisions (5 arrêts et 7 ordonnances). Dans la majorité des cas (8 décisions), les questions ont une portée pluri-catégorielle. Il s'agit pour la plupart d'ordonnances qui affectent de manière indirecte la catégorie des étrangers (mesure d'expulsion décrétée en substitution de la peine de détention)²⁴ et les mineurs (responsabilité pénale des mineurs et modalités d'exécution de la peine)²⁵, ou des arrêts concernant principalement le droit à l'allocation-chômage des ex-détenus²⁶. Nous avons sélectionné un seul arrêt ayant une portée directe sur l'exercice des droits des personnes détenues (en l'occurrence un mineur)²⁷. Principalement, les normes attaquées appartiennent au code pénal ou de procédure pénale, ou à la *Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Les paramètres de constitutionnalité invoqués le plus fréquemment dans ces questions sont le principe d'égalité (art. 14 CE), le principe de légalité en matière pénale (art. 25.1 CE), la fonction de réinsertion de la peine (art. 25.2 CE) et la protection juridictionnelle des droits (art. 24.1 CE). Une décision seulement a entraîné une déclaration d'inconstitutionnalité.

2. Étrangers²⁸

À propos de la catégorie des étrangers, nous n'avons sélectionné que des ordonnances. Par conséquent, aucune des questions introduites n'a surmonté la barrière de l'irrecevabilité. Ces ordonnances présentent un degré mineur de portée pluri-catégorielle, deux seulement se réfèrent aussi à la catégorie des personnes détenues. Hormis une question portant sur le droit d'agir des étrangers dans le cadre de l'action populaire²⁹, ces questions affectent, pour la plupart, les personnes étrangères résidant illégalement en Espagne, notamment la constitutionnalité des normes dictant les

23 Nous avons exclu une série d'arrêts du TC : SSTC 185/2014 du 6 novembre ; 203 et 206/2014 du 15 décembre ; 3 et 4/2015 du 19 janvier. Les arrêts en question concernent l'interprétation du délit de vol réitéré prévu à l'article 623.1 du code pénal espagnol (la norme censurée, notamment sous le profil de l'appréciation de l'élément de la réitération), et non pas la condition de détenu. Toutefois, le vol réitéré est sanctionné par la peine de détention sans la possibilité, pour le juge, d'opter pour l'alternative de la peine d'amende (comme le vol simple), comportant une conséquence considérable sur la position de la personne ayant commis le délit. Pourtant, considérant que, notamment dans le cas des arrêts SSTC 185/2014 et 203/2014, les faits à la base des questions soulevées concernaient des personnes demandant, sans succès, l'application d'une peine alternative (l'assignation à résidence), s'agissant respectivement d'une femme avec trois enfants et une femme avec un enfant malade), nous pourrions citer cette série exclusivement sous le prisme des aspects secondaires de « vulnérabilités concrètes » qui se « volatilisent » dans le cadre de cette modalité de contrôle de constitutionnalité.

24 Voir AATC 132/2006 du 4 avril, 467/2007 du 17 décembre et 180/2015 du 3 novembre.

25 Voir SSTC 160/2012 du 20 septembre et 146/2012 du 5 juillet.

26 Voir SSTC 123/2016 du 23 juin et 135/2016 du 18 juillet.

27 Voir STC 160/2012 du 20 septembre.

28 Nous signalons une question interne d'inconstitutionnalité non comprise dans la sélection (STC 58/2016 du 17 mars). L'arrêt ne concerne pas les personnes étrangères en tant que sujets vulnérables, mais trouve son origine dans l'*amparo* STC 63/2016, concernant une procédure administrative d'expulsion. La personne étrangère destinataire de la mesure avait fait recours la résolution fixant l'audience presque trois ans après le début du procès. Le requérant dénonçait l'atteinte à son droit à un procès équitable (respect du délai raisonnable du procès). Le Tribunal constitutionnel a accueilli le recours.

29 ATC 186/2009 du 16 juin.

conditions permettant de substituer la peine de détention par une mesure d'expulsion³⁰. Plus généralement, les ordonnances trouvent leur origine dans des procédures administratives concernant des demandes de visa ou des mesures d'expulsion. À l'exception des cas où le juge *a quo* a censuré une norme appartenant au code pénal ou de procédure pénale, dans la majorité des questions la norme attaquée fait partie de la *Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Les paramètres les plus fréquemment invoqués sont le principe de légalité (art. 9.3 CE), y compris en matière pénale (art. 25.1 CE), le principe d'efficacité de l'action administrative (art. 103 CE) et le principe de protection de la famille (art. 39 CE).

3. *Gens du voyage*

Aucune question concernant les gens du voyage n'a été répertoriée dans la période 2000-2019.

4. *Personnes atteintes par un handicap ou des troubles psychiques*

En ce qui concerne les 10 décisions sélectionnées à propos des personnes atteintes par un handicap (8 arrêts et 2 ordonnances), deux seulement ont une portée directe sur les droits de cette catégorie³¹. Dans ces questions, le juge *a quo* avait censuré la violation d'une réserve de loi organique en matière de droits fondamentaux de la part de certaines normes du code civil et de procédure civile – ayant donc un rang de loi ordinaire – dans la mesure où celles-ci permettaient au juge de décréter l'internement d'une personne atteinte par des troubles psychiques. Les deux arrêts ont entraîné des déclarations d'inconstitutionnalité des normes attaquées. Les décisions restantes, ayant une portée seulement indirecte sur les droits de cette catégorie, se réfèrent à la protection sociale des personnes atteintes d'une invalidité grave ou d'incapacité permanente³². Dans ces questions, les normes attaquées sont celles qui établissent des limites à la révision du degré d'invalidité ou déterminent les critères de calcul des pensions d'incapacité permanente. Presque toutes les décisions, dans la mesure où elles concernent la protection sociale de personnes ayant développé une incapacité à exercer une activité professionnelle, ont une portée pluri-catégorielle, en lien direct ou indirect à la catégorie des travailleurs en situation de vulnérabilité. Cela est confirmé par le fait que, dans la plupart des cas, les normes attaquées intègrent ou modifient la *Ley general de la Seguridad Social*. Les paramètres le plus fréquemment invoqués sont la liberté personnelle (art. 17.1 CE), le principe d'égalité (art. 14 CE), le droit à la protection de la santé (art. 43 CE) et des personnes atteintes par un handicap (art. 49 CE). Trois décisions au total ont conduit à l'inconstitutionnalité des normes censurées.

5. *Mineurs*

La catégorie des mineurs est l'une des catégories les plus représentées. Nous avons sélectionné 44 décisions (33 arrêts et 11 ordonnances). Cependant, aucune ne se réfère aux mineurs étrangers non accompagnés. Seulement 7 de ces décisions présentent une portée pluri-catégorielle, parmi

30 Voir les décisions citées dans la section « détenus ».

31 SSTC 131 et 132/2010 du 2 décembre.

32 Voir, par exemple, SSTC 197/2003 du 30 octobre et 78/2004 du 29 avril.

lesquelles figurent celles, déjà citées à propos des détenus, concernant la responsabilité pénale du mineur et les modalités d'exécution de la peine. Dans la plupart des cas, la portée de ces décisions se reflète seulement « par ricochet » sur les droits des mineurs, celles-ci ayant principalement un impact sur les droits d'autres sujets, notamment leurs parents, ou sur le contexte relationnel dans lequel le mineur s'insère³³. Ainsi, hormis les décisions citées sur la délivrance du visa pour des raisons de rapprochement familial, nous signalons celles à propos de l'exercice du droit à la reconnaissance ou à la contestation de la paternité³⁴, celles au sujet de la garde de l'enfant après le divorce³⁵ ou à propos de l'éloignement obligatoire du conjoint violent dans le cadre des délits de violences domestiques³⁶. Dans ces cas, il convient de remarquer que « l'intérêt supérieur de l'enfant » n'est pas un critère explicitement évoqué dans les arguments du *Tribunal constitucional*, bien que dans les paramètres invoqués par le juge *a quo* nous retrouvons parfois le droit à l'intimité familiale (art. 18.1) et la protection de la famille et de l'enfant (art. 39 CE).

Concernant les décisions ayant une portée directe, nous signalons, tout d'abord, deux arrêts sur des normes en matière de filiation considérées comme discriminatoires, dans la mesure où elles limitent ou conditionnent des droits de nature économique ayant pour finalité de subvenir aux besoins d'un enfant mineur. Dans le premier cas, la norme attaquée limitait le droit à la pension alimentaire pour les seuls enfants en commun du couple³⁷, tandis que dans le deuxième cas elle conditionnait le droit à la pension d'orphelin pour les mineurs adoptés³⁸. Ces deux questions ont entraîné une déclaration d'inconstitutionnalité.

Dans d'autres décisions, le Tribunal se réfère à l'intérêt supérieur du mineur comme un « bien constitutionnel » et un paramètre influençant sa décision. À ce propos, il convient de mentionner deux arrêts très récents – et, à notre avis, les plus importants – concernant respectivement la protection de l'intimité du mineur dans le procès (verbalisation des entretiens dans le cadre des procédures de *juridicción voluntaria*)³⁹ et la rectification, dans le registre de l'état civil, de la mention du sexe du mineur transsexuel⁴⁰. Dans ce dernier cas, le Tribunal a déclaré l'inconstitutionnalité de la norme attaquée dans la mesure où celle-ci interdisait la rectification sans prévoir d'exception pour les mineurs ayant une « maturité suffisante » et présentant une « situation stable » de transsexualité.

33 D'autres arrêts, exclus de notre sélection car concernant principalement d'autres sujets, affectent la catégorie des mineurs bien que dans un sens moins immédiat. Une première série se réfère au droit à l'allocation de veuvage : les normes censurées soumettent ce droit à la condition que le défunt et le bénéficiaire aient eu des enfants en commun (SSTC 41/2013 du 14 février, 81/2016 du 25 avril et ATC 167/2017 du 12 décembre). Une deuxième catégorie de questions concerne les normes empêchant les pères de nouveau-nés de bénéficier du congé de paternité lorsque la mère n'est pas salariée (SSTC 75/2011 du 19 mai, 152/2011 du 29 septembre et ATC 14/2016 du 19 janvier). Une autre série d'arrêts porte sur des questions de compétence des *Comunidades Autonomas* en matière d'éducation. À ce propos, nous signalons l'arrêt STC 271/2015 du 17 décembre, à propos d'une norme *Comunidad Valenciana* régulant la procédure d'admission dans les établissements scolaires destinataires de fonds publics. Une dernière série d'ordonnances, sélectionnées dans le cadre de la catégorie des travailleurs, concerne les critères de calcul des prestations de chômage dues aux femmes qui ont opté, pendant la durée de leur dernier contrat de travail, pour la réduction du temps de travail afin d'assurer la garde de leur enfant. À ce propos, voir AATC 432/2005 du 13 décembre, 56/2006 du 15 février, 188/2006 du 6 juin, 263/2006 du 4 juillet, 200/2007 du 27 mars (dans ce cas il ne s'agit pas d'une allocation-chômage mais bien d'une pension d'incapacité) et 30/2009 du 27 janvier.

34 Voir SSTC 138/2005 du 26 mai, 156/2005 du 9 juin, 273/2005 du 27 octobre et 52/2006 du 16 février.

35 Voir STC 185/2012 du 17 octobre.

36 Voir notamment STC 60/2010 du 7 octobre, déjà citée.

37 Voir STC 171/2012 du 4 octobre.

38 Voir STC 200/2001 du 4 octobre (question interne de constitutionnalité).

39 STC 64/2019 du 9 mai.

40 STC 99/2019 du 18 juillet.

Enfin, nous signalons une ordonnance à propos de la constitutionnalité d'une norme régissant les procédures d'exécution hypothécaire à l'encontre des familles en situation de vulnérabilité, dès lors que la présence d'un mineur de trois ans dans la famille définit elle-même ce groupe spécifique de sujets vulnérables⁴¹.

Six décisions au total ont conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité. Les paramètres les plus invoqués sont le principe d'égalité (art. 14 CE), le droit à l'intimité du mineur (art. 18.1 CE), la protection juridictionnelle des droits (art. 24.1), la dignité de la personne (art. 10.1 CE) et la protection de la famille et de l'enfance (art. 39.2 CE).

6. *Travailleurs précaires et personnes sans emploi*

La catégorie des travailleurs précaires et des personnes sans emploi est celle qui comporte le plus de décisions à portée directe⁴². Dans la majorité des cas, les questions concernent la protection sociale des travailleurs dans le cadre des prestations de l'*Instituto Nacional de Seguridad Social* (allocation-chômage et d'incapacité permanente, d'une part et pension de retraite, d'autre part). De ce point de vue, les normes attaquées sont supposées poser une discrimination entre les travailleurs titulaires d'un contrat de travail "stable" (à temps plein ou à temps indéfini) et les travailleurs précaires (les titulaires de contrats à temps partiel, les travailleurs temporaires et intérimaires mais aussi ceux ayant subi une période de chômage technique)⁴³. Ces questions concernent notamment les normes régissant le calcul de ces allocations vis-à-vis des personnes ayant opté pour une réduction du temps de travail, très souvent afin de pouvoir assurer la garde de leur enfant⁴⁴.

41 ATC 65/2017 du 25 avril.

42 Une série de décisions, qui n'ont pas été sélectionnées, concerne d'autres situations de vulnérabilité affectant, de manière globale, la généralité des travailleurs. Premièrement, nous signalons des ordonnances se référant à l'extinction du contrat de travail, notamment au sujet de l'indemnisation du salarié (ou sa réintégration dans l'entreprise) suite à un licenciement déclaré nul par une décision juridictionnelle. À ce propos, voir AATC 206/2012 du 30 octobre, 277/2013 du 3 décembre, 289, 290, 291, 292 et 297/2013 du 17 décembre et, notamment, 43/2014 du 12 février (cette dernière étant une ordonnance qui, au vu des argumentations du TC, s'apparente à un véritable arrêt de rejet). Ces questions intéressent également la question du recours à l'instrument des décrets-lois afin de réformer le marché du travail (les normes attaquées appartiennent au Real Decreto-ley 3/2012, du 10 février). Toujours à propos de l'extinction du contrat de travail (notamment en relation à l'exécution d'une résolution de mobilité géographique à l'encontre du salarié), voir STC 84/2012 du 18 avril.

D'autres arrêts concernent la barrière à l'accès au marché du travail et la stabilisation de la précarité dans les procédures de sélections de l'administration publique. À ce propos, voir les questions SSTC 27/2012 du 1er mars et 86/2016 du 28 avril. En outre, une question regarde une norme établissant une période d'essai obligatoire dans le cadre des contrats à temps indéterminé au sein des entreprises privés avec moins de 50 salariés (STC 140/2015 du 22 juin). À cette occasion, le TC cite sa jurisprudence en matière de recours d'inconstitutionnalité (SSTC 119/2014 et 8/2015) pour réaffirmer que « les groupes de travailleurs sans emploi les plus vulnérables sont les jeunes, les femmes et, dans certains cas, les majeurs de 45 ans ».

D'autres questions concernent la pratique abusive de la répétition de contrats à temps déterminé (bien que dans le cadre de la rétroactivité de la sanction à l'employeur) : AATC 408 et 425/2007 du 6 novembre.

Enfin, une autre série de questions intéresse les retraités et les travailleurs qui peuvent être qualifiés de vulnérables exclusivement à raison de leur âge : voir les décisions à propos de l'indexation des pensions de la Sécurité Sociale (la première desquelles est la STC 95/2015 du 14 mai, appliquant la jurisprudence établie dans la STC 49/2015 dans le cadre du recours d'inconstitutionnalité) et celles concernant les normes interdisant aux pharmaciens majeurs de 65 ans de participer aux concours pour l'ouverture de nouvelles pharmacies (la première desquelles est la STC 78/2012 du 16 avril).

43 À titre d'exemple, voir SSTC 53/2004 du 15 avril, 253/2004 du 22 décembre et 213/2005 du 21 juillet.

44 Voir, par exemple, ATC 432/2005 du 13 décembre. À propos de la compétence des Communautés autonomes et de la réduction du temps de travail pour garde d'enfant voir SSTC 181/2012 du 15 octobre et 191/2012 du 29 octobre. Dans ce dernier arrêt le demandant dans le procès *a quo* était une fonctionnaire intérimaire.

Dans d'autres cas, la nature supposée discriminatoire de la norme attaquée se fonde sur un critère d'âge (voir les questions à propos du droit à l'allocation-chômage des majeurs de 52 ans)⁴⁵ ou à la qualité du sujet concerné (voir les questions sur l'allocation-chômage des ex-détenus, déjà citées, ou celles concernant les pensions d'incapacité permanente des travailleurs du secteur agricole⁴⁶). Enfin, d'autres questions intéressent, d'une part, la discrimination entre fonctionnaires titulaires et intérimaires au sujet de la rémunération complémentaire⁴⁷ et, d'autre part, la proportionnalité des sanctions qui entraînent l'extinction du droit à l'allocation-chômage à la suite de déclarations trompeuses⁴⁸.

Dans ce groupe de décision, la juridiction *a quo* est, dans la majorité des cas, un *Tribunal Superior de Justicia* compétent en matière sociale. Les paramètres que ces juridictions invoquent sont notamment le principe d'égalité (art. 14 CE), l'interdiction de l'action arbitraire des pouvoirs publics (art. 9.3 CE), les garanties du système public de sécurité sociale (art. 41 CE) et la protection de la famille (art. 39). Seulement en cinq occasions ces questions ont entraîné une déclaration d'inconstitutionnalité.

Au regard de cette analyse, les résultats montrent que le nombre de questions sélectionnées est relativement faible et que celles-ci ont un impact hétérogène sur les diverses catégories de sujets vulnérables considérées. Si les mineurs et les travailleurs sont les catégories le plus représentées, nous n'avons que très peu d'arrêts à propos des détenus, des étrangers, des gens du voyage et des personnes atteintes par un handicap. Ce phénomène serait explicable, dans le contexte espagnol, par l'existence du recours d'*amparo*, dont la propension à cibler plus directement le contrôle sur le cas d'espèce – présentant, de telle sorte, une plus grande *ergonomie* en rapport à la situation de vulnérabilité particulière – tendrait structurellement à englober le contentieux constitutionnel.

En outre, un nombre considérable de décisions a une portée pluri-catégorielle. Le constat qui s'impose est que ces questions invoquent presque systématiquement le principe d'égalité et de non-discrimination en tant que paramètre de constitutionnalité. Les censures des juges *a quo* et, parfois, les déclarations d'inconstitutionnalité du Tribunal, sont souvent fondées sur le fait que les normes attaquées ne prévoient pas d'exceptions applicables à des situations particulières qui affectent l'exercice d'un droit et qui sollicitent, par conséquent, une protection renforcée. Il est évident que, lorsque nous parlons de « vulnérabilité spéciale », la constitutionnalité d'une norme se mesure sur sa capacité à s'adapter auxdites situations, avec d'autres mots sur son caractère raisonnable qui appréhende le principe d'égalité dans un sens « substantiel ».

Cependant, le Tribunal n'emploie pas souvent la notion de *especial vulnerabilidad* et, sauf exceptions, celle-ci n'a qu'un poids secondaire dans l'économie des décisions. Les rares références du Juge des lois se fondent sur les qualifications abstraites des textes législatifs. En général, il ne s'agit pas d'un concept directement ciblé par la jurisprudence que nous avons analysée. Sortant du seul cadre de la question de constitutionnalité ainsi que de celui des six collectifs considérés, les références au concept de *especial vulnerabilidad* sont plus variées.

45 Voir SSTC 52/2004 du 15 avril et 128/2009 du 1^{er} juin.

46 ATC 306/2008 du 7 octobre.

47 AATC 201 et 202 du 3 juillet 2008.

48 AATC 186 et 187/2016 du 15 novembre et 43/2017 du 28 février.

II. La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence du *Tribunal Constitucional*

Si nous considérons toute la jurisprudence du *Tribunal Constitucional* en matière de *question de inconstitucionalidad* et que nous incluons aussi celle en matière de *recurso de constitucionalidad* et de *recurso de amparo*, la notion de vulnérabilité est évoquée plus fréquemment, se rattachant à des situations plus diversifiées. En même temps, cela nous permet de confirmer l'impact considérable des situations de « vulnérabilités plurielles » ainsi que l'inclusion d'un plus grand nombre de groupes concernés.

Dans les décisions que nous avons sélectionnées, la notion de vulnérabilité n'est jamais développée par le Tribunal. Elle n'est évoquée, dans le cadre de huit questions seulement, que par les ordonnances du juge *a quo* ou par les allégations du *Avogado de Estado* et du *Fiscal General del Estado*. En élargissant le regard à toute la jurisprudence en matière de question de constitutionnalité entre 2000 et 2019, les *fundamentos jurídicos* du Tribunal abordent cette notion dans vingt décisions environ. Ces dernières concernent la *especial vulnerabilidad* des femmes victimes de délits de violences conjugales. Il ne s'agit pas, cependant, d'un développement purement prétorien de la notion mais de références « provoquées » par les qualifications que la loi pose dans les textes. En effet, le code pénal espagnol prévoit un traitement spécial de certains délits s'ils sont commis à l'encontre d'une femme dans le cadre d'un contexte familial ou affectif. Celle-ci bénéficie donc d'une protection renforcée, étant assimilée à toute autre victime « particulièrement vulnérable » qui vit avec l'auteur du délit. Dans plusieurs questions, le juge *a quo* a censuré ces normes, considérant que le législateur avait établi une sorte « présomption de vulnérabilité de la femme » contraire au principe de dignité humaine et d'égalité entre les sexes. Rejetant ces arguments, le Tribunal a affirmé que le traitement différencié prévu par la loi pénale a un caractère raisonnable et poursuit un but légitime. Le Juge des lois a donc validé le choix du législateur, qui a considéré que la protection de l'intégrité physique et morale des femmes victimes de violences conjugales nécessite une garantie renforcée ayant la finalité de promouvoir l'égalité substantielle dans les relations de couple⁴⁹.

Ainsi, cette jurisprudence renvoie à une forme de vulnérabilité « située » concernant les femmes victimes de violences conjugales. Similairement, bien que de manière plus implicite, les questions de constitutionnalité à propos des règles de cotisation des périodes travaillées à temps partiel afin d'assurer la garde d'un enfant (voir la section « travailleurs précaires et personnes sans emploi ») ont fait émerger des problématiques analogues, nous l'avons vu, concernant les femmes dans le monde du travail. Sur la base des statistiques souvent apportées par le juge *a quo*, le Tribunal constatait que les emplois à temps partiel sont occupés dans environ 80 % des cas par des femmes. Ce phénomène, explicable par une traditionnelle disproportion dans la division des tâches domestiques et d'assistance, appelait le Tribunal à statuer si les normes en question discriminaient les travailleurs à temps

⁴⁹ Après les décisions SSTC 59/2008 du 14 mai et 45/2009 du 19 février, concernant respectivement les délits de *maltrato familiar ocasional* et de *amenazas leves*, cette jurisprudence a été appliquée en d'autres nombreuses occasions, dans le cadre d'autres délits de violence conjugale. À ce propos, voir notamment SSTC 127/2009 du 26 mai (délit de *coacciones leves*) et 41/2010 du 22 juillet (délit de *lesiones*).

partiel et, indirectement, la population féminine. À ce propos, nous renvoyons aux décisions SSTC 253/2004 du 22 décembre, 61/2013 du 14 mars, 156/2014 du 25 septembre, 110/2015 du 28 mai et 91/2019 du 3 juillet.

Considérant la jurisprudence en matière de *recurso de amparo*, la notion de *especial vulnerabilidad* est évoquée, bien que de manière indirecte, à propos de situations très diverses. Par exemple, dans le cadre de la protection des représentants syndicaux à l'occasion des licenciements collectifs pour causes économiques⁵⁰, ou de celle des consommateurs vulnérables de services d'énergie électrique à travers le mécanisme du *bono social*⁵¹. Toutefois, dans la plupart des cas, ces références intéressent les personnes atteintes par un handicap⁵², à l'occasion de recours qui font aussi émerger un « chevauchement » de situations de vulnérabilité. À titre d'exemple, des recours concernaient des mesures d'expulsion dictées à l'encontre de personnes étrangères atteintes par un handicap ou une maladie grave⁵³. Dans d'autres recours, la vulnérabilité des personnes atteintes par un handicap psychique a été considérée en relation à la protection de l'honneur et réputation⁵⁴ ou de la liberté personnelle dans le cadre de mesures d'internement urgent⁵⁵. D'autres arrêts font référence à la vulnérabilité particulière d'autres catégories de sujets, tels que les personnes détenues⁵⁶ et les mineurs victimes d'abus sexuel ou de délit de diffusion de matériel pédopornographique⁵⁷.

La jurisprudence en matière de *recurso de inconstitucionalidad* fait aussi référence à des situations de vulnérabilité particulière. La notion est associée à la catégorie des détenus⁵⁸, des étrangers résidant illégalement sur le territoire espagnol⁵⁹ et aux sujets particulièrement vulnérables sur le marché du travail. Dans ce dernier groupe, le Tribunal a compris explicitement « les chômeurs de longue durée, les femmes, les jeunes et certains majeurs de 45 ans », les identifiant comme les cibles principales des politiques de promotion de l'emploi⁶⁰. Nous constatons donc que les références à la vulnérabilité sont souvent associées aux catégories de sujets qui font l'objet de notre recherche. Au-delà de ces correspondances, nous signalons d'autres thématiques dans lesquelles la notion de vulnérabilité est évoquée. En premier lieu, à propos de la protection des consommateurs vulnérables de produits financiers complexes⁶¹ et celle des consommateurs de services énergétiques atteints par une « vulnérabilité économique » ou une « pauvreté énergétique »⁶². En deuxième lieu, les cas plus fréquents en matière de recours d'inconstitutionnalité concernent la protection des familles en situation de vulnérabilité économique et sociale affectées par l'expropriation de leur habitation principale dans le cadre

50 STC 123/2018 du 12 novembre : « *especial vulnerabilidad de los representantes de los trabajadores frente a extinciones por causas objetivas, en las que existe un cierto margen de discrecionalidad de la empresa a la hora de seleccionar los trabajadores afectados por ese expediente de despido colectivo* ».

51 Voir, à titre d'exemple, STC 37/2019 du 26 mars.

52 Voir SSTC 3/2018 du 22 janvier, 31/2017 du 27 février et 85/2017 du 3 juillet.

53 SSTC 14/2017 du 30 janvier et 201/2016 du 28 novembre.

54 STC 208/2013 du 16 décembre.

55 SSTC 141/2012 du 2 juillet, 34/2016 du 29 février et 132/2016 du 18 juillet.

56 STC 154/2016 du 22 septembre, ATC 334/2008 du 27 octobre.

57 SSTC 173 et 174/2011 du 7 novembre et 57/2013 du 11 mars.

58 STC 140/2018 du 20 décembre (*voto particular*).

59 Voir SSTC 63/2017 du 25 mai (*voto particular*) et 139/2016 du 21 juillet (*voto particular*).

60 STC 8/2015 du 22 janvier (cfr STC 119/2014 du 16 juillet). Voir aussi STC 153/2017 du 21 décembre (cfr. STC 40/2019 du 27 mars).

61 STC 12/2015 du 5 février.

62 STC 54/2018 du 24 mai (citant définition contenue dans le préambule de la *Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética*). Voir aussi STC 62/2016 du 17 mars.

d'une procédure d'exécution hypothécaire⁶³. En effet, ces situations de vulnérabilité, définies par la loi, permettent la suspension de cette mesure. Parmi les questions de constitutionnalité considérées dans la recherche, nous avons abordé ce sujet dans le cadre d'une décision concernant la catégorie des mineurs, dans la mesure où la présence d'un mineur est l'un des critères législatifs contribuant à définir les familles particulièrement vulnérables bénéficiant de ladite suspension. Spécifiquement, la norme avait été attaquée parce qu'elle limite la suspension de l'expropriation aux seules familles ayant en leur sein un mineur de trois ans⁶⁴. Enfin, le sujet de la vulnérabilité des personnes atteintes par un handicap et des victimes de certains délits est évoqué en rapport au droit d'accès à la justice⁶⁵.

Ainsi, après avoir analysé globalement la jurisprudence du Tribunal, nous remarquons que, dans les décisions initialement sélectionnées, les références explicites à la notion de vulnérabilité – ou de vulnérabilité particulière – d'un groupe sont plutôt rares. Nous avons constaté aussi que cette notion est apparue plus fréquemment dans la jurisprudence du Tribunal en considérant, sur une échelle plus large, aussi l'*amparo* et le recours d'inconstitutionnalité. De plus, cette utilisation va bien au-delà des six catégories étudiées dans la recherche et permet d'identifier des sujets vulnérables plus diversifiés, souvent atteints par une situation de vulnérabilité « plurielle » ou « multiple ». Cependant, les références à la vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle sont souvent « provoquées » par des qualifications de nature législative (en matière de suspension des procédures d'expropriation, de délit de violence conjugale, de statut de la victime de délits)⁶⁶ et le terme n'est utilisé que comme critère d'identification des groupes nécessitant une protection renforcée. Cela expliquerait aussi le fait que cette notion est souvent analysée, même par la doctrine espagnole, de manière théorique ou en rapport aux textes législatifs et, moins fréquemment, en ce qui concerne la jurisprudence du Tribunal.

III. La notion de vulnérabilité dans la doctrine espagnole

Nous avons compilé une bibliographie concernant les ouvrages que la doctrine espagnole a consacrée au thème de la vulnérabilité. Si parfois les écrits abordent cette notion de manière abstraite, dans la plupart des cas ils l'utilisent en tant que critère qualifiant la condition d'un ou plusieurs groupes. Du premier point de vue, les contributions sélectionnées appréhendent souvent la vulnérabilité dans le cadre du contexte de crise économique⁶⁷ ou comme la marque d'une classe de « nouveaux droits »⁶⁸.

63 SSTC 93/2015 du 14 mai, 16/2018 du 22 février, 213/2016 du 15 décembre, 21/2019 du 14 février, cfr. STC 5/2019 du 17 janvier.

64 ATC 65/2017 du 25 avril.

65 STC 35/2017 du 1^{er} mars.

66 Concernant les qualifications législatives des catégories affectées par une vulnérabilité particulière voir, à titre d'exemple, *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* ; *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género* ; art. 1 de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* ; artt. 5 et 36.2,c) de la *Ley 5/2009 de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón* ; *Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo*.

67 E. J. VIDAL GIL, « Los derechos de los colectivos vulnerables », *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furio Ceriol*, n. 11-12, 1995, p. 115-133.

M. Á. PRESNO LINERA (dir.), « Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables », *Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo – Área de Derecho Constitucional*, n. 2/2012 ; M. J. CORCHETE MARTÍN, « Colectivos vulnerables y crisis económica en Europa. Una visión desde la identidad de género », *R.V.A.P.* n. 109/2, Septembre-Décembre 2017, p. 225-246.

68 M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, « Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos », *Revista de Derecho Político*, n. 80, janvier-avril 2011, p. 59-88.

Du deuxième point de vue, le procédé de catégorisation s'inscrit, similairement à ce que nous avons constaté à propos de la jurisprudence du Tribunal, dans le cadre des qualifications législatives à propos des personnes et groupes particulièrement vulnérables. Ainsi, nous signalons des contributions qui traitent de la vulnérabilité des familles qui subissent une procédure exécution hypothécaire⁶⁹ ou de celle des femmes victimes de violences conjugales⁷⁰, des victimes de délits⁷¹ et des consommateurs⁷². D'autres écrits se réfèrent plus directement à la vulnérabilité des catégories prises en considération dans cette recherche. Nous avons sélectionné des travaux concernant les détenus⁷³, les mineurs et les étrangers immigrés⁷⁴, même si les groupes plus fréquemment ciblés sont, d'une part, les personnes atteintes par un handicap ou une maladie⁷⁵ et, d'autre part, les travailleurs précaires ou sans emploi⁷⁶. Au-delà du cadre de cette recherche, la doctrine recourt souvent à la notion de vulnérabilité afin de décrire la situation d'autres catégories de sujets – par exemple les femmes exerçant la prostitution⁷⁷, les personnes affectées d'une dépendance⁷⁸, les personnes LGBT⁷⁹ – ou pour effectuer des études transversales sur des groupes divers⁸⁰.

69 I. ZURITA MARTÍN, « La suspensión de los lanzamientos sobre viviendas de colectivos especialmente vulnerables », *Actualidad Civil*, n. 7-8, 2013, p. 925-933. Voir aussi C. ARGELICH COMELLES, « La expropiación temporal de viviendas y otras soluciones habitacionales para colectivos vulnerables de la Ley 4/2016 de Cataluña », *Revista Jurídica del Notariado*, n. 102-103, 2017, p. 343-387.

70 M. DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, « La expresión «persona especialmente vulnerable» en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada (artículos 148.5, 153.1 y 173.2 del Código penal) », dans *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 203-221.

71 J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, « Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente », *Revista Penal*, n. 43, 2019, p. 157-171.

72 M. J. MORILLAS JARILLO, « La comercialización de productos financieros complejos entre personas vulnerables », dans M.C. GARCÍA GARNICA (dir.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 209-225.

73 E. PASTOR SELLER, « La población reclusa en España », dans ID, L. CANO-SORIANO (dir.), *Políticas e intervenciones ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorios : análisis comparado México-España*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 225-243 ; S. SANZ CABALLERO, « Los reclusos como grupo vulnerable, marginal y en situación de especial dependencia : la labor de Naciones Unidas », dans ID., *Colectivos vulnerables y derechos humanos : perspectiva internacional*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2010, p. 225-243.

74 Á. J. NIETO GARCÍA, « Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables », *Diario la ley*, 2011, n. 7597 ; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, M. C. PÉREZ GONZÁLEZ, « El asilo en situaciones de especial vulnerabilidad : Marco jurídico para la acogida e integración de menores refugiados », dans *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE : causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico*, EUROBASK Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2017, p. 211-272.

75 A. PALACIOS, « Personas con discapacidad y derechos humanos », dans *Historia de los derechos fundamentales : siglo XX. Cultura de la paz y grupos vulnerables*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2013, p. 713-745 ; M. BOLADERAS (dir.), *Bioética : justicia y vulnerabilidad*, Barcelona, Proetus, Cànoves i Samalús, 2013, 441 p. ; M. DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE, « Las personas mayores vulnerables ante el régimen de copago de la prestación farmacéutica ambulatoria : la audaz solución de la Comunidad Valenciana », *Revista de Derecho Social*, n. 78, 2017, p. 229-252 ; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, « La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad », dans M. MARQUEÑO DE LLANO et al., *La defensa jurídica de las personas vulnerables : Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*, 1^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, p. 405-444 ; M. R. SÁNCHEZ MORALES, « Las familias vulnerables con personas con discapacidad en España », *Sistema*, n. 233-234, 2014, p. 63-77.

76 J. MORENO GENÉ, L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Cizur Menor, Navarra : Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, 496 p. ; E. ROJO TORRECILLA (dir.), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Huygens, 2015, 399 p. ; O. LENZI, « El trabajo decente en la era digital : colectivos más vulnerables », *Cuadernos Electronicos de Filosofía del Derecho*, n. 39, especial congreso, 2019, p. 292-306 ; M. ARETA MARTÍNEZ, « Las políticas activas de empleo dirigidas a colectivos vulnerables : las medidas dirigidas a personas con discapacidad, jóvenes y mujeres », dans C. SAN MARTÍN (dir.), *La política de empleo como instrumento de inclusión social : un análisis jurídico*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 249-334.

77 F. EGEA FERNÁNDEZ-MONTESINOS, « Atención a mujeres en situación de especial vulnerabilidad desde el Ayuntamiento de Granada : mujeres que ejercen la prostitución », dans *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual : un enfoque interdisciplinar*, Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2012, p. 477-488.

78 X. ARANA BERAESTEGUI, « Las personas usuarias de drogas especialmente vulnerables y los derechos humanos : personas usuarias con patología dual y mujeres usuarias de drogas », *Eguzkilore*, n. 19, 2005 ; J. G. IBÁÑEZ, « Vulnerabilidad e inseguridad. El derecho a la atención de las personas en situación de dependencia », dans R. SUSÍN BETRÁN, M. BERNUZ BENEITEZ (dir.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014, p. 229-260.

79 J. G. IBÁÑEZ, « Autonomía y vulnerabilidad de las personas LGBT : orientación sexual, identidad de género y derechos humanos », dans M. DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, C. CHURRUCA MUGURUZA (dir.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 101-137.

80 A titre d'exemple voir A.-V. SEMPERE NAVARRO, « Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos) », *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.14/2008, p. 1-9. Voir aussi M. Á. PRESNO LINERA (dir.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Institución de la Procuradora del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Área de Derecho Constitucional, 2013, 428 p.

Dans d'autres cas, la vulnérabilité est abordée à l'égard d'une thématique spécifique, notamment à propos de la protection des droits dans le système de l'Ombudsman⁸¹ et du droit de suffrage des personnes souffrant d'une incapacité psychique⁸². La doctrine espagnole s'est aussi consacrée à la thématique de la vulnérabilité « multiple » ou « plurielle » : comme le montrent les résultats de notre recherche, diverses situations entraînent un « chevauchement de vulnérabilités » qui insère le sujet en même temps dans plusieurs catégories sensibles⁸³. Enfin, nous signalons les écrits qui étudient la vulnérabilité d'un ou plusieurs groupes sous le prisme du droit comparé, international et étranger⁸⁴.

Bien que le domaine d'analyse de cette bibliographie soit étendu – abordant le thème de la vulnérabilité d'un point de vue théorique, comparatif ou rattachant cette notion à des groupes divers – les références à la jurisprudence du *Tribunal constitucional* sont rares et pour la plupart secondaires. Dans le cadre de la question de constitutionnalité elles sont presque inexistantes. Ainsi, la protection des sujets en situation de vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole n'est pas un aspect directement ciblé par la quasi-totalité des ouvrages sélectionnés⁸⁵.

81 G. ESCOBAR (dir.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad : actas del III Congreso Internacional del PRADPI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 423 p.

82 L. A. GÁLVEZ MUÑOZ, *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables : teoría, crítica y práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 192 p. ; ID., P. A. RUBIO LARA, « Normas, abusos y garantías en el voto de las personas especialmente vulnerables », *Cuadernos de Política Criminal*, n. 94, 2008, p. 159-195. Des mêmes auteurs, voir aussi « El régimen de votación de las personas especialmente vulnerables y sus garantías, en particular la penal », *Anales de Derecho* (en ligne), n. 25, 2007, p. 97-132.

83 E. CARMONA CUENCA, *op. cit.*, p. 102-124 ; M. CARRETERO TRIGO, « Más allá de los colectivos especialmente vulnerables : situaciones vitales especialmente vulnerables », dans *La Carcel : una institucion a debate*, Salamanca, Ratio Legis, 2014, p. 235-251 ; O. PÉREZ DE LA FUENTE, « Discapacidad e inmigración. Análisis de una minoría de doble vulnerabilidad », dans *Estudios sobre el impacto de la Convencion Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento juridico espanol*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 519-545 ; A. M. PÉREZ VALLEJO, « Mujer mayor : colectivo vulnerable que enfrenta discriminación múltiple », *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, n.3, 2016, p. 441-482.

84 I. VIVAS TESÓN, « Libertad y proteccion de la persona vulnerable en los ordenamientos juridicos europeos : hacia la despatrimonializacion de la discapacidad », *Revista de Derecho UNED*, n. 7, 2010, p. 561-595 ; P. DE BARRÓN ARNICHEs, « La asistencia, una institucion para la proteccion de las personas capaces en situacion de vulnerabilidad : estudio comparativo con el modelo italiano », *Anuario de Derecho Civil*, Tome LXVI, n. 4, 2013, p. 1605-1663 ; F. MARIÑO MENÉNDEZ, C. FERNÁNDEZ LIESA (dir.), *La proteccion de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid : Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, D.L. 2001, 633 p. ; J. FERRER LLORET, S. SANZ CABALLERO (dir.), *Proteccion de personas y grupos vulnerables : especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 413 p. ; J. DELGADO MARTÍN, *La tutela judicial de las personas vulnerables*, dans C. ARANGÜENA FANEGO (dir.), *Garantias procesales en los procesos penales en la Union Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 271-285 ; A. URIBE OTALORA, « Los inmigrantes como grupo vulnerable. La regulacion juridica de la inmigracion en la Union Europea. Especial referencia a los derechos de participacion politica : El sufragio activo y pasivo », dans S. SANZ CABALLERO, *op. cit.*, p. 151-204 ; V. MAYORDOMO RODRIGO, « La proteccion a los colectivos vulnerable en la normativa internacional y española », dans C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (dir.), *Nuevos desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos : los derechos de las victimas*, Cizur Menor, Navarra : Aranzadi, 2014, p. 219-254.

85 Parmi les contributions sélectionnées, la plus pertinente est, à notre avis, celle de A. M. OVEJERO PUENTE, *op. cit.*

LA NOTION DE « PERSONNE EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ » DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

Giuliano SERGES¹

I. *La questione di legittimità in via incidentale* et la notion de « personne en situation de vulnérabilité » (en guise d'introduction)

Il y a un lien très strict entre la thématique des « personnes vulnérables » et la Constitution italienne. La Constitution italienne contient, en effet, une sorte de « décalogue laïque » des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité². En conséquence, la jurisprudence constitutionnelle italienne est riche en décisions concernant la protection des personnes en situation de vulnérabilité.

Le système italien de contrôle de constitutionnalité par voie incidente constitue, d'ailleurs, un outil formidable dans ce domaine, car il représente une sorte de « transformateur permanent » qui traduit les exigences matérielles des « personnes vulnérables » en exigences juridiques, et ces exigences juridiques en questions de constitutionnalité³.

¹ Docteur en droit public, Universités de Toulon et de Pise ; Membre du CDPC Jean-Claude Escarras ; Post-doctorant chargé d'enseignement en droit constitutionnel, Université de « Roma Tre ».

² Comme l'a remarqué M. AINIS, « I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale », *Politica del diritto*, n° 1, 1999, p. 25, « nella carta del '47 – ed anzi nella sua prima parte [...] – c'è come una ricognizione delle molteplici situazioni di sofferenza sociale, di disagio, che oggi come ieri ci circondano, e al contempo c'è un programma d'emancipazione, un disegno di giustizia sociale che ha un sapore tutto illuministico: la “rivoluzione promessa” di Calamandrei. A rileggerla dopo mezzo secolo, ciò che più colpisce è infatti la quantità di norme rivolte in favore dei più deboli, dei diseredati, o comunque poste a tutela di chi incolpevolmente versi in una condizione di minorità sociale. / I malati, per esempio: cui l'art. 32 si spinge ad assicurare “cure gratuite”, quando fossero indigenti. I disoccupati: che l'art. 4 vorrebbe addirittura cancellare dalla faccia della terra, e che nel frattempo hanno diritto agli istituti di protezione sociale, a norma dell'art. 38. Chi pur essendo italiano parla un'altra lingua, oppure l'extracomunitario, lo straniero, cui rispettivamente s'indirizzano le garanzie apprestate dagli artt. 6 e 10. O ancora i detenuti: rispetto ai quali gli artt. 13 e 27 si preoccupano che la pena loro inferta non si traduca in forme di “violenza fisica e morale”, o comunque in “trattamenti contrari al senso di umanità”. I militari: nei cui confronti viene espressamente ribadita (dall'art. 52) la piena vigenza delle libertà democratiche. Gli studenti bisognosi: che a norma dell'art. 34 hanno comunque il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. Oppure le donne: la cui domanda d'eguaglianza non a caso viene raccolta da ben cinque disposizioni costituzionali (gli artt. 3, 29, 37, 48, 51). I bambini, protetti dall'art. 31. I vecchi: cui a norma dell'art. 38 vanno “assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita”. O infine i poveri (perché esistono anche loro): e difatti lo stesso art. 38 stabilisce che “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale”. / Queste classi di soggetti si possono indicare con una sola parola: i diversi – diversi rispetto a un parametro di normalità sociale costruito intorno agli assi della cittadinanza, dell'età, delle inclinazioni sessuali, della salute psico-fisica, del lavoro ».

³ Nous avons déjà utilisé l'expression « transformateur permanent » pour décrire la question incidente de constitutionnalité, en affirmant, en particulier, que « la question incidente constitue une sorte de “transformateur permanent”, qui traduit les évolutions de la société en droit, et l'évolution du droit (et des droits) dans la société » (« Droit à la santé en Italie et question incidente de constitutionnalité. Une analyse diachronique de la jurisprudence et des regards sur une évolution en cours », *Politeia*, n° 37, 2020). L'expression « transformateur permanent » (« trasformatore permanente ») est empruntée à Tommaso Perassi (qui, à son tour, l'avait emprunté à Wilhelm Giese) qui, toutefois, l'utilisait dans un contexte tout à fait différent, c'est-à-dire pour illustrer la transformation automatique de la coutume internationale en droit interne opérée par l'article 10 de la Constitution italienne (v. T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 1952).

En outre, la thématique de la protection juridique des « personnes vulnérables » est devenue de plus en plus primordiale à la suite de la « Grande Récession », c'est-à-dire la crise économique mondiale des années 2007-2012⁴. À ce propos, le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Dean Spielmann, a opportunément observé que :

« ceux qui sont le plus affectés par la crise sont les personnes vulnérables, les prisonniers (on se doute que dans les périodes difficiles les populations acceptent mal que des sommes importantes soient affectées à la rénovation des prisons), les migrants, qui ne sont pas accueillis avec enthousiasme, les retraités, dont les pensions sont réduites »⁵.

Tous ces facteurs ont permis à la jurisprudence constitutionnelle italienne en matière de protection des personnes en situation de vulnérabilité de se développer d'une façon très importante, parfois même surabondante. Les contributions de Marina Calamo Specchia, Daniele Chinni, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Marco Ruotolo et Giovanna Spanò dans cet ouvrage, ainsi qu'un dossier sur la protection des personnes vulnérables présenté par le « *Servizio studi* » (service de documentation) de la Cour constitutionnelle elle-même⁶, en constituent, d'ailleurs, une illustration bien efficace. Il est, donc, relativement facile de conduire une recherche sur la jurisprudence constitutionnelle en matière de « personnes vulnérables », dans la mesure où il y a un tel nombre de décisions et (par conséquent) de travaux doctrinaux à analyser, que le seul véritable obstacle est de s'orienter dans ce *mare magnum* de matériaux, en arrivant, si possible, à en exprimer quelques idées originales.

Bien au contraire – et de façon en apparence un peu paradoxale – il est tout particulièrement difficile de mener une recherche sur la notion prétorienne de « vulnérabilité » au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne. Et ceci pour une raison, à la fois, qualitative et quantitative.

D'un point de vue qualitatif, malgré l'existence de nombreuses décisions concernant les droits des « personnes vulnérables », le juge des lois italien ne s'est jamais soucié d'esquisser explicitement une définition de la notion de « personne en situation de vulnérabilité » ou de celle de « vulnérabilité ». Il faut donc essayer d'en tirer une définition implicite, ce qui n'est jamais très simple à faire : d'un côté, parce qu'on ne peut pas savoir par avance si cette définition existe ou si, tout simplement, les juges de la Cour constitutionnelle ne se sont jamais posé la question ; de l'autre, parce que, même si on arrivait à en tracer une, on ne pourra jamais savoir avec certitude si elle est la bonne ou pas.

4 Comme le met bien en exergue C. SICCARDI, « Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità », in M. D'AMICO, F. BIONDI (dir.), *Diritti sociali e crisi economica*, FrancoAngeli, 2017, p. 139, « in tempi di recessione economica, i diritti dei soggetti più fragili e tradizionalmente discriminati rischiano di essere messi in discussione dalle ristrettezze della finanza pubblica e dalla conseguente limitazione o riduzione di politiche sociali ed inclusive, che spesso rappresentano il solo strumento affinché quest'ultimi possano esercitare i loro diritti in condizione di eguaglianza ».

5 D. SPIELMANN, « Allocution de bienvenue », in *Séminaire : « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en période de crise économique »*, www.echr.coe.int, Strasbourg, 25 janvier 2013.

6 CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI, « La tutela dei "soggetti deboli" come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale », sous la direction de M. BELLOCCI et P. PASSAGLIA, www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do, novembre-2006.

D'un point de vue quantitatif, il faut remarquer, comme on le verra, que les décisions où la Cour utilise les expressions « *persone in situazione di vulnerabilità* » (« personnes en situation de vulnérabilité ») et « personnes vulnérables » (« *persone vulnerabili* ») sont très peu nombreuses. Toutefois, le problème quantitatif semble ne pas être complètement rédhibitoire, dans la mesure où il existe d'autres expressions, en quelque sorte équivalentes, que la Cour utilise souvent à la place de celles « *persone vulnerabili* » et « *persone in situazione di vulnerabilità* ». Ces expressions équivalentes nous permettent donc d'élargir le nombre de décisions à examiner.

La première partie de cette communication sera, donc, consacrée à l'analyse des expressions que la Cour constitutionnelle utilise pour identifier les « personnes vulnérables » (I), alors que, dans la deuxième, nous examinerons plus spécifiquement certaines décisions, dans le but de comprendre quelle est la notion de vulnérabilité adoptée par le juge des lois italien (II).

II. Des « *persone vulnerabili* » aux « *soggetti deboli* » : les expressions utilisées par la Cour constitutionnelle pour identifier les personnes en situation de vulnérabilité

Les décisions où la Cour constitutionnelle utilise les expressions « *persone in situazione di vulnerabilità* » ou « *persone vulnerabili* » sont très peu nombreuses, même si certaines sont très significatives (A).

Il y en a des autres, toutefois, où le juge constitutionnel italien fait référence à la notion de vulnérabilité en utilisant un concept « proche », celui de « *debolezza* », c'est-à-dire « faiblesse » (B).

A. L'expression « personne en situation de vulnérabilité » dans les décisions de la Cour constitutionnelle

Si l'on « fouille » dans le moteur de recherche des décisions de la Cour constitutionnelle en recherchant la combinaison de mots « *persone in situazione di vulnerabilità* » (« personnes en situation de vulnérabilité »), nous n'obtiendrons que deux résultats (c'est-à-dire que deux décisions). Également, si l'on recherche « personnes vulnérables » (« *persone vulnerabili* ») nous n'aurons que trois résultats (dont un « partagé » avec la recherche précédente, puisqu'il y a une décision où la Cour utilise les deux expressions).

Les décisions à examiner sont donc très peu nombreuses, même si, parmi les quatre décisions en question, il y en a trois particulièrement importantes.

La première est la *sentenza* n° 141 de 2019⁷, où la Cour affirme, en référence aux prostituées, l'existence d'une exigence de protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables et de la dignité humaine (« *tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana* »).

⁷ Corte Cost., 12 juin 2019, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1582, notes A. PACE et A. MASSARO.

La vulnérabilité est donc mise en relation, d'un côté, avec la prostitution et, de l'autre, avec la dignité humaine : un lien très intéressant même au-delà de notre analyse sur la notion de personnes en situation de vulnérabilité, parce qu'il nous pousse à nous demander si la notion de vulnérabilité pourrait éventuellement aider à « objectiver » la notion de dignité humaine, toujours très problématique en droit (v. le célèbre cas du lancer de nain)⁸.

Les deuxièmes sont la *ordinanza* n° 207 de 2018⁹ et la *sentenza* n° 242 de 2019¹⁰, mieux connues sous les noms de « *ordinanza Cappato* » et « *sentenza Cappato* », où les expressions en question ont été utilisées¹¹ par rapport aux malades incurables, en phase terminale, qui souhaitent abrégier leurs souffrances et prendre congé de leurs vies par un suicide assisté.

Ces deux dernières décisions sont particulièrement importantes pour au moins deux raisons.

En premier lieu, parce qu'ici nous avons une illustration plutôt claire de la raison pour laquelle la Cour considère ces malades en tant que personnes vulnérables : parce qu'ils souffrent d'une maladie grave, mais aussi parce qu'ils peuvent servir de cible facile face à des personnes souhaitant profiter de leur condition¹².

En second lieu, car avec l'*ordinanza Cappato* la Cour a « forcé » les règles du procès constitutionnel¹³, ce qui pourrait constituer l'indice d'une différence d'attitude de la Cour constitutionnelle

8 CE Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, *RDP* 1996, p. 536, note M. GROS. Du même auteur, sur le même sujet, voir, plus récemment, M. GROS, « “Prima lezione di diritto” : ordine morale, dignità umana e ‘neutralità’ del diritto. Dal lancio del nano al comico razzista », trad. italienne de GIU. SERGES, *DeS*, n° 2, 2015, p. 237.

9 Corte cost., 16 novembre 2018, *Giur. cost.* 2018, p. 2445, notes A. ANZON DEMMING, R. PINARDI, C. TRIPODINA, G. REPETTO. Cette décision constitue, sans nul doute, une des décisions les plus importantes (et controversée) adoptées par la Cour constitutionnelle italienne. Le fait que cette décision a été très commentée, en France aussi (v. notamment : A. M. LECIS COCCO ORTU, « “Questa legge s’ha da fare” : la Cour constitutionnelle italienne, l’euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d’inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions*, n° 1, 2019, p. 51 ; J. VACHEY, « Une ordonnance inédite en “constat d’inconstitutionnalité avec renvoi de l’audience” », *AJJC* 2018, n° 34, 2019, p. 985 ; GIU. SERGES, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 (“*Ordinanza Cappato*”) en est une illustration : une nouvelle typologie de décision ou un “non liquet” avec date d’expiration ? », *RFDC*, n° 120, 2019/4, p. e67).

10 Corte cost., 22 novembre 2019, in *Giur. Cost.* 2019, p. 2991, notes F. RIMOLI, G. D’ALESSANDRO, G. REPETTO et GIU. SERGES. En langue française v. A. M. LECIS COCCO ORTU, « L’équilibrisme de la Cour constitutionnelle italienne en matière d’euthanasie et d’assistance au suicide : entre activisme et respect du rôle du législateur », *RevDH*, Actualités Droits-Libertés, 2020.

11 *Ord. Cappato*, *Cons. dir.* § 10, et *Sentenza Cappato*, *Cons. dir.* § 2.4 : « in assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull’effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell’irreversibilità della patologia da cui sono affetti. Di tali possibili conseguenze della propria decisione questa Corte non può non farsi carico, anche allorché sia chiamata, come nel presente caso, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale. Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di *persone in situazione di vulnerabilità*, è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali » (italique ajouté) ; *Sent. Cappato*, *Cons. dir.* § 5 : « la verifica delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di *persone vulnerabili*, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze » (italique ajouté).

12 « Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi. In assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull’effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell’irreversibilità della patologia da cui sono affetti » (*Ordinanza Cappato*, *Cons. dir.* § 10).

13 Normalement – lorsque la Cour constitutionnelle constate l’existence d’une inconstitutionnalité, latente dans le système, qui ne peut pas être éliminée directement par le juge constitutionnel car c’est le législateur, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, qui doit intervenir – le juge des lois se limite à exhorter le Parlement à résoudre le problème, en adoptant une décision dite « monitoria » (de mise en garde, d’exhortation au législateur). Cette typologie de décision (qui a été créée d’une façon prétorienne) peut parfois se présenter sous la forme de décision d’« incostituzionalità accertata ma non dichiarata » (inconstitutionnalité constatée mais pas déclarée), lorsque l’exhortation au législateur est particulièrement pressante et que l’inconstitutionnalité est relevée, dans les motifs, d’une façon très explicite. Souvent, lorsque le juge constitutionnel est saisi à nouveau d’une question de constitutionnalité identique à celle qui avait déjà fait l’objet d’une « sentenza monitoria » et qu’entretemps le Parlement n’est pas intervenu, la Cour constitutionnelle réagit d’une façon plus drastique, en adoptant une nouvelle décision (dite « doppia pronuncia ») et en déclarant l’inconstitutionnalité des dispositions contestées. Avec l’« *ordinanza Cappato* », toutefois, la Cour constitutionnelle a préféré ne pas se servir d’une décision « monitoria » classique, afin de pouvoir expérimenter une nouvelle

à l'égard des formalités de procédure dès lors que sont en cause les droits des personnes en situation de vulnérabilité.

Nous ne parlerons pas, en revanche, de la quatrième des décisions considérées, c'est-à-dire la *sentenza* n° 194 de 2019. Dans cette décision on ne retrouve l'expression « *persone vulnerabili* » que parce que les requérants l'ont utilisée (en outre non pas dans le cadre d'une saisine incidente, mais dans celui d'un recours direct)¹⁴, mais en réalité la Cour ne l'utilise pas.

B. De la « vulnérabilité » à la « faiblesse »

Or, arrivés à ce point de la réflexion, un certain pessimisme aurait donc pu prendre la place de l'enthousiasme initial : comment peut-on mener une recherche sur la jurisprudence constitutionnelle en matière de vulnérabilité avec trois décisions seulement ? Peut-on vraiment parler d'une « jurisprudence » lorsqu'il n'y a que trois décisions à considérer ? En outre, les trois décisions en question sont très récentes, car elles ont été adoptées entre 2017 et 2019 ; ce qui signifie que – même en voulant accepter l'idée qu'elles forment une « jurisprudence » au sens strict du terme – il s'agit d'une jurisprudence très « jeune », probablement encore en évolution, « immature », sans aucun doute pas encore consolidée.

Il ne faut pas oublier, toutefois, qu'en italien l'expression « *persone vulnerabili* » n'est effectivement pas très utilisée : on lui préfère presque toujours l'expression « *soggetti deboli* » (personnes faibles). Et, si l'on recherche « *soggetti deboli* » dans le moteur de recherche de la Cour constitutionnelle, les résultats sont effectivement plus encourageants : nous avons bien 27 décisions à analyser.

Or, bien évidemment, nous ne pourrions pas analyser ici systématiquement l'ensemble des 30 décisions où les expressions « *soggetti deboli* », « *persone vulnerabili* » et « *persone in situazione di vulnerabilità* » sont utilisées.

D'ailleurs, cette démarche en serait presque inutile, dans la mesure où il y a un certain nombre de décisions où la Cour utilise l'expression « *soggetti deboli* » seulement parce que c'est le juge *a quo* qui l'avait utilisée dans sa saisine et elle se limitait, donc, à transcrire les mots employés dans la « *ordinanza di rimessione* »¹⁵. C'est précisément le cas des trois premières décisions où la Cour utilise

solution inédite et sans précédent : celle de laisser le temps au Parlement d'intervenir en la matière, en reportant la discussion sur la question de constitutionnalité d'un an et en fixant une nouvelle audience publique, à laquelle a suivi, nécessairement, une nouvelle décision (la « *sentenza Cappato* »). Il s'agit, en d'autres termes, d'un *non liquet* (avec une sorte de référé au législateur) soumis à une date d'expiration ; mais aussi, en même temps, d'un nouveau « mécanisme » jurisprudentiel, composé par une décision « *monitoria* » atypique (première phase) et par une « *doppia pronuncia* » à « date préfixe » (seconde phase).

14 Sur le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité en Italie v. récemment, aussi pour des plus amples références bibliographiques, P. PASSAGLIA, « Modèle concentré et ancrage de la Constitution dans l'évolution du contrôle incident en Italie : contribution à l'étude des remèdes contre le refus de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, UMR DICE, 2017, p. 309.

15 Il s'agit de la saisine ou, pour mieux dire, de la décision avec laquelle le juge *a quo* saisit la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Il convient de remarquer que dans le système italien il n'est prévu aucun « filtre » de la part de la Cour de cassation ou du Conseil d'État : chaque juge peut saisir directement la Cour constitutionnelle. Dans la « *ordinanza di rimessione* » le juge doit indiquer : les « *norme oggetto* » (les dispositions contestées), les « *norme parametro* » (les dispositions du bloc de constitutionnalité qui sont évoquées en tant que paramètres du contrôle) et les griefs. Il devra également démontrer l'impossibilité d'interpréter les « *norme oggetto* » d'une façon conforme à la Constitution, que la question soit « *non manifestamente infondata* » (c'est-à-dire, avec beaucoup d'approximation, qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux) et qu'elle soit « *rilevante* » (à savoir que le jugement *a quo* ne puisse pas aboutir sans appliquer les dispositions contestées).

l'expression « *soggetti deboli* » : *ord.* n° 410 de 1992 ; *ord.* n° 74 de 1993 ; *sent.* n° 324 de 1998 ; c'est le cas, également, des décisions n° 166 de 2008, 251 de 2008, 440 de 2008, 116 de 2009, 239 de 2011, 257 de 2011, 104 de 2015 et 158 de 2007 (même si, dans cette dernière, le juge *a quo* avait utilisé l'expression « *soggetti deboli* » en citant, à son tour, la *sentenza* de la Cour constitutionnelle n° 233 de 2005, où le juge des lois avait effectivement employé la locution en question).

Nous ne parlerons pas non plus des décisions n° 292 de 2007, 93 de 2011 et 44 de 2017, où l'expression « *soggetti deboli* » ne se retrouve dans le texte de la décision que parce qu'elle a été évoquée par les parties du procès, sans que la Cour constitutionnelle l'ait effectivement utilisée d'une façon volontaire et significative. Pour la même raison, nous avons exclu les décisions n° 338 de 2003 et 67 de 2011, où les mots « *soggetti deboli* », ainsi que l'expression « *soggetti particolarmente vulnerabili* » (personnes particulièrement vulnérables), ne sont utilisés que par une Région dans le cadre d'un recours direct, la Cour constitutionnelle se limitant à transcrire le texte de ce recours.

Pour en finir, il faut souligner qu'il existe des décisions où la Cour constitutionnelle utilise l'expression « *categorie deboli* » (« catégories faibles »), pour indiquer des catégories de personnes vulnérables. Nous en parlerons, brièvement, à la fin de cette communication.

C. La notion de vulnérabilité dans les décisions du juge des lois italien

Nous essayerons, maintenant, de comprendre si, dans la jurisprudence constitutionnelle, la notion de vulnérabilité adoptée est situationnelle ou catégorielle.

En effet, si, dans la plupart des décisions que la Cour constitutionnelle consacre aux « personnes vulnérables », le juge constitutionnel italien utilise, au moins en apparence, une notion situationnelle de vulnérabilité (A), il y a, toutefois, certaines *sentenze* où la Cour semble préférer se servir d'une notion catégorielle (B).

D. Les « *soggetti deboli* » devant la Cour constitutionnelle

Nous avons déjà analysé, bien que d'une façon très superficielle, les décisions où la Cour constitutionnelle utilise les expressions « *persone vulnerabili* » et « *persone in situazione di vulnerabilità* ». Par conséquent, nous nous concentrerons, maintenant, sur les *sentenze* où elle utilise l'expression « *soggetti deboli* ».

La première décision qui mérite d'être prise en considération est, pour autant, la n° 422 de 1999¹⁶, où la Cour utilise pour la première fois l'expression « *soggetti deboli* » d'une façon, pour ainsi dire, consciente, en référence à des catégories de personnes (et, en particulier, de détenus) bien déterminées, c'est-à-dire celles indiquées par l'article 47-*ter* de la loi pénitentiaire de 1975 (loi n° 354 du 26 juillet) avant sa modification qui a eu lieu avec la loi n° 165 du 27 mai 1998. Il s'agit de : femmes enceintes ou

¹⁶ Corte cost., 4 novembre 1999, in *Giur. cost.* 1999, p. 3711.

qui allaitent leurs enfants ; mères d'un enfant en bas âge ; personnes grièvement malades ; personnes âgées de plus de 60 ans, si invalides ; jeunes de moins de 21 ans ayant des exigences particulières liées à la santé, aux études, au travail ou à la famille.

Ces catégories de personnes, dans la formulation originale de l'article 47-ter¹⁷, étaient les seules qui pouvaient accéder, si condamnées à la détention, à la détention domiciliaire au lieu de rester en prison. Et cette prérogative découlait précisément – comme l'explique la Cour – du fait qu'elles sont des « personnes vulnérables ».

La Cour, donc, utilise, dans ce cas, la notion de vulnérabilité d'une façon plutôt bien « objectivée », en affirmant – en faisant une référence aux *sentenze* n° 173 du 1997 e n° 165 du 1996 – que si les personnes indiquées à l'article 47-ter sont qualifiées de “vulnerables” c'est parce qu'il s'agit de « *categoria bisognose di interventi umanitari ed assistenziali* » (*catégories de personnes nécessitant une assistance humanitaire et sociale*).

Or, ce n'est qu'à partir de 1998, lorsque l'article 47-ter a été modifié¹⁸, que la détention domiciliaire peut être accordée non seulement aux personnes « vulnérables » indiquées dans la liste susmentionnée, mais également à d'autres détenus dans un but de réinsertion sociale. La Cour constitutionnelle fait une distinction assez précise parmi les deux situations :

« la misura della detenzione domiciliare, come si è accennato ora mutata nella propria struttura ad opera della stessa legge n. 165 del 1998, non è più caratterizzata da quella eminente finalità umanitaria ed assistenziale che prima la contraddistingueva (v. sentenze n. 173 del 1997 e n. 165 del 1996), ma ha assunto aspetti sicuramente più vicini alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale. La circostanza, infatti, che la misura in questione non sia più limitata ai “soggetti deboli”, prima previsti come destinatari esclusivi della misura stessa dall'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario, ma sia applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena) purché la misura sia idonea ad evitare il pericolo di recidiva, sta a dimostrare che in queste ultime ipotesi la pena o il residuo di pena detentiva breve legittimano l'applicazione della misura in quanto volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi, senza incidere negativamente sulle eventuali opportunità di lavoro » (Cons. dir. § 3).

17 Article 47-ter, introduit par l'article 13 de la loi n° 663 du 10 octobre 1986, alinéa 1 : « La pena della reclusione non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate, se non vi è stato affidamento in prova al servizio sociale, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza quando trattasi di: 1) donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a cinque anni con la convivente; / 2) persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; / 3) persona di età superiore a 60 anni, se inabile anche parzialmente; / 4) persona di età minore di 21 anni, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia ».

18 La loi n° 265 du 27 mai 1998, en particulier, a introduit un alinéa 1-bis à l'article 47-ter : « 1-bis. La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-bis ».

Il nous semble alors que la Cour – en affirmant, implicitement, que les détenus ne peuvent pas être qualifiés de personnes vulnérables en tant que tels, mais seulement lorsqu'ils rentrent dans les catégories dont à l'alinéa 1 de l'article 47-ter – *exclut que la réinsertion sociale des détenus soit une finalité, un but qui relève, par lui-même, de la catégorie de personnes en situation de vulnérabilité.*

D'après la Cour constitutionnelle de 1999, donc, non pas tous les détenus peuvent être qualifiés de « *soggetti deboli* », mais seulement ceux qui se trouvent dans une situation particulière : ce qui relèverait, d'après la distinction proposée par Gaëlle Lichardos, de la vulnérabilité « situationnelle »¹⁹.

Dans le même cadre de la décision n° 422/1999 s'inscrit la décision n° 350 de 2003²⁰, toujours ayant pour objet l'article 47-ter susmentionné. Dans cette décision la Cour se limite à réaffirmer le même principe déjà évoqué en 1999, c'est-à-dire que la possibilité de bénéficier de la détention domiciliaire ne découle plus – comme c'était avant 1998 – du fait de l'appartenance à une catégorie de « personnes vulnérables », mais doit désormais être considérée comme un outil finalisé à la réinsertion sociale des détenus, peu importe si ces derniers sont ou pas des « *soggetti deboli* » au sens strict du terme²¹.

Un an après la décision n° 422/1999, avec la *sentenza* n° 423 de 2000²², la Cour constitutionnelle met explicitement la vulnérabilité en relation avec la « protection de la santé », en qualifiant, par conséquent, de « *soggetti deboli* » ceux qui ont été endommagés, d'une façon irréversible et permanente, par une hépatite post-transfusionnelle due à des vaccinations obligatoires. Ceux-ci sont en effet, d'après la Cour constitutionnelle, des « *soggetti deboli, posti in condizioni di gravissima difficoltà e quindi meritevoli di protezione* » (*Cons. dir.* § 4), c'est-à-dire des personnes vulnérables qui se trouvent dans une très grave situation de difficulté et qui, par conséquent, relèvent d'une protection particulière, même sur le plan constitutionnel.

La décision n° 236 de 2002²³ qualifie l'article 148 du code civil italien de « norme de protection de personnes vulnérables »²⁴. Or, l'article 148 en question impose aux époux ayant des enfants le respect – dans la mesure où leur travail et leur avoir le permet – de l'obligation de maintenir, instruire, éduquer et assister moralement leurs enfants d'une façon conforme aux capacités, aux inclinations

19 G. LICHARDOS, *La vulnerabilità en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse soutenue à l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, *passim*. D'après cette autrice, il y a vulnérabilité « catégorielle » lorsque le législateur qualifie de « personnes vulnérables » un certain nombre de catégories de personnes perçues comme faibles ; il y a, en revanche, vulnérabilité « situationnelle » lorsque ce n'est pas l'appartenance à une catégorie prédéterminée qui détermine le statut de « personne vulnérable », mais un état factuel dû à une situation spécifique. Selon Gaëlle Lichardos, toutefois, la « vraie » vulnérabilité ne peut être que « situationnelle » : d'une part parce que la seule appartenance à une catégorie est insuffisante pour qualifier la vulnérabilité, et d'autre part parce que la vulnérabilité « catégorielle » a pour conséquence directe d'exclure certaines personnes, alors même qu'elles se trouvent dans une situation de vulnérabilité. En conséquence, elle propose de substituer à la notion de personnes vulnérables celle de « personnes placées dans une situation de vulnérabilité ».

20 *Corte cost.*, 5 décembre 2003, in *Giur. cost.* 2003, p. 3634, notes A. ODDI et L. FILIPPI.

21 « La detenzione domiciliare [...] realizza ormai, come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 165 del 1996, una modalità meno afflittiva di esecuzione della pena. L'istituto – come questa Corte ha ritenuto nella sentenza n. 422 del 1999, successiva all'ampia riforma realizzata con la legge n. 165 del 1998 – ha assunto quindi aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena, non essendo più limitato alla protezione dei "soggetti deboli" prima previsti come destinatari esclusivi della misura » (*Cons. dir.* § 2.2, italique ajouté).

22 *Corte cost.*, 16 octobre 2000, in *Giur. cost.* 2000, p. 3166. Sur cette décision v. B. BARBISAN, « Vaccinazioni obbligatorie, trattamenti necessari e solidarietà per danni », *Giur. cost.* 2001, p. 4118.

23 *Corte cost.*, 14 juin 2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1781.

24 « L'art. 148 cod. civ. è una norma di tutela dei soggetti deboli » (*Cons. dir.* § 1).

naturelles et aux aspirations de ces derniers²⁵. Ce sont donc les mineurs à être qualifiés en tant que personnes vulnérables, car ils ont besoin d'une « assistance » de la part de leurs parents dans une phase de la vie où ils ne sont pas encore en mesure de vivre d'une façon autonome leur existence.

Mais c'est peut-être la septième décision (n° 467 de 2002²⁶) où la Cour a utilisé l'expression « *soggetti deboli* » à revêtir d'une importance particulièrement primordiale. C'est avec cette décision en effet que la Cour affirme, pour la première fois d'une façon aussi nette, l'existence d'une « *esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli* » (*Cons. dir.* § 4), c'est-à-dire d'une « exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité ». Elle le fait, en particulier, en référence à l'accès au droit à l'éducation des mineurs handicapés, en affirmant que l'exigence de protéger les droits de ces derniers en tant que « *soggetti deboli* » a « trouvé une traduction également dans la jurisprudence » constitutionnelle²⁷.

D'une façon identique, dans sa *sentenza* n° 233 de 2005²⁸ le juge des lois reconnaît, encore une fois, l'existence d'une « *esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli* » par rapport aux personnes en situation de handicap, en faisant d'ailleurs une référence explicite à la *sentenza* n° 467/2002 susmentionnée. L'expression *de qua* est également utilisée, en référence aux personnes handicapées, dans la *sentenza* n° 203 de 2013²⁹, où la Cour constitutionnelle a affirmé un droit au congé annuel rémunéré pour les salariés qui doivent s'occuper d'un proche invalide.

Plutôt, pour ainsi dire, insolite est la décision n° 469 de 2002³⁰, où la Cour constitutionnelle utilise l'expression « *soggetti deboli* » en faisant référence à une catégorie complètement différente par rapport à celles que nous avons jusqu'ici examinées : celle des « consommateurs », dans le cadre des rapports contractuels et des droits des consommateurs. Elle affirme, en particulier, que, lorsqu'ils stipulent un contrat en tant que consommateurs, les entrepreneurs, les artisans et ceux qui exercent une profession libérale ne peuvent pas être qualifiés de « *soggetti deboli* » s'ils négocient un contrat ayant un but lucratif en fonction de leur activité entrepreneuriale, artisanale ou professionnelle³¹. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle réaffirme le principe selon lequel on ne peut pas considérer une personne en tant que « *soggetto debole* » seulement parce qu'elle appartient à une catégorie de

25 Article 147 code civile italien : « Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli » ; article 148, al. 1 : « I coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. [...] ».

26 *Corte cost.*, 22 novembre 2002, in *Giur. cost.* 2002, p. 3908.

27 « L'esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli, che ha trovato traduzione anche nella giurisprudenza di questa Corte con particolare riferimento ai minori invalidi [...], rendono incostituzionale l'esclusione operata dalla disposizione censurata, in quanto lesiva dei principi di cui agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione, invocati come parametri dal giudice rimettente » (*Cons. dir.* § 4, italique ajouté).

28 *Corte cost.*, 16 juin 2005, in *Giur. cost.* 2005, p. 2002, note V. TONDI DELLA MURA.

29 *Corte cost.*, 18 juillet 2013, in *Giur. cost.* 2013, p. 2840, note E. LONGO.

30 *Corte cost.*, 22 novembre 2002, in *Giur. cost.* 2002, p. 3926, note M. ESPOSITO.

31 « La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità. / Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l'artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell'attività imprenditoriale o artigianale da essi svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e della conseguente normativa di attuazione » (*Cons. dir.* § 2.1, italique ajouté).

personnes potentiellement vulnérables : non pas tous les consommateurs peuvent être considérés des « *soggetti deboli* » seulement parce qu'ils appartiennent à la catégorie des consommateurs.

À ce propos, il est intéressant de remarquer que, pour la première fois, la Cour utilise, dans la décision n° 469 de 2002, l'expression « *soggetti deboli* » dans un contexte – celui du droit des consommateurs – qui n'a rien à voir avec l'assistance humanitaire et sociale ou avec le droit à la santé³². Il s'agit, dans un certain sens, d'un « retour aux origines » de la notion de vulnérabilité qui – comme le rappellent Hubert Alcaraz et Caterina Severino – « est avant tout un concept mobilisé par le droit privé, en particulier par le droit de la consommation »³³. Mais, en même temps, la notion de consommateur adoptée par la Cour constitutionnelle constitue aussi un dépassement de la conception classique de la vulnérabilité au sein du droit de la consommation, dans la mesure où le juge des lois ne reconnaît pas l'existence d'une « présomption de faiblesse » (ou de vulnérabilité)³⁴ du consommateur, alors que, d'après la conception classique, « 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 présumée »³⁵.

Très remarquable aussi la décision la plus récente où la Cour constitutionnelle utilise l'expression « *soggetti deboli* » (exception faite pour la *sent.* n° 44/2017, qui ne revêt pour nous aucun intérêt, comme on l'a déjà remarqué) : la *sentenza* n° 223 de 2015³⁶. Cette décision est très intéressante car le juge *a quo*, dans son *ordinanza di rimessione*, avait qualifié de « *soggetti deboli* » les membres de la famille de la victime d'un crime³⁷, en revendiquant pour eux l'exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité dont l'existence, comme on l'a vu auparavant, avait déjà été reconnue par la Cour par rapport à d'autres catégories de personnes. Mais, cette fois-ci, la Cour constitutionnelle refuse d'accorder cette qualification, en statuant que la qualification de « personne vulnérables », accordée par le juge *a quo* aux membres de la famille de la victime, a un caractère générique et apodictique, alors qu'il n'y a aucun élément qui explique pourquoi ces membres devraient être qualifiés de cette façon. En d'autres termes : l'appartenance à

32 Dans ce sens, on peut considérer cet usage du mot comme une exception à la règle, justifiée par le fait que, dans le cas d'espèce, c'est la loi à qualifier de « personnes vulnérables » le consommateur. De plus : les dispositions contestées avaient, en réalité, une « provenance » européenne (directive 93/13/CEE), donc le choix du législateur avait été, dans un certain sens, un « choix obligé », puisque c'est le droit européen à qualifier le consommateur de « *soggetto debole* ».

33 H. ALCARAZ – C. SEVERINO, « Rapport final de recherche QPC 2020 », publié en janvier 2020 in H. ALCARAZ et C. SEVERINO (dir.), *La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol*, conseil-constitutionnel.fr, QPC 2020, Projets retenus et rapports définitifs, p. 18. Sur l'histoire de la notion de vulnérabilité en droit v. aussi F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.

34 Il nous semble que, dans le cas d'espèce, l'expression « *soggetto debole* » – littéralement « personne faible » – est plus appropriée que celle de « personne vulnérable » sur le plan sémantique. Le consommateur, en effet, n'est pas dans une situation de vulnérabilité physique ou psychologique, mais il est seulement la partie « faible » d'un rapport synallagmatique.

35 F. FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in F. COHET-CORDEY, *op. cit.*, p. 19. V. aussi J. CALAIS-AULOY – F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 4e éd., n° 18, cités par le même Cohet-Cordey, qui affirment que l'existence du droit de la consommation se fonde « 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 ».

36 *Corte cost.*, 5 novembre 2015, in *Giur. cost.* 2015, p. 2071, notes R. PINARDI et M. FORMICA.

37 Comme le rappelle F. FIECHTER-BOULVARD, *Op. cit.*, p. 17, « dans le système juridique, la notion d'individu vulnérable renvoie sans aucun doute à celle de victime ».

une « catégorie » ne peut pas justifier, par elle-même, la qualification de « personne vulnérable », si l'intéressé ne se trouve pas, réellement, dans une situation de vulnérabilité³⁸.

Le juge des lois, donc, semble encore une fois aller dans la direction d'une conception « situationnelle » de la vulnérabilité, ce qui est de la plus grande importance pour notre recherche.

E. Personnes vulnérables et « *categorie deboli* »

Il existe, toutefois, quelques occasions où la Cour constitutionnelle semble adopter une conception « catégorielle » de la vulnérabilité.

À ce propos, une qu'il convient de citer est la *sentenza* n° 166/2008³⁹. Au contraire des autres décisions que nous avons jusqu'ici examinées, il s'agit d'une *sentenza* qui ne découle pas d'une saisine par voie incidente, mais qui a été adoptée dans le cadre d'un recours direct de la Région Lombardie contre une loi étatique. La décision, toutefois, mérite d'être mentionnée, parce qu'avec elle la Cour qualifie de « *soggetti deboli* » non pas une seule typologie de personnes (malades, invalides, consommateurs, travailleurs, etc.) mais, génériquement, toutes les « *categorie sociali disagiate* » (catégories sociales défavorisées, vulnérables) par rapport au droit au logement et au respect de la dignité humaine⁴⁰. Il s'agit, peut-être, d'une première utilisation de la part de la Cour constitutionnelle de la notion « catégorielle » de vulnérabilité.

Dans le même « filon » jurisprudentiel se situe la décision n° 121 de 2010⁴¹, elle aussi adoptée dans le cadre d'un recours direct, où la Cour utilise l'expression « *soggetti deboli* » en relation « *alla finalità generale dell'incremento dell'offerta abitativa per i ceti economicamente deboli* » (*Cons. dir.* § 8), c'est-à-dire dans le but de garantir le droit au logement aux « classes économiquement plus faibles ». Il est très révélateur que, dans la *sentenza* en question, la Cour constitutionnelle utilise, pour la première fois, l'expression « *categorie deboli* » (« catégories faibles ») pour désigner les personnes en situation de vulnérabilité⁴². Ce qui semblerait confirmer, en apparence, l'utilisation d'une notion catégorielle de la part du juge des lois.

38 « È palese, in proposito, il carattere generico ed apodittico della prospettazione del rimettente, che non consente di comprendere [...] in che senso i familiari vittime del reato siano necessariamente da considerare "soggetti deboli" » (*Cons. dir.* § 4.2).

39 *Corte cost.*, 23 mai 2008, in *Giur. cost.* 2008, p. 1999. Sur cette décision v. V. VALENTI, « L'edilizia residenziale pubblica tra livelli essenziali delle prestazioni e sussidiarietà. Osservazioni alla sentenza della Corte Costituzionale, n. 166 del 2008 », *Federalismi.it* 2009, n° 4/2009.

40 « Gli spazi normativi coperti dalla potestà legislativa dello Stato sono da una parte la determinazione di quei livelli minimali di fabbisogno abitativo che siano strettamente inerenti al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana e dall'altra parte la fissazione di principi generali, entro i quali le Regioni possono esercitare validamente la loro competenza a programmare e realizzare in concreto insediamenti di edilizia residenziale pubblica o mediante la costruzione di nuovi alloggi o mediante il recupero e il risanamento di immobili esistenti. L'una e l'altra competenza [...] si integrano e si completano a vicenda, giacché la determinazione dei livelli minimi di offerta abitativa per specifiche categorie di soggetti deboli non può essere disgiunta dalla fissazione su scala nazionale degli interventi, allo scopo di evitare squilibri e disparità nel godimento del diritto alla casa da parte delle categorie sociali disagiate » (*Cons. dir.* § 3).

41 *Corte cost.*, 26 mars 2010, in *Giur. cost.* 2010, p. 1358. Sur cette décision v. A. VENTURI, « Dalla legge Obiettivo al Piano nazionale di edilizia abitativa: il (ri)accentramento (non sempre opportuno) di settori strategici per l'economia nazionale », *le Regioni* 2010, n° 6/2010, p. 1378.

42 « La legge statale, in coerenza con la sua funzione di individuare i "livelli minimi", stabilisce un ordine inderogabile di priorità, il quale non esclude la possibilità che le Regioni, una volta soddisfatte le esigenze delle categorie deboli specificamente elencate, possano, nell'ambito del proprio territorio, individuare altre categorie meritevoli di sostegno, cui ritengono utile e necessario fornire il supporto degli interventi pubblici in materia di edilizia residenziale » (*Cons. dir.* § 7).

L'expression « *categorie deboli* » est également utilisée dans des autres décisions où, d'une manière peut-être significative, les expressions « *persone vulnerabili* », « *persone in situazione di vulnerabilità* » et « *soggetti deboli* » ne sont pas employées.

Nous pouvons citer, par exemple, la *sentenza* n° 329 de 2011⁴³, où la locution « *categorie deboli* » est encore une fois utilisée, concernant la reconnaissance aux étrangers d'une « *indennità di accompagnamento* » (indemnité étatique, accordée aux mineurs de 18 ans mutilés ou invalides civils). En particulier, dans cette décision la Cour affirme – en reprenant, en partie, des considérations qu'elle avait déjà faites dans sa *sentenza* n° 187 de 2010⁴⁴ – que l'« *indennità di accompagnamento* » constitue une des mesures que l'état adopte pour protéger les « catégories faibles » ; et que, pourtant, sa conformité à la Constitution doit être contrôlée non pas sur la base de ses caractéristiques abstraites, mais en relation à sa capacité de satisfaire concrètement les besoins des personnes vulnérables qui appartiennent à la « catégorie faible » intéressée⁴⁵. Les besoins, les exigences, les attentes des personnes vulnérables deviennent ainsi un véritable paramètre de constitutionnalité, ce qui constitue un élément très remarquable de la jurisprudence constitutionnelle italienne.

D'une façon quasiment identique, dans sa *sentenza* n° 172 de 2013⁴⁶ – concernant le droit des immigrés non-européens aux « *asegni di cura* » (aide étatique accordée aux personnes nécessitantes de soins à domicile) – la Cour constitutionnelle affirme que « *ciò che [...] assume valore dirimente agli effetti del sindacato di costituzionalità, non è la denominazione o l'inquadramento formale della singola provvidenza, quanto, piuttosto, il concreto atteggiarsi di questa nel panorama delle varie misure e dei benefici di ordine economico che il legislatore (statale o regionale) ha predisposto quali strumenti di ausilio ed assistenza in favore di categorie "deboli"* » (*Cons. dir.* § 4.1).

Une dernière décision qui pourrait, au moins en apparence, relever de la vulnérabilité catégorielle est la *sentenza* n° 114/2015⁴⁷, où l'expression « *soggetti deboli* » est utilisée en référence aux travailleurs qui constituent – pour utiliser les mots de la Cour – les « *soggetti deboli nel mercato del lavoro* » (personnes vulnérables dans le marché du travail). Il s'agit en particulier – d'après la Cour constitutionnelle – de ceux qui font un « *lavoro occasionale di tipo accessorio* » (forme de travail occasionnel, très peu protégée sur le plan juridique). C'est dans ce sens-là que l'on peut dire que le juge de lois se sert d'une notion « catégorielle », puisque les travailleurs occasionnels constituent une catégorie (ou, pour mieux dire, une sous-catégorie) de personnes vulnérables.

43 *Corte cost.*, 16 décembre 2011, in *Giur. cost.*, p. 4536 ; in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012/1, p. 141, note M. DI FRANCESCO ; in *Riv. it. dir. lav.*, 2012/2, II, p. 521, note L. SURDI.

44 *Corte cost.*, 28 mai 2010, in *Giur. cost.*, p. 2212.

45 « Come questa Corte ha avuto modo di sottolineare nella richiamata sentenza n. 187 del 2010, ciò che assume valore dirimente agli effetti del sindacato ad essa riservato, non è la denominazione o l'inquadramento formale della singola provvidenza, quanto, piuttosto, il concreto atteggiarsi di questa nel panorama delle varie misure e dei benefici di ordine economico che il legislatore ha predisposto quali strumenti di ausilio ed assistenza in favore di categorie 'deboli'. Per la compatibilità costituzionale delle scelte legislative occorre, infatti, verificare se, "alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale", la misura presa in considerazione "integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di 'bisogni primari' inerenti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare..." » (*Cons. dir.* § 5).

46 *Corte cost.*, 4 juillet 2013, in *Giur. cost.* 2013, p. 2542.

47 *Corte cost.*, 18 giugno 2015, in *Giur. cost.* 2015, p. 892 ; in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015/4, p. 793, note M. DI FRANCESCO.

III. Cour constitutionnelle et vulnérabilité : quelques remarques conclusives

Or, nous sommes bien conscients que la méthode de recherche que nous avons utilisée n'efface pas totalement le risque de lacunes, le risque d'avoir, en somme, « oublié quelque chose », d'avoir négligé quelques décisions intéressantes. Nous croyons toutefois qu'elle nous a quand même permis d'atteindre un niveau d'analyse suffisamment approfondi et d'avoir une vue d'ensemble assez claire.

Arrivés à ce point de notre analyse de la jurisprudence, nous pouvons donc essayer d'en tirer quelques conclusions utiles pour le débat, en commençant par quelques remarques d'ordre général.

Premièrement, il est intéressant de remarquer comment la quasi-totalité des décisions considérées a été adoptée dans le cadre d'une saisine incidente, ce qui nous confirme l'existence d'un lien entre protection des personnes vulnérables et question incidente de constitutionnalité, ainsi que le rôle de « transformateur permanent » du système italien de contrôle de constitutionnalité par voie incidente dont nous avons parlé au début de cette communication.

Une deuxième considération que nous pouvons faire, est que les expressions « *soggetti deboli* », « *persone vulnerabili* » et « *persone in situazione di vulnerabilità* » n'ont jamais été utilisées par la Cour constitutionnelle avant 1992, ce qui constitue probablement le signe de l'importance croissante, dans la jurisprudence du juge des lois italien, des articles 2 et 3, alinéa 2, de la Constitution de 1948⁴⁸. En effet, si, d'un côté, la centralité de l'article 2 est bien illustrée par le « poids » que le « *principio personalistico* » a eu dans les décisions *Cappato* (précitées)⁴⁹, de l'autre côté l'alinéa 2 de l'article 3 – très peu considéré au début – est désormais devenu l'« axe » central de la jurisprudence constitutionnelle italienne, qui le reconnaît désormais comme l'« élément distinctif » de la Constitution républicaine⁵⁰.

Un autre élément qui mérite quelques réflexions est le fait que, comme nous l'avons vu, en 2017 la Cour constitutionnelle cesse d'utiliser l'expression « *soggetti deboli* » et, à partir de 2018, commence à utiliser celle de « *persone vulnerabili* », jamais utilisée auparavant : s'agit-il d'un choix conscient de

48 Ces deux articles consacrent, respectivement, le principe « personalista » (ou « personalistico ») et le principe d'égalité réelle. La notion de « principe personalista » (ou « personalistico ») est une notion typique du droit constitutionnel italien. D'après ce principe, le « cœur » de l'ordre juridique, le but primordial de l'État, le centre de la vie sociale républicaine réside dans le respect de la personne humaine, de ses droits inviolables, de ses besoins et de ses exigences de développer sa propre personnalité dans la société. La doctrine italienne identifie ce principe dans la première partie de l'article 2 de la Constitution transalpine : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où se développe sa personnalité ». Quant au principe d'égalité réelle, il se traduit, dans sa particulière version transalpine, dans l'obligation, par l'État, d'éliminer les obstacles qui empêchent le développement de la personne humaine et sa participation effective à l'organisation du pays, en vertu de l'article, al. 2, de la Constitution : « Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays ».

49 L'inconstitutionnalité de l'interdiction du suicide assisté a été, en effet, déclarée aussi sur la base du fait que la Constitution italienne « guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi » (*ordinanza Cappato, Cons. dir.* § 6).

50 Dans un dossier publié par le « Servizio studi » de la Corte costituzionale, le principe d'égalité réelle est indiqué comme « il tratto distintivo e caratterizzante della Costituzione repubblicana italiana, il principio che si pone quale premessa necessaria » (CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI, « I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali », sous la direction de M. FIERRO, R. NEVOLA et D. DIACO, www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do, 2017, p. 13).

la part du juge des lois ? Est-ce que à ce changement de vocabulaire (peut-être d'inspiration française ou « européenne ») correspond aussi un changement de la notion ?

Nous ne pouvons pas donner une réponse certaine à ces questions, puisque nous ne pouvons pas « entrer dans la tête » des juges et savoir pourquoi, à partir d'un certain moment, ils ont préféré utiliser l'expression « persone vulnerabili ». Il nous semble, toutefois, que cette « transformation sémantique » est directement proportionnelle à la croissance de l'importance de la personne humaine et de sa dignité dans la jurisprudence constitutionnelle⁵¹.

Une dernière remarque d'ordre général que nous pouvons faire concerne l'*ordinanza Cappato*, avec laquelle – comme on l'a déjà rappelé – la Cour a, en quelque sorte, « forcé » les règles du procès constitutionnel. Est-ce que cette décision constitue – comme nous l'avons supposé – l'indice d'une différence d'attitude de la Cour constitutionnelle à l'égard des formalités de procédure dès lors que sont en cause les droits des personnes en situation de vulnérabilité. S'agit-il, en d'autres termes, d'une conséquence de l'« exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité » dont la Cour a souvent parlé ?

Encore une fois, nous ne pouvons pas donner une réponse certaine à la question. Mais il est fort probable que notre hypothèse soit correcte. En observant la jurisprudence constitutionnelle des dernières années, en effet, il est assez évident – comme la doctrine la plus autorisée l'a bien remarqué⁵² – que la Cour constitutionnelle applique de plus en plus le principe selon lequel « ce sont les formalités de procédure qui doivent se plier [...] en fonction des exigences du droit constitutionnel substantiel, [...] non pas vice-versa »⁵³. Et, s'il est vrai que la personne et la dignité humaines sont désormais devenues l'« étoile polaire » de la Cour constitutionnelle⁵⁴, il nous semble assez vraisemblable qu'elle les fasse primer sur le respect des règles de procédure.

Pour conclure, il nous reste à faire quelques observations plus spécifiques sur la notion de vulnérabilité.

Tout d'abord, nous ne pouvons pas ne pas remarquer que dans la quasi-totalité de décisions où la Cour utilise les expressions « *soggetti deboli* », « *persone vulnerabili* », etc., elle le fait en référence à des catégories de personnes nécessitant une assistance humanitaire et sociale, sauf dans des cas particuliers où c'est la loi elle-même qui qualifie de vulnérable une différente catégorie (comme c'est le cas des consommateurs). En outre, la plupart des fois où les expressions en question sont utilisées, c'est en référence aux personnes à mobilité réduite et, plus en général, aux personnes en situation de handicap (ou, encore plus en général, aux malades), que la Cour constitutionnelle semble donc considérer comme les « personnes vulnérables » par excellence.

51 Comme l'a remarqué Elena Malfatti il y a eu, dans les dernières années, une augmentation exponentielle des références à la dignité humaine dans les décisions de la Cour constitutionnelle : « un campionario di pronunce non da poco [...] del quale apparentemente ci sarebbe da rallegrarsi, oltretutto (come già evidenziato) per l'incremento dei riferimenti alla dignità, nella misura in cui essa appare “stella polare” di ciascuna decisione » (E. MALFATTI, « Intorno alla dignità della persona umana », in R. ROMBOLI (dir.), *Il pendolo della Corte*, Giappichelli, 2017, p. 488).

52 Il suffit de lire les nombreux articles contenus in R. ROMBOLI (dir.), *op. cit.*

53 « Sono le regole processuali che si devono piegare alle (o meglio essere lette in funzione delle) esigenze del diritto costituzionale sostanziale, del “rendere giustizia costituzionale”, e non viceversa » (M. RUOTOLO, « Tra anima politica e anima giurisdizionale », in R. ROMBOLI (dir.), *op. cit.*, p. 239).

54 E. MALFATTI, précitée.

La notion de vulnérabilité adoptée par la Cour constitutionnelle, donc, n'est pas une notion « classique ». La notion classique de vulnérabilité, en effet, est très liée, comme nous l'avons déjà dit, au droit de consommateurs. Celle de la Cour constitutionnelle, en revanche, est liée à la conception républicaine de la personne et de la dignité humaines et, plus en particulier, au droit à la santé qui, d'ailleurs, est le seul droit que la Constitution italienne (article 32) qualifie de « droit fondamental » (alinéa 1), en le liant, de plus, explicitement au « respect de la personne humaine » (alinéa 2)⁵⁵.

Elle n'hésite pas, cependant, à reconnaître la qualification de vulnérable aussi à des autres catégories de personnes, comme les travailleurs occasionnels, ce qui nous semble, d'ailleurs, pleinement justifié par le fait que la République italienne est « fondée sur le travail » (article 1 de la Constitution transalpine).

Plus en général, donc, la notion de vulnérabilité du juge des lois semble se fonder sur les trois premiers articles de la Constitution (principe travailliste, principe « *personalistico* » et principe d'égalité), ainsi que sur tous les articles qui en constituent, en quelque sorte, un développement direct (article 4, droit au travail ; article 32, droit à la santé ; etc.). L'« exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité » dont la Cour, parfois, parle, se traduit donc dans l'exigence constitutionnelle de supprimer (ou au moins réduire) les inégalités entre les citoyens et entre les travailleurs, afin de permettre un plein développement de la personne humaine. Ce qui, d'ailleurs, ne fait que confirmer que l'article 3 de la Constitution est désormais devenu l'axe central de la jurisprudence constitutionnelle.

C'est pour cela que le choix de ne pas accorder la qualification de personnes vulnérables aux détenus qui ne se trouvent pas dans une situation de vulnérabilité, pour ainsi dire, « supplémentaire » peut paraître un peu surprenant. Ceux qui se trouvent en prison, en effet, ne sont pas privés que de leur liberté d'aller et venir : la quasi-totalité des autres droits reconnus par la Constitution sont également limités, *de facto*, par le fait qu'ils se trouvent en prison, y compris, par exemple, le droit à la santé, et ceci au-delà de la circonstance qu'ils soient affectés par une maladie chronique ou par une maladie « importante ». En outre l'article 27 de la Constitution de 1948, en statuant que « les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité », explicite un lien très strict entre la détention en prison et la dignité humaine. De ce fait, il nous semble que les détenus devraient constituer une catégorie de personnes vulnérables pour le simple fait qu'ils se trouvent en prison.

Cette dernière considération nous amène, fatalement, à « la question des questions » : la notion de vulnérabilité adoptée par la Cour constitutionnelle, est-elle une notion situationnelle ou bien catégorielle ?

⁵⁵ Article 32 : « 1. La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et assure des soins gratuits aux indigents. 2. [...] La loi ne peut en aucun cas violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ».

Or, s'il est vrai que dans la plupart des décisions la Cour semble utiliser une notion « situationnelle », il n'en est pas moins vrai qu'il y a un certain nombre de décisions où, en revanche, le juge des lois semble préférer raisonner en termes de « catégories vulnérables ».

Notre hypothèse est donc, tout simplement, que la distinction entre notion « catégorielle » et notion « situationnelle » n'opère pas devant ce juge.

Si cette hypothèse est correcte, on ne saurait lui donner tort. À notre avis, en effet, l'appartenance à une catégorie découle nécessairement d'une situation transitoire et extrinsèque à l'individu (par ex. pour le mineur : avoir moins de 18 ans). Dans ce sens, la vulnérabilité « catégorielle » n'est qu'une forme objective de vulnérabilité situationnelle. De l'autre côté, à chaque fois qu'une personne se trouve dans une situation de vulnérabilité, elle devient immédiatement, même si d'une façon transitoire, susceptible d'être située dans une catégorie (par exemple pour ceux qui sont malades : catégorie de malades). Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, qu'en principe une catégorie peut être formée par une personne seulement. Dans ce sens la vulnérabilité « situationnelle » n'est qu'une forme subjective de vulnérabilité catégorielle.

Par conséquent, il nous semble opportun, pour en finir, de proposer une différente catégorisation de la vulnérabilité qui soit directement inspirée par la jurisprudence constitutionnelle italienne.

D'après nous, en effet, il nous semble que la notion de vulnérabilité adoptée par la Cour peut se distinguer en trois différentes typologies :

1. Une vulnérabilité « relative », qui découle du fait qu'une personne, dans un contexte particulier et par rapport à un droit particulier, se trouve dans une situation de faiblesse (par exemple les consommateurs, lorsqu'ils ne sont ni des entrepreneurs, ni des artisans, ni des personnes qui exercent une profession libérale) ;
2. Une vulnérabilité « absolue », qui découle du fait qu'une personne, à cause de ses caractéristiques psychophysiques ou de sa condition de vie, se trouve dans une situation de « faiblesse », de vulnérabilité continuelle (même si, éventuellement, transitoire) et par rapport à n'importe quel droit ou presque (par exemple les personnes à mobilité réduite, mais aussi, à notre avis, les détenus) ;
3. Une vulnérabilité présumée, qui découle du fait qu'une catégorie de personne est qualifiée de vulnérable par le législateur (par exemple les mineurs). Dans ce cas, c'est à la Cour constitutionnelle d'interpréter la volonté du législateur et d'indiquer si la présomption est absolue ou relative (comme dans le cas des mineurs).

Que cette distinction, que nous venons de proposer, soit adéquate ou pas, c'est une question que nous laissons volontiers au débat.

CHAPITRE 2

LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES PERSONNES VULNÉRABLES EN FRANCE, EN ESPAGNE ET EN ITALIE

SECTION 1

LA PROTECTION DES MINEURS

QUELLE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE L'ENFANCE ? LES QPC RELATIVES AUX MINEURS

Méline DOUCHY-LOUDOT¹

Introduction

Une Nation devient pleinement ce qu'elle doit être lorsqu'elle protège les plus faibles des siens. La protection par l'État des plus pauvres, en réalité des plus démunis, est l'expression de sa maturité. La vulnérabilité, les situations de fragilité se démultiplient en prenant le visage des minorités sociales, celui des exclus, des rejetés, des laissés pour compte, des gens du voyage, mais aussi des personnes souffrant d'un handicap, des sans-emploi, des prisonniers. Ces approches d'une humanité blessée ne sont, malheureusement, pas exclusives l'une de l'autre, accentuant le phénomène de « mise à part » observé par ceux qui sont bien portants, les nantis, les intégrés, les socialement reconnus.

Si le visage buriné d'un ancien émeut dans tous les signes du tourment de la vie qu'y peuvent s'y lire, le visage de l'enfance rejoint, hors de toute temporalité, celui-là même que la vie aura marqué, parce qu'au cœur du visage juvénile transparaît le cri muet et rugissant d'un appel à la tendresse justifié par la même humanité². L'enfance, le handicap, la vieillesse, le chômage, l'immigration sont autant de situations où la recherche de sens devient plus poignante. La dignité de la personne y est première. La fondamentalité des droits et libertés est la technique du nouveau siècle qui voudrait dresser un rempart de protection contre tout ce qui altère cette dignité.

La protection de la personne, de ses droits et libertés, au moyen de la question prioritaire de constitutionnalité, est l'écho de ce mouvement général en faveur des plus faibles. Le secours d'autres instruments juridiques justifie, plus particulièrement s'agissant de l'enfance, sinon une articulation de la protection constitutionnelle avec celle de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), spécialement en son article 20, et celle de la Cour européenne des droits de l'homme, du moins une mise en perspective de l'avancée des droits et libertés.

¹ Professeur à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France, Avocat associé Selarl Prudens-juris.

² Sur la reconnaissance d'un principe de fraternité : Décision 6 juill. 2018, n° 2018-717, QPC, RSC 2018, 1001, obs. B. DE LAMY ; *AJDA* 2018, 1781, note J. ROUX ; *D.* 2018, 1894, note C. SAAS ; *Constitutions* 2018, 389, chron. B. MATHIEU.

Le Conseil constitutionnel français, par les différentes décisions prises sur des questions prioritaires de constitutionnalité, montre une volonté ferme de défendre, par le fait même de la minorité, l'enfant (I), au moyen d'un régime de protection constitutionnelle (II).

I. La constitutionnalisation de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

Pour fonder une protection, encore faut-il délimiter son objet. L'enfance est appréhendée à partir du concept juridique de la minorité (A), laquelle a donné lieu, pour les mineurs non accompagnés, antérieurement désignés par l'expression mineurs isolés étrangers, à la constitution d'un fichier *Appui à l'évaluation de la minorité* (B).

A. La délimitation d'un domaine de protection : la minorité

1. *L'enfant en tant que mineur*

L'enfance justifie une protection en tant que situation de vulnérabilité d'une personne dont la croissance n'est pas achevée, entendue de sa capacité à un plein usage de ses facultés volitives et intellectuelles lui permettant de poser à l'issue d'un processus délibératif une décision pleinement consciente l'engageant à l'égard de lui-même et des autres. Pourtant le droit calque le régime de protection non sur la personne et sa capacité d'accès à l'autonomie par rapport à un discernement naturel, mais sur l'appréhension par le droit de la pleine capacité juridique du sujet de droit. Or, le droit fixe à dix-huit ans la majorité des personnes qui leur confère, sauf altération de leurs facultés personnelles justifiant des mesures de protection propres aux majeurs, cette pleine capacité juridique.

L'article 414 du code civil dispose : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ». Par différence, l'article 388, alinéa premier du même code énonce : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».

Pourtant, ce n'est pas l'intérêt supérieur du mineur qui est protégé constitutionnellement, mais l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. *L'intérêt supérieur de l'enfant*

Par une décision aussi importante que remarquée, le Conseil constitutionnel a, le 21 mars 2019³, reconnu la valeur constitutionnelle de l'intérêt supérieur de l'enfant en le rattachant au préambule de la Constitution de 1946 : « 5. Aux termes des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : “La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur

³ Déc. QPC, n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *Aj fam.* 2019. 222, obs. A. BOUIX ; *AJDA* 2019, 1448, note T. ESCACH-Dubourg ; *D.* 2019, 742, note P. PARINET ; 709, point de vue H. FULCHIRON ; *RDSS* 2019, 453, note A.-B. CAIRE)

développement. – Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs". 6. Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures ». Ce faisant le Conseil constitutionnel emploie l'expression en usage par les conventions internationales de protection des droits de l'homme et affermit ainsi le principe protégé.

Il inscrit cette constitutionnalisation dans un processus de reconnaissance progressif. Déjà, la décision DC n° 2013-669 du 17 mai 2013 à propos du mariage entre personnes de même sexe avait jugé à propos de l'adoption d'un enfant : « que ces dispositions (CC, art. 353), applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (n° 54). Et c'est encore à l'alinéa 10 du Préambule de 1946 que le Conseil s'est référé pour apprécier le respect de la protection de l'intérêt de l'enfant à propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite J21, autorisant à compter du 1^{er} janvier 2017 le divorce par acte d'avocats⁴.

Si l'on peut se réjouir de la constitutionnalisation de l'exigence de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans entrer pour l'instant sur la question du contenu de cette protection ou des modalités de son appréciation, on doit cependant souligner que cette protection reste « la protection légale attachée à leur âge », ce qui réduit considérablement le domaine de la protection.

À l'initiative d'une réflexion menée notamment par le Professeur Adeline Gouttenoire, la protection mise en place par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant dépasse le clapet des plus de 18 ans ou moins de 18 ans. Ceci est particulièrement perceptible et doit être salué dans les nouvelles dispositions du code de l'action sociale et des familles où la situation des « jeunes majeurs » est aussi prise en compte⁵. L'article L. 112-3, al. 1^{er} CASF après avoir posé que « La protection de l'enfance vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits », précise en son alinéa 4, que les interventions de l'aide sociale « peuvent également être destinées à des majeurs de moins de vingt et un ans connaissant des difficultés susceptibles de compromettre gravement leur équilibre ». C'est encore ainsi que l'article L. 222-5-2 CASF permet la mise en place d'un protocole destiné à faciliter l'accès à l'autonomie des jeunes, étant précisé que ce » protocole organise le partenariat entre les acteurs afin d'offrir aux jeunes de seize à vingt et un ans une réponse globale en matière éducative, culturelle, sociale, de santé, de logement, de formation, d'emploi et de ressources ».

⁴ Déc. DC n° 2016-739, 17 novembre 2016, n° 52.

⁵ Sur la majorité pénale, v. L. SEBAG, Méлина DOUCHY-LOUDOT, *Guide des procédures relatives aux mineurs*, éd. LexisNexis, coll. Guide, 2019/2020, n° 1032.

Le seuil de la vulnérabilité ne saurait s'arrêter à la frontière d'un âge calendaire. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait aussi être dans le refus d'une délimitation exclusivement juridique lors d'une appréciation *in concreto*, en acceptant que certaines dispositions protectrices du droit des mineurs puissent s'appliquer aux jeunes majeurs. Pour l'heure, cette protection constitutionnelle est réservée au seul mineur, ce qui fonde l'importance de la détermination de l'âge de l'enfant.

3. *Un intérêt réservé au seul mineur*

L'appréhension par le Conseil constitutionnel de l'enfance est en réalité une protection constitutionnelle du mineur, autrement dit de l'enfant de moins de dix-huit ans. Le couperet est donc fixé dans le temps, avant dix-huit ans et après dix-huit ans, la personne ne sera pas soumise aux mêmes dispositions juridiques au regard de son comportement qu'il s'agisse des mesures de protection, de sa défense pénale, des questions d'immigration.

La décision du 21 mars 2019 du Conseil constitutionnel affirme la constitutionnalité de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pour justifier le recours aux tests osseux dans la détermination de l'âge de la personne tel que prévu aux articles 388, al. 2 et al. 3 du code civil disposant : « Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé (al. 2). Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé (al. 3) ».

La présomption de minorité joue en faveur du mineur en ce sens qu'en cas de doute résultant des analyses médicales, la personne bénéficie des mesures bienveillantes du droit des mineurs. Au demeurant, elle ne jouera qu'autant que l'examen médical aura été pratiqué⁶. Pour généraliser la protection et obtenir le rejet de la main levée du placement du mineur étranger à l'ASE suite au rapport d'analyse documentaire de la police à la frontière, un avocat alléguait que le doute profite au mineur lorsque l'âge de ce dernier n'est pas établi avec certitude. L'argument a été rejeté par la Cour de cassation. Le principe ne vaut que si un examen osseux a été ordonné, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'étendue de la protection du mineur et avec elle de l'intérêt de l'enfant à partir du doute qui lui profite ne sont-elles pas mises en cause par le fait que seul le juge judiciaire apprécie l'opportunité du recours à cet examen ?

Au-delà c'est bien la protection même de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est en cause, réduisant la majorité juridique à la détermination exclusivement physique de l'âge d'une personne, d'une part, à l'absence de prise en considération de sa maturité psychique et sociale, d'autre part⁷. La synonymie

⁶ Civ. 1^{re}, 19 septembre 2019, n° 19-15.976, *Procédures* 2019, Novembre, nos observations.

⁷ *A fortiori* lorsque la force probante d'un acte civil étranger peut être souverainement écartée par les juges du fond se fondant sur de telles expertises pour fonder l'âge réel d'une personne : Civ. 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-18468 ; 11 mai 2016, n° 15-18731, *AJF* 2017, p. 137, obs. P. PEDRON ; *D.* 2016, p. 1545, note crit. J.-F. MARTINI, K. PARROT).

entre enfant et mineur au stade d'une protection des droits et libertés fondamentaux est sans doute en elle-même attentatoire au fondement même de l'exigence de protection.

Si le seuil de la minorité est dépassé, sans aucun sas ou temps de transition, l'enfant est projeté dans l'univers juridique de la majorité bien plus rude. La détermination de l'âge devient alors prépondérante et avec elle la nécessité de distinguer ceux qui peuvent bénéficier de dispositions juridiques plus clémentes de ceux qui ne le peuvent plus. Ceci est particulièrement flagrant à l'examen de la toute dernière décision du Conseil constitutionnel relative aux mineurs non accompagnés.

B. L'appui à l'évaluation de la minorité : le fichier des mineurs non accompagnés (MNA)

L'intérêt de la minorité tient dans la protection renforcée de la personne jugée vulnérable par le droit. Ceci, en matière d'immigration, conduit à des solutions d'accueil des mineurs qui bénéficient d'un ensemble de dispositions dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et du Code de l'action sociale et des familles (CASF) au titre des mineurs pris en charge par l'aide sociale à l'enfance en tant que privés temporairement ou définitivement de leur famille⁸.

Cette protection est assurée par des droits fondamentaux constitutionnellement protégés, mais aussi conventionnellement. La France a ainsi été condamnée pour avoir laissé à lui-même dans un bidonville à Calais un mineur étranger⁹.

Afin de renforcer la mise en place de la protection des mineurs non accompagnés et faciliter leur prise en charge, la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, en son article 51, a intégré au CESEDA un nouvel article L. 611-6-1 dont l'alinéa 1 dispose : « Afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

La constitution de ce fichier des mineurs non accompagnés a été effectuée par le décret d'application n° 2019-57 du 30 janvier 2019 intitulé « Appui à l'évaluation de la minorité » (AEM). Il est précisé à l'article L. 616-6-1, alinéa 3 précité que : « Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure. La conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle ». Le décret est venu intégrer une nouvelle sous-section 3 intitulée « Appui à l'évaluation de la minorité », dans la section 4 consacrée aux « Conditions d'accueil et

⁸ M. DOUCHY-OU DOT, L. SEBAG, *Guide des procédures relatives aux mineurs*, éd. LexisNexis, coll. Guide, 2019/2020, Fiche n° 3, n° 34 et s.

⁹ CEDH, 28 févr. 2019, *Khan c/ France*, n° 12267/16 ; pour un récapitulatif des droits des mineurs isolés étrangers : *AJF* 2019 p. 504, A. Guitton.

d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille ». Aux termes du nouvel article R. 221-15-6 CASF : « Les données sont effacées du traitement mentionné à l'article R. 221-15-1 au terme d'un délai maximal d'un an à compter de la notification au préfet de département et, à Paris, au préfet de police de la date à laquelle l'évaluation de la situation de la personne a pris fin (al. 1). Lorsque le président du conseil départemental n'a pas procédé à la notification mentionnée au précédent alinéa, les données sont effacées au terme d'un délai de dix-huit mois à compter de leur enregistrement (al. 2) ».

Ce « fichage » des mineurs étrangers a donné lieu à saisine du Conseil constitutionnel par question prioritaire de constitutionnalité par « les associations Unicef France, Convention nationale des associations de protection de l'enfance, Défense des enfants international – France, Médecins du monde, Médecins sans frontières, le Secours catholique, Fédération des acteurs de la solidarité, Cimade, Gisti, Fédération des associations de solidarité avec tous les immigrés, Ligue des droits de l'homme, Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés non lucratifs sanitaires et sociaux, Fédération de l'entraide protestante, Association nationale des assistants de service social et Avocats pour la défense des droits des étrangers, pour la fondation de l'Armée du salut et pour le syndicat des avocats de France, le syndicat de la magistrature et l'union syndicale Solidaires »¹⁰.

Pour affirmer la conformité de la disposition du CESEDA à la Constitution, le Conseil rejette successivement les arguments tirés de l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier l'absence de sécurité résultant de l'expression « personnes *reconnues* mineures », l'objet d'un traitement automatisé non limité à la seule protection de l'enfance, pouvant être utilisé dans la lutte contre l'entrée et les séjours irréguliers des étrangers en France, le refus de tirer toutes les conséquences d'un refus de recueil des données par la personne, et enfin le fait que le recours contre la décision déclarant la personne majeure n'exclut pas la mesure d'éloignement du territoire national.

La décision s'appuie d'une part sur l'intérêt supérieur de l'enfant tel que défini dans la décision QPC du 21 mars 2019 précitée relative à la détermination de l'âge par le recours à des tests osseux, d'autre part sur la question du respect du droit à la vie privée du mineur, dès lors qu'il « appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle, et le droit au respect de la vie privée » (n° 5).

Or, l'objectif du fichier est de permettre à l'autorité de vérifier si l'âge du mineur n'a pas déjà été évalué, dont d'assurer un traitement plus rapide dans la mise en place de la protection, sans que le refus du recueil des données par la personne ne laisse présumer sa majorité : « À cet égard, la majorité d'un individu ne saurait être déduite ni de son refus opposé au recueil de ses empreintes ni de la seule constatation, par une autorité chargée d'évaluer son âge, qu'il est déjà enregistré dans le fichier en cause ou dans un autre fichier alimenté par les données de celui-ci » (n° 7). Il est relevé que la pluralité de fins poursuivies par le fichier n'est pas en soi prohibée, il s'agit tout à la fois pour le

¹⁰ Déc. QPC n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019.

législateur de « mettre en œuvre l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre l'immigration irrégulière » (n° 8).

La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, à ce jour limité aux seuls mineurs, permet la mise en œuvre d'une protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux du mineur.

II. La protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux du mineur

Sur un total de 17 décisions QPC relatives aux mineurs, l'étude de ces décisions a révélé principalement deux axes prioritaires de protection, l'une d'entre elles concernant de façon plus globale la question du financement de la protection de l'enfance par les départements¹¹. Le premier tend à protéger le mineur dans sa personne et sa famille (A)¹², le second vise à assurer une justice des mineurs, plus spécifiquement la défense pénale du mineur (B)¹³.

A. La personne du mineur protégée constitutionnellement

Les thèmes évoqués autour du mineur concernent le mineur en tant que personne, sa vie et sa santé, son insertion dans une famille, l'éducation à laquelle il a droit, mais aussi et de façon particulièrement intéressante s'agissant du mode d'appréciation de la violation d'un droit, le respect de la vie privée à l'occasion du contrôle mené sur la constitutionnalité du fichier d'aide à l'évaluation de la minorité dans la décision du 26 juillet 2019 précitée.

1. La vie et la santé du mineur

Après qu'ait été mis en place le nouveau contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois, la troisième décision rendue par le Conseil constitutionnel, le 11 juin 2010, a porté sur l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, encore

11 Décision n° 2010-109 QPC du 25 mars 2011 (conformité) ; principe invoqué : la libre administration des collectivités territoriales et à leur autonomie financière en violation de l'article 72 de la Constitution et du quatrième alinéa de son article 72-2.

12 Fichier pour aide à l'évaluation de la minorité des mineurs non accompagnés, Déc. n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 (conformité) ; Tests osseux pour déterminer la minorité, Déc., n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019 (conformité) ; Attribution de la majoration de quotient familial pour enfant mineur en résidence alternée : Décision n° 2018-753 QPC du 14 décembre 2018 (conformité) ; Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français : Décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018 (non-conformité totale) ; Infraction à l'obligation scolaire au sein des établissements privés d'enseignement hors contrat : Décision n° 2018-710 QPC du 1er juin 2018 (Conformité – réserve) ; Obligation de vaccination : Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015 (Conformité) ; Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : Décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012 (Non conformité totale – effet différé) ; Accès aux origines personnelles et accouchement sous X : Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 (conformité) ; Pension de réversion des enfants : Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011 (non-conformité totale – effet différé) ; Loi dite « anti-Perruche » : Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 (non-conformité partielle).

13 Régime de l'audition libre des mineurs : Décision n° 2018-762 QPC du 8 février 2019 (non-conformité totale avec effet différé) ; Régime de la garde à vue des mineurs : Décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018 (non-conformité totale) ; Exécution provisoire des décisions prononcées à l'encontre des mineurs : Décision n° 2016-601 QPC du 9 décembre 2016 (Non conformité totale – effet différé) ; Prorogation de compétence de la cour d'assises des mineurs en cas de connexité ou d'indivisibilité : Décision n° 2013-356 QPC du 29 novembre 2013 (Conformité) ; Procédure de comparution à délai rapproché d'un mineur : Décision n° 2012-272 QPC du 21 septembre 2012 (conformité) ; Composition du tribunal pour enfants : Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011 (Non conformité partielle – effet différé. Réserve transitoire).

connue par la désignation « loi anti-perruche » par référence à la décision de justice rendue par la Cour de cassation¹⁴, et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, en son article 2. Pour déclarer conforme l'article L. 114-5 du CASF, et rejeté la requête de la mère estimant que « l'interdiction faite à l'enfant de réclamer la réparation d'un préjudice du fait de sa naissance porterait atteinte au principe selon lequel nul n'ayant le droit de nuire à autrui, un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que cette interdiction, qui prive du droit d'agir en responsabilité l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal, alors que ce droit peut être exercé par un enfant dont le handicap a été directement causé par la faute médicale, entraînerait une différence de traitement contraire à la Constitution », le Conseil a établi la non-violation du principe d'égalité face à la loi fondé sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La non-conformité partielle a résulté de l'application dans le temps de la nouvelle disposition : « Les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles tel qu'il résulte du 1 du présent II sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

Au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil rappelle par visa de principe « que, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie » (n° 22), pour conclure que à la non-conformité s'agissant de l'application dans le temps de la nouvelle disposition (n° 23).

Dans une décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015 relative au caractère obligatoire des vaccinations, le Conseil va directement protéger la santé du mineur en reconnaissant la constitutionnalité des articles L. 3111-2 et L. 3111-3 du code de la santé publique faisant obligation aux titulaires de l'autorité parentale de vacciner le mineur pour les infections précisées par ces textes. Selon les requérants, « en imposant une obligation vaccinale contre certaines maladies alors que les vaccins ainsi rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé, les dispositions contestées portent atteinte au droit à la santé garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que ce risque serait particulièrement élevé pour les jeunes enfants ; que les maladies pour lesquelles ces vaccins sont obligatoires ont cessé de provoquer un nombre important de victimes en raison de l'amélioration des conditions de vie ; que la loi ne prévoit pas d'examen médical préalable permettant de déceler les contre-indications médicales que la personne peut ignorer » (n° 6).

14 Civ. 1^{re}, 17 nov. 2000, n° 99-13701.

Au visa du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère [...] la protection de la santé », le Conseil conclut à la constitutionnalité des dispositions, par un raisonnement en deux temps, *primo* : « le législateur a imposé des obligations de vaccination antidiphtérique, antitétanique et antipoliomyélitique aux enfants mineurs, sous la responsabilité de leurs parents ; qu'il a ainsi entendu lutter contre trois maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées ; qu'il a confié au ministre chargé de la santé le soin de définir et mettre en œuvre la politique de vaccination après avoir recueilli l'avis du haut conseil de la santé publique ; que le législateur lui a également donné le pouvoir de suspendre par décret chacune de ces obligations de vaccination, pour tout ou partie de la population, afin de tenir compte de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques ; qu'il a enfin précisé que chacune de ces obligations de vaccination ne s'impose que sous la réserve d'une contre-indication médicale reconnue », *secundo* : « qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » (n° 10).

2. *La proportion dans la conciliation des droits*

Prudemment, le Conseil constitutionnel vérifie l'adéquation des moyens au but sans vérifier la pertinence des moyens par rapport à d'autres. Lorsqu'il opère la pesée entre deux droits fondamentaux, il essaie de vérifier si le législateur a concilié les impératifs contradictoires, mais refuse de se substituer à ce dernier. Il vérifie l'absence de disproportion entre les moyens et la fin. Le considérant est usuel ainsi libellé : « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant ; que les dispositions contestées n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles de protection de la santé ; qu'elles n'ont pas davantage porté atteinte au respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale ». Ainsi dans le contrôle de constitutionnalité des articles L. 147-6 et L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles articulant pour ce dernier le droit de la mère d'accoucher dans le secret, et pour le premier de lever le secret lié à l'identité sous réserve de l'accord de la mère (Déc. QPC n° 2012-248 du 16 mai 2012). Le contrôle reste précautionneux, encore éloigné de la technique du contrôle de proportionnalité propre au contrôle de conventionnalité des lois opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il s'opère sous le prisme de cette Cour. S'agissant de l'accès aux origines, l'arrêt Odièvre c/ France avait estimé

que la loi du 22 janvier 2002 tendait à assurer une proportion, entendue d'une conciliation, entre deux impératifs contradictoires relevant de la marge d'appréciation des États¹⁵.

Ce n'est que lorsqu'il y a violation manifeste d'un droit fondamental, sans justification, que le Conseil censure. On songe notamment à l'abrogation différée, par la décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012, de l'article L. 224-8 du CAF qui, tout en permettant le recours contre l'arrêté de placement d'un mineur en qualité de pupille de l'État, excluait son effectivité faute de publicité ou notification.

Dans la décision QPC n° 2019-797 du 26 juillet 2019¹⁶, le Conseil constitutionnel recherche le caractère disproportionné ou non de la conciliation entre deux droits fondamentaux : « 11. Il résulte de ce qui précède que, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a opéré entre la sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée une conciliation qui n'est pas disproportionnée ». Il se livre directement à un contrôle de proportionnalité, même si on observe que l'adjectif disproportionnée qualifie la conciliation opérée par le législateur, et non pas aux effets de l'atteinte pour le requérant.

Si le Conseil constitutionnel a eu, dans des décisions de contrôle a priori, à examiner la proportionnalité, il ne le fait qu'au regard de l'adéquation du moyen par rapport à l'objectif poursuivi. Le commentaire en ligne de la décision QPC relève que : « dans l'exercice de ce contrôle de proportionnalité, il ressort de l'examen de la jurisprudence du Conseil que ce dernier tient compte du nombre de personnes susceptibles de relever du fichier informatique en cause, de la sensibilité particulière des données personnelles recueillies, des garanties techniques ou juridiques prévues par le législateur et des finalités d'utilisation ou de consultation du fichier »¹⁷.

À terme, le contrôle de proportionnalité constituera le mode de réalisation commun à tout examen de la fondamentalité des droits. Sa généralisation est en cours auprès de toutes les juridictions constituées, implicitement¹⁸ ou explicitement en Cours suprêmes.

15 CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98.

16 *AJDA* 2019, p. 2133, D. BURRIEZ ; *AJF* 2019 p. 492, C. DAADOUCH.

17 À propos de la décision DC n° 2012-652 du 22 mars 2012 à propos de contrôle de fichiers : « compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales, étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déferée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire ».

18 Ainsi le tout dernier arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 4 octobre 2019 refusant l'annulation de la transcription des jumelles issues d'une gestation pour autrui en Californie en 2000 dans le Comté de San Diego (n° 10-19053) indépendamment du raisonnement juridique sur la question de l'établissement du lien maternel à l'égard de la mère d'intention : « 19. Il résulte de ce qui précède, qu'en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X... consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger de A... et B... X... ne saurait être annulée ».

B. La défense pénale du mineur protégée constitutionnellement

L'analyse des décisions QPC relatives aux mineurs révèle la construction d'une justice pénale des mineurs sur fondement constitutionnel. L'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs (dont la partie réglementaire est en attente) s'inspire du fondement constitutionnel de la protection pénale des mineurs dans un titre préliminaire : Des principes généraux de la justice pénale des mineurs.

Cette justice pénale a donné lieu à des QPC pour les mineurs auteurs d'infraction, mais il n'y a pas de décision relative au mineur victime. Les décisions s'inscrivent ici dans le sillage de l'application des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 dont la réforme est en cours de réalisation par le législateur. S'agissant de la peine, elles concernent les modalités de son exécution, on doit alors veiller à contrôler les solutions du Conseil en matière d'application des peines y compris des majeurs¹⁹. Il y a lieu de rappeler également que l'étude des QPC mineurs suppose également d'assurer une veille sur les délits plus larges qui peut les toucher indirectement, on songe à l'embrigadement des mineurs par le terrorisme et les départs dans certains pays du Moyen-Orient²⁰.

La protection différenciée des mineurs en défense pénale reste un principe reconnu par les lois de la République justifiant la spécificité de la justice des mineurs (1), ce qui n'exclut pas, au cas particulier des mineurs, le respect générique des droits fondamentaux de la procédure (2).

1. *La justice des mineurs protégée au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*

Deux décisions QPC sont venues rappeler la nécessité de la défense pénale du mineur par un avocat. La première décision du 8 février 2019 (n° 2018-762)²¹ est relative à l'audition libre du mineur. Alors que le mineur placé en garde à vue doit obligatoirement être assisté par un avocat, le mineur convoqué au commissariat ou à la gendarmerie est entendu en audition libre conformément à l'article 61-1 CPPén., dans la rédaction issue de la loi du 27 mai 2014, ce texte n'établissant aucune distinction avec les majeurs : « toutefois, l'audition libre se déroule selon ces mêmes modalités lorsque la personne entendue est mineure et ce, quel que soit son âge. Or, les garanties précitées ne suffisent pas à assurer que le mineur consente de façon éclairée à l'audition libre ni à éviter qu'il opère des choix contraires à ses intérêts. Dès lors, en ne prévoyant pas de procédures appropriées de nature à garantir l'effectivité de l'exercice de ses droits par le mineur dans le cadre d'une enquête pénale, le législateur a contrevenu au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs » (n° 5).

19 Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines] (Conformité – réserve)

20 Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II].

21 *AJ Pénal* 2019 p. 278, A.TALEB-KARLSSON ; B. CHAPLEAU, « L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014 », *D.* 2014, 1506 ; O. LAMBERT, « L'audition hors garde à vue des mineurs mis en cause », *JCP* 2013, n° 28, p. 821 s.

La justice des mineurs fait ainsi l'objet d'une protection constitutionnelle au titre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République : « atténuation de la responsabilité pénale et nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants »²². La finalité propre de la justice des mineurs qui tend à permettre la réinsertion des jeunes après leur réhabilitation confère au système juridictionnel qui leur est applicable une spécificité reconnue par ces principes.

Il convient de souligner qu'en l'espèce l'abrogation sèche aurait eu pour effet d'interdire toute audition libre de mineurs le temps de l'adoption de la nouvelle disposition. Aussi est-il décidé par le Conseil : « 8. En l'espèce, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de supprimer les garanties légales encadrant l'audition libre de toutes les personnes soupçonnées, majeures ou mineures. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2020 la date de l'abrogation des dispositions contestées ». La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 est venue, en son article 55, modifier l'article 61-1 CPPén. qui désormais dispose à l'ouverture du texte : « Sans préjudice des garanties spécifiques applicables aux mineurs [...] », et par suite la défense pénale par un avocat.

Afin de protéger le mineur, en particulier par la présence d'un avocat, la décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018 était déjà intervenue s'agissant du régime de garde à vue des mineurs, le Conseil concluant à l'inconstitutionnalité après avoir constaté « que les dispositions contestées permettaient que tout mineur soit placé en garde à vue pour une durée de vingt-quatre heures renouvelable avec comme seul droit celui d'obtenir un examen médical en cas de prolongation de la mesure. Dès lors, d'une part, le législateur, qui n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, a alors méconnu les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789. D'autre part, il a alors contrevenu au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs ». Le droit à être assisté d'un avocat est une garantie du respect des droits de la défense du mineur. Le fondement de la protection a pour racine la fragilité du mineur, comme la vulnérabilité d'un majeur protégé justifie l'adaptation de la garde à vue auquel on le soumet²³.

Le Conseil constitutionnel rappelle ensuite et de façon désormais habituelle que « L'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle. Ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante. Toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les

²² Rattachement effectué dans la décision DC n° 2002-461 DC du 29 août 2002.

²³ Décision n° 2018-730 QPC du 14 septembre 2018, à propos de l'article 706-113 CPPén. et l'obligation de prévenir le représentant du majeur protégé.

sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives. En particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartent pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluent pas, en cas de nécessité, que soient prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention. Telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs »²⁴.

Dans cette affaire, le délinquant mineur était moins bien traité que le majeur l'article 22 de l'ordonnance portant atteinte, ainsi que le relevait la QPC, à l'égalité de traitement des justiciables : « l'article 22 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, qui permet au juge des enfants et au tribunal pour enfants d'ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions nonobstant opposition ou appel, y compris lorsqu'une peine d'emprisonnement est prononcée, institue une différence de traitement en défaveur des mineurs dès lors qu'en application de l'article 465 du code de procédure pénale, le tribunal correctionnel ne peut décerner mandat de dépôt à l'encontre d'un majeur, décision qui entraîne son incarcération immédiate, que s'il prononce une peine d'emprisonnement ferme d'au moins un an ». Le Conseil constitutionnel fonde l'abrogation du texte non sur l'article 6 DDHC mais en relevant de façon opportune : « en permettant l'exécution provisoire de toute condamnation à une peine d'emprisonnement prononcée par un tribunal pour enfants, quel que soit son quantum et alors même que le mineur ne fait pas déjà l'objet au moment de sa condamnation d'une mesure de détention dans le cadre de l'affaire pour laquelle il est jugé ou pour une autre cause, les dispositions contestées méconnaissent les exigences constitutionnelles en matière de justice pénale des mineurs ».

2. Le respect des droits fondamentaux de la procédure au-delà de la protection pénale différenciée des mineurs

Si la justice pénale des mineurs fait l'objet d'une protection renforcée des droits en raison de la minorité des auteurs, elle bénéficie également de tous les droits fondamentaux de la procédure indépendamment de la question de minorité.

C'est ainsi que l'abrogation de l'article 706-71 CPPén. par la décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019 intéresse aussi les mineurs. Rappelons que ce texte ouvrant le titre XXIII – De l'utilisation de moyens de télécommunications au cours de la procédure – du Livre IV : « fixe les conditions de recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle dans le cadre d'une procédure pénale. Son troisième alinéa prévoit : » Ces dispositions sont également applicables à l'audition ou à l'interrogatoire par un juge d'instruction d'une personne détenue, au débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause, au débat contradictoire prévu pour la prolongation de la détention provisoire, aux audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement, à

²⁴ Décision n° 2016-601 QPC du 9 décembre 2016 (n° 4) ; pour une application conforme relative à la procédure de comparution à délai rapproché : Décision n° 2012-272 QPC du 21 septembre 2012.

l'interrogatoire de l'accusé par le président de la cour d'assises en application de l'article 272, à la comparution d'une personne à l'audience au cours de laquelle est rendu un jugement ou un arrêt qui avait été mis en délibéré ou au cours de laquelle il est statué sur les seuls intérêts civils, à l'interrogatoire par le procureur ou le procureur général d'une personne arrêtée en vertu d'un mandat d'amener, d'un mandat d'arrêt, d'un mandat d'arrêt européen, d'une demande d'arrestation provisoire, d'une demande d'extradition ou d'une demande d'arrestation aux fins de remise, à la présentation au juge des libertés et de la détention, au premier président de la cour d'appel ou au magistrat désigné par lui en application des articles 627-5, 695-28, 696-11 et 696-23 si la personne est détenue pour une autre cause, ou à l'interrogatoire du prévenu devant le tribunal de police si celui-ci est détenu pour une autre cause. Lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut, lorsqu'elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé, refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion ».

Le Conseil constitutionnel se livre à un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt d'une bonne administration de la justice, notamment par l'économie du coût budgétaire réalisée par la non-extraction du détenu, par la réduction du risque d'évasion, et la possibilité d'une comparution physique. L'inconstitutionnalité est constatée au motif que « par exception, en matière criminelle, en application de l'article 145-2 du code de procédure pénale, la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'une durée d'une année. Il en résulte qu'une personne placée en détention provisoire pourrait se voir privée, pendant une année entière, de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. Pour ce motif, eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux droits de la défense » (n° 13).

On songe, de façon plus ancienne, à la décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011 à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire conférant la présidence du tribunal pour enfants au juge des enfants pour atteinte à l'impartialité de la juridiction : « Considérant que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution ; que, par suite, l'article L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire est contraire à la Constitution » (n° 11).

Le principe d'interprétation des droits du mineur doit enfin se faire à la lecture du procès équitable. La chambre criminelle a notamment refusé la transmission d'une QPC en déduisant des articles 24 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, 186 du code de procédure pénale et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'ordonnance renvoyant un mineur pour crime, soit devant la cour d'assises des mineurs, soit devant le tribunal pour enfants statuant en matière criminelle, pouvait être frappée d'appel dans les mêmes conditions qu'une ordonnance renvoyant un majeur devant une cour d'assises²⁵.

À l'issue de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel sur question prioritaire de constitutionnalité, il est apparu que la protection de l'enfance est une priorité en termes de fondamentale des droits, même si la limite tenant à la minorité réduit, de façon somme toute artificielle, une protection directement fondée sur la vulnérabilité de ceux qui en sont l'objet.

25 Crim., 26 juin 2019, n° 19-82745, et aussi n° n° 19-82.733, n° 19-82.779, *Daloz Actualité*, 16 juillet 2019, D. GOETZ.

EL ACCESO DE LOS MENORES A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL S. XXI

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ¹

I. La accesibilidad al sistema de justicia constitucional en España. Especial atención a los menores de edad

A. Algunas ideas generales sobre la accesibilidad al sistema de justicia constitucional español

Si asumimos que la condición de vulnerabilidad se relaciona con la situación de desventaja en la que se encuentra un individuo o un grupo respecto del resto de la sociedad², podemos reconocer que las características tradicionalmente asociadas a situaciones de discriminación pueden vincularse, con cierta facilidad, a esas condiciones desventajosas. Entre ellas, y según el listado contenido en el art. 14 de la Constitución española (CE), podemos identificar la edad, que juega como factor de discriminación, y por tanto también como desventaja potencialmente generadora de vulnerabilidad, tanto si categoriza a la persona dentro del colectivo de los ancianos, como si la sitúa entre los menores de edad, es decir, entre los niños, niñas y adolescentes que no han alcanzado los 18 años de la mayoría de edad (art. 12 CE).

Las personas que, por razón de su menor edad, están en situación de vulnerabilidad, pueden encontrar dificultades de muy diverso orden, pero principalmente encuentran obstáculos relacionados con su falta de autonomía para la gestión de sus propios intereses, con la dificultad de acceso a determinados bienes y servicios, y con la ausencia de capacidad plena para disfrutar de sus derechos fundamentales, como podría hacerlo un mayor de edad. En relación con este último punto, ejemplo paradigmático de las dificultades vinculadas al pleno ejercicio de los derechos, es el que se identifica con las barreras de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE)³, incluso si nos referimos a la jurisdicción

¹ Référéndaire au Tribunal constitutionnel espagnol Maître de conférences en droit constitutionnel à l'Université Carlos III de Madrid.

² Tomado de J.M. ROCA MARTINEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de las personas y grupos vulnerables en los órdenes civil y laboral», en M.A. PRESNO LINERA, *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. Procura nº 3. Oviedo Procuradora General del Principado de Asturias. UNIOVI, Área de Derecho Constitucional, 2013, pp. 299-353.

³ Para profundizar en esta cuestión en concreto, véase I. Gómez Fernández, «Enfocar el derecho a la justicia desde la noción de vulnerabilidad», en A. Saiz Arnaiz, *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 317-350.

constitucional que es, a fin de cuentas y dentro del sistema constitucional español, la última garantía de la protección tanto de los derechos procesales, como de los derechos sustantivos.

Si la subsidiaridad de la jurisdicción constitucional es nota característica del modelo, lo es también la pluralidad de procesos constitucionales, residenciados ante el Tribunal Constitucional, a través de los cuales es posible garantizar la fidelidad al desarrollo e interpretación del Título I de la Constitución por parte de los distintos poderes públicos. No obstante, la pluralidad de fórmulas procesales no hace necesariamente más accesible la jurisdicción constitucional para los ciudadanos en general, ni para los sujetos en una especial situación de vulnerabilidad, en particular. Esa posibilidad de acceso amplio depende de cómo se diseñe la legitimación procesal para incoar, por lo que ahora nos interesa, los procedimientos de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley –control previo de tratados y Estatutos de Autonomía (arts. 78 y 79 LOTC), recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE y art. 31 y ss. LOTC] y cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y arts. 35 y ss. LOTC)- y el recurso de amparo como procedimiento específico en defensa y garantía de los derechos fundamentales [art. 53.2 y 161.1.b) CE]. Este último admitiría alegar como parámetro de enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional los arts. 14 a 29 y 30.2 CE (art. 53.2 CE), mientras que el control de constitucionalidad abre el parámetro de control a la totalidad del Título I (especialmente arts. 14 a 52 CE).

De entre todos los mecanismos citados, sólo el recurso de amparo admite la interposición por los ciudadanos y ciudadanas individualmente considerados, tal y como se deduce del art. 162.1 b) CE, que dispensa legitimación para su interposición « a toda persona que invoque un interés legítimo, así como al defensor del pueblo y al ministerio fiscal ». Por lo tanto, el recurso de amparo es la vía de acceso directo de las personas sujetas a la jurisdicción de los poderes del Estado español, a la jurisdicción constitucional, siempre y cuando los legitimados potenciales cumplan las condiciones procesales que establecen los arts. 42 a 44, 46, 49 y 50 LOTC, y que el Tribunal aprecie que el asunto planteado reviste especial trascendencia constitucional. En cambio, el control abstracto de inconstitucionalidad a través del recurso previo y del recurso sucesivo de inconstitucionalidad se reserva a legitimados institucionales [162.1 CE arts. 32, 78 y 79 LOTC], no siendo posible para el ciudadano instar directamente el control de constitucionalidad de la ley. Por lo que hace al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, esta es una facultad exclusiva del juez del procedimiento a quo (art. 35.2 LOTC). Por tanto, en términos generales, el acceso de personas en situación de vulnerabilidad a la jurisdicción constitucional, a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad queda esencialmente mediatizado por la comprensión que tenga el órgano judicial del problema que plantean las partes.

En suma, el acceso de las personas en situación de vulnerabilidad a la jurisdicción constitucional en España, se articula: i) de modo directo por la vía procesal del recurso de amparo, una vez se han agotado los recursos previos en la jurisdicción ordinaria y siempre que el Tribunal aprecie la concurrencia de especial trascendencia constitucional. Lo que sucede en un bajo porcentaje de supuestos; ii) de modo indirecto a través del Defensor del pueblo, que puede incoar recurso de inconstitucionalidad

contra normas estatales o autonómicas con rango de ley, y hacer suyas las demandas de personas o grupos que recurran a él a través del mecanismo de quejas que prevé la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo; iii) y de modo también indirecto, a través del órgano judicial del procedimiento a quo que bien hace suya una duda de parte, bien pone de relieve una duda propia respecto de la norma aplicable para resolver el procedimiento.

Ahora bien, que el acceso directo quede limitado en los términos expuestos, no significa que los temas referidos al disfrute de derechos de las personas en situación de vulnerabilidad no lleguen a la jurisdicción constitucional. Los temas llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional por cualquiera de las vías expuestas y, en ocasiones, también por las que ofrecen los mecanismos de resolución de conflictos competenciales [art. 161.1.c) CE] si se trata, por ejemplo, de discutir quien tiene competencias sobre determinadas políticas públicas vinculadas al desarrollo del mandato del art. 9.2 CE. También el control abstracto, activado por los legitimados institucionales previamente referidos permite llevar los temas de exclusión, de desigualdad y de vulnerabilidad a los pronunciamientos del Tribunal. Pero el examen que aquí se aborda no se refiere a esto, sino a las probabilidades que tiene un ciudadano en situación de vulnerabilidad de llevar su problema ante el Tribunal Constitucional.

B. Los menores como titulares de derechos fundamentales

Los menores de edad carecen de capacidad procesal plena, lo que mediatiza sus facultades de acceso a la jurisdicción. Esa carencia, no obstante, no limita su condición de titulares de derechos fundamentales, salvo alguna excepción puntual relacionada con el ejercicio de los derechos de participación política⁴. La Constitución española no establece una restricción específica de la titularidad de derechos de los menores de edad⁵. Y el Tribunal Constitucional, ha reconocido abiertamente que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, de modo que el ejercicio de tales derechos y la facultad de disponer sobre ellos no se abandonan por la mera sujeción de los menores a la autoridad parental (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5), aunque esa sujeción suponga que quienes tienen atribuida la guarda y custodia de los menores, o su patria potestad, pueden incidir sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales, pudiendo modularse esa incidencia en función de la madurez del niño o la niña (FJ 5, STC 141/2000, de 29 de mayo), cuestión que vincula, entre otras cosas, a su mayor o menor edad y grado de independencia y autonomía.

⁴ En la legislación de desarrollo de los derechos fundaméntales, sólo el art. 2.1 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG) establece una exclusión implícita, al determinar que el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad.

⁵ Sobre el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por parte de los menores véase B. ALAEZ CORRAL, «El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 21, 2013, p. 37-78.

Si el art. 39 CE⁶, reconoce a los menores como titulares de los derechos contenidos en la Constitución, no se conforma con ello, y reenvía para la interpretación y aplicación de tales derechos (art. 39.4 CE) a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que entró en vigor para España el 5 de enero de 1991. Este tratado internacional será inspiración directa para la modificación, en el año 2015, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPÍA) y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA). Ambas modifican la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), entre otras muchas normas, incorporando contenidos derivados tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos, como de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006⁷, y de los pronunciamientos de los respectivos Comités de Naciones Unidas encargados de seguir y asegurar el cumplimiento de este corpus iuris. El Capítulo II de la LOPJM se reserva a la regulación de sus derechos, con referencias constantes y directas a la CDN. Con estos mimbres normativos, y la legislación autonómica correspondiente en materia de protección de la infancia, la jurisprudencia constitucional ha ido conformando los límites vinculados a la edad en el ejercicio de derechos por parte de los niños y las niñas a lo largo de cuarenta años de jurisprudencia sumamente interesante, aunque no particularmente copiosa.

Sin espacio para detenernos en tal desarrollo jurisprudencial, si vale la pena apuntar que la mayor parte de las sentencias que se han venido ocupando de cuestiones relacionadas con los derechos de los menores de edad, han sido sentencias resolutorias de recursos de amparo.

Y un segundo apunte fundamental se refiere a que, si bien los niños, niñas y adolescentes, como se deduce del escenario que ha venido describiéndose, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y de todo el haz de facultades que se asocian a este, sin embargo no tienen reconocida la capacidad procesal necesaria para actuar en un procedimiento judicial y eso, en la práctica, puede convertirse en una barrera de acceso al sistema de garantías e, indirectamente, en un límite al pleno goce de los derechos que les están constitucionalmente reconocidos, y respecto de los que el Tribunal asume su plena titularidad⁸. Y esto último, porque la falta de capacidad procesal de los menores no emancipados suele ser suplida por quien ostente su representación legal, lo que, en la mayoría de los casos, se asocia a quien ostenta la tutela sobre el menor, esto es, sus progenitores, sus tutores o sus guardadores de hecho (en este sentido STC 221/2002) o, en caso de declaración de

6 Aunque este es el precepto de referencia para hablar de los derechos de la infancia, pueden citarse asimismo el art. 48 CE, que se refiere a que «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural», así como las menciones indirectas contenidas en los arts. 14 CE, que prohíbe la discriminación por razón de edad; 20.4 CE que prevé la protección de la juventud y la infancia como límite al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, de información, de cátedra y de creación literaria, artística, científica y técnica; y . 27.3 CE, que reconoce el derecho de los padres sobre los hijos a elegir para ellos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones paternas y maternas, debiendo garantizar los poderes públicos el ejercicio de este derecho.

7 Respecto de las aportaciones de estas leyes al sistema español de protección de la infancia A.I. BERROCAL LANZAROT; C. CALLEJO RODRIGUEZ, *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Las Rozas, Madrid, La Ley- Wolters Kluwer, 2017.

8 M. SERRANO MASIP, «Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 159-179.

desamparo, las administraciones públicas (véase STC 260/1994), u organizaciones del tercer sector que tengan atribuida su tutela o su guarda (art. 7.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Siendo así, identificar claramente donde termina la voluntad del menor para llevar la defensa de sus derechos e intereses ante la jurisdicción, constitucional o no, y donde empieza la de quien le representa, supliendo su falta de capacidad procesal, es muy complicado.

En los supuestos en que el menor es suficientemente maduro como para expresar su propio parecer, si los intereses del niño o la niña no coinciden con los de sus padres, tutores o guardadores, el art. 8 LECiv prevé el nombramiento de un defensor judicial que represente en juicio los intereses del menor. También formula la misma previsión el art. 10.2.e) LOPJM, el art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), el art. 193 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado. En suma, salvo que exista contradicción de intereses, y el niño o la niña sean lo suficientemente maduros como para ponerlo de manifiesto ante la autoridad competente para que les sea nombrado un defensor judicial, no será posible discriminar si los intereses llevados ante la jurisdicción son propios de los menores o de quienes les representan.

Estas limitaciones fácticas de acceso a la jurisdicción son, a su vez, límites intrínsecos de acceso a la jurisdicción constitucional, que siendo subsidiaria en el caso de la protección de los derechos fundamentales por la vía del amparo constitucional exige un adecuado agotamiento de la vía judicial previa, y por tanto un adecuado acceso precedente a la jurisdicción ordinaria.

II. Veinte años de acceso de los menores a la jurisdicción constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad

El análisis del grado de accesibilidad que presenta la cuestión de inconstitucionalidad en España, para los menores de edad, exige trasladar todas las reflexiones anteriores al examen de los casos resueltos en los últimos 20 años⁹, lo que nos permitirá alcanzar algunas conclusiones que se sintetizan en el apartado 3 de este trabajo. Se han seleccionado para su examen 54 pronunciamientos, 46 de ellos sentencias y 8 autos de inadmisión a trámite por ser las cuestiones notoriamente infundadas¹⁰. A pesar de que esta selección incluye un número relativamente amplio de resoluciones, lo cierto es que la misma incorpora algunos que tienen que ver sólo indirectamente con los derechos de los menores, porque son planteados desde la perspectiva de las personas adultas que con ellos se

⁹ Cuando hablamos de casos resueltos hemos de pensar tanto en los que han terminado con sentencias de fondo, como en los que han sido inadmitidos a trámite mediante auto motivado. No puede obviarse que algunos autos de inadmisión a trámite de cuestiones de inconstitucionalidad contienen doctrina sobre el fondo de las cuestiones planteadas. Si una cuestión se inadmite por hallarse manifiestamente mal fundada o ser notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC), el Tribunal expone las razones por las cuales es notorio el ajuste constitucional de la norma con rango legal cuestionada, lo que da una respuesta de fondo al órgano judicial, aunque sea a través de un pronunciamiento que formalmente es de inadmisión. Los efectos de las sentencias desestimatorias de las cuestiones de inconstitucionalidad y de los Autos de inadmisión de las cuestiones por ser las cuestiones notoriamente infundadas son idénticos, a los efectos de la construcción de la doctrina constitucional, y de la solución del caso concreto.

¹⁰ La mayor parte de ellos son fallos de inadmisión (44%, o 24 en cifras absolutas), seguidos de los fallos desestimatorios (40%, siendo 22 sentencias en cifras absolutas). Tan solo se han estimado el 16% de las dudas de inconstitucionalidad planteadas, en 8 sentencias totalmente estimatorias y 1 parcialmente estimatoria.

relacionan, y cuyos intereses y los de los menores pueden ser tenidos por confluyentes. Son muy pocos los asuntos en que, el objeto principal de la duda de constitucionalidad planteada, tiene que ver con el pleno disfrute de los derechos de los menores implicados en el procedimiento a quo. En la mayoría de los supuestos los niños, niñas y adolescentes son presentados como sujetos pasivos sobre los que se ejercen los derechos de sus progenitores, sin perjuicio de que ese disfrute también pueda beneficiar el pleno desarrollo del interés superior del menor. Así, podrían clasificarse los pronunciamientos seleccionados en dos grupos en virtud de si el eje argumentativo de la decisión del Tribunal son los derechos de los menores, o son los derechos de terceras personas que tienen proyección sobre el estatuto jurídico de menores de edad.

A. Los derechos de los menores

El primer grupo de resoluciones, con apenas 12 pronunciamientos (22% de los asuntos analizados), aglutina los autos y sentencias en que se hace referencia a los derechos de los menores de edad de forma específica, aunque en algunos supuestos es la condición de hijo o hija, y no la condición de edad, la que resulta determinante en la resolución. Este grupo se presenta, a su vez con una triple categorización: la de las sentencias que se refieren a los derechos de los menores de forma clara y específica (el 3,7% sobre el total analizado); la de los pronunciamientos relativos a la condición de hijo o hija que, en este caso, afectan a menores de edad (también el 3,7%); y la de las resoluciones vinculadas al estatuto específico de los menores infractores (14,8% sobre el total).

i) Las SSTC 64/2019, de 9 de mayo y 99/2019, de 18 de julio son, sin ningún género de duda, las más interesantes de toda la serie analizada, porque las dos superan la perspectiva adultocéntrica habitual, poniendo los derechos de los menores en el foco del razonamiento que resuelve la cuestión, del mismo modo que los órganos judiciales *a quo* que elevaron dichas cuestiones también colocaron al menor en el eje central del razonamiento.

La STC 64/2019, de 9 de mayo, resuelve en sentido desestimatorio una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia de la Jurisdicción Civil. La duda de constitucionalidad surge de oficio, en el marco un conflicto entre dos progenitores en proceso de divorcio, y respecto de la gestión del tratamiento psicológico de una de sus hijas. Al no llegar a un acuerdo sobre este punto instan un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, en aplicación del art. 9 LOPJM prevé un trámite de audiencia obligatoria del órgano judicial a la menor. En ese trámite, previsto en el art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV), al no estar presentes los padres, ni sus representantes legales, se exigirá el levantamiento y traslado de un acta detallada de la exploración, que se incorpore al expediente. El órgano judicial tiene dudas sobre si esta documentación, obligatoria y detallada del trámite, podría llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de la menor (art.18.1 CE), y por tanto plantea la cuestión en relación con el citado art. 18.2.4 LJV. El Tribunal renuncia a analizar los límites del derecho a la intimidad como un contrapunto al derecho a la tutela judicial efectiva de los progenitores, y da la vuelta al razonamiento del órgano judicial, para

valorar si la invasión del derecho a la intimidad, que obviamente se da, se justifica desde el ejercicio, por parte de la menor, de sus propios derechos procesales de intervención en juicio, entre los que se encuentra el derecho a ser oída (art. 9 LOPJM) y a que sus intereses sean tenidos en cuenta a la hora de tomar una decisión que le afecte (art. 2 LOPJM). El FJ 4 de la sentencia pone el interés superior del menor en el centro de la argumentación, afirmándose categóricamente que el derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

Este planteamiento argumental de origen exige al Tribunal un desarrollo metodológico que suele permanecer ajeno a los procesos de control de constitucionalidad, siendo propio de los recursos de amparo: asumiendo que hay dos derechos en juego que se pueden ver afectados por la norma cuestionada – el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)-, con tres titulares distintos y que representan intereses diversos –cada uno de los progenitores y la menor-, la sentencia procede a efectuar un ejercicio de ponderación, que proyecta sobre el examen de constitucionalidad. De ese ejercicio se deriva que, existiendo en este caso una compleja colisión de derechos, es preciso analizar la medida cuestionada, sucesivamente, desde la perspectiva del juicio de idoneidad, del juicio de necesidad y del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Y que, en este caso, en ese ejercicio intelectual de ponderación, es preciso tener presente el interés superior del menor. Formulado el juicio sobre la base del anterior parámetro, el Tribunal concluye que el sacrificio del derecho a la intimidad de la menor que se produce sin dudas en este contexto, puede considerarse necesario y no resulta desproporcionado en relación con el fin perseguido, que es preservar el derecho a la tutela judicial efectiva tanto de la menor, como de sus progenitores como intervinientes en el proceso.

Por su parte, la STC 99/2019, de 18 de julio, resuelve con la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, la cuestión planteada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, respecto del art. 1 de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. El Tribunal Supremo preguntó al Constitucional si el impedimento opuesto a los menores de edad transexuales con capacidad suficiente, para solicitar por si mismos la rectificación de la mención registral del sexo, vulneraría o no sus derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), leídos todos ellos a la luz del art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad).

La sentencia, tras realizar una interesante síntesis respecto de las cuestiones generales relativas a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad, parte de la obligación de dotarles de plena eficacia, y por eso sostiene que si « el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, restricción que aparece consignada en su art. 1 y que deja fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a quienes no cumplan con ese requisito de edad, supone que a éstos se les

priva de la eficacia de dicho principio constitucional en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad » [FJ 4 a) STC 99/2019].

ii) Las SSTC 200/2001, de 4 de octubre, y 171/2012, de 4 de octubre, se refieren al derecho a no sufrir discriminación por razón de nacimiento o de origen. En ambos supuestos es la madre o el padre del menor el que inicia el procedimiento de instancia, en nombre de su hijo o hija, y para reclamar derechos económicos derivados de la pérdida del otro progenitor. Derechos que eran limitados por circunstancias vinculadas a la estructura familiar. En ambos supuestos el Tribunal reitera una doctrina firme e incontrovertida que niega la posibilidad de establecer diferencias entre las personas por esta causa, particularmente sospechosa de tratarse de una razón discriminatoria (art. 14 CE), si la diferenciación, como es el caso en los dos supuestos analizados, no está justificada.

En la STC 200/2001¹¹ el Tribunal entiende que la norma impugnada resultaba discriminatoria, por establecer un requisito temporal para el acceso a la pensión de orfandad distinto en el supuesto de los hijos adoptivos y de los hijos biológicos, en perjuicio de los primeros. Por lo que hace a la STC 171/2012¹², resuelve una cuestión planteada contra un precepto de Derecho Civil de Galicia que establecía diferencias en el derecho a recibir alimentos entre varios hijos menores de un mismo progenitor, una vez fallecido este. Aquí el Tribunal acude al art. 39 CE para valorar si la medida cuestionada responde a una justificación objetiva o razonable, al establecer la diferenciación que se impugna, y concluye que tal justificación no existe si se tiene en cuenta el mandato de que los progenitores atiendan a las necesidades de los hijos o descendientes, un mandato que no distingue entre los distintos hermanos. Esta argumentación no formula una alusión expansiva ni generosa del art. 39 CE, ni reenvía a la jurisprudencia internacional, pero es lo más cercano, en cuestiones de inconstitucionalidad, a lo que el Tribunal suele hacer en amparo cuando exige una motivación reforzada de las resoluciones jurisdiccionales que tienen que ver con los menores, conectando de este modo los arts. 24.1 CE y 39.4 CE, en aras a garantizar la observancia del interés superior del menor, en la adopción de decisiones que les afecten.

iii) El mayor número de pronunciamientos de este grupo se congregan en torno al estatuto de los menores infractores, pudiendo citarse los AATC 194/2001, de 4 de julio, 275/2005, de 22 de junio, 31 y 33/2009, de 27 de enero; y las SSTC 100/2006, de 30 de marzo, 146/2012, de 5 de julio, y 160/2012, de 20 de septiembre¹³.

11 Esta es la única de toda la serie analizada que responde a una autocuestión de inconstitucionalidad, elevada por la Sala Primera respecto del art. 41.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

12 La sentencia estima parcialmente la cuestión planteada respecto del art. 123.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, que regulaba el usufructo voluntario de viudedad limitando el eventual derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo exclusivamente a los hijos o descendientes del causante que tuvieran la condición de comunes con el usufructuario.

13 De los anteriores pronunciamientos el ATC 275/2005 y la STC 100/2006 inadmiten las cuestiones planteadas por la concurrencia de óbice procesales formales, por lo que no entran a valorar las dudas de inconstitucionalidad ni, por tanto, resultan relevantes para la configuración de los derechos de los menores infractores.

La STC 146/2012, desestima una cuestión planteada frente a los arts. 26.2 y 31 LORRPM, por su eventual contradicción con el art. 24.2 CE, al no declarar obligatorio un trámite de audiencia al menor expedientado, durante la instrucción y con carácter previo a la apertura de la fase de audiencia. El Tribunal analiza si el derecho a ser oído por el instructor antes de que finalice la investigación, que se aplica al proceso penal de adultos, ha de trasladarse al proceso de menores o puede ser modulado en función de otros intereses que resulten dignos de consideración. Finalmente concluye que cabe la modulación –existiendo otra serie de garantías que se detallan en la sentencia- para garantizar la reducción de trámites procesales, evitando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables que la propia substanciación del proceso o su excesiva duración pueda ocasionar al menor (FJ 8).

Por su parte la STC 160/2012¹⁴, desestima la cuestión planteada frente al apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta LORRPM que supedita la suspensión de las medidas limitativas de libertad al cumplimiento de la mitad de su duración cuando se hayan impuesto a infractores mayores de dieciséis años por delitos particularmente graves. El órgano judicial entendía que esa limitación temporal podía resultar contraria a las previsiones del art. 25.2 CE, fundamentalmente a la función resocializadora de la pena, particularmente importante en el caso de los menores infractores. El Tribunal, si bien reconoce que el cometido de resocialización de las medidas contenidas en la LORRPM prevalece sobre otras finalidades de dichas medidas, no asume que ello suponga legitimarlas exclusivamente en atención a tal finalidad (FJ 5), siendo razonable la previsión cuestionada si se tienen en cuenta esas otras finalidades constitucionalmente legítimas, como la prevención general, que también se asocian a las medidas de seguridad que prevé el sistema de responsabilidad penal de los menores.

Los autos 31 y 33/2009, inadmiten por ser notoriamente infundadas dos cuestiones idénticas referidas al art. 50.2 LORRPM, regulatorio de la sustitución de medidas. En ambos supuestos el órgano judicial que aseguraba la ejecución de una medida de menores (un año de libertad vigilada) acordó sustituirla por el internamiento en régimen semi-abierto durante el tiempo restante hasta el cumplimiento de la medida. Esa posibilidad planteó al órgano a quo la duda sobre la eventual vulneración del art. 24 CE, por permitir el reemplazo de una medida por otra más severa. Los autos concluyen que no existe la lesión del derecho a la tutela judicial porque la sustitución es una facultad del Juez supeditada al cumplimiento de un requisito sustantivo (que haya mediado el previo incumplimiento de la medida acordada en Sentencia) y con amplias garantías (la propuesta del Ministerio Fiscal y previa audiencia del abogado, del representante legal del menor y del equipo técnico).

Y, por último, el ATC 194/2001 desestima una cuestión relativa al régimen previsto en el CP y aplicable en el tránsito de la mayoría de edad penal de los 16 a los 18 años, recordando que ya el ATC 286/1991, de 1 de octubre, dio por buena una mayoría de edad penal inferior a la mayoría de edad

¹⁴ Esta sentencia contiene dos votos particulares, uno concurrente del Magistrado Aragón Reyes, y otro discrepante de la Magistrada Asúa Batarrita, que se detiene en particular en “las singulares diferencias que comporta el sistema de justicia penal de los menores respecto al general derecho penal de los adultos”. La Magistrada defiende que “la norma cuestionada impide de forma absoluta la ponderación de las circunstancias personales de los menores de edad, con radical preterición, durante un período de tiempo significativo, de la finalidad resocializadora del art. 25.2 CE y de los derechos del menor concernidos ex art. 39.4 CE, frente a otros fines preventivo-generales y especiales de la pena”.

constitucional del art. 12 CE. El interés del razonamiento radica en que el Tribunal acude a la CDN para interpretar el alcance del art. 12 CE, y desde una interpretación sistemática del Convenio, que relaciona sus arts. 1 y 41, concluye que « existe un concepto legal de niño a efectos generales y otros a efectos especiales; uno de estos efectos especiales es potestivamente el penal ».

B. Los derechos de los adultos que repercuten en los derechos de los menores a su cargo

En el segundo grupo se incluyen todas aquellas sentencias en que la duda de inconstitucionalidad tiene que ver con el pleno ejercicio de derechos de personas adultas, que tienen un impacto directo en los derechos de los menores que de ellas dependen. También aquí cabe una subclasificación asociada a la temática de los pronunciamientos que se reitera en varios de los supuestos analizados:

i) Sentencias relativas a la determinación de la filiación: En estos supuestos, el Tribunal se pronuncia sobre las dudas de constitucionalidad que surgen al aplicar determinadas normas sobre determinación de la filiación. En todos los casos, los actuantes son progenitores varones que desean sea impugnada la paternidad biológica, sea instar a su reconocimiento, y ninguno de ellos invocó los derechos de sus hijos, sino los suyos propios. No obstante, resulta evidente que el reconocimiento de un vínculo paterno filial afecta tanto al progenitor como al descendiente al que se refiere el vínculo.

En estos casos encontramos un supuesto en que el hijo o la hija ya no era menor de edad cuando se inició el procedimiento a quo, es el caso de la STC 156/2005, de 9 de junio¹⁵, pero en la mayoría de los supuestos los descendientes eran aún menores en aquel momento – SSTC 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre, 52/2006, de 30 de marzo, 41/2017, de 24 de noviembre y ATC 35/2013, de 12 de febrero-.

En el caso de las SSTC 138 y 156/2005, se estima la cuestión planteada, surgida en el marco de procedimientos de impugnación de la paternidad matrimonial, en los que podía oponerse la caducidad de la acción de impugnación porque se habían iniciado una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación (art. 136 CC). El Tribunal, si bien reconoce que el establecimiento de un plazo de caducidad para la impugnación de la paternidad matrimonial va destinado a proteger la seguridad jurídica, la estabilidad del estado civil de las personas y el interés de los hijos, particularmente los menores, termina por declarar la inconstitucionalidad del art. 136 CC al entender que la previsión cercena el acceso a la jurisdicción del padre sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

¹⁵ Se cuestiona el párrafo primero del art. 136 del Código civil, en la redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y se estima la misma remitiéndose a la STC 138/2005.

También estiman las SSTC 273/2005 (con votos particulares) y 52/2006, las cuestiones plateada frente al párrafo primero del art. 133 del Código Civil, dando preferencia de nuevo al interés del progenitor que solicita, en este supuesto, la declaración de filiación extramatrimonial sin posesión de estado. La disposición impugnada preveía la posibilidad de que fuera el hijo quien incoase la declaración de filiación extramatrimonial, pero no el progenitor, y el Tribunal entiende que la norma cuestionada impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado, limitando tal previsión su derecho al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), pero no la obligación de protección de la familia que se deriva del art. 39.1 CE. En su razonamiento, el Tribunal Constitucional reconoce que el legislador ha primado el interés del hijo, « dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE) » », pero afirma que tal ponderación ignora completamente el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En un caso igual, pero sujeto al derecho civil navarro, el Tribunal aplica el mismo razonamiento para declarar inconstitucional, en la STC 41/2017¹⁶, la Ley 71 de la compilación de Derecho civil foral de Navarra, en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

ii) Sentencias relativas a las responsabilidades parentales y los derechos derivados de su ejercicio : Estas resoluciones se agrupan, a su vez, en torno a dos ejes.

De un lado se identifican las sentencias y autos que analizan cuestiones relacionadas con las relaciones familiares en caso de ruptura de la relación de pareja, analizando cuestiones relacionadas con la custodia, el régimen de visitas o el abono de alimentos.

Se identifican aquí las SSTC 185/2012, de 17 de octubre, 77/2018, de 5 de julio y el ATC 301/2014, de 16 de diciembre. La STC 185/2012 se refiere colateralmente al interés del menor, pero no gira en absoluto en torno al aseguramiento de ese interés, sino que se convierte en una resolución que dirime un conflicto de atribuciones entre Ministerio Fiscal y titular del órgano judicial en la adopción de decisiones sobre custodia compartida en el marco de procesos tendentes a resolver crisis matrimoniales. La Audiencia Provincial que eleva la cuestión entiende que el art. 92.8 CC puede ser contrario a los arts. 24, 39 y 117.3 CE, cuando prevé que el Juez solo podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los dos progenitores no la pida, si cuenta con un informe favorable del Ministerio Fiscal que le permita fundamentar su decisión en la preservación del interés del menor. El TC concluye declarando la inconstitucionalidad del precepto, porque entiende que el mismo atribuye al Ministerio Fiscal una facultad de veto respecto de la decisión discrepante del órgano judicial, que limita injustificadamente la potestad jurisdiccional.

¹⁶ El ATC 35/2013, de 12 de febrero inadmite por razones procesales una cuestión idéntica a la resuelta por la STC 41/2017.

La STC 77/2018 inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 11 (apartados 3º, 4º y 5º) de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Este precepto prevé que el órgano judicial que debe pronunciarse sobre los derechos de los progenitores sobre los menores, pueda negar la guarda y custodia de los hijos e hijas, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género. La cuestión no plantea motivos de inconstitucionalidad material, sino que se limita a considerar que podría haber existido un exceso competencial en la norma autonómica, vulnerando la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE. El Tribunal inadmite la cuestión por insuficiencia del juicio de relevancia realizado por el órgano cuestionante, porque del conjunto de la regulación vasca se desprende que la prevalencia del interés del menor y la discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, son principios nucleares de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que en esta dimensión guarda, por lo demás, coherencia con la jurisprudencia constitucional (FJ 2 b).

Por tanto, ninguna de las dos sentencias hace alusión alguna al interés o posición de los menores en el marco de las cuestiones planteadas. Si se refiere, en cambio, al interés superior del menor el ATC 301/2014 (con voto particular de Xiol Rios), que inadmite la cuestión planteada por ser notoriamente infundada, basando su juicio en que la previsión que se impugna no vulnera el art. 39.3 CE, porque se limita a impedir la reclamación retroactiva de alimentos por parte de uno de los dos progenitores al otro, sin privar al menor de una asistencia que ya fue prestada.

De otro lado, se incluyen las referencias a una serie de sentencias relacionadas con la pena de alejamiento obligatorio (de la mujer y su mal tratador, pero eventualmente también de los hijos comunes) en los casos de violencia de género, por cuanto se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar vinculado al art. 18 CE (en su vertiente de llevar una vida familiar). Esta serie está compuesta por las SSTC 60/2010, de 7 de octubre, 79 y 80/2010, de 26 de octubre, 81 a 86/2010, de 3 de noviembre, y 115 a 119/2010 de 24 de noviembre. Todas ellas referidas a la misma disposición normativa: el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En relación con el argumento relativo a la privación del contacto con los hijos, que es el único de los esgrimidos como causa de inconstitucionalidad que interesa a nuestros efectos, el Tribunal afirma que la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), porque no se atribuye a este precepto el contenido que prevé el art. 8.1 CEDH de desarrollar una vida familiar.

iii) Sentencias relativas a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y a los derechos de cuidado: Todas las sentencias de este bloque temático se refieren a cuestiones relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres y el disfrute de los derechos de conciliación, pero lo cierto es que el ejercicio de esos derechos supone la asunción de unas obligaciones de cuidado que se traducen en el adecuado derecho de los menores a desarrollar su vida familiar, y a ser atendidos tanto por sus padres como por sus madres. Por esa razón se incluyen en esta selección las sentencias 75/2011, de

19 de mayo, 152/2011, de 20 de septiembre, 181/2012, de 15 de octubre, 191/2012, de 20 de octubre; y lo autos 30/2009, de 27 de enero y 14/2016, de 19 de enero.

Las SSTC 75/2011¹⁷ y 152/2011¹⁸ resuelven ambas, en sentido desestimatorio, la misma duda de constitucionalidad, si bien se refieren a disposiciones normativas distintas. La duda surgía respecto de la imposibilidad de ceder el permiso de maternidad al padre del menor, cuando la madre biológica no era beneficiaria del derecho por no ser asalariada. En ambos supuestos el Tribunal, ignorando el principio de protección social de la familia, y la posición del menor como beneficiario del cuidado dispensado por los progenitores a una muy temprana edad, constata que la finalidad del permiso de maternidad es la protección de la salud de la madre, y por tanto se trata de un beneficio intrínsecamente asociado a la madre biológica que resulta intransferible. Una ratio decidendi similar inspira la inadmisión a trámite de la cuestión que se resuelve en el ATC 14/2016¹⁹, en el marco de un supuesto en que un padre solicitaba el disfrute del permiso por lactancia.

Tampoco se tiene en cuenta el interés superior del menor, cuando la STC 181/2012 declara la constitucionalidad del artículo 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña. En este caso el razonamiento que conduce a la declaración de constitucionalidad tiene base competencial: se constata que la norma autonómica prevé el permiso parental hasta los 6 años y la norma estatal hasta 12 años, pero se verifica asimismo que la norma estatal no es norma básica sino supletoria. Exactamente en el mismo sentido, al resolver una cuestión idéntica, se pronuncia la STC 191/2012.

El ATC 30/2009 no merece una mejor valoración respecto del interés de los menores. En este caso se desestima la cuestión planteada frente al artículo 211.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, sobre el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones por los periodos trabajados a jornada reducida. Se trataba de valorar si un modelo de cálculo de la base reguladora que no tuviera en cuenta una reducción de jornada por cuidado de hijos, era lesivo del principio de protección social de la familia. Con cuatro votos particulares en contra, el Tribunal inadmitió la cuestión por ser notoriamente infundada, centrándose en el argumento de si la regla impugnada suponía o no discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras que son, y así lo reconoce el Tribunal, las que mayoritariamente se acogen al derecho a la reducción de jornada.

iv) Sentencias relativas al acceso de los padres a elegir el centro educativo para sus hijos, que se vincula, si bien se trata de derechos diferentes, al de los menores a acceder a la educación : En este bloque puede citarse la serie que cuestiona la supresión de la financiación, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, para los centros educativos concertados de educación segregada. Esta serie se compone de 13 sentencias, cuya cabecera es la STC 234/2015, de 5 de noviembre y a la que siguen

17 Desestima la duda de constitucionalidad planteada respecto del artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

18 Resuelve la duda respecto del artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia.

19 En este caso se cuestiona el artículo 48 f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público.

las SSTC 246 a 258/2015, de 30 de noviembre, que desestiman las cuestiones planteadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con la denegación de conciertos educativos (ayuda económica a escuelas privadas) a centros que segregaban a los niños por razón de sexo. El argumento central de las sentencias del Tribunal Constitucional no aborda la cuestión de fondo, esto es el tipo de educación constitucionalmente admisible, sino exclusivamente la cuestión de los límites materiales de las leyes de presupuestos, tipo normativo en que se había incluido la supresión de la financiación a los centros segregados.

Descartando las anteriores por su escaso interés, la STC 271/2015, de 17 de diciembre²⁰, relativa al acceso a los centros docentes de los menores integrantes de familias numerosas, plantea un problema curioso, como es el del cómputo del nasciturus como hijo, a los efectos de tener la consideración de familia numerosa y beneficiar de ese estatuto para solicitar plaza en los centros públicos de educación. El Tribunal se centra, de nuevo, en el problema competencial, y reconoce la facultad de la Comunidad Autónoma para dictar la regulación controvertida en el marco de sus competencias para dar protección social, económica y jurídica a la familia (art. 39.1 CE). Pero, de nuevo, obvia que la medida favorece al menor que está por nacer o a sus hermanos, que son los que tendrán acceso al sistema educativo, e imputa el beneficio a su madre: « la Comunidad Valenciana tiene cobertura competencial para adoptar medidas de apoyo a la mujer en general, y a las mujeres embarazadas en particular, en cuanto colectivo que merece una especial protección, así como por extensión a las familias en que se integran ».

III. Algunas conclusiones sobre la garantía de los derechos de los menores a través de la cuestión de inconstitucionalidad

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que se resuelven cuestiones sobre derechos de los menores de edad, muestra como la mayoría de los recursos son planteados o bien por legitimados institucionales, o bien por quienes tienen la tutela de los menores que, instando la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, no dejan de solicitar también la garantía de sus propios intereses que, en mayor o menor medida, son coincidentes. Pocos asuntos proceden de menores que defienden intereses autónomos respecto de sus progenitores, tutores o guardadores. Por tanto, cuando hablamos del acceso de los niños, niñas y adolescentes a la jurisdicción constitucional, no podemos perder de vista los siguientes elementos que condicionan el análisis:

1. El alto nivel de mediatización de dicho acceso. Los asuntos llegan a la jurisdicción (también la constitucional) en la medida en que existan terceros interesados en que lleguen, y que acompañen al menor en el procedimiento. Las aproximaciones del Tribunal Constitucional a estos titulares de derechos por la vía del control abstracto de constitucionalidad de las normas, son poco frecuentes.

²⁰ Se cuestiona en este caso el Decreto de la Generalitat Valenciana 42/2013, de 22 de marzo, de modificación del Decreto 33/2007, de 30 de marzo, por el que se regula el acceso a los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas en régimen general ("DOCV" de 26 de marzo de 2013), solicitando la declaración de nulidad de los arts. 16.2 y 28 de la citada disposición, por posible vulneración de lo dispuesto en el art. 84.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante LOE), que tiene carácter de legislación básica estatal.

Cuando « los temas de menores » son tratados por la jurisdicción constitucional a instancias de los legitimados institucionales suele concurrir, además alguna circunstancia adicional, como que el menor sea menor infractor, o menor extranjero, o menor con capacidades diversas. Lo más habitual es, por tanto, que los menores y los temas de menores accedan a la jurisdicción constitucional de la mano de quienes representan sus intereses, en general los progenitores, que buscan una respuesta del Tribunal que de satisfacción también a los intereses del adulto. La perspectiva predominante es, por tanto, adulto-céntrica y se sustenta en la protección del menor a través de mecanismos mediatos de garantía que no terminan de identificar claramente al niño, la niña o el adolescente como titular pleno de los derechos fundamentales, a pesar del reconocimiento expreso que, en ese sentido, ha realizado la jurisprudencia constitucional. Si bien encontramos excepciones recientes a esta lógica (SSTC 99/2019 y 64/2019), pero la tónica predominante es todavía la descrita y es difícil formular una previsión sobre la proyección de estos dos últimos pronunciamientos.

2. Existen muchas dificultades para que los menores puedan defender el ejercicio de sus derechos cuando estos entran en oposición con los intereses o incluso los derechos de quienes sobre ellos tienen autoridad parental o administrativa. Pese a las cautelas normativas que existen, la práctica demuestra que el defensor judicial es un elemento exótico en la jurisdicción constitucional y, si aparece, será en el marco de un recurso de amparo (véanse las SSTC 183 y 184/2008, de 22 de diciembre). En cambio, no se ha identificado supuesto alguno en que una cuestión de inconstitucionalidad haya hecho posible la intervención de un menor de forma autónoma a través de un defensor judicial. No ha habido ninguna ocasión en que el Tribunal se haya planteado la existencia de un conflicto de intereses, que justificara el nombramiento de un defensor judicial del menor en el trámite de audiencia (escrita) del procedimiento *ad quem*, ante el propio Tribunal Constitucional.
3. Al hilo de esta última observación es preciso recordar que todos los procedimientos ante el Tribunal Constitucional son escritos y la legislación procesal no prevé la posibilidad de incluir un trámite de audiencia oral y sin intermediación al menor, en los asuntos en que estén en juego sus intereses. Mientras que en los procedimientos de instancia la audiencia al menor, para respetar su derecho a ser oído y escuchado, es una garantía básica del proceso (art. 9 LOPJM), y la jurisprudencia constitucional la vincula a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE (SSTC 22/2008, 221/2002, 71/2004 y 152/2005, de 2 de junio), en los procedimientos constitucionales no se observa esta cautela. De hecho, la única previsión para asegurar la defensa de los derechos procesales del menor en el curso de los procedimientos constitucionales tiene que ver con la « anonimización » de oficio de las sentencias, de modo tal que cuando una resolución del Tribunal se publica en el Boletín Oficial del Estado, esta publicación se realizará sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor para respetar la intimidad de aquél (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 1)²¹.
4. El Tribunal hace un reconocimiento expreso de que, en caso de existencia de conflicto entre los derechos y libertades de los menores y de quienes sobre ellos ostentan autoridad parental, es preciso resolver el conflicto formulando una ponderación que tenga siempre presente el

21 Se da así cumplimiento expreso al art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores [Reglas de Beijing], incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985

« interés superior » de los menores de edad (FJ 5, STC 141/2000, de 29 de mayo). Ello supone que, en algunos casos, el interés de los padres puede ceder frente a la protección del interés de los hijos y que, en todo caso, ha de ser tenido en cuenta a la hora de tomar una decisión (SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, 154/2002, de 18 de julio, 124/2002, de 20 de mayo, y 141/2000, de 29 de mayo, todas ellas resolutorias de recursos de amparo).

En realidad, el Tribunal no hace sino aplicar a su propio método interpretativo la exigencia que aplica a los órganos judiciales. Son muchos los pronunciamientos, siempre en el marco de recursos de amparo, en que se exige a los órganos judiciales de instancia que integren en la motivación la valoración sobre la garantía de preservación del interés superior del menor, o la ausencia de riesgo para esos mismos intereses (SSTC 22/2008, de 31 de enero, 71/2004, de 19 de abril, y 141/2000, de 29 de mayo, en sus respectivos recursos de amparo). La ausencia de este elemento valorativo vicia a la motivación de insuficiencia, lo que lleva asociada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas afectadas por la resolución (art. 24.1 CE) que serán los menores, obviamente, pero también pueden ser terceros con ellos relacionados, como uno de sus progenitores en el marco de un proceso de separación o divorcio, por ejemplo (SSTC 16/2016, de 1 de febrero, 22/2008, de 31 de enero y 141/2000, de 29 de mayo).

Pero este planteamiento hermenéutico se ha aplicado en muy pocas ocasiones, porque no llegan a conocimiento del Tribunal conflictos entre mayores y menores a su cargo basados en el ejercicio, por cada uno de ellos, de sus propios e irreconciliables derechos fundamentales. Seguramente esos conflictos existen o se pueden identificar, pero lo cierto es que no llegan a conocimiento de la jurisdicción constitucional salvo que pongan de manifiesto también un conflicto entre adultos, en aquellos casos en que los intereses de uno de esos adultos coinciden con los del menor.

En suma, la jurisprudencia constitucional en materia de protección de los derechos de la infancia, tiene un sesgo adulto-céntrico, que apenas se matiza en las SSTC 99/2019 y 64/2019. Un sesgo que, sin embargo, suele ser identificado en las resoluciones de instancia por el propio Tribunal, cuando revisa las decisiones adoptadas por los órganos judiciales y que llegan a su conocimiento por vía del recurso de amparo. Lo que es más complicado, es identificar ese mismo sesgo, que obviamente también está presente, en las normas con rango de ley. La jurisprudencia Constitucional no lo hace. Y la causa no es sólo que lleguen pocas cuestiones de inconstitucionalidad sobre temas de menores. La razón es que cuando esas cuestiones se plantean, la perspectiva, es decir la fundamentación de la cuestión, suele obviar, en la mayoría de los casos, la perspectiva de infancia. Del mismo tiempo que la perspectiva de género, por ejemplo, se ha ido normalizando como criterio de interpretación evolutiva de las disposiciones del ordenamiento jurídico, habría que empezar a plantearse la no menos compleja introducción de la perspectiva de infancia en esa misma labor hermenéutica.

UNA RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SULLO *STATUS* COSTITUZIONALE DEI MINORI (2000-2019)

Paolo PASSAGLIA¹

Negli ultimi venti anni, la Corte ha reso un gran numero di decisioni relative allo *status* costituzionale dei minori. Di seguito verranno passate in rassegna quelle che sono apparse come le più significative.

I. La tutela del nascituro

Per quanto riguarda gli embrioni e i feti, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi a più riprese su una serie di limiti posti dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004), che si caratterizzava per una disciplina molto rigida a protezione degli embrioni.

Con la sentenza n. 151 del 2009, si è dichiarata costituzionalmente illegittima la norma che, stabilendo che le tecniche di produzione degli embrioni non dovevano crearne un numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre, comportava la necessità di moltiplicare i cicli di fecondazione, poiché non sempre i tre embrioni erano in grado di dar luogo a una gravidanza. Ciò determinava sia l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie collegate alla iperstimolazione ovarica, sia, nei casi in cui fossero maggiori le possibilità di attecchimento, un pregiudizio diverso per la salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime. La Corte ha quindi rimarcato la necessità di riconoscere al medico la possibilità di valutare il singolo caso, individuando, di volta in volta, il limite numerico di embrioni idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita. Nella medesima sentenza, si è colpita la norma che imponeva un unico impianto degli embrioni creati : la Corte ha ritenuto che si imponesse la considerazione prioritaria della salute della donna, il che non escludeva che potesse procedersi, *in toto* o *pro parte*, alla crioconservazione per gli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica (in deroga al generale divieto di crioconservazione pure posto dalla legge).

¹ Professeur de Droit comparé à l'Université de Pise.

Con la sentenza n. 162 del 2014, invece, si è censurata la previsione del divieto di fecondazione di tipo eterologo. Si è ritenuto che tale tipo di fecondazione non potesse essere vietata qualora fosse diagnosticata una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Ad avviso della Corte, la scelta della coppia, assolutamente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, la quale, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali. Inoltre, l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme con il proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, può incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia. Nella decisione si è inoltre messo in rilievo che il divieto di fecondazione eterologa si traduceva in una ingiustificata disparità di trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurgeva a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato ai soli soggetti privi delle risorse finanziarie necessarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi.

Un'altra declaratoria di incostituzionalità, contenuta nella sentenza n. 96 del 2015, ha colpito il divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture pubbliche. Il divieto si appalesava irragionevole alla luce del fatto che l'ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria, attraverso la ben più traumatica modalità dell'interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali. Essendo scientificamente possibile di far acquisire "prima" alla donna un'informazione che le poteva evitare di assumere "dopo" una decisione più pregiudizievole per la sua salute (fisica e psichica), non si vedeva il motivo per cui escludere tale possibilità, anche tenuto conto che nessun interesse contrario poteva essere addotto a tutela del nascituro, comunque esposto all'aborto. La sentenza n. 229 del 2015 ha, per certi versi, integrato gli effetti della sentenza n. 96, dichiarando incostituzionale la previsione (non incisa dal precedente intervento sanzionatorio) che criminalizzava la selezione degli embrioni senza escludere la condotta riferita ai casi in cui la selezione fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili.

Nella sentenza n. 84 del 2016, invece, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione umano che non fosse finalizzata, in assenza di metodologie alternative, alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso. Ad avviso della Corte, nella scelta (ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, in assenza di soluzioni uniformi nella legislazione europea) tra il rispetto del principio della vita, che si racchiude nell'embrione, e le esigenze della ricerca scientifica, la linea di composizione tra gli opposti interessi attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. La normativa impugnata aveva operato una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la

connotavano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di costituzionalità. Peraltro, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non avrebbe comunque potuto introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo, stante il carattere non “a rime obbligate” di esso : il differente bilanciamento non avrebbe potuto, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, inevitabilmente riservate al legislatore. Unicamente a quest’ultimo compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro : all’utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili” ; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione ; all’eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione ; all’opportunità o meno di un successivo interpello della coppia, o della donna, per verificare la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione ; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui.

Dall’importanza delle tematiche affrontate e dalle prese di posizione assunte dalla Corte, oltre che dalla frequenza di declaratorie di incostituzionalità, emerge chiaramente come la giurisprudenza costituzionale abbia inteso propugnare un riequilibrio tra la protezione degli embrioni e le esigenze della tecnica, che sono funzionali all’esercizio del diritto ad essere genitori.

II. Il preminente interesse del minore

Il preminente interesse del minore rappresenta un principio cardine dell’intera giurisprudenza costituzionale in materia di minori (come rilevato, da ultimo, anche con la sentenza n. 187 del 2019), al punto che possono trovarsi riferimenti ad esso in quasi tutte le decisioni più rilevanti.

Ciò posto, conviene, anche semplicemente a titolo esemplificativo, dar conto, sin da ora, di alcune applicazioni che del principio sono state fatte.

Con la sentenza n. 231 del 2001, si è dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa in tema di affidamento e sottrazione internazionale di minori che non prevedeva che l’opposizione del minore al ritorno, prevista quale circostanza ostativa alla adozione dell’ordine di rientro, potesse essere fatta valere in ogni momento, anche dopo l’emissione del suddetto ordine. Secondo la Corte, l’ordine di ritorno emesso in una situazione “critica”, quale si configura l’allontanamento ingiustificato del minore, o la sua sottrazione, deve rispondere all’esigenza di efficacia della tutela predisposta, ragione che comprova l’immediata esecutività di simile provvedimento. Perciò, con riferimento alla questione posta, la mancata previsione di un riesame dell’ordine, su istanza di parte o d’ufficio, si collocava logicamente nel quadro generale emergente dalle diverse normative che valorizzavano il nucleo essenziale dell’interesse prioritario del minore.

La sentenza n. 195 del 2002 ha dichiarato incostituzionale la normativa che non prevedeva che in caso di contumacia o irreperibilità dell'imputato minorenni il giudice potesse, nell'interesse preminente dello stesso, comunque emettere sentenza di proscioglimento semplice ovvero sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto. La disciplina appariva intrinsecamente priva di ragionevolezza, non solo perché vanificava le finalità deflative che ispirano l'impianto dell'udienza preliminare minorile, ma anche perché in contrasto con gli indirizzi espressi dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, nei quali trova fondamento la tutela del preminente interesse del minore ad una rapida uscita dal processo, sempre che, ovviamente, tale finalità non comporti il sacrificio delle garanzie defensionali.

La Corte, con la sentenza n. 308 del 2008, ha dichiarato infondata una questione di costituzionalità concernente la normativa che prevedeva la revoca, con carattere di automatismo, dell'assegnazione della casa familiare in caso di convivenza *more uxorio* o di nuovo matrimonio dell'assegnatario, precludendo qualunque valutazione dell'interesse del minore. La Corte costituzionale ha ritenuto di poter fornire una interpretazione conforme alla Costituzione della normativa impugnata: la coerenza della disciplina e la sua conformità a Costituzione potevano essere recuperate ove la normativa fosse interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venisse meno di diritto al verificarsi degli eventi come l'instaurazione di una convivenza di fatto o un nuovo matrimonio, ma che la decadenza dalla stessa fosse subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore.

Con la sentenza n. 31 del 2012, la Corte ha dichiarato incostituzionale la previsione dell'applicazione automatica della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale a seguito della commissione del reato di alterazione di stato. Al riguardo, venivano in rilievo, non soltanto l'interesse dello Stato all'esercizio della potestà punitiva nonché l'interesse dell'imputato (e delle altre eventuali parti processuali) alla celebrazione di un giusto processo, ma anche l'interesse del figlio minore a vivere ed a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. Ad essere censurato era dunque, in particolare, l'automatismo legislativo, che precludeva al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse del minore e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso.

Nella sentenza n. 7 del 2013, la medesima *ratio decidendi* è stata alla base della declaratoria di incostituzionalità dell'analogo automatismo relativo alla perdita automatica della potestà genitoriale in caso di condanna per il reato di soppressione di stato.

Con la sentenza n. 1 del 2015, la Corte ha censurato la normativa che consentiva, in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito ad un decreto di giudizio immediato, disposto su istanza del pubblico ministero, che la composizione dell'organo giudicante nel processo minorile fosse quella monocratica. La Corte ha ritenuto che, poiché "il giudizio abbreviato minorile è sostitutivo sia dell'udienza preliminare, sia del dibattimento, i suoi esiti possono essere i più diversi e tutti

richiedono la valutazione del giudice collegiale e degli esperti che lo compongono, al fine di garantire decisioni attente alla personalità del minore e alle sue esigenze formative ed educative”. Era dunque manifestamente incongruo, anche con riguardo ai valori costituzionali sottesi alla tutela del minore, che fosse il giudice monocratico delle indagini preliminari a celebrare il giudizio abbreviato, che di regola è svolto dal giudice collegiale dell’udienza preliminare. Poiché la funzione del primo era uguale a quella svolta dal secondo, la diversa composizione dell’organo giudicante era priva di ragioni che potessero giustificare il sacrificio dell’interesse del minore, non potendosi far dipendere la diversità di composizione da mere evenienze processuali.

Con la sentenza n. 225 del 2016, si è dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa che non consentiva la valutazione da parte del giudice della sussistenza in concreto di un interesse del minore a conservare rapporti significativi con l’*ex partner* del genitore biologico. Il rimettente aveva infatti trascurato di considerare che l’interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l’interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest’ultimo instaurato ed intrattenuto con soggetti che non fossero parenti, era riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore “comunque pregiudizievole al figlio”, in relazione alla quale al giudice era comunque consentito di adottare “i provvedimenti convenienti” nel caso concreto. E ciò su ricorso del pubblico ministero, anche su sollecitazione dell’adulto non parente coinvolto nel rapporto in questione. Non sussisteva, pertanto, il denunciato vuoto di tutela dell’interesse del minore presupposto dal rimettente.

Il preminente interesse del minore non è ovviamente assoluto. In tal senso, può citarsi la sentenza n. 315 del 2007, in cui si è ritenuto non illegittimo il non consentire al coniuge sopravvissuto, in caso di morte dell’altro coniuge, genitore del minore che s’intendeva adottare, di chiedere l’adozione del medesimo, qualora il genitore del minore adottando, nel pieno possesso della potestà genitoriale, vi si opponesse, e ciò anche quando tale opposizione fosse contraria all’interesse del minore.

La sentenza n. 17 del 2017 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale mosse avverso la previsione secondo cui non poteva essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che fossero genitori di prole solo di età non superiore a sei anni. A sostegno dell’argomentazione, si adduceva proprio la necessità di dare una considerazione preminente all’interesse superiore del fanciullo. La Corte ha tuttavia precisato che l’elevato rango dell’interesse del minore a fruire in modo continuativo dell’affetto e delle cure materne non lo sottrae in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono certamente quelli di difesa sociale, sottesi alle esigenze cautelari, laddove la madre sia imputata di gravi delitti.

Parimenti infondata è stata dichiarata, con la sentenza n. 272 del 2017, la questione vertente sulla disposizione che non prevedeva che l’impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità potesse essere accolta solo laddove fosse ritenuta rispondente all’interesse del minore. La Corte ha ritenuto essenziale che, di fronte all’impugnazione del riconoscimento, il giudice valuti :

se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore ; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo ; se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità. Infatti, se non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro : tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore.

Da ultimo, l'interesse superiore del minore è venuto in specifico rilievo anche nella sentenza n. 221 del 2019, che, nel ritenere non fondata la questione avente ad oggetto le disposizioni che limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie di sesso diverso, ha rilevato che vi è una differenza essenziale tra l'adozione e la procreazione medicalmente assistita. L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando : essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell'adozione, dunque, il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela – così nella circoscritta ipotesi di adozione non legittimante ritenuta applicabile alla coppia omosessuale – l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate : interesse che va verificato in concreto, così come, del resto, per l'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale.

Per quanto non strettamente (o, forse meglio, espressamente) collegate al principio dell'interesse superiore del minore, meritano una menzione due decisioni del 2019, che hanno evidenziato in maniera marcata come il minore debba essere oggetto di una particolare attenzione nel momento in cui si trovi, a vario titolo, nel circuito penitenziario.

La sentenza n. 68 del 2019 ha riguardato le questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni che disciplinano la determinazione della pena che il giudice deve irrogare in caso di esito negativo della messa alla prova. Si denunciava, in particolare, il fatto che il giudice non potesse determinare la pena da eseguire avendo riguardo alla consistenza e alla durata delle limitazioni patite e al comportamento tenuto dal minore durante il periodo di sottoposizione alla messa alla prova. A sostegno della censura si sottolineava la differenza tra la disciplina della messa alla prova per gli imputati minorenni e quella dell'omologo istituto previsto per gli adulti, in riferimento alla determinazione della pena in caso di esito negativo della prova : per i primi non si tiene conto delle limitazioni di libertà patite durante la prova, mentre per gli adulti si determina la pena residua sulla base di automatismi (ad es., riduzione di un giorno di pena detentiva ogni tre giorni di messa alla prova). Nel giungere alla pronuncia di infondatezza, la Corte ha posto una netta distinzione tra la messa alla prova per i minorenni e quella per i maggiorenni : se la messa alla prova per gli adulti costituisce un vero e proprio « trattamento sanzionatorio », la messa alla prova per i minorenni non ha invece natura sanzionatoria, essendo orientata a stimolare un percorso educativo del minore, finalizzato all'obiettivo ultimo di una evoluzione della sua personalità.

Con la sentenza n. 263 del 2019, si è dichiarata l'illegittimità costituzionale delle previsioni secondo cui, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno per i condannati per taluni delitti, si poneva la condizione che gli stessi collaborassero con la giustizia. L'incostituzionalità ha riguardato l'applicazione di questa condizione anche ai detenuti minorenni e ai giovani adulti: la particolarità del percorso di formazione di questi soggetti e la necessità di enfatizzare la finalità di risocializzazione della pena ha reso costituzionalmente non giustificabile l'applicazione di un automatismo legislativo quale quello previsto per la concessione delle misure premiali.

III. L'identità del minore

La tematica del diritto all'identità del minore è venuta in rilievo sotto vari profili. I principali sono stati, probabilmente, i seguenti: (A) il diritto di conoscere le proprie origini e l'anonimato della madre; (B) la ricerca della paternità; (C) l'attribuzione del cognome.

A. Il diritto di conoscere le proprie origini e la tutela dell'anonimato della madre

Il bilanciamento tra il diritto di conoscere le proprie origini e la tutela dell'anonimato della madre è stato oggetto di due decisioni. La sentenza n. 425 del 2005 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale concernente l'esclusione della possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle sue origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica. La norma impugnata, che mirava a tutelare la gestante che avesse deciso di non tenere con sé il bambino, non prevedeva per la tutela dell'anonimato della madre alcun tipo di limitazione, in quanto intendeva, da un lato, assicurare che il parto avvenisse in condizioni ottimali e, dall'altro, distogliere la donna da decisioni irreparabili (*id est*, l'aborto clandestino o l'infanticidio). La norma, perseguendo questa duplice finalità, era, secondo la Corte, espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda e non si poneva in contrasto con gli artt. 2 e 32 della Costituzione. Non sussisteva neppure la violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo dell'irragionevole disparità fra l'adottato nato da donna che avesse dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non avessero reso alcuna dichiarazione al riguardo: la diversità di disciplina non era, infatti, ingiustificata, dal momento che solo la prima ipotesi, e non anche la seconda, era caratterizzata dal rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre al rispetto della sua volontà di anonimato.

La sentenza n. 278 del 2013 è intervenuta nuovamente sul tema, giungendo stavolta ad una pronuncia di incostituzionalità. La Corte ha infatti ritenuto necessario prevedere – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata – sulla richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. La Corte ha, sì, riaffermato il nucleo fondante

della scelta adottata nella sentenza del 2005, ma ha considerato, stavolta, che anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisca un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale. In questa situazione, la disciplina all'esame della Corte era censurabile per la sua eccessiva rigidità: il *vulnus* era rappresentato dalla irreversibilità del segreto, che doveva quindi essere superata.

B. La ricerca della paternità

Con riferimento alla ricerca della paternità, possono essere evocate due decisioni. Nella causa definita con la sentenza n. 494 del 2002, il rimettente aveva sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme che non consentivano indagini sulla paternità di figli incestuosi. In particolare, secondo il giudice *a quo*, l'art. 30 della Costituzione prevede che la legge assicuri “ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima” e detti “le norme e i limiti per la ricerca della paternità”, mentre la tutela in questione non era accordata ai figli incestuosi, che non potevano ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità. Per quanto riguarda gli artt. 2 e 3 della Costituzione, veniva lamentata una violazione del diritto del figlio all'identità personale, privato della possibilità di avere un genitore, un nome e una famiglia, oltre che una lesione del principio di uguaglianza, dato che i figli incestuosi, pur trovandosi nella stessa situazione sostanziale di quelli non incestuosi (non essendo loro addebitabile l'unico elemento di differenziazione, consistente nel rapporto di parentela tra i genitori), erano assoggettati a una disciplina diversa. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa impugnata (con sentenza interpretativa di accoglimento), ritenendo che la violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, fosse “evidente e [che] non richiede[ss]e parole di spiegazione”. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, poteva essere invocata in contrario: “non [era] il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto”.

Nell'altro caso, a fronte dell'improponibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale per la carenza della previa dichiarazione di ammissibilità dell'azione, si era sollevata di fronte alla Corte questione di legittimità costituzionale della disposizione che subordinava al previo esperimento di una procedura deliberatoria di ammissibilità l'esercizio dell'azione di riconoscimento di paternità naturale promossa da un soggetto maggiorenne. Con la sentenza n. 50 del 2006, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa impugnata, rilevando che la circostanza che il procedimento di deliberazione avesse lo scopo di accertare l'interesse del minore non faceva venire meno l'incostituzionalità stessa, né giustificava la permanenza nell'ordinamento del giudizio di ammissibilità con questo solo scopo. L'esigenza, infatti, che l'azione di dichiarazione

giudiziale della paternità o maternità naturale rispondesse all'interesse del minore non veniva certamente meno con la soppressione del giudizio deliberatorio, ma poteva essere eventualmente deliberata prima dell'accertamento della fondatezza dell'azione di merito.

C. L'attribuzione del cognome al figlio

Sull'attribuzione del cognome al figlio, le decisioni più significative hanno riguardato la annosa questione dell'attribuzione del cognome materno. Con la sentenza n. 61 del 2006, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle norme che prevedevano che il figlio legittimo acquistasse automaticamente il cognome del padre, anche quando vi fosse in proposito una diversa volontà dei coniugi, legittimamente manifestata. La Corte ha stabilito che l'intervento che si invocava avrebbe richiesto una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Tenuto conto del vuoto di regole che avrebbe determinato una caducazione della disciplina denunciata, non era ipotizzabile neppure una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandasse ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia.

Sul tema si è tornati con la sentenza n. 286 del 2016, che ha stavolta dichiarato l'incostituzionalità della normativa, giacché l'impedire alla madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome, e al figlio di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno, è stato ritenuto un pregiudizio del diritto all'identità personale del minore e, al contempo, un'irragionevole disparità di trattamento fra i coniugi, in nessun modo giustificata dalla finalità di salvaguardia dell'unità familiare. La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale ed il riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale hanno imposto l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. La diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non era compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio di "eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", poiché la perdurante mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquistasse anche il suo cognome contraddiceva quella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, individuata quale *ratio* giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi. La Corte ha in tal modo preso atto dell'inerzia del legislatore e dell'esigenza di superare uno schema arcaico, reso anacronistico dall'evoluzione dei costumi sociali.

Ad altro proposito, nella sentenza n. 268 del 2002, si è stabilito che l'attribuzione al minore del cognome dell'adottante, anteposto al cognome originario, che in tal modo non viene cancellato ma anzi mantenuto come un tratto essenziale della personalità dell'adottato, si conforma pienamente alla finalità e alla *ratio* complessiva dell'adozione in casi particolari – istituto che il legislatore nella sua discrezionalità ha voluto differenziare sia dall'adozione legitimante sia da quella tra persone maggiori di età – salvaguardando appunto l'esigenza di non recidere il legame del minore con il proprio passato e con la famiglia di origine. Tale disciplina non può, dunque, comportare la violazione del diritto fondamentale al nome o impedire lo sviluppo della personalità.

IV. Filiazione legittima e filiazione naturale

Un filone giurisprudenziale particolarmente ricco, quantitativamente e qualitativamente, è quello relativo alla graduale erosione, operata dalla Corte, del “tradizionale disfavore verso la filiazione naturale”. L’inciso è tratto dalla sentenza n. 250 del 2000, nella quale la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità della normativa del Codice civile che prevedeva un limite temporale di due anni per l’attribuzione del diritto alla revocazione di donazione, a seguito di riconoscimento di figlio naturale. L’aver limitato temporalmente la possibilità di revocazione è stato ritenuto espressione del tradizionale disfavore nei confronti della filiazione naturale, incompatibile con il principio costituzionale che impone di assicurare ai figli naturali una tutela adeguata, *ergo* una tutela simile a quella assicurata ai figli legittimi.

A breve distanza temporale, la Corte ha reso un’altra pronuncia che ha interessato, sia pure incidentalmente, i figli naturali. La declaratoria della sentenza n. 332 del 2000 ha colpito la previsione che poneva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza, lo stato di “celibe o vedovo senza prole”. A fondamento dell’incostituzionalità si è posta la considerazione che non si può ravvisare, “neppure nella delicata fase del reclutamento e dell’addestramento, un’esigenza dell’organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell’arruolamento e dell’ammissione ai reparti di istruzione”. La filiazione naturale era, tuttavia, stata evocata dal giudice rimettente, allorché aveva contestato la disposizione sull’assunto che il riconoscimento di un figlio naturale, da un lato, non avrebbe imposto “necessariamente anche vincoli di convivenza del nucleo familiare” e, dall’altro, avrebbe determinato “minori obblighi rispetto alla paternità nell’ambito del matrimonio”, compatibili con la frequenza del corso di addestramento per allievi finanziari. Proprio su quest’ultimo punto, la Corte ha chiarito, in un *obiter dictum*, che, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha imposto un superamento della disparità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali, il riconoscimento di figli naturali implica una pienezza della responsabilità e dei doveri che derivano per il genitore. Ciò in quanto la posizione giuridica dei genitori nei rapporti tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, perché l’esistenza del vincolo sorto tra i genitori non può più costituire un elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli, legittimi e naturali riconosciuti, identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri.

Anche la sentenza n. 202 del 2003 reca una declaratoria di incostituzionalità, che ha colpito la previsione di un’imposta per i provvedimenti emessi in tema di determinazione del contributo di mantenimento fissato a carico del genitore naturale obbligato ed a favore del genitore affidatario. La mancata estensione a tali provvedimenti dell’esenzione tributaria disposta in tema di atti recanti condanna al pagamento di somme in materia di procedimenti relativi ai giudizi di separazione e divorzio ed estesa anche ai provvedimenti relativi alla prole era da ritenersi irragionevole, poiché la mancanza del rapporto di coniugio fra le parti non poteva in alcun modo giustificare la diversità di disciplina tributaria del provvedimento di condanna, senza risolversi in un trattamento deteriore dei figli naturali rispetto a quelli legittimi.

Con la sentenza n. 394 del 2005 si è adottata una pronuncia interpretativa di rigetto concernente l'impossibilità di trascrivere il titolo che riconosceva il diritto di abitazione del genitore affidatario della prole naturale, che non fosse titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato. Secondo la Corte, come il diritto del figlio naturale a non lasciare l'abitazione in seguito alla cessazione della convivenza di fatto fra i genitori non richiede un'apposita previsione, in quanto il diritto all'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario di prole naturale può trarsi in via di interpretazione sistematica dalle norme che disciplinano i doveri dei genitori verso i figli, così anche il diritto del genitore affidatario di prole naturale ad ottenere la trascrizione del provvedimento di assegnazione è da ritenere che non necessiti di un'autonoma previsione, dal momento che risponde alla medesima *ratio* di tutela del minore ed è strumentale a rafforzarne il contenuto : il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli e di garantire loro la permanenza nello stesso ambiente in cui hanno vissuto con i genitori deve essere assolto tenendo conto, prima che delle posizioni di terzi, del diritto che alla prole deriva dalla responsabilità genitoriale.

Con la sentenza n. 86 del 2009, è stata dichiarata incostituzionale la previsione secondo cui, in conseguenza di morte per infortunio, spettava una rendita pari al venti per cento per ciascun figlio legittimo, naturale, riconosciuto e/o riconoscibile e adottivo fino al raggiungimento del diciottesimo anno d'età ed il quaranta per cento se si trattasse di orfani di entrambi i genitori. Secondo la Corte, la norma censurata introduceva una discriminazione fra figli naturali e figli legittimi che si poneva in contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost. In particolare, la discriminazione derivava dal fatto che solo i figli legittimi, e non anche quelli naturali, potevano godere di quel *plus* di assistenza derivante dall'attribuzione al genitore superstite del cinquanta per cento della rendita. È stata, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui, nel disporre che, nel caso di infortunio mortale dell'assicurato, agli orfani di entrambi i genitori spettava il quaranta per cento della rendita, escludeva che essa spettasse nella stessa misura anche all'orfano di un solo genitore naturale.

Pur alla luce di una giurisprudenza tesa a propugnare una assimilazione di figli naturali e figli legittimi, la Corte ha avuto modo di riconoscere che, ai termini dell'art. 30, terzo comma, della Costituzione, la parificazione tra le due categorie non poteva ritenersi assoluta. La sentenza n. 532 del 2000 ne è un esempio significativo. In essa, la Corte ha reso una pronuncia di infondatezza relativamente alla disciplina che, in mancanza di altri chiamati all'eredità all'infuori dello Stato, non prevedeva la successione legittima dei c.d. parenti naturali di grado corrispondente al quarto. Il dubbio di legittimità costituzionale veniva delineato in rapporto alla parità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali ed alla prospettata lesione del principio di eguaglianza e di pari dignità sociale ; ciò in quanto, escluso il pregiudizio per i diritti dei componenti della famiglia legittima, non sarebbe esistita alcuna valida ragione per dare ingresso alla successione dello Stato in presenza di parenti naturali. L'infondatezza è stata motivata dall'assenza, secondo la Corte, di una totale equiparazione tra famiglia legittima e famiglia naturale. L'equiparazione riguarda fundamentalmente il rapporto che si instaura tra il genitore che ha provveduto al riconoscimento del figlio naturale (o nei cui confronti la paternità o maternità sia stata giudizialmente accertata) ed il figlio stesso : i rapporti tra la prole naturale ed i parenti del genitore, invece, non trovano riferimenti nella Carta fondamentale.

Sulla stessa linea si è posta la sentenza n. 335 del 2009. Si contestava la previsione secondo cui i figli legittimi potevano soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si opponessero, con la riserva che, nel caso di opposizione, a decidere era il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali. Tale previsione era stata adottata nel 1975, con la riforma del diritto di famiglia, e rappresentava certamente un avanzamento rispetto alla normativa previgente, che attribuiva ai figli legittimi il diritto potestativo di sciogliere la comunione ereditaria con i figli naturali, commutando la quota ereditaria in una somma di denaro, senza possibilità di opposizione da parte del figlio naturale e di valutazione giudiziale delle circostanze del caso concreto. Tuttavia, secondo il giudice *a quo*, l'introduzione di una valutazione da parte del giudice in caso di opposizione del figlio naturale era comunque ingiustificatamente discriminatoria nei confronti del figlio naturale. Inoltre, il trattamento differente riservato in sede di divisione ereditaria ai figli naturali, non giustificandosi con una necessità di tutela dei diritti dei figli legittimi, contrastava con il divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali. La Corte ha tuttavia dichiarato infondata la questione, rilevando come dall'art. 30 della Costituzione non discendesse in maniera costituzionalmente necessitata la parificazione di tutti i parenti naturali ai parenti legittimi, in quanto un ampio concetto di "parentela naturale" non è stato recepito dal costituente, "il quale si è limitato a prevedere la filiazione naturale ed a stabilirne l'equiparazione a quella legittima, peraltro con la clausola di compatibilità".

Nello stesso senso si è posta la sentenza n. 7 del 2012, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti della normativa che non sottoponeva ad un termine annuale di decadenza il diritto del genitore di esperire l'azione di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità. La questione era già stata affrontata dalla Corte, che si era già pronunciata per l'inammissibilità (sentenze n. 134 del 1985 e n. 158 del 1991). A distanza di oltre vent'anni, si riproponeva la questione, in ragione del fatto che l'adozione di interventi legislativi diretti ad attuare la piena parità dei diritti dei figli minori aveva reso non più sostenibile la diversità di trattamento riservata a figli legittimi e figli naturali, consistente nella prevalenza data al *favor veritatis*, nel caso di figli nati fuori del matrimonio, e data invece al *favor legitimitatis*, in caso di figli legittimi, per i quali non fosse tempestivamente esperita l'azione di disconoscimento entro il sopra ricordato termine di decadenza. La Corte è andata di diverso avviso rispetto al giudice rimettente, ribadendo l'inammissibilità della questione, motivata dalla non comparabilità delle situazioni poste a raffronto, dalla non configurabilità di una pronuncia additiva a "rime obbligate" e dalla conseguente esclusiva spettanza al legislatore del potere di stabilire la durata del termine eventualmente da sostituire all'imprescrittibilità disposta dalla norma censurata.

L'equiparazione tra figli naturali e figli legittimi si è da ultimo manifestata nella sentenza n. 189 del 2019, in cui si è dichiarata infondata la questione di costituzionalità inerente alla previsione dell'omesso versamento dell'assegno periodico per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli. Si denunciava il fatto che, dal tenore letterale della disposizione, come modificata, emergesse l'abolizione del reato di omesso versamento per i (soli) figli nati fuori dal matrimonio. La Corte costituzionale ha, tuttavia, richiamato l'interpretazione della Cassazione, per escludere che potessero darsi differenziazioni tra categorie di figli a proposito di questa condotta.

V. L'autodeterminazione del minore

Con riferimento all'autodeterminazione del minore, possono evocarsi due decisioni.

La prima è quella in cui la tematica è stata posta maggiormente al centro della *ratio decidendi*. Le questioni affrontate nell'ordinanza n. 126 del 2012 attenevano alla determinazione di una minore di procedere all'interruzione volontaria della gravidanza senza coinvolgere i genitori. Il giudice rimettente sottolineava che il diritto e dovere del genitore (sancito dall'art. 30 Cost.) di mantenere, istruire ed educare i figli comprendeva anche quello di correre in ausilio alla minore, che si trovasse di fronte alla grave scelta di ricorrere alla interruzione volontaria della gravidanza, e che l'intervento della pubblica autorità era ammesso solo in via sussidiaria, ove i genitori risultassero incapaci di assolvere ai compiti loro affidati. La Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, in quanto il rimettente muoveva dalla premessa (che sola poteva, in ipotesi, giustificare la richiesta di attribuzione al giudice della facoltà di consultare il genitore non informato mediante un autonomo accertamento istruttorio) secondo la quale ad esso sarebbe stato affidato anche il potere di valutazione intrinseca del contenuto della decisione che la minore intendeva prendere e per la quale doveva essere autorizzata, omettendo qualsiasi riferimento al diverso e consolidato approdo ermeneutico cui era pervenuta la Corte costituzionale in ordine alla esatta delimitazione della funzione del provvedimento di autorizzazione della minore a decidere l'interruzione della gravidanza, un provvedimento non configurabile come esercizio di una potestà co-decisionale, rispondente ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale.

La seconda è la sentenza n. 5 del 2018, relativa ad alcune disposizioni che sancivano la previsione di vaccinazioni obbligatorie contro il rischio di malattie infettive per i minori fino ad anni sedici. Nel respingere le questioni poste, la Corte ha ritenuto che i valori costituzionali coinvolti fossero molteplici e implicassero, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e alla tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determinasse scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore. Il loro contemperamento lasciava dunque spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantirne l'effettività. Questa discrezionalità doveva essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che dovevano guidare il legislatore.

VI. Le problematiche specifiche di tutela per i minori stranieri

I diritti relativi ai minori trovano una peculiare declinazione con riferimento ai vari filoni giurisprudenziali relativi ai minori stranieri. Un primo filone è direttamente connesso a (A) la tutela dell'unità familiare. Un secondo filone riguarda, invece, (B) la tutela del minore straniero. Infine, merita di essere menzionata una sentenza in tema di (C) indennità di frequenza.

A. La tutela dell'unità familiare

La tutela dell'unità familiare è stata oggetto di tre decisioni di notevole importanza. Con la sentenza n. 376 del 2000, si è dichiarata l'incostituzionalità della mancata estensione del divieto di espulsione al marito straniero convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. La norma, infatti, pur apprestando nella particolare materia dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio dello Stato una tutela adeguata nei riguardi della donna incinta e di colei che aveva partorito da non oltre sei mesi, ometteva di considerare il diritto del minore ad essere educato, ove ciò fosse possibile, da entrambi i genitori e poneva la donna di fronte alla drammatica alternativa di seguire il marito o affrontare da sola la maternità, così violando il principio di "paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi". Una volta parificata la posizione del marito convivente con la donna incinta o che aveva partorito da non oltre sei mesi, con quella della stessa, doveva essere esteso anche a tale soggetto il divieto di espulsione, salva la sussistenza di motivi ostativi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato.

Con la sentenza n. 224 del 2005, si è dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale della normativa che consentiva allo straniero di chiedere il ricongiungimento per i genitori a carico, qualora non avessero altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero per i genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli fossero impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute. La sentenza rileva, in questa sede, perché la Corte ha precisato che l'inviolabilità del diritto all'unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori. Nella specie, si è ritenuto però che il principio non avesse una estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori, in quanto nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito, aprendosi contestualmente margini che consentono al legislatore di bilanciare l'"interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo. Il diritto al godimento della vita familiare va garantito senza condizioni a favore dei coniugi e dei nuclei familiari con figli minori, mentre negli altri casi esso può anche subire restrizioni, purché nei limiti della ragionevolezza.

La sentenza n. 202 del 2013 reca, invece, una declaratoria di incostituzionalità relativa alla mancata estensione della tutela rafforzata prevista per il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno a tutti i casi in cui lo straniero abbia costruito, nello Stato, legami familiari, ponendolo in una situazione irragionevolmente diversificata rispetto allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”. Queste ultime categorie di soggetti, infatti, possono rientrare nei casi in cui può aver luogo una valutazione discrezionale in merito alla decisione sul rinnovo o sul rilascio del permesso di soggiorno in favore di uno straniero che abbia subito condanne per alcune tipologie di reati. L'esame della sua pericolosità concreta e attuale non può ammettere *de plano* un diniego del riconoscimento del permesso di soggiorno, poiché la presunzione di pericolosità sociale “assoluta” che ne deriverebbe darebbe luogo ad un automatismo procedurale inconciliabile con gli interessi (e i diritti) dei familiari dello straniero condannato. Come si legge nella pronuncia, quindi: “nell’ambito delle relazioni interpersonali, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave”. La norma censurata, dunque, contrastava con i principi costituzionali nella parte in cui non estendeva la tutela rafforzata in tutti i casi in cui lo straniero avesse stretto legami familiari.

B. La tutela del minore straniero

La sentenza n. 198 del 2003 ha avuto ad oggetto la normativa che non prevedeva, letteralmente ed esplicitamente, la possibilità di conversione del permesso di soggiorno al raggiungimento della maggiore età, anche per il minore straniero sottoposto a tutela, a differenza del minore in affidamento. La Corte, pur riconoscendo un vuoto evidente nella normativa in esame, non ha concluso per la violazione del principio di uguaglianza, giacché simile silenzio poteva essere risolto attraverso il ricorso all’analogia, se non ad un’interpretazione estensiva della disposizione. Le finalità perseguite dai due istituti – tutela e affidamento – appaiono, infatti, basate sull’interesse preminente del minore e, a questi fini, nonostante le differenze strutturali e cronologiche presentate dagli istituti, il mancato riconoscimento del diritto di conversione del permesso per il minore sottoposto a tutela si sarebbe mostrato oltremodo irragionevole. Stante la necessità, *rectius* l’obbligo, di ricorrere a interpretazione conforme, dunque, si è esclusa l’incostituzionalità della normativa, nonostante la presenza della lacuna normativa sottolineata.

C. L’indennità di frequenza

Un’ultima decisione relativa ai minori stranieri è costituita dalla sentenza n. 329 del 2011. Vi si è dichiarata l’illegittimità costituzionale della normativa che subordinava al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione ai minori extracomunitari legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, della indennità di frequenza di cui all’art. 1 della legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili

ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi). Tale diritto era stato negato per l'assenza di un titolo giustificativo, subordinandolo, di fatto, alla richiesta e all'ottenimento della carta di soggiorno, nonostante i requisiti di legge in ambito sanitario risultassero, in pieno, soddisfatti. La mancata costante presenza del minore nel territorio italiano, per almeno cinque anni, come richiesto dalla normativa in materia di immigrazione, era stata ritenuta, in via del tutto ingiustificata, prevalente rispetto ai diritti fondamentali della persona, nonché al contenuto di indubbio interesse e di rilevanza sociale che l'indennità di frequenza presenta, anche rispetto alla garanzia dei diritti fondamentali stessi. Come si afferma nella pronuncia, infatti: "si va dalla tutela della infanzia e della salute alle garanzie che devono essere assicurate, in situazioni di parità, ai portatori di *handicap*, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il minore disabile si trova inserito, coinvolgendo al tempo stesso l'esigenza di agevolare il futuro ingresso del minore nel mondo del lavoro e la partecipazione attiva alla vita sociale". Da ciò discendeva l'irragionevolezza della disparità di trattamento subito dal minore straniero che, sebbene regolarmente presente nel territorio dello Stato, avrebbe dovuto attendere un tempo eccessivamente sproporzionato affinché il proprio diritto venisse garantito e tutelato, ovvero quello del quinquennio richiesto dalla carta di soggiorno. Le suddette circostanze ponevano, non solo un problema di "effettività" nel e del godimento dei diritti fondamentali, ma svuotavano di senso e di efficacia le finalità di cura e di assistenza che l'indennità in questione persegue, le quali sarebbero state inaccettabilmente represses nelle more della richiesta del permesso "di lunga durata".

VII. Le tutele approntate in favore della famiglia

Nell'ottica di protezione dei minori vanno lette le decisioni che sono intervenute al fine di approntare tutele per la famiglia.

Un filone giurisprudenziale importante, in quest'ottica, è quello della tutela economica e/o lavorativa in vista della protezione (anche) del nascituro. Tre decisioni recano pronunce di incostituzionalità.

Nella sentenza n. 360 del 2000, si è dichiarata illegittima la mancata previsione dell'applicabilità alle lavoratrici a domicilio dell'interdizione anticipata dal lavoro delle lavoratrici in stato di gravidanza.

Analogamente, la sentenza n. 361 del 2000 ha censurato la mancata previsione della corresponsione dell'indennità di maternità a favore delle imprenditrici agricole a titolo principale. La carenza di tutela per le lavoratrici in questione appariva infatti ingiustificata, in quanto determinava una inammissibile diseguaglianza nell'ambito della medesima categoria delle lavoratrici autonome e, in particolare, rispetto alle coltivatrici dirette, alle quali il trattamento di maternità era già attribuito, e confliggeva, inoltre, con l'esigenza di tutela della salute della madre e del bambino, specialmente nelle fasi più delicate della gravidanza e del puerperio.

L'incostituzionalità di cui alla sentenza n. 405 del 2001 ha colpito l'esclusione della corresponsione dell'indennità di maternità in talune ipotesi di licenziamento, perché in contrasto con il principio della speciale protezione della maternità sancito dagli artt. 31 e 37 della Costituzione. L'esclusione del diritto all'indennità era irragionevole, dovendosi dare rilievo preponderante allo stato oggettivo della gravidanza e del puerperio.

Relativamente alla protezione accordata in presenza di figli minori nella famiglia possono ricordarsi cinque decisioni.

Con la sentenza n. 104 del 2003, si è dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione secondo cui i riposi giornalieri si applicavano, anche in caso di adozione e di affidamento, entro il primo anno di vita del bambino anziché entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia. La Corte ha ritenuto irragionevole e lesivo del principio di uguaglianza applicare agli adottanti ed agli affidatari la stessa formale disciplina sui riposi giornalieri prevista per i genitori naturali, in quanto l'estensione alla filiazione adottiva e all'affidamento delle misure volte a soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del minore al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità impone di considerare non tanto l'età del minore, quanto piuttosto il momento del suo ingresso nella nuova famiglia, in considerazione delle difficoltà che tale ingresso comporta sia riguardo alla personalità in formazione del minore, soggetta al trauma del distacco dalla madre naturale o a quello del soggiorno in istituto, sia per i componenti della famiglia adottante o affidataria.

La sentenza n. 385 del 2005 ha colpito con l'incostituzionalità la mancata previsione del principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima. La previsione che solo alle madri libere professioniste iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza, e non anche al padre libero professionista, fosse riconosciuta un'indennità di maternità estesa all'ipotesi di adozione o affidamento, laddove invece si stabiliva, per il caso di adozione o affidamento, che il congedo di maternità nonché il congedo di paternità spettavano, a determinate condizioni, anche al padre lavoratore, rappresentava un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e tra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore, apparendo discriminatoria l'assenza di tutela che si realizzava nel momento in cui, in presenza di una identica situazione e di un medesimo evento, alcuni soggetti si vedevano privati di provvidenze riconosciute, invece, in capo ad altri che si trovano nelle medesime condizioni. La sentenza richiedeva un intervento di adeguamento della normativa da parte del legislatore, ma tale intervento non si è concretizzato. La Corte, nella sentenza n. 105 del 2018, ha peraltro ritenuto che, nelle more, i giudici sono chiamati ad applicare i principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale per assicurare il rispetto del principio di eguaglianza.

L'incostituzionalità ha colpito, con la sentenza n. 257 del 2012, anche la previsione che limitava a tre mesi (anziché cinque) l'indennità di maternità per le lavoratrici iscritte alla gestione separata che avessero adottato o avuto in affidamento preadottivo un minore. La limitazione appariva manifestamente irragionevole rispetto al periodo di cinque mesi riconosciuto in favore delle lavoratrici

dipendenti. Tale disciplina, non soltanto non offriva una adeguata tutela alla donna in maternità appartenente alla categoria considerata, ma soprattutto si poneva in contrasto con il preminente interesse del minore, da tutelare per quanto attiene ai bisogni più propriamente fisiologici ed alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo, collegate allo sviluppo della sua personalità. Inoltre, la disciplina determinava una discriminazione che si rivelava lesiva del principio di parità di trattamento tra le due figure di lavoratrici sopra indicate, le quali, con riguardo ai rapporti con il minore (adottato o affidato in preadozione), nonché alle esigenze che dai rapporti stessi derivavano, venivano a trovarsi in posizioni di uguaglianza, stante l'identità del bene da tutelare.

Con la sentenza n. 205 del 2015, si è dichiarata incostituzionale la previsione secondo cui, per il caso di adozione nazionale, l'indennità di maternità spettava alla madre libera professionista solo se il bambino non avesse superato i sei anni di età. La Corte ha constatato l'insanabile contrasto con il principio di eguaglianza e con il principio di tutela della maternità e dell'infanzia, declinato anche come tutela della donna lavoratrice e del bambino. La singolarità del trattamento riservato alla libera professionista che avesse optato per l'adozione nazionale era discriminatoria, in quanto carente di qualunque giustificazione razionale, idonea a dar conto del permanere, soltanto per questa fattispecie, di un limite rimosso per tutte le altre ipotesi. Non era dato individuare, infatti, elementi che giustificassero la differenza di trattamento delle libere professioniste rispetto a quello stabilito dal legislatore per le madri lavoratrici dipendenti e dalla Corte per le madri libere professioniste che privilegiassero l'adozione internazionale. La norma censurata, inoltre, pregiudicava l'interesse del minore di nazionalità italiana coinvolto in una procedura di adozione, arbitrariamente discriminato per effetto del dato, accidentale ed estrinseco, della tipologia del rapporto di lavoro facente capo alla madre o delle particolarità del rapporto di filiazione che si instaurava.

Non fondata è stata invece dichiarata, con la sentenza n. 285 del 2010, la questione concernente la normativa che, nel fare esclusivo riferimento alle "libere professioniste", non prevedeva il diritto del padre libero professionista di percepire, in alternativa alla madre biologica, l'indennità di maternità. Secondo la Corte, le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre.

SECTION 2

LA PROTECTION DES PERSONNES MALADES ET HANDICAPÉES

DIX ANS DE JURISPRUDENCE QPC SUR LA MALADIE ET LE HANDICAP LA VULNÉRABILITÉ, UNE ABSENTE (TRÈS) PRÉSENTE ?

Laurence GAY¹

Malgré la diversité de ses usages, et la difficulté conséquente à en cerner les contours précis, la notion de vulnérabilité trouve un champ d'application privilégié dans le domaine médico-social². Les situations de maladie et de handicap en constituent donc assurément une illustration, que l'on considère cette vulnérabilité comme inhérente à la personne ou catégorie visée, ou comme résultant essentiellement d'une relation à autrui. Il était donc logique d'inclure les personnes souffrant de maladie et de handicap parmi les personnes vulnérables dont le présent projet de recherche visait à établir dans quelle mesure la question prioritaire de constitutionnalité avait contribué à garantir les droits constitutionnels. Si l'ensemble des droits et libertés sont susceptibles de leur bénéficier, l'existence de principes spécifiquement consacrés à ces personnes semblait de nature à fournir un point d'ancrage privilégié au développement de la jurisprudence. Or, la référence à ces notions dans la constitution française est allusive et, sans surprise, cantonnée à la partie « sociale » de ce texte.

Selon le onzième alinéa du préambule constitutionnel du 27 octobre 1946, en effet :

« Elle [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

Cette disposition comporte donc une première mention indirecte de la maladie à travers son contraire, la santé – dont la Nation garantit la protection à tout individu – ; on peut y lire *a minima* un engagement à établir un système de soins accessible à tous. La maladie potentielle, de même que le handicap, apparaissent aussi par la mention d'un « état physique ou mental » rendant l'exercice d'un travail impossible et ouvrant alors droit à obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. Le texte constitutionnel appréhende donc les deux situations à travers les droits sociaux

¹ Chargée de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

² V. par exemple, A. BRODIEZ-DOLINO, « Le concept de vulnérabilité », *La vie des idées*, 11 février 2016, en ligne (<https://laviedesidees.fr/Le-concept-de-vulnerabilite.html>).

auxquels elles vont ouvrir, ce qui se reflète logiquement dans la jurisprudence. Si l'on excepte la décision *IVG* de 1975³, la première application du onzième alinéa du préambule de 1946 date d'une décision du 23 janvier 1987⁴. Le Conseil constitutionnel y était saisi d'une disposition subordonnant à une condition de résidence préalable en France le bénéfice de prestations sociales, dont l'allocation aux adultes handicapés. Il en validait le principe, tout en émettant une réserve selon laquelle il appartiendrait au pouvoir réglementaire « de fixer la durée de la condition de résidence de façon à ne pas aboutir à mettre en cause les dispositions »⁵ du onzième alinéa, moyen en l'occurrence soulevé d'office par la Haute juridiction. Cette première espèce est assez représentative du contentieux qui va suivre sur la base de cette disposition constitutionnelle.

Ainsi, avant 2010, les personnes malades ou porteuses de handicap apparaissent principalement dans la jurisprudence constitutionnelle comme destinataires de politiques sociales, en particulier de prestations sociales. Toutefois, la situation même de maladie ou de handicap n'est pas spécifiquement prise en compte par le Conseil constitutionnel. Celui-ci applique en effet des standards de contrôle identiques, quelles que soient les prestations sociales en cause, et donc quelle que soit la situation concrète des bénéficiaires des prestations. Pour faire bref, le standard de contrôle est que le législateur ne doit « pas priver de garanties légales les exigences découlant du onzième alinéa du préambule de 1946 »⁶ ; dit autrement, il peut aménager l'accès aux prestations sociales de façon plus sévère, moins favorable, mais la formule suggère qu'en dessous d'un certain seuil, les principes consacrés dans le onzième alinéa pourraient être méconnus.

Dominante, cette jurisprudence n'est cependant pas exclusive et le premier effet de la QPC, comme on le verra, a été de contribuer à une diversification des contentieux autour du handicap et, plus encore, de la maladie. Ces situations sont en effet au cœur de nombreux dispositifs législatifs. C'est particulièrement le cas des textes de loi qui se saisissent, d'une façon ou d'une autre, de la maladie. Le corpus visant le handicap semble plus limité ; une place centrale y est évidemment occupée par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁷. Alors qu'il n'existe pas de définition juridique de la maladie, l'article 2 de la loi de 2005 précise que « constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant »⁸. Par ailleurs, à l'inverse du quasi-silence du texte constitutionnel sur le sujet, la loi de 2005 consacre en faveur de la personne atteinte d'un handicap des droits variés, parmi lesquels : le « droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le

3 CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

4 CC, n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*.

5 Cons. n° 17.

6 V. par ex. pour une illustration récente, CC, n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, n° 116.

7 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* du 12 février 2005.

8 Article L 114 du code de l'action sociale et des familles résultant de la loi précitée du 11 février 2005.

plein exercice de sa citoyenneté » ; le « droit à la compensation des conséquences de son handicap quelles que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie » ; le droit à la prestation de compensation ou à l'allocation aux adultes handicapés ; le droit à la scolarisation en milieu ordinaire ou encore le droit à la non-discrimination au travail.

En toute logique au regard de ce corpus législatif étendu, et à la faveur d'un plus grand nombre de saisines que dans le contexte du contrôle *a priori* de la loi, la QPC a conduit à diversifier quelque peu les contentieux et les principes mobilisés en faveur des personnes faisant face à la maladie ou au handicap. S'agit-il pour autant d'une voie de droit propice au renforcement des droits de ces personnes ? Et dans quelle mesure ce renforcement est-il lié ou non à la prise en compte de leur vulnérabilité ? La réponse à ces questionnements supposait d'identifier au préalable les décisions pertinentes au regard des deux catégories traitées. Une recherche à partir des mots-clés « protection de la santé »/ « santé » et « handicap »/ « personnes handicapées » a permis une première délimitation, appelée à être affinée au fil de la réflexion. Si les décisions faisant référence à la notion de santé ou au principe de protection de la santé sont beaucoup plus nombreuses – 31 sur la période considérée⁹ –, toutes n'amènent cependant pas le Conseil constitutionnel à appréhender véritablement la maladie ou l'exposition à un risque de maladies. Cela tient à la grande diversité de situations dans lesquelles le onzième alinéa du préambule de 1946 est appliqué. En effet, cette disposition est souvent citée *in extenso* par la Haute juridiction, quel que soit celui de ses principes dont la violation est alléguée (garantie de la protection de la santé, mais aussi de la sécurité matérielle, du repos, des loisirs ou encore droit à des moyens convenables d'existence énoncé dans la deuxième phrase de l'alinéa). En outre, même quand le principe de protection de la santé constitue la norme de référence pertinente, cela n'implique pas que la question de droit posée mette en jeu la situation de la personne malade. Le Conseil constitutionnel considère par exemple comme s'inscrivant dans le cadre de l'alinéa 11 des mesures de protection de la santé publique. Ainsi, dans une décision QPC du 24 juin 2011¹⁰, l'Association pour le droit à l'initiative économique critique comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre des dispositions réservant aux personnes pouvant justifier des qualifications professionnelles requises le droit d'exercer certaines activités. Le Conseil relève que la loi « a ainsi entendu garantir la compétence professionnelle des personnes exerçant des activités économiques pouvant présenter des dangers pour ceux qui les exercent ou pour ceux qui y ont recours »¹¹ ; au vu des garanties encadrant cette réglementation, il conclut à une « conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le respect de la liberté d'entreprendre et la protection de la santé, prévue par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment des atteintes à la sécurité des personnes, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle »¹². Une telle décision met en jeu un intérêt collectif, celui de la santé publique, sans concerner des personnes identifiées et identifiables comme vulnérables.

9 Rappelons que la recherche concerne les dix premières années de la QPC : le chiffre de 31 décisions se réfère donc à la période ouverte par l'entrée en vigueur de la QPC et achevée au 31 décembre 2019. Ce chiffre est obtenu à partir d'une recherche experte dans les décisions QPC sur le site internet du Conseil constitutionnel avec les termes « protection de la santé ».

10 CC, n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique*.

11 Cons. n° 6.

12 Cons. n° 8.

Un certain nombre d'affaires devaient ainsi être écartées comme n'étant pas véritablement pertinentes dans le cadre de la recherche.

Pour sa part, le contentieux QPC lié au handicap est moins volumineux. Une recherche experte sur le site du Conseil constitutionnel fait apparaître quinze décisions comportant les termes « handicap » ou « handicapé » sur la période. Toutefois, dans cinq de ces quinze affaires¹³, c'est la loi mise en cause, citée par le Conseil constitutionnel, qui énonce ces termes, sans que pour autant la situation des personnes atteintes d'un handicap soit véritablement concernée. De façon assez proche, la question du handicap n'est présente qu'en creux lors de l'examen de dispositions de loi relatives au financement attribué aux départements pour l'exercice de compétences sociales, dont le service de la prestation de compensation du handicap¹⁴, et à l'interdiction d'un recours subrogatoire par ce même département s'agissant de cette prestation¹⁵. En définitive, on obtient donc six décisions QPC qui amènent le juge constitutionnel français à prendre en compte dans son raisonnement la situation liée au handicap et se révèlent pertinentes pour rechercher s'il est sensible à la vulnérabilité qui y est liée¹⁶.

Les lignes qui suivent ne consisteront pas en un traitement exhaustif des décisions retenues mais s'efforceront d'en dégager les principales orientations. De ce point de vue, il apparaît que la QPC a vu le maintien d'un contentieux « classique » autour de la maladie et du handicap mais a aussi permis l'émergence de thématiques nouvelles, avec souvent un affermissement des droits des personnes concernées à la clé. La vulnérabilité de ces personnes ne semble pas ignorée du Conseil constitutionnel, qui ne le fait cependant pas savoir explicitement – le terme même n'est, en tout état de cause, jamais employé dans les espèces nous intéressant. La vulnérabilité des personnes atteintes de maladie ou de handicap est en quelque sorte une absente présente, mais pas très présente pour autant : il existe en effet un certain nombre d'obstacles à sa pleine intégration à la jurisprudence constitutionnelle.

I. Un renouvellement partiel des thématiques liées à la maladie et au handicap par la QPC

Une continuité certaine existe entre le contentieux *a priori* et le contentieux QPC lié à la maladie et au handicap, ces situations étant essentiellement appréhendées par le prisme des politiques sociales que leur consacre le législateur. Il reste que les nouvelles modalités de contrôle de la loi ont révélé une utilité certaine en permettant le contrôle du juge constitutionnel sur des dispositifs plus ou moins anciens et controversés, en particulier le régime de réparation des accidents du travail et maladies

¹³ CC, n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres* ; CC, n° 2017-653 QPC du 15 septembre 2017, *Confédération générale du travail – Force ouvrière* ; CC, n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johnny M.* ; CC, n° 2013-350 QPC du 25 octobre 2013, *Commune du Pré-Saint-Gervais* ; CC, n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013 *M. Yacine T. et autre*.

¹⁴ CC, n° 2017-678 QPC du 8 décembre 2017, *Département de La Réunion* ; CC, n° 2016-549 QPC du 1^{er} juillet 2016, *Collectivité de Saint-Martin* ; CC, n° 2011-144 QPC du 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor*.

¹⁵ CC, n° 2016-613 QPC du 24 février 2017, *Département d'Ille-et-Vilaine*.

¹⁶ CC, n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *M^{me} Vivianne L.* ; CC, n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T.* ; CC, n° 2014-398 QPC du 2 juin 2014, *M. Alain D.* ; CC, n° 2014-433 QPC du 5 décembre 2014, *M. André D.* ; CC, n° 2015-497 QPC du 20 novembre 2015, *Association Groupement d'employeurs AGRIPPLUS* ; CC, n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016, *M^{me} Françoise B.*

professionnelles, et les hospitalisations et soins psychiatriques sans consentement. Cette question des soins sans consentement correspond pour sa part à un renouvellement thématique majeur, sur le terrain duquel de réelles avancées ont été réalisées.

A. Des situations encore largement perçues par le prisme des politiques sociales

Comme dans le contexte du contrôle *a priori*, handicap et maladie apparaissent essentiellement dans le contentieux QPC par le prisme des politiques sociales, en tant qu'ils font l'objet de telles politiques. La question de l'accès à des prestations sociales en particulier demeure centrale. Le bilan d'ensemble en la matière est que l'approche mise en œuvre par le Conseil constitutionnel avant 2010 a été transposée après cette date dans les décisions QPC, sans infléchissement notable. En bref, et quitte à simplifier un peu, il s'agit pour l'essentiel d'une jurisprudence qui se ramène à un contrôle peu approfondi, voire minimal, des différences de traitement établies par la loi et par conséquent, à la seule censure des plus arbitraires. Les requérants, qu'il s'agisse des parlementaires dans le contrôle *a priori* ou des justiciables en QPC, n'invoquent au demeurant parfois que la seule violation du principe d'égalité ; il est vrai que, si la violation du onzième alinéa du préambule de 1946 est également invoquée, l'examen du respect de l'égalité subsume largement celle de ce second grief dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. L'entrée en vigueur de la QPC ne semble pas avoir remis en cause ces tendances fortes, ni conduit à une approche renouvelée. La principale avancée dans le droit des assurés sociaux résulte moins de l'interdiction des discriminations arbitraires que de l'application du principe de responsabilité au cas particulier des accidents du travail et maladies professionnelles, dus en particulier à la faute inexcusable de l'employeur, et au renforcement du droit à indemnisation de la victime.

1. L'égal accès aux prestations sociales

La première décision QPC faisant application du onzième alinéa du préambule de 1946, reconnaissant par là que cette norme énonce des droits et libertés constitutionnels au sens de l'article 61-1 de la Constitution, concernait les conditions d'octroi de l'allocation aux adultes handicapés¹⁷. Pour les personnes atteintes d'une incapacité permanente comprise entre 50 % et 79 %, deux conditions étaient alors exigées¹⁸ : la reconnaissance par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées d'une restriction substantielle et durable à l'emploi d'une part, l'absence d'exercice d'une activité professionnelle pendant une durée donnée, fixée par décret à un an d'autre part. Le requérant estimait que la seconde condition avait pour effet de priver des personnes handicapées de moyens convenables d'existence en méconnaissance du onzième alinéa du préambule de 1946. À l'audience orale, son représentant pointait plus précisément une forme de contradiction instituée par le législateur entre droit à l'emploi, résultant de l'alinéa 5 du même texte, et droit à des moyens

17 CC, n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T.*

18 Ces deux conditions ne s'appliquaient pas pour les majeurs atteints d'une incapacité d'au moins 80%.

convenables d'existence résultant de l'alinéa 11 ; en effet, la condition peut dissuader de travailler dans la mesure où, à la fin de la période de travail, l'accès à l'allocation sera paralysé pour une durée d'un an. Toutefois, le Conseil constitutionnel a refusé de condamner ce qui pouvait apparaître comme une incohérence interne à la législation, jugeant au contraire que la condition d'inactivité pendant un an pour l'octroi de l'AAH « tend à définir un critère objectif caractérisant la difficulté d'accéder au marché du travail qui résulte du handicap » ; il en déduit que « le législateur a fixé un critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi »¹⁹. Le contrôle est donc minimal, alors que la question de la pertinence de la condition posée se posait véritablement, nous y reviendrons.

Les deux autres décisions concernant le bénéfice de prestations par des personnes atteintes de handicap révèlent un même raisonnement quelque peu formel de la part du Conseil constitutionnel. Ce dernier écarte ainsi dans une affaire de 2014 le grief d'atteinte à l'égalité en raison des différences de traitement introduites pour l'accès à une majoration de pension en raison de l'assistance d'une tierce personne. Le fonctionnaire handicapé qui a volontairement pris sa retraite ne peut bénéficier de la majoration ; il est jugé que la différence de traitement qui en résulte par rapport à d'autres retraités atteints de handicap et qui peuvent en bénéficier ne méconnaît pas l'égalité, sans que le Conseil s'interroge expressément sur l'adéquation de cette différence au regard de l'objectif de la prestation²⁰. Une autre décision de 2016 valide aussi l'atteinte alléguée au principe d'égalité devant la loi et à celui d'égalité devant les charges publiques par les dispositions instituant les règles de récupération par le département sur la succession du bénéficiaire de l'aide sociale accordée au titre de l'hébergement des personnes handicapées²¹. Il résultait des dispositions critiquées des différences de traitement selon la qualité des héritiers, selon le type d'hébergement de la personne, mais aussi selon le statut du bénéficiaire – prévalence du statut de personne handicapée ou de celui de personne âgée, les règles étant plus favorables à la récupération par le département dans ce second cas. Cette dernière différence de traitement est justifiée selon le Conseil dès lors que « les personnes handicapées [ne sont] pas placées dans la même situation que les personnes âgées au regard des exigences de leur prise en charge par l'aide sociale »²².

Plus que ce raisonnement, une nouvelle fois très formel, il importe de relever que la requérante faisait aussi valoir une méconnaissance de « l'exigence de solidarité nationale à l'égard des personnes handicapées », résultant selon elle du onzième alinéa du préambule de 1946. Une telle formule n'avait jamais été employée par le Conseil constitutionnel. Elle était sans doute inspirée de la jurisprudence déduisant en revanche de l'alinéa 11 une « exigence impliquant la mise en œuvre d'une politique de

19 CC, n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, préc., cons. n° 4.

20 Une différence de traitement existait avec deux autres catégories de fonctionnaires bénéficiant au contraire de la majoration. Pour la première catégorie (fonctionnaire contraint de prendre sa retraite à cause de son handicap), le Conseil constitutionnel met en avant une différence de situation avec le fonctionnaire ayant volontairement pris sa retraite ; pour la seconde catégorie (fonctionnaire retraité atteint d'une maladie dont l'imputabilité au service a été reconnue après la radiation des cadres), il juge que le principe d'égalité ne s'oppose pas à la différence de traitement avec le fonctionnaire ayant volontairement pris sa retraite, ce dont il faut déduire que ce n'est pas tant ici une différence de situation qu'un motif d'intérêt général qui justifie le traitement différencié.

21 CC, n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016, *M^{me} Françoise B.*

22 Cons. n° 11.

solidarité nationale » reconnue en faveur, tour à tour, de la famille²³, puis des travailleurs retraités²⁴, et enfin des personnes défavorisées²⁵. Cette dernière norme de référence, relative aux personnes défavorisées, avait d'ailleurs été consacrée dans la décision QPC précitée de 2011 sur les conditions d'octroi de l'allocation aux personnes handicapées ; le prisme de l'aide sociale y amenait donc le Conseil à percevoir les bénéficiaires comme des personnes défavorisées avant que d'être handicapées. Dans la QPC de 2016 sur la récupération des frais d'hébergement par les départements, il juge que « les dispositions contestées ont mis en œuvre, sans la méconnaître, l'exigence de solidarité nationale »²⁶ et en conclut à l'absence d'atteinte au onzième alinéa du préambule de 1946. Le Conseil reprend donc ici l'expression, employée dans la saisine, d'« exigence de solidarité nationale », sans l'accoler cette fois à l'idée d'une politique... On peut regretter ce relatif flottement terminologique, qui s'éloigne de plus des termes exprès du préambule qui vise pour sa part la sécurité matérielle et le droit à des moyens convenables d'existence. À cet égard, on ne peut pas ne pas relever que, dans le cadre du contrôle *a priori*, une décision de 2018 a finalement consacré un nouveau principe en matière de handicap, similaire à ceux déjà reconnus en faveur de la famille, des personnes retraitées et défavorisées.

Pour cela, les alinéas 10 et 11 du préambule de 1946 sont intégralement cités. Puis le juge constitutionnel ajoute que « les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes handicapées »²⁷. Il est enfin précisé que le choix des modalités concrètes de cette politique revient au législateur dont la liberté pour adopter, modifier, abroger des dispositions existantes est rappelée selon un considérant classique qui s'achève par l'énoncé d'une limite selon laquelle « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »²⁸. Bien qu'elle n'intervienne pas en QPC, une telle évolution est importante puisqu'un principe spécifique au handicap est reconnu pour la première fois, ce qui ouvre potentiellement la voie à une meilleure prise en compte des situations rencontrées par les personnes concernées et de leur vulnérabilité. Toutefois, ce progrès de principe semble démenti – si ce n'est anéanti – par la solution retenue en l'espèce qui consiste à valider le passage de 100 % à 20 % de la proportion des logements devant être accessibles aux personnes en situation de handicap dans les bâtiments nouveaux d'habitation collectifs²⁹. Comme le relevait alors le professeur Gahdoun, « la décision du Conseil de valider une nette érosion de la politique en faveur des personnes handicapées, revient, d'où que l'on prenne le problème, à réduire cette “solidarité nationale en faveur des personnes handicapées” à une coquille bien vide »³⁰.

23 CC, n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, cons. n° 26 à 29.

24 CC, n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. n° 6 et 7.

25 CC, n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, préc., cons. n° 3.

26 CC, n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016, préc., cons. n° 15.

27 CC, n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, point n° 35-36.

28 Point n° 36.

29 Point n° 40.

30 P.-Y. GAHDOUN, « Chronique de droit public », Titre VII [en ligne], n° 2, avril 2019, De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-public-0>.

Ces quelques exemples démontrent une forme de *statu quo* sur le terrain de l'égal accès aux prestations sociales. Durant la période étudiée, l'entrée en vigueur de la QPC ne conduit pas le Conseil constitutionnel à renouveler son approche : peu approfondi, son contrôle est aussi indifférencié à l'égard de la situation concrète des bénéficiaires. La consécration d'un nouveau principe relatif à la politique de solidarité nationale exigée par le onzième alinéa du préambule de 1946 en faveur des personnes handicapées aurait pu augurer d'une appréhension plus fine du handicap ; elle est demeurée sans conséquence réelle, dans le contrôle *a priori* comme en QPC. En définitive, c'est par la mobilisation d'un principe constitutionnel dont l'application est inhabituelle en droit social, celui de responsabilité pour faute – dont le corollaire est un droit à indemnisation des victimes du préjudice –, que va être réalisée l'avancée la plus notable du droit des assurés sociaux par le contentieux QPC.

2. *L'indemnisation des maladies professionnelles et accidents du travail et le principe constitutionnel de responsabilité*

Dans des affaires mettant en jeu des situations de maladie autant que de handicap, le Conseil constitutionnel a appréhendé les droits des assurés sociaux sous l'angle, jusque-là inhabituel, du droit à réparation des victimes d'actes fautifs. Il a en effet été saisi à trois reprises de dispositions relatives à la prise en charge par la sécurité sociale des accidents du travail et maladies professionnelles. La première décision, portant sur le régime général, date du 18 juin 2010. La rapidité avec laquelle le juge constitutionnel a été saisi de la question après l'entrée en vigueur de la QPC est à la mesure de la demande sociale de contrôle de ce dispositif, et des contestations dont il avait fait l'objet depuis quelques années. Rappelons que l'esprit général de ce dispositif remonte à la loi du 9 avril 1898 relative à la réparation des accidents du travail, laquelle garantit une indemnisation de la victime, sans que cette dernière ait donc à prouver la faute de l'employeur, en contrepartie de quoi ladite indemnisation est forfaitaire et non intégrale. Cet équilibre d'ensemble a par la suite été maintenu, le régime étant étendu aux maladies professionnelles en 1919 puis pris en charge dans le cadre de la sécurité sociale à partir de 1946. La mise à l'écart du régime de droit commun de la responsabilité civile prévu par les articles 1382 et suivants du Code civil avait constitué à l'époque un indéniable progrès – selon un rapport de la Cour des comptes de 2002, 88 % des accidents restaient à la charge des ouvriers au moment du vote de la loi de 1898³¹. Toutefois, elle est progressivement apparue défavorable par rapport au régime de droit commun dont les conditions d'engagement se sont assouplies et dans le cadre duquel le principe demeure celui d'une réparation intégrale – lequel régime de droit commun ne retrouve application qu'en cas de faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés³². La saisine mettait classiquement en avant des atteintes à l'égalité, compte tenu de la différence de traitement entre deux victimes d'un dommage corporel selon que ce dommage relève d'un risque professionnel (auquel cas, l'indemnisation est donc forfaitaire selon le Code de la sécurité sociale,

31 *La gestion du risque accidents du travail et maladies professionnelles*, Rapport de la Cour des comptes de février 2002, p. 13, note 8 (disponible en ligne : <https://www.ccomptes.fr/fr/documents/1453>).

32 Selon l'article L 452-5 al. 1^{er} du code de la sécurité sociale : « Si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, la victime ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre ».

sauf faute intentionnelle de l'employeur) ou n'en relève pas (auquel cas la réparation est intégrale en vertu du droit commun de la responsabilité). À ce grief classique s'ajoutait cependant celui d'atteinte au principe de responsabilité pour faute, que le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à partir de la décision *Pacs* de 1999³³.

Le Conseil constitutionnel a validé le dispositif dans son ensemble, mais émis une réserve d'interprétation à propos de certaines dispositions relatives à la faute inexcusable de l'employeur. Quant au dispositif d'ensemble, il est rappelé que la création d'une branche de sécurité sociale répond ici au onzième alinéa du préambule de 1946³⁴, avec lequel doit donc être concilié le droit des victimes d'actes fautifs d'obtenir réparation de leur préjudice. En bref, le Conseil va estimer que la conciliation opérée n'emporte pas de restriction disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs compte tenu des avantages qui résultent pour elles du dispositif, ceci aussi bien au regard du caractère dérogatoire du régime de réparation des risques professionnels³⁵ qu'au regard du caractère forfaitaire de l'indemnisation accordée³⁶. La Haute juridiction examine ensuite les règles spécifiques qui s'appliquent en cas de faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction : il s'agit d'une majoration de l'indemnité en capital ou de la rente attribuée à la victime ou ses ayants droit, mais dans la limite d'un plafond, ainsi que d'une indemnisation supplémentaire de certains chefs de préjudice énumérés par l'article L 452-3 du code de la sécurité sociale. Or, si le caractère forfaitaire de l'indemnisation supplémentaire est validé, une réserve d'interprétation à propos de cet article L 452-3 revient à neutraliser le caractère jusqu'alors limitatif de la liste des préjudices susceptibles d'être indemnisés. Selon le Conseil en effet, « en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale »³⁷.

En définitive, le dispositif d'ensemble se voit décerner un brevet de constitutionnalité, décevant ceux qui en espéraient la remise en cause grâce à l'intervention du Conseil constitutionnel. La réserve émise par ce dernier bouleverse néanmoins l'état du droit, fut-ce sur le terrain limité de l'indemnisation des préjudices non couverts par le code en cas de faute inexcusable de l'employeur. En l'espèce, la QPC avait été soulevée par une personne demeurée handicapée à la suite d'un accident du travail dû à une telle faute inexcusable, et qui n'avait pu obtenir l'indemnisation des frais d'aménagement de son domicile et de son véhicule. La Cour de cassation va donc reconnaître que de tels frais doivent désormais être indemnisés, en visant « l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 »³⁸. Comme le relevait la professeure Porchy-Simon, « la prise en charge de ces postes apparaît comme un progrès réel pour

33 C.C., n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. n° 70.

34 CC, n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Époux L.*, cons. n° 11.

35 Cons. n° 15.

36 Cons. n° 16.

37 Cons. n° 18.

38 Cass., 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-19.475, publié au *Bulletin*.

la victime lorsqu'on se rappelle que la Cour de cassation impose, dans le cas des frais de logement adapté, la prise en charge par le responsable des sommes nécessaires à l'acquisition du logement »³⁹. Si l'avancée est donc indéniable, on relèvera néanmoins que le facteur décisif dans le raisonnement du Conseil constitutionnel réside dans l'appréciation de la faute commise ; c'est l'importance de cette faute, plus que celle du préjudice subi, qui conduit à l'émission de la réserve d'interprétation. Le droit de la victime en ressort bien sûr affermi, sans qu'il apparaisse que sa situation concrète, et donc sa vulnérabilité, soient expressément prises en compte. Les deux autres décisions sur le sujet ne comportent à cet égard pas d'inflexion notable : elles contribuent à assurer le même droit à indemnisation de la victime en cas de faute inexcusable de l'employeur, s'agissant du régime spécial des marins d'une part⁴⁰, du régime applicable en Nouvelle-Calédonie d'autre part⁴¹.

Si l'angle par lequel les droits des assurés est appréhendé est original, ces affaires concernaient néanmoins un domaine, celui de la protection sociale, souvent abordé dans la jurisprudence. En revanche, la question des soins contraints n'avait pas été soumise jusqu'alors au Conseil constitutionnel et se révèle la thématique nouvelle majeure issue des saisines QPC, entraînant un renouvellement du contentieux relatif à des personnes malades présentant une vulnérabilité évidente, et un renforcement réel de leurs droits.

B. Une nouvelle thématique majeure : les soins sans consentement

Si l'appréhension de la maladie et du handicap à travers les politiques sociales dont ils font l'objet est classique, la thématique des soins sans consentement n'avait pas donné lieu à des décisions significatives avant la QPC. L'apport de cette dernière apparaît donc réel par le fait même d'avoir permis le regard du juge constitutionnel sur des dispositifs par définition très attentatoires à un certain nombre de droits fondamentaux. La nouvelle procédure de contrôle *a posteriori* a d'évidence rencontré ici un fort besoin social de contrôle juridictionnel, qui s'est traduit par sept décisions sur les hospitalisations et les soins psychiatriques sans consentement et une décision sur les vaccinations obligatoires ; il s'agit de la thématique en lien avec les personnes malades la plus présente sur la période considérée. En matière de soins psychiatriques sans consentement, l'apport de la QPC est aussi considérable quant au fond : sur les sept décisions sur le sujet, six concluent à la contrariété des dispositions examinées aux droits et libertés garantis par la Constitution – inconstitutionnalité partielle à quatre reprises⁴² et totale à deux reprises⁴³. L'intervention du Conseil constitutionnel a conduit à un toilettage de la matière, la loi de 1990 applicable au moment de ses premières décisions

39 S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *Rec. Dalloz*, 17 février 2011, n° 7, p. 459.

40 CC, n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, *Consorts C*.

41 CC, n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016, *M. Jean-Marc P*.

42 CC, n° n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S* ; CC, n° 2011-174 QPC, du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P* ; CC, n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q* ; CC, n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*.

43 CC, n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre* ; CC, n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C*.

ayant été remplacée par un texte du 5 juillet 2011⁴⁴, lui-même revu en 2013⁴⁵ à la suite d'une nouvelle décision QPC. Dans l'ensemble, la protection des droits des personnes hospitalisées sans consentement a donc été incontestablement renforcée. On constate néanmoins que les censures prononcées se situent toutes sur un terrain procédural dans la mesure où elles concernent les garanties encadrant la décision initiale d'hospitalisation contrainte ou son maintien. Une certaine prudence est au contraire de mise quand les griefs portent sur les conditions concrètes de l'hospitalisation et les garanties d'ordre substantiel accordées à la personne hospitalisée.

Une telle mesure porte d'abord et avant tout atteinte à la liberté individuelle, qui est donc citée en ouverture du considérant de principe élaboré sur le sujet dès la première décision rendue le 26 novembre 2010⁴⁶. Le Conseil constitutionnel y souligne qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux et la prévention des atteintes à l'ordre public, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Il cite parmi ces dernières la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée, et la liberté individuelle, affirmant enfin que les atteintes portées à leur exercice doivent être « adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »⁴⁷. On a donc affaire à des libertés au régime de protection en quelque sorte privilégié dès lors qu'elles bénéficient d'un triple test de proportionnalité inauguré dans une décision de 2008⁴⁸. Les libertés de l'individu sont ici limitées au nom du respect de l'ordre public, mais aussi du principe de protection de la santé : originalement, l'alinéa 11 du préambule n'apparaît pas ici pour revendiquer un droit aux soins, mais au contraire pour justifier une contrainte de soins limitant l'autonomie de la personne malade. Le standard de contrôle ainsi posé va être mis en œuvre au fil des décisions à l'égard des conditions dans lesquelles peut être prononcée puis maintenue une hospitalisation contrainte, et des conditions dans lesquelles elle se déroule.

Les conditions dans lesquelles peut être décidée une hospitalisation contrainte ont été examinées à trois reprises. Le Conseil constitutionnel a rappelé à cet égard une jurisprudence selon laquelle « si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté »⁴⁹. La décision d'hospitalisation peut dès lors être valablement prise par le directeur de l'établissement concerné, ou le préfet, si elle est assortie de conditions de fond et de garanties de procédure propres à assurer que l'hospitalisation « ne soit mise en œuvre que dans les cas où elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade »⁵⁰. Dans la première décision du 26 novembre 2010, le Conseil juge que ces conditions et garanties existent bien en ce qui concerne

44 Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n° 0155 du 6 juillet 2011.

45 Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JORF* n° 0227 du 29 septembre 2013.

46 CC, n° n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc.

47 Cons. n° 16.

48 CC, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. n° 13.

49 CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc., cons. n° 20.

50 Cons. n° 19.

l'hospitalisation à la demande d'un tiers, de sorte que les dispositions déferées sont conformes sur ce point à la Constitution⁵¹. Dans la décision suivante, du 9 juin 2011, il relève au contraire la non-conformité des dispositions relatives à l'hospitalisation d'office : elles prévoyaient en effet l'établissement d'un certificat médical par un médecin de l'établissement dans les 24 heures suivant l'admission prononcée par le préfet, sans garantir pour autant, dans le cas où ce certificat médical ne confirmerait pas la nécessité des soins, un réexamen à bref délai de la situation de la personne hospitalisée, à défaut de levée de l'hospitalisation par l'autorité administrative⁵². Par conséquent, ces dispositions n'assurent pas que « l'hospitalisation d'office est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public »⁵³.

Une autre déclaration d'inconstitutionnalité est prononcée dans une décision du 6 octobre 2011, relative à la procédure particulière d'hospitalisation d'office en cas de danger imminent ; elle permettait au maire – ou aux commissaires de police à Paris – de prononcer une mesure provisoire d'hospitalisation pour 48 heures « en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes ». Si les circonstances particulières conditionnant une telle décision conduisent le Conseil à admettre qu'elle soit prise sur simple avis médical, il censure en revanche le fait qu'elle puisse l'être, à défaut, sur le fondement de la seule notoriété publique⁵⁴. Il était en effet anormal qu'une privation de liberté censée être justifiée par des motifs médicaux puisse être prise sans même un avis médical, fut-elle limitée à 48 heures – la mesure devenant en effet caduque en l'absence de décision d'hospitalisation d'office prise par le préfet dans ce délai. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel refuse à juste titre de considérer qu'un contrôle juridictionnel de la mesure intervenant *a posteriori* suffise ici à préserver la liberté individuelle. Le commentaire officiel de la décision montre que la Haute juridiction s'est renseignée sur l'application de la loi à cet égard et semble avoir été confortée dans son raisonnement par les critiques formulées à l'encontre des décisions prises sur son fondement, les arrêtés municipaux étant souvent peu motivés ; il souligne la confirmation de ces critiques « par les éléments de fait relevés dans les rares décisions de justice portant sur des décisions provisoires d'hospitalisation fondées sur la notoriété publique »⁵⁵.

Quant aux conditions de maintien d'une hospitalisation contrainte, elles ont également donné lieu à plusieurs décisions d'abrogation. Le principe ici est que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »⁵⁶, ce délai variant toutefois selon la nature de la mesure privative de liberté ; le Conseil juge donc que la loi peut tenir compte des « motifs médicaux et [des] finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux »⁵⁷. Dans la première décision du 26 novembre 2010,

51 *Ibid.*

52 C.C., n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, préc., cons. n° 10.

53 *Ibid.*

54 CC, n° 2011-174 QPC, du 6 octobre 2011, préc., cons. n° 9-10.

55 Commentaire de la décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, *M^{me} Oriette P.*, p. 4 (en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011174qpc/ccc_174qpc.pdf)

56 CC, n° n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc., cons. n° 25.

57 *Ibid.*

la possibilité de maintenir l'hospitalisation faite à la demande d'un tiers au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire est jugée méconnaître l'article 66 de la Constitution⁵⁸. Un tel constat de non-conformité sera réitéré s'agissant du même délai de quinze jours à propos de l'hospitalisation d'office⁵⁹, et à propos de l'hospitalisation sans consentement dans le régime applicable en vertu de la loi dite Esquirol de 1838 en vigueur avant la loi Évin de 1990⁶⁰. Il ressort de cette jurisprudence que le juge judiciaire doit évaluer le bien-fondé d'une hospitalisation psychiatrique non voulue par l'individu, ceci de façon effective et régulière. Dès la première décision, il apparaît que le Conseil ne se contente pas de l'existence de recours, qui pourraient ne pas être exercés par les patients ; il faut que leur situation soit examinée systématiquement par le juge. Le professeur de Béchillon jugeait cette solution « empreinte de pragmatisme », s'agissant de « malades déprimés, anxieux, parfois lourdement médicamenteux, souvent isolés », qui pourraient éprouver des difficultés à défendre leurs droits en justice⁶¹. À travers ce pragmatisme, c'est bien une prise en compte de la vulnérabilité des personnes concernées qui transparait. Dans le même sens, le professeur Bioy estime que l'automatisme du contrôle juridictionnel « se révèle d'autant plus nécessaire que s'accuse la vulnérabilité de la personne hospitalisée »⁶².

Sur le même terrain du maintien ou non d'une hospitalisation contrainte, deux autres décisions se veulent protectrices du rôle du juge judiciaire. La première, rendue le 21 octobre 2011, concerne les conditions auxquelles le juge des libertés et de la détention pouvait, selon la loi Évin, prononcer la mainlevée de l'hospitalisation d'office des personnes ayant fait l'objet d'une décision (classement sans suite ou jugement) d'irresponsabilité pénale pour trouble mental. La condition était celle de l'avis conforme de deux psychiatres résultant d'examens séparés établissant de façon concordante que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui. Elle est jugée contraire tant à l'article 66 de la Constitution qu'à son article 64, sur l'indépendance de l'autorité judiciaire⁶³. Le Conseil censure enfin les dispositions relatives à la levée par le préfet ou la mainlevée par le juge de l'hospitalisation d'une personne ayant séjourné en unité pour malades difficiles. La décision d'affecter à une telle unité n'était encadrée d'aucune condition ou garantie ; la Haute juridiction juge qu'il n'était donc pas possible d'en faire découler des règles plus rigoureuses de levée de l'hospitalisation sans consentement⁶⁴. En revanche, le législateur ayant à la suite de cette décision supprimé ces conditions plus rigoureuses de levée de l'hospitalisation contrainte, l'absence d'encadrement légal de la décision de placer en UMD n'est pas entachée d'incompétence négative, la personne concernée étant soumise au même régime, et bénéficiant des mêmes droits, que les autres personnes faisant l'objet de soins sans leur consentement sous la forme d'une hospitalisation complète⁶⁵.

58 Cons. n° 26.

59 CC, n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, préc., cons. n° 13.

60 CC, n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, préc., cons. n° 13.

61 D. DE BÉCHILLON, « Pragmatisme – Ce que la QPC peut utilement devoir à l'observation des réalités », *JCP G*, n° 51, 20 décembre 2010, doct. 1287.

62 X. BIOY, « Le régime l'hospitalisation sur demande d'un tiers », *Constitutions*, n° 1/2011, p. 108.

63 CC, n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, préc., cons. n° 6.

64 CC, n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, préc., cons. n° 26.

65 CC, n° 2013-267 QPC du 14 février 2014, *Consorts L*.

En définitive, il est incontestable qu'en soumettant les soins psychiatriques sans consentement au contrôle du juge judiciaire, la jurisprudence QPC a accru les garanties en faveur des personnes faisant l'objet de ces soins. Au titre des limites de cette jurisprudence, outre le report dans le temps des effets des abrogations prononcées, on relèvera néanmoins une plus grande difficulté à appréhender l'exercice concret des droits des personnes hospitalisées. Cela renvoie aux obstacles d'ordre plus général à une pleine intégration dans le raisonnement du Conseil constitutionnel de la vulnérabilité des bénéficiaires des droits et libertés, qu'il convient maintenant d'exposer.

II. Les obstacles à la prise en compte de la vulnérabilité liée aux situations de maladie et handicap dans le contentieux QPC

La question de la qualification du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité est sujette à débat. Dans l'ensemble, cependant, la doctrine s'accorde à le qualifier de plutôt objectif et abstrait, qualificatifs qui renvoient à une – relativement – faible prise en compte des faits par la juridiction, malgré l'enracinement de la question posée dans un litige concret. Cette faible prise en compte des faits nous paraît être un obstacle majeur à l'appréhension de la vulnérabilité des personnes par le Conseil constitutionnel, auquel s'ajoutent d'autres facteurs jouant de façon plus accessoire.

A. Un obstacle majeur : la faible prise en compte des faits dans les décisions QPC

Selon la professeure Diane Roman, « l'apport de la vulnérabilité est de s'enraciner dans l'expérience concrète des individus »⁶⁶. Pour appréhender véritablement la vulnérabilité, il faut donc prendre en considération la situation de fait dans laquelle est placée la personne, et dont va découler son plus grand risque d'être blessée, ou exposée aux blessures, selon la signification étymologique de la notion. Or, le Conseil constitutionnel manifeste une réticence à prendre en compte trop largement ou explicitement les faits dans son contrôle de la loi, y compris *a posteriori*. Cette réticence a été largement soulignée et commentée ailleurs, et il n'y a pas lieu d'en faire ici la démonstration d'une façon générale. Nous nous efforcerons plutôt d'illustrer comment un raisonnement parfois abstrait, tenant faiblement compte des circonstances concrètes conditionnant la question de droit posée, aboutit à une motivation insatisfaisante parce que négligeant la vulnérabilité de la personne handicapée, malade ou exposée au risque de maladie. Les faits en cause, par trop absents des décisions du juge constitutionnel, peuvent renvoyer soit aux conditions concrètes d'application de la loi, soit aux effets mêmes produits par cette loi ; nous donnerons des exemples des deux situations.

⁶⁶ D. ROMAN, Rapport de synthèse au colloque *Vulnérabilité et droits fondamentaux*, 19 et 20 avril 2018, Université de la Réunion, RDLF, 2019, chron. N° 19 (en ligne : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-rapport-de-synthese/>).

1. *Les faits liés au contexte d'application de la loi*

La façon dont le Conseil constitutionnel a appréhendé les droits de la personne hospitalisée sans consentement manifeste bien sa distance aux conditions concrètes d'application de la loi. Sans prétendre qu'une démarche moins abstraite eût nécessairement conduit à des déclarations d'inconstitutionnalité, on peut s'interroger sur la pertinence des réponses apportées à certains griefs, laquelle pertinence est pourtant essentielle à l'acceptabilité des décisions juridictionnelles. Ainsi, dans la première décision sur le sujet du 26 novembre 2010, la requérante contestait les conditions dans lesquelles les hospitalisations sans consentement sont mises en œuvre, les estimant contraires au principe de dignité de la personne humaine. Le Conseil relève au contraire que la loi affirme une exigence de respect de la dignité de la personne hospitalisée⁶⁷, que les atteintes à cette dignité doivent être réprimées et les préjudices subis à ce titre, réparés. Et de conclure que « la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives [...] n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité »⁶⁸. Le professeur Bioy notait que ce faisant, la Haute juridiction faisait « de la dignité une question de proportionnalité des contraintes pesant sur la liberté »⁶⁹. Pourtant, ajoutait-il, « il n'est pas certain qu'il faille traiter l'hospitalisation d'une personne comme on traite une garde à vue, c'est-à-dire uniquement sous l'angle de la liberté individuelle et de la proportionnalité de la mesure d'hospitalisation. Le principe même du soin non consenti pourrait poser problème du point de vue du principe de dignité »⁷⁰. Il nous semble en effet que la distinction entre une loi respectueuse du principe de dignité et des modalités concrètes d'application seules susceptibles de lui porter atteinte est un peu artificielle, et que le rappel des principes législatifs sonne un peu creux. Sans doute une motivation plus centrée sur la vulnérabilité particulière des personnes hospitalisées sous contrainte, et sur la justification impérative de toute décision la concernant par l'objectif du rétablissement de sa propre santé, eût-elle été plus convaincante.

La même décision rejette par ailleurs l'atteinte au droit au recours juridictionnel qui résultait selon la requérante de la lenteur des procédures et de la complexité engendrée par la dualité de juridictions⁷¹. Rappelons en effet qu'il appartient au juge administratif de juger la régularité d'une hospitalisation sans consentement, tandis que l'appréciation de son bien-fondé (la nécessité même de l'hospitalisation) relève du juge judiciaire, lequel n'était en outre tenu par aucun délai légal pour statuer. Le grief était d'autant plus délicat qu'un tel état du droit avait conduit à plusieurs condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier en raison de la tardiveté de décisions juridictionnelles. Nul n'ignorait non plus que quelques jours avant la décision du Conseil constitutionnel, une nouvelle condamnation de notre pays était intervenue au motif qu'en l'espèce :

67 CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc., cons. n° 29 ; le Conseil vise en particulier la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L 326-3 du code de la santé publique qui disposait alors qu'« en toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée ».

68 CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc., cons. n° 29.

69 X. BIOY, « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », *A.J.D.A.*, n° 3/2011, p. 174.

70 *Ibid.*

71 CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc., cons. n° 33-40.

« les actes successifs fondant la privation de liberté du requérant ont été annulés par les juges administratifs, sans que jamais l'intéressé n'obtienne une décision des tribunaux judiciaires mettant fin à la mesure d'hospitalisation. Dès lors, la Cour parvient à la conclusion que, dans les circonstances très particulières de l'espèce, l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale⁷². »

L'exigence qu'il soit statué « à bref délai » sur la requête d'une personne privée de liberté, résultant de l'article 5 § 4 CEDH était également méconnue⁷³.

Sur cette question du délai, le Conseil constitutionnel va émettre une réserve. Il fait en effet valoir que, « s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée »⁷⁴. Sur le terrain de la complexité résultant de la dualité de juridictions, en revanche, le Conseil ne trouve rien à redire dès lors que cette dualité ne limite pas la compétence du juge judiciaire pour apprécier la nécessité de la privation de liberté et que toute personne hospitalisée sans son consentement, ou toute personne intervenant dans son intérêt, a le droit de se pourvoir sur simple requête devant le président du TGI pour qu'il soit mis fin à l'hospitalisation⁷⁵. Or, cette motivation ne permet pas de répondre véritablement à la question posée. La requérante met en avant le fait qu'en pratique, il est compliqué, et parfois aléatoire, d'avoir à saisir deux juges différents pour contester les différents aspects d'une seule et même décision ; le Conseil se contente de rétorquer que la compétence du juge judiciaire comme gardien de la liberté individuelle est préservée, ce qui n'était nullement en cause. La Haute juridiction ignore donc la question concrètement posée, à savoir que, comme l'observe encore le professeur Bioy, « du point de vue de l'accessibilité de la justice et de son efficacité au plan de la liberté et de la responsabilité, la dualité de juridiction, pour des personnes vulnérables, pose de réelles difficultés à faire valoir leurs droits »⁷⁶.

La réticence du Conseil constitutionnel à considérer la situation concrète de la personne à l'occasion de l'application de la loi tient à une pluralité de facteurs, dont la volonté de maintenir autant que possible une équivalence entre contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* de la loi. Cette posture a été clairement exprimée à propos de la décision précitée⁷⁷ du 29 avril 2011 relative aux conditions d'accès à l'AAH des personnes atteintes d'une incapacité permanente comprise entre 50 % et 79 %. La condition de non-exercice d'une activité professionnelle pendant une durée déterminée, fixée par décret à un an, y a été jugée conforme à la Constitution – on l'a déjà signalé. En effet, le législateur ayant entendu caractériser la difficulté d'accéder au marché du travail de cette catégorie

72 CEDH, 18 nov. 2010, n° 35935/03, *Baudoin c/ France*, § 108.

73 *Id.*, § 119.

74 CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, préc., cons. n° 39.

75 Cons. n° 38.

76 X. Bioy, « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », préc., p. 174.

77 *V. supra*, A, 1°.

de bénéficiaires a fixé un critère qui n'est pas manifestement inapproprié « au but poursuivi »⁷⁸. On peut toutefois rétorquer que c'est au regard du *but plus général de la prestation* que le critère devait être apprécié, ce but étant d'*assurer un minimum vital aux personnes handicapées*. Dès lors, les exclure pendant un an du bénéfice d'un minimum vital au motif qu'elles ont précédemment travaillé n'apparaît ni approprié, ni proportionné. Au demeurant, cette condition de non-exercice d'une activité professionnelle, introduite par la loi du 11 février 2005, avait été supprimée dès la loi de finances pour 2009 du 27 décembre 2008. Selon le commentaire officiel de la décision, « dans le contrôle *a posteriori*, le Conseil a tout le loisir de contempler, au vu de ses effets et des conditions dans lesquelles le législateur l'a supprimée, l'erreur d'appréciation commise alors ». Néanmoins, est-il ajouté, « l'éventuelle erreur du législateur ne peut pas constituer une cause d'inconstitutionnalité au seul motif qu'elle est susceptible d'être constatée *a posteriori* »⁷⁹. Ce raisonnement situe donc la question uniquement en termes d'opportunité de la mesure, et d'erreur dans l'appréciation de cette opportunité. Pourtant, selon nous, la condition pose bien une question de droit si l'on prend en compte de façon appropriée l'objectif de la législation dans le cadre de laquelle elle s'insère, qui est d'assurer un minimum vital à des personnes handicapées présentant des difficultés d'accès au marché du travail. Cette question de droit existait donc bien selon nous dès l'adoption de la condition ; contrairement à ce qu'affirme le commentaire de la décision, cette incohérence a simplement été corroborée, mais non révélée, par la pratique. Quoi qu'il en soit de l'espèce, le commentaire exprime clairement une réticence à prendre en compte les effets produits par la loi, ce qui peut conduire à priver le contrôle *a posteriori* d'une partie de sa portée utile.

2. *Les effets concrets produits par la loi*

Cette réticence à examiner les effets concrets produits par la loi, seconde grande catégorie de faits généraux pouvant irriguer le contrôle de constitutionnalité, trouve une illustration paradigmatique dans la décision QPC relative à la pénalisation des clients de prostituées du 1^{er} février 2019. Telle qu'elle était posée, la QPC suscitait en réalité deux questions bien distinctes. Une question de principe, tout d'abord : l'activité prostitutionnelle ne peut-elle être considérée comme découlant de la liberté de l'individu (liberté personnelle et liberté économique) pour autant que les actes sont accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé ? Une question pratique ensuite : la pénalisation des clients de prostituées n'expose-t-elle pas ces dernières à exercer leur activité dans des conditions comportant des risques excessifs, en particulier sur le plan sanitaire ? C'est évidemment sur ce second terrain que le refus du Conseil constitutionnel de tenir compte des faits est le plus patent, mais le silence sur la situation de vulnérabilité des personnes se livrant à la prostitution imprègne toute la décision.

78 CC, n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, préc., cons. n° 4.

79 Commentaire de la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011123qpc/ccc_123qpc.pdf.

Quant à la question de principe, d'abord, les requérants alléguaient une atteinte au droit au respect de la vie privée, ainsi qu'au droit à l'autonomie personnelle et à la liberté sexuelle qui en découleraient, et une méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel requalifie le premier grief en atteinte à la liberté personnelle, qu'il déduit des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il conclut à une conciliation qui n'est pas « manifestement déséquilibrée »⁸⁰ entre cette liberté d'une part, et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et la sauvegarde de la dignité de la personne humaine d'autre part. En effet, la pénalisation de l'achat de services sexuels a eu pour objet de priver le proxénétisme de sources de profits, de lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle. Or, le législateur a pu considérer que, « dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées »⁸¹ ; il a pu dès lors réprimer tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé. Au bénéfice d'un contrôle minimum, le Conseil constitutionnel s'en remet donc à l'appréciation du législateur, rappelant qu'il ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. La question de principe ainsi écartée, le Conseil constitutionnel répond rapidement aux autres griefs, se contentant de renvoyer à son raisonnement relatif à la liberté personnelle s'agissant de l'atteinte alléguée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle⁸². La Haute juridiction n'exclut donc pas que la prostitution « volontaire » relève de la liberté personnelle et des libertés économiques, sans trancher non plus explicitement en ce sens.

Beaucoup plus critiquable encore nous paraît cependant la façon dont il évacue le débat sur les effets potentiellement néfastes et contre-productifs de la loi, qui contraindrait les personnes prostituées à accepter des conditions d'exercice de leur activité les exposant davantage à la clandestinité, aux risques de violence et aux risques sanitaires. Sur le terrain du droit à la protection de la santé, le Conseil constitutionnel se contente d'affirmer qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences sanitaires pour les personnes prostituées des dispositions contestées, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate »⁸³. Or, si les données relatives à la prostitution sont difficiles à recueillir et parfois contradictoires, il reste que les parties avançaient des faits que le Conseil semble purement et simplement ignorer. Une nouvelle fois, il ne s'agit pas de prétendre que leur prise en compte aurait inéluctablement conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité, mais de constater que cette façon de botter en touche n'est pas acceptable. Le refus de prendre en compte ces faits corrobore ici une faible prise en compte de la vulnérabilité des personnes concernées, vulnérabilité peut-être aggravée par la loi. N'appartenait-il pas au juge constitutionnel, non pas de remettre en cause les choix législatifs, mais au moins de souligner qu'ils impliquent la mise en œuvre de moyens efficaces

80 CC, n° n° 2018-761 QPC du 1er février 2019, préc., point n° 13.

81 Point n° 12.

82 Point n° 18.

83 Point n° 16.

pour lutter contre la prostitution, en favoriser la sortie et améliorer la situation des personnes qui s'y livrent encore ? Or, la volonté politique en ce sens manque clairement, comme le confirme encore un rapport rendu postérieurement à la décision⁸⁴.

Ainsi, la distance aux faits, la réticence à s'en emparer pleinement, font obstacle à une pleine prise en compte des situations concrètes qui révèlent la vulnérabilité des personnes dont les droits et libertés sont en jeu ; une insuffisante protection de ces droits et libertés peut en résulter. D'autres facteurs nous semblent jouer dans le même sens, bien que de façon moindre.

B. Les autres obstacles

Nous pensons qu'il existe au moins deux autres facteurs conduisant à une faible sensibilisation du Conseil constitutionnel à la question de la vulnérabilité. Le premier est, comme sa faible considération des faits, intrinsèque à ses méthodes de raisonnement : il réside dans une réticence au raisonnement systémique, qui permet pourtant de faire interagir les normes constitutionnelles pour déployer une protection maximale des droits et libertés. Le second facteur est en revanche étranger au type de motivation du Conseil puisqu'il tient à une architecture d'ensemble qui voit le contentieux QPC concurrencé par d'autres voies de droit plus à même de conduire le juge à tenir compte de la vulnérabilité des requérants.

Par rapport à d'autres juridictions constitutionnelles, en particulier à la Cour italienne qui a fourni dans le cadre de cette recherche un cadre privilégié de comparaison, le Conseil constitutionnel français nous paraît peu enclin au raisonnement systémique. Il a certes affiné ou fait évoluer certaines techniques ou certains standards de contrôle dans les années récentes – que l'on pense au triple test de proportionnalité désormais employé pour contrôler les atteintes à certaines libertés. Les décisions comportent aussi systématiquement un énoncé des normes de référence pertinentes et de la façon dont elles s'articulent au regard de la question de droit posée ; le considérant de principe élaboré à propos des hospitalisations et soins psychiatriques sans consentement en fournit un bon exemple. Néanmoins, les droits et libertés sont souvent appliqués les uns à la suite des autres plus qu'ils ne font système dans le raisonnement. Les motivations qui en résultent semblent en conséquence souvent arides, voire lacunaires. On donnera deux exemples montrant comment, sur des sujets proches ou identiques, un raisonnement systémique est à l'inverse mis au service des personnes vulnérables par la Cour constitutionnelle italienne – des exemples plus nombreux seront trouvés dans la contribution de la professeure Marina Calamo Specchia⁸⁵.

⁸⁴ *Évaluation de la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées* de l'Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale de l'administration et Inspection générale de la justice, déc. 2019, spéc. p. 21-24 (disponible en ligne : 19034R-evaluation-loi-prostitution-web.pdf).

⁸⁵ « La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di disabili e trattamenti sanitari obbligatori (TSO) ».

S'agissant du handicap, on a déjà signalé que le Conseil constitutionnel a consacré dans une décision de 2018, sur le fondement des dixième et onzième alinéas du préambule de 1946, l'exigence d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes handicapées⁸⁶. Il a toutefois jugé conforme à cette exigence un recul drastique de la politique d'accessibilité des logements neufs aux porteurs de handicap, acceptant que seuls 20 % de ces logements neufs dans les bâtiments d'habitation collectifs répondent désormais aux critères d'accessibilité, contre 100 % auparavant. Dans un domaine proche, puisque mettant aussi en cause la question de l'adaptation de l'environnement au handicap, la Cour constitutionnelle italienne adopte une démarche nettement différente. Le juge *a quo* critiquait l'article 1052, al. 2 du Code civil, « dans la mesure où il ne permet pas la constitution d'une servitude telle que prévue par le premier alinéa en faveur des bâtiments d'habitation, afin de garantir un accès adéquat à la voie publique pour les personnes mutilées et invalides présentant des difficultés de déplacement »⁸⁷. Avant de répondre à la question posée, la Cour prend soin de relever le « changement radical de perspective » entraîné par les lois italiennes les plus récentes dans la façon même d'appréhender les questions de handicap, considérées non plus seulement comme des problèmes individuels mais comme devant être pris en charge par l'ensemble de la collectivité⁸⁸. Elle ajoute qu'un signe évident de cette mutation consiste dans l'introduction de dispositions générales relatives à la construction des bâtiments privés et à la restructuration de ceux déjà existants et visant l'élimination des barrières à l'accès, indépendamment de l'utilisation effective de ces bâtiments par des personnes handicapées. Loin de se cantonner à un raisonnement technique, le juge constitutionnel italien se réfère donc ici à l'évolution des textes de loi et à la *ratio* qui les sous-tend, pour mettre en lumière que l'accessibilité des habitations tend à mettre en œuvre les principes constitutionnels eux-mêmes⁸⁹. Par conséquent, et dans le prolongement de cette logique, la Cour conclut que l'impossibilité d'accéder à la voie publique, « à travers un passage obligatoire sur le fond d'autrui », aboutit à une violation du droit du porteur de handicap à une vie relationnelle normale, qui trouve expression et protection dans une pluralité de préceptes constitutionnels, non seulement les dispositions relatives à la protection des personnes handicapées, mais aussi les articles 2 sur les droits inviolables de l'homme, 3 sur l'égalité, et 32 sur la santé, en tant qu'elle vise aussi la santé psychique qui doit être protégée au même titre que la santé physique. On voit à quel point les différentes normes constitutionnelles font système dans le raisonnement de la Cour, permettant de situer la réponse à la question posée dans une problématique d'ensemble qui est ici celle de la perception sociale du handicap.

La différence entre la démarche du Conseil constitutionnel et celle de son homologue italienne peut aussi être illustrée par les décisions sur l'obligation vaccinale. Le Conseil s'est prononcé pour la première fois sur la question à la faveur d'une décision QPC de 2015⁹⁰ qui examine les articles L. 3111-1 à L. 3111-3 du code de la santé publique rendant alors obligatoires les vaccins contre

86 CC, n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, préc. ; v. *supra*, I, A), 1°.

87 Cour constitutionnelle Italie, sent. n° 167 du 10 mai 1999.

88 Cons. en droit n° 5.

89 *Ibid.*

90 CC, n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L.*

la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite. Les requérants contestaient ces dispositions au regard des risques pour la santé de la personne vaccinée, risques particulièrement élevés selon eux pour les jeunes enfants. Autrement dit, ils présentaient la question essentiellement sur le terrain d'un conflit entre protection de la santé collective – justifiant la contrainte de vaccination – d'un côté, et protection de la santé individuelle – risquant d'être altérée – de l'autre côté. On peut s'étonner de cette argumentation qui conduit à ignorer l'argument majeur contre cette forme de soins sans consentement et qui consiste dans la liberté de choix de l'individu – ici celle des représentants légaux du mineur⁹¹. Le grief d'atteinte à la liberté personnelle était à cet égard incontournable ; il est donc étonnant qu'il n'ait pas été mobilisé par la saisine, et plus étonnant encore qu'il n'ait pas été soulevé d'office par le Conseil constitutionnel, comme l'y autorise l'article 7 de son règlement intérieur sur la procédure de QPC⁹².

C'est en revanche sans surprise qu'au terme de deux courts considérants, le juge écarte le grief d'atteinte au onzième alinéa du préambule de 1946. Le premier considérant relève pour cela les garanties entourant le dispositif⁹³. Le second souligne « qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective » puis rappelle que le Conseil n'a pas le même « pouvoir d'appréciation et de décision » que le Parlement pour conclure qu'il ne lui appartient pas « de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »⁹⁴. En définitive, la question ayant été réduite à celle de l'opportunité de la vaccination obligatoire au regard d'un bilan coûts/avantages, le juge constitutionnel français adopte son habituelle posture de retrait sur les questions éthiques/scientifiques pour rejeter le grief au regard d'un état des connaissances nullement étayé.

Par contraste, la Cour constitutionnelle italienne a élaboré, sur ce sujet des vaccinations obligatoires, une doctrine précise et prenant appui sur un ensemble coordonné de principes constitutionnels. Cette doctrine a pu être rappelée à l'occasion du contrôle d'un décret-loi de 2017 augmentant à dix le nombre de vaccins obligatoires pour les mineurs. La Cour y rappelle les conditions de constitutionnalité d'un traitement sanitaire obligatoire : participer à la fois à la protection de la santé individuelle et de la santé collective ; ne pas comporter de conséquence dommageable pour la santé de la personne assujettie autre que « les conséquences qui apparaissent normales et, de ce fait, tolérables » ; et enfin, en cas de dommage se révélant ultérieurement être assorti d'une indemnisation équitable⁹⁵. La juridiction italienne souligne ainsi que les « valeurs constitutionnelles impliquées dans la problématique des vaccinations sont multiples », incluant la liberté d'autodétermination

91 Le commentaire officiel de la décision rappelle que le mineur n'est pas seul concerné par l'obligation vaccinale, qui s'applique aussi aux adultes en vertu de certaines réglementations particulières : v. commentaire de la décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, en ligne :

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015458qpc/2015458qpc_ccc.pdf.

92 Art. 7 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité : « Les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti ».

93 CC, n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, préc., cons. n° 9.

94 Cons. n° 10.

95 Cour constitutionnelle Italie, sent. n° 5 du 18 janvier 2018, cons. en droit 8.2.1.

individuelle dans les choix inhérents aux soins, la protection de la santé individuelle et collective, mais aussi l'intérêt du mineur, qui doit être mis en œuvre avant tout par l'exercice du devoir/pouvoir de ses parents d'adopter les conduites aptes à protéger sa santé, en vertu des articles 30 et 31 de la Constitution. La juridiction italienne vise donc une pluralité de paramètres constitutionnels, qu'elle lie les uns aux autres ; si elle reconnaît que leur mise en balance relève prioritairement de l'appréciation du législateur, elle n'en contrôle pas moins de façon détaillée les données factuelles et scientifiques sur lesquelles se fonde cette appréciation dans la suite de l'arrêt⁹⁶. En définitive, la Cour parvient à une décision de conformité à la Constitution, comme l'est la décision du Conseil constitutionnel de 2015, mais au terme d'une motivation incomparablement plus étayée et prenant en compte toutes les dimensions de la problématique de l'obligation vaccinale.

Un second facteur de la moindre présence de la question de la vulnérabilité dans la jurisprudence QPC nous paraît relever plus généralement de l'agencement juridictionnel en France. Nous ne le mentionnerons que rapidement, puisqu'il s'agit d'une hypothèse qu'il conviendrait de vérifier par une recherche plus large que celle menée ici et qui était centrée sur l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle. Toutefois, il nous semble que, se rapportant à la situation concrète de la personne, la vulnérabilité sera d'autant plus facilement perçue et intégrée au raisonnement juridictionnel que le juge est saisi d'un litige individuel. Cela pourrait être une des explications à sa forte présence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De même, s'agissant de l'Espagne, les contributeurs espagnols au présent projet de recherche⁹⁷ ont souligné une prise en compte beaucoup plus importante de la vulnérabilité par le Tribunal constitutionnel dans le cadre du recours individuel d'*amparo* que dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité – saisine par voie préjudicielle du type de la QPC française. Ainsi, devant un seul et même juge, l'existence d'une voie de droit subjective fait-elle concurrence sur ce terrain à la voie de droit objective.

En France, une part non négligeable dans la protection des droits des personnes vulnérables semble avoir d'ores et déjà été prise par le référé-liberté devant le juge administratif. Il est tout à fait significatif à cet égard qu'une jurisprudence ait été développée dans ce cadre à propos des personnes atteintes de handicap. À partir d'une ordonnance de 2010⁹⁸, le Conseil d'État a ainsi accepté de considérer comme une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 du code de justice administrative la possibilité pour un enfant, notamment s'il souffre d'un handicap, de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptée. En 2013, il constatait que les dispositions du code de l'action sociale et des familles « imposent à l'État et aux autres personnes publiques chargées de l'action sociale en faveur des personnes handicapées d'assurer, dans le cadre de leurs compétences respectives, une prise en charge effective dans la durée, pluridisciplinaire et adaptée à l'état comme à l'âge des personnes atteintes du syndrome autistique »⁹⁹ ; il estimait alors qu'une carence dans l'accomplissement de cette mission pouvait constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale « si elle est caractérisée, au regard notamment des pouvoirs et des moyens dont disposent ces autorités, et si elle entraîne des conséquences graves pour la personne atteinte de ce syndrome, compte tenu notamment

96 V. les cons. en droit n° 8.2.3 à 8.2.5.

97 V. les contributions au présent ouvrage de Hubert ALCARAZ, Marco BERARDI, Itziar GOMEZ FERNANDEZ et Miguel PEREZ MONEO.

98 CE, 15 décembre 2010, n° 344729, publié au *Recueil Lebon*.

99 CE, 27 novembre 2013, n° 373300, publié au *Recueil Lebon*.

de son âge et de son état ». On voit que le prétoire du juge du référé-liberté s'élargit ici à des situations qui peuvent être caractérisées par un cumul de vulnérabilités : minorité et handicap, s'agissant par exemple de l'ordonnance de 2010. Il en va de même quand le Conseil d'État admet de protéger par cette même voie de droit le droit à l'hébergement et à la prise en charge des mineurs non accompagnés¹⁰⁰ ; d'autres exemples pourraient encore être cités.

Certes, chaque juridiction peut être amenée à connaître et traiter, à sa façon, des situations de vulnérabilité, sans avoir le monopole de la question. Toutefois, il nous semble qu'en France, un nombre de saisines du Conseil constitutionnel limité – bien qu'accru par la QPC – allié au type de raisonnement de cette juridiction favorisent un déplacement du contentieux de la vulnérabilité vers les juges ordinaires, y compris quand sont en jeu des droits fondamentaux. Inversement, en Italie, la Cour constitutionnelle est à la fois plus souvent saisie et plus attentive à la situation concrète des personnes à l'origine des renvois ; d'où une jurisprudence plus imprégnée de la question de la vulnérabilité. Dans ce pays, ce sont ainsi trois décisions de la juridiction constitutionnelle qui fixent le principe et le régime du droit à l'instruction des enfants handicapés¹⁰¹ – quand ce droit a été reconnu en France d'abord par le Conseil d'État dans le contentieux de la responsabilité¹⁰² puis protégé dans le cadre du référé-liberté.

Il apparaît en définitive que l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas modifié les grands équilibres de la jurisprudence relative à la maladie et au handicap. La nouvelle procédure a certes favorisé l'apparition de contentieux nouveaux, comme celui des soins sans consentement, et permis à cette occasion une meilleure garantie des droits. Si l'on peut souhaiter que ce processus soit renforcé à l'avenir par une plus grande prise en compte de la vulnérabilité des personnes, c'est que cette notion devrait permettre de mieux cibler les motivations de la juridiction et favoriser ainsi une protection effective et concrète des justiciables à l'origine des questions posées.

100 CE, 18 juillet 2016, n° 401313.

101 Cour constitutionnelle Italie, sent. n° 215 du 8 juin 1987, n° 80 du 26 février 2010, n° 275 du 16 décembre 2016.

102 CE, 8 avril 2009, n° 311434, Laruelle, publié au Recueil Lebon.

**CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 2000-2018
RELACIONADAS CON EL INGRESO HOSPITALARIO DE PERSONAS
QUE PADECEN TRASTORNOS PSÍQUICOS**

Francisco Javier MATIA PORTILLA¹

I. Acotaciones previas

El presente trabajo trae causa de un encargo concreto: recoger la jurisprudencia constitucional dictada entre 2000 y 2018 en la que se cuestiona la constitucionalidad de normas relacionadas con el internamiento de personas enfermas que tengan su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un órgano judicial. Así planteada la cuestión el análisis debería limitarse al análisis de las SSTC 131 y 132/2010. No obstante, no resulta posible entender bien estas resoluciones sin hacer también referencia a otra resolución previa, la STC 129/1999, porque en esta se recogen los argumentos que serán mantenidos y aplicados en las dos Sentencias de 2010.

Puede parecer que son muy escasas las Sentencias que debemos examinar, pero conviene recordar que en España contamos con el recurso de amparo, que permite a cualquier justiciable impugnar cualquier actuación de los poderes públicos que pueda comprometer los derechos fundamentales². Como resulta evidente que el internamiento forzoso de una persona constituye una privación de la libertad personal (derecho reconocido en el artículo 17.1 CE), resulta posible que una medida de internamiento forzoso de una persona pueda ser recurrida en amparo una vez que se agote la vía judicial previa. Lo sorprendente es que la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional se ha vinculado, en casi todos los casos, por la necesidad de que el internamiento de una persona sea una medida prevista en la Ley (artículo 53.1 CE) y reservada, específicamente, a la Ley orgánica (artículo 81.1 CE).

En nuestro país, hay dos supuestos relevantes que se relacionan con el internamiento forzoso de una persona que padezca una enfermedad psíquica.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid, javierfacultad@gmail.com

² Dado que este trabajo se dirige a una institución extranjera, se ha optado por tratar de facilitar en lo posible el acceso directo a las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales que se citan. Todos los hipervínculos presentados a continuación se encuentran operativos en la fecha de finalización del presente análisis (16 -10-2019).

Uno de ellos, es el vinculado con la comisión de un ilícito penal. Si el órgano judicial encargado de juzgar la causa entiende que las facultades del acusado están mermadas por una enfermedad o trastorno psíquico puede decretar su absolución y, al mismo tiempo, su ingreso en un centro psiquiátrico. El otro tiene que ver con la decisión judicial que se adopta en el marco del Derecho civil de acordar el internamiento de una persona que sufre un trastorno psíquico. Nos ocuparemos separadamente de ambos aspectos, aunque las Sentencias que cumplen los criterios anteriormente delimitados encajan solamente en el segundo de ellos.

Antes de entrar en el examen de los citados supuestos, conviene recordar que la regulación estatal del ingreso forzoso de personas que padecen trastornos psíquicos debe complementarse con la normativa internacional en la materia.

En primer lugar, resulta relevante el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permite la privación de la libertad personal de personas enajenadas, pero en los casos y según los procedimientos previstos en la Ley³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que esta privación de libertad se justifica tanto en la necesidad la seguridad pública⁴ como el propio interés del afectado⁵. En todo caso, el Tribunal exige que se cumplan tres condiciones para que esta medida sea legítima⁶:

- a. Debe haberse establecido de manera acreditada la enajenación del interesado, mediante una prueba médica objetiva, salvo en el supuesto en el que el internamiento de urgencia sea necesario.
- b. La enfermedad mental del interesado debe revestir una naturaleza específica que legitime el ingreso. Debe demostrarse que la privación de libertad era necesaria a la vista de las circunstancias del caso. Esto supone que solamente procede decretar esta medida cuando la enfermedad revista cierta gravedad que la justifique⁷.
- c. La enajenación acreditada mediante una prueba médica objetiva debe persistir durante toda la duración del ingreso. Aunque el Tribunal ha admitido que las autoridades nacionales pueden disponer de un lapso temporal para extraer las consecuencias del informe médico que dispone que el trastorno se ha superado a la hora de dejar el ingreso sin efecto⁸, no resulta aceptable que el mantenimiento del ingreso se mantenga por razones estrictamente administrativas⁹.

3 También examina la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo J. SÁEZ GONZÁLEZ, en «La intervención judicial en el internamiento forzoso de personas mayores en residencias y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre internamientos por trastorno psíquico». *Justica* 2013/1, pp. 207 ss.

4 Puede ocurrir con pacientes que pueden autolesionarse o hacer daño a otras personas. Ver SSTEDH (Gran Sala) *Ilmseher c. Alemania*, 04/12/2018, § 133; y (Sección Tercera) *Hutchison Reid c. Reino Unido*, 20-02-2003, § 53.

5 SSTEDH (Sección Segunda) *Enhorn c. Suecia*, 25-01-2005, § 43; y (Pleno) *Guzzardi c. Italia*, 6-11-1980, § 98 *in fine*.

6 SSTEDH (Gran Sala) *Ilmseher c. Alemania, cit.*, § 127; (Gran Sala) *Stanev c. Bulgaria*, 17-01-2012, §145; (Sección Segunda) *D.D. c. Lituania*, 14-02-2012, § 45; (Sección Primera) *Chtoukatourov c. Rusia*, 27-03-2008, § 114; (Sección Cuarta) *Varbanov c. Bulgaria*, 5-10-2000, § 45; y (Sala) *Winterwerp c. Países Bajos*, 24-10-1979, § 39.

7 SSTEDH *Ilmseher c. Alemania, cit.*, § 129; y *Petschulies c. Alemania*, 2-06-2016, § 76. Se dirá en la última resolución que no basta con un simple desorden mental.

8 STEDH (Sala) *Luberti c. Italia*, 23-02-1984, § 29.

9 STEDH (Sección Tercera) *R.L. M.-J.D. c. Francia*, 19-05-2004, § 128.

Siendo la prueba médica esencial para que se pueda acordar la medida del ingreso¹⁰, puede admitirse que la misma se realice sobre la base del expediente del afectado cuando éste se niega a ser examinado personalmente¹¹.

En todo caso, el ingreso debe realizarse en instituciones dirigidas al tratamiento de enfermos (hospitales, clínicas o establecimientos apropiados a este fin¹²), aunque pueda ser situado de forma provisional en otro que no cumpla primigeniamente esta finalidad terapéutica¹³. También se debe realizar el traslado si la persona sufre privación de libertad por una motivación distinta (detención), haciéndole llegar a un centro adaptado para los enfermos mentales¹⁴.

Por otra parte, el procedimiento de ingreso forzoso debe ser equilibrado y adecuado, acordando al interesado una protección suficiente contra las privaciones arbitrarias de libertad¹⁵. En particular, debe tener el interesado acceso a un tribunal y la posibilidad de ser oído; y el ingresado debe recibir asistencia jurídica en el marco del procedimiento para mantener, suspender o cesar tal medida privativa de libertad¹⁶.

También debemos prestar atención, aunque sea de forma somera, a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad¹⁷, cuyo artículo 14, tras asegurar el derecho de las personas con discapacidad de disfrutar del derecho de libertad, asegura también que «no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad». El segundo apartado del mismo artículo señala que las personas discapacitadas privadas de libertad deben contar, como las demás, «derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables».

II. El internamiento decretado en el marco de un proceso penal

A. Evolución normativa

El artículo 8.1 CP disponía, en su versión original incluida con la aprobación del Código Penal en 1973¹⁸, que están exentos de responsabilidad criminal: «El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir».

10 STEDH (Sección Segunda) *Ruiz Rivera c. Suiza*, 17-02-2014, § 59.

11 ATEDH (Sección Tercera) *Constancia c. Países Bajos*, 3-03-2015, § 26.

12 SSTEDH (Sección Segunda) *L.B. c. Bélgica*, 2-10-2012, § 93; (Sala) *Ashingdane c. Reino Unido*, 28-05-1995, § 44; y (Sección Quinta) *O.H. c. Alemania*, 24-11-2011, § 79.

13 SSTEDH (Sección Cuarta) *Pankiewicz c. Polonia*, 12-02-2008, §§ 44-45; (Sección Segunda) *Morsink c. Países Bajos*, 11-05-2004, § 67; y (Sección Segunda) *Brand c. Países Bajos*, 11-05-2004, § 64.

14 STEDH (Gran Sala) *Ilseher c. Alemania*, *cit.*, §§ 140-141.

15 SSTEDH (Sección Tercera) *V.K. c. Rusia*, 4-04-2017, § 33, y la jurisprudencia allí citada.

16 SSTEDH (Sección Primera) *M.S. c. Croacia* (2), 19-02-2015, §§ 152-153; y (Sección Cuarta) *N. c. Rumania*, 28-11-2017, § 196. El Tribunal recuerda en esta última resolución que la asistencia letrada debe ser efectiva para no comprometer el derecho de defensa del afectado.

17 Instrumento de ratificación hecho en Nueva York el 13-12-2006.

18 Decreto 3096/1973, 14-09, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

En un segundo párrafo se indicaba que, «cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal».

El artículo primero de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal¹⁹ añade un párrafo tercero al artículo 8.1 CP, que dispone lo siguiente: «Cuando el Tribunal sentenciador lo estime procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento» por otras medidas (tratamiento ambulatorio, privación del permiso de conducción y/o de tenencia de armas, etc.).

El artículo 2 de la Ley Orgánica 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia modifica el artículo 8.1.b CP para añadir la expresión «la licencia de conducción» entre la entonces vigente que rezaba «privación del permiso o de la facultad de obtenerlos durante el tratamiento o por el plazo que se señale». Se pretende que la normativa sea aplicable a los conductores de ciclomotores.

El artículo 8.1 CP al que aludimos fue derogado por la aprobación del nuevo Código Penal²⁰, actualmente en vigor. La cuestión se regula ahora en el artículo 20.1 CP, que hace referencia al que, «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Ahora bien, se indica también que «el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Resulta así que debe determinarse una doble verificación de un elemento biológico (patología) y otro jurídico (sobre los efectos psicológicos de aquella)²¹.

En todo caso, lo que a nosotros nos interesa es examinar el régimen legal vigente sobre las medidas de seguridad, previstas en los artículos 95 ss. CP. Su imposición se subordina a que el afectado haya cometido un hecho previsto como delito y que del hecho y las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (artículo 95.1). Las medidas de seguridad pueden ser privativas de libertad (internamiento en centros psíquicos, de deshabitación o en centro educativo especial) y no privativas de libertad (inhabilitación profesional, expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España,

19 La tramitación esta norma puede analizarse a la vista de los documentos parlamentarios recogidos en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000015*.NDOC.%29.

20 Aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, 23-11, del Código Penal.

21 M. A. IGLESIAS RÍO, «Artículo 20», en M. GÓMEZ TOMILLO (dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters. Aranzadi, 2015, Tomo I, p. 243.

libertad vigilada, custodia familiar, privación del derecho a conducir y privación del derecho a la tenencia y porte de armas) (artículo 96 CP). Solamente se puede aplicar medidas no privativas de libertad cuando el ilícito penal cometido no se vea acompañada en el Código Penal de una condena privativa de libertad (artículo 95.2 CP).

De acuerdo con la legislación actual, durante la ejecución de la sentencia el órgano judicial sentenciador puede (a) mantener la medida de seguridad impuesta; (b) decretar su cese si desaparece la peligrosidad criminal del sujeto; (c) sustituir la medida de seguridad por otra que estime más adecuada, que se dejará sin efecto si la evolución del interesado es desfavorable y (d) dejar en suspenso la ejecución de la medida de seguridad en atención al resultado ya obtenido con su aplicación (artículo 97 CP).

Vemos que esta legislación, aunque más detallada que la enjuiciada por el alto Tribunal, sigue los mismos parámetros que el derogado artículo 8.1 CP1973.

B. La jurisprudencia constitucional

1. *La cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 8.1 CPC1973: la STC 24/1993*

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Gandía plantea una cuestión de inconstitucionalidad por la eventual contradicción existente entre el artículo 8.1 CP y diversos preceptos constitucionales.

En primer lugar, el órgano judicial entiende que el precepto legal cuestionado compromete el artículo 14 CE (principio de igualdad), ya que no se le impone un internamiento por tiempo determinado, como ocurre con el condenado al cumplimiento de una sanción de prisión temporalmente delimitada.

En segundo lugar, el órgano judicial entiende que se vulnera también el artículo 24.2 CE, ya que la imposición automática del internamiento compromete la presunción de inocencia, al no examinarse previamente la enfermedad y la peligrosidad del afectado.

En tercer lugar, el Juzgado considera que el artículo 8.1 CP1973 puede comprometer los artículos 17.1 (libertad personal), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 24.2 (derecho de defensa y a utilizar los medios de prueba) y 25 (carácter resocializador de la pena). En definitiva, la imposición de un internamiento impide que la aplicación de la medida restrictiva de libertad sea proporcionada.

Ninguno de estos alegatos será acogido por el Tribunal Constitucional²². Este recuerda que la medida de internamiento del sujeto trae causa de su personalidad y de su peligrosidad, y no de la mayor o menor gravedad del acto delictivo cometido. Esto explica que exista cierta indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso, puesto que dependerá de la evolución

22 STC (Pleno) 24/1993, 21-01.

de la enfermedad y de la peligrosidad social del afectado. Por esta razón no puede equipararse la posición del enajenado con la del autor penalmente responsable, por lo que no se vulnera el artículo 14 CE. Tampoco se compromete la presunción de inocencia, dado que la medida de seguridad solamente puede adoptarse si se ha probado la enajenación mental del interesado y que la perturbación revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento. Es el órgano judicial quién debe no solamente acordar la medida de seguridad, sino también supervisar su mantenimiento, modificación o cancelación a la vista de la evolución del enfermo. Finalmente, el Tribunal estima que, así concebida la medida de internamiento, tampoco se cuestionan los artículos 17.1 y 25 CE. Recuerda el Tribunal que el cese de la medida de internamiento debe acordarse cuando conste la curación o desaparezca el estado de peligrosidad que motivó la misma, correspondiendo al Tribunal realizar controles sucesivos a tal fin²³.

2. *Las recientes resoluciones de amparo*

Esta jurisprudencia debe ser complementada con la doctrina vertida en las SSTC 217/2015 y 84/2018²⁴, recaídas en sendos recursos de amparo. En ambas se recuerda que «la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional», que «el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley, como contra lo que la ley dispone» y que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad».

Lo que se discute es si el órgano judicial que ha acordado la absolución de una persona por padecer algún trastorno psíquico puede decretar su internamiento en un centro médico especializado y no acordar su inmediata liberación, como dispone el artículo 983 LECrim, no siendo esta resolución firme.

Las resoluciones judiciales combatidas defienden la regularidad de tal decisión apelando a varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal: los artículos 381 y 983.

Es evidente, a juicio del Tribunal Constitucional, que el artículo 381 LECrim regula un supuesto de hecho ajeno al que nos ocupa. En efecto, este artículo permite que el órgano judicial pueda someter al procesado, en el marco de la instrucción del sumario, al internamiento si padece trastornos psíquicos. Con la adopción de esta medida se persigue una doble finalidad, asistencial e investigadora (ya que se pretende acreditar si existe, o no, una circunstancia modificativa de su responsabilidad penal). Es obvio que este supuesto no guarda ninguna relación con el de la persona que ya ha sido juzgada y absuelta, porque ha quedado acreditado que padece dichos trastornos.

23 STC (Sala Segunda) 112/1988.

24 SSTC (Pleno) 217/2015, 22-10; y 84/2018, 16-07.

Tampoco puede adoptarse una medida como la impugnada con apoyo en el artículo 983 LECrim, que impone la excarcelación salvo que existan otros motivos legales, dado que ésta norma se remite, precisamente, a otros preceptos legales que deben ser los invocados en su caso.

Finalmente, tampoco es útil el artículo 383 LECrim, porque regula un supuesto (que la demencia sobrevenga al sujeto después de cometido al delito) que es por definición inaplicable al supuesto en el que la demencia es previa al ilícito y justifica su absolución.

Esto lleva al Tribunal a entender que se ha lesionado el derecho fundamental en examen, aunque la nulidad de estas resoluciones no conlleve decretar la liberación del recurrente, dado que, durante la tramitación del amparo constitucional, se ha producido la firmeza del fallo penal, por lo que la medida de seguridad resulta legítima.

Es interesante recordar dos comentarios que hace el Tribunal Constitucional y que conectan este epígrafe con el siguiente. El Tribunal señala que «Corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE), poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico». E indica que tal vacío normativo podría ser colmado si se recurre al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se refiere, así, al proceso civil de internamiento que va a ser examinado a continuación.

Aunque este precepto ha sido invocado en muchos procesos constitucionales de amparo²⁵, centraremos nuestra mirada en los que tiene su origen en cuestiones de inconstitucionalidad. Es interesante hacerlo porque no se ha colmado aún el vacío normativo detectado por el Tribunal Constitucional español.

III. El internamiento decretado en el ámbito civil

A. Evolución normativa

La medida de internamiento forzoso de enfermos que padecen trastornos psíquicos estaba regulada, antes de la Constitución, en el Decreto del Ministerio de la Gobernación publicado en la *Gaceta de Madrid* 188, de 7 de julio de 1931²⁶. En esta norma se prevé que el ingreso no voluntario sea acordado por la autoridad gubernativa (artículo 17) o judicial (en el marco de un proceso penal, artículo 18, y civil, artículo 21). En todo caso, es evidente que este marco normativo debía ser revisado tras la aprobación de la Constitución, que reconoce, en su artículo 17.1 CE, el derecho a la libertad personal. Se indica en este precepto que «Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

25 Ver, entre otras, las SSTC (Sala Segunda) 141/2012, 2-07; (Sala Segunda) 182/2015, 7-09; (Sala Segunda) 22/2016, 15-02; y (Sala Primera) 50/2016, 14-03.

26 En relación con el internamiento de enfermos mentales en la historia reciente de España pueden consultarse R. CAMPOS y R. HUERTAS, «Estado y asistencia psiquiátrica en España durante el primer tercio del siglo XX», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* 65 (1998), pp. 99 ss., que alude al Decreto de 19-05-1885 sobre el internamiento de enfermos mentales, y F. DUALDE BELTRÁN, «Legislación y asistencia psiquiátricas durante el franquismo: consideraciones particulares acerca de la esquizofrenia», *Cronos* 10 (2007), pp. 89 ss.

La aplicación de la norma preconstitucional permitía que una persona permaneciera indefinidamente internada en un establecimiento psiquiátrico sin que mediara declaración judicial alguna sobre su incapacitación²⁷.

Pues bien, la primera regulación del ingreso forzoso de personas en la vía civil es el artículo 211 del Código civil, introducido en el Derecho español a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. El citado precepto indica, en su primer párrafo, que «El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas».

La disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil modifica el primer párrafo del artículo 211 CC. El nuevo precepto indica que «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor».

Aunque este precepto se incluye en una Ley orgánica, la disposición final vigésimo tercera de la misma dispone que este artículo y otros mantiene carácter de ley ordinaria. El legislador considera, entonces, que al mismo no le es aplicable el artículo 81.1 CE, o, lo que es lo mismo, que no estamos en presencia de un desarrollo de un derecho fundamental.

En todo caso, este artículo ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regula ahora la cuestión en el artículo 763. Dispone este precepto que

«El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento». La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

27 G. VICO FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico*. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona, 2015, p. 21.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley».

La última modificación que debemos reseñar, y que trae causa de la jurisprudencia constitucional que vamos a examinar a continuación, viene provocada por el artículo segundo, apartado tres de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Este precepto confiere carácter orgánico al artículo 763 LEC y a otros preceptos del mismo cuerpo normativo (artículos 778 y al 778 bis).

B. La Sentencia piloto: La cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 211, segundo párrafo, CC (STC 129/1999)

Aunque esta Sentencia se recoge fuera del periodo temporal delimitado en el proyecto de investigación (2000-2018), no podemos eludir su examen porque contiene los principios que el Tribunal Constitucional va a mantener y reiterar en las dos Sentencias dictadas en el citado lapso temporal (las SSTC 131 y 132/2010).

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante) plantea una cuestión de inconstitucionalidad sobre el segundo párrafo del artículo 211 CC, precepto que dispone:

«El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269, 4.º, el Juez, de Oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento».

Como ya se ha anticipado, y se revelará fundamental en la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional, la impugnación alcanza exclusivamente al apartado segundo del citado artículo, que se presenta en cursiva.

A juicio del órgano judicial promovente, este precepto legal vulnera diversos preceptos constitucionales, como son los recogidos en los artículos 24.1 (derecho a no sufrir indefensión, porque se puede acordar el ingreso hospitalario de una persona sin que ésta puede oponerse y defenderse), 24.2 (derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, que no resulta posible en este caso) y 17.1 en relación con el artículo 81.1 (dado que es una privación de libertad que afecta al derecho a la libertad personal, y que debe encontrarse prevista en una Ley orgánica, en virtud de lo previsto en el artículo 81.1) CE. El Tribunal desestima la cuestión de inconstitucionalidad²⁸.

En relación con las quejas relacionadas con los dos apartados del artículo 24 CE, el Tribunal considera que el precepto cuestionado puede ser interpretado de conformidad con la Constitución, entendiendo que en él se prevé la audiencia del interesado (el juez «examina» la persona) y que éste puede, obviamente, defenderse de la pretensión de ingreso y presentar las pruebas que estime oportunas en la defensa de sus intereses. El internamiento sólo será conforme con la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos si se cumplen las siguientes condiciones (señaladas en las SSTEDH Winterwerp, de 24 de octubre de 1979; X contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 1981; y Luberti, de 23 de febrero de 1984): «a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo» (STC 112/1988/3²⁹). El Tribunal considera que todas estas condiciones se cumplen en el procedimiento cuestionado: (a) el internamiento precisa, por lo general, previa autorización judicial; (b) que se adopta tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado (art. 211, párrafo segundo) y nunca se adoptará con carácter indefinido, pues el órgano judicial, «de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses», acordando entonces, también tras examinar al internado y oír el dictamen de un facultativo, «lo procedente sobre la continuación o no del internamiento» (art. 211, párrafo tercero). El Tribunal considera, además, que el precepto puede ser interpretado admitiendo la existencia de audiencia y de un eventual trámite de prueba. Y esta tesis se refuerza con la argumentación del Fiscal, que defiende que en la Disposición Adicional de la Ley 13/1983 existe una remisión a las disposiciones generales sobre jurisdicción voluntaria previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La persona afectada o un tercero que tenga interés legítimo puede oponerse a la solicitud de internamiento. Además, la resolución del juez puede ser impugnada en apelación y resulta obligatorio, en todo caso, que se realice la revisión de oficio como mínimo cada seis meses. En resumen, el procedimiento de autorización de internamiento garantiza de modo

28 STC 129/1999, 1-07.

29 STC (Sala Segunda) 112/1988, 8-06.

suficiente la posibilidad de defensa y oposición de la persona afectada, y el uso de las pruebas que se estimen pertinentes. En lo que atañe a la defensa serán oídos la persona afectada y el Ministerio Fiscal, así como cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente el Juez o sea solicitada por quién promueve el acto de jurisdicción voluntaria o por quien tenga un interés legítimo. Y se oirá también al facultativo que debe elaborar el dictamen. Y existe una notable flexibilidad en la admisión y práctica de todo tipo de pruebas, ya que no resulta necesario solicitarlas previamente.

Más interés presenta para nosotros la duda de si la norma que regula el ingreso debe poseer carácter orgánico por desarrollar el derecho fundamental a la libertad personal. El Tribunal responde, afirmativamente, con base a su jurisprudencia anterior: En efecto, es «doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 'ha de considerarse incluida (...) la *detención regular... de un enajenado*, a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos' (STC 104/1990, fundamento jurídico 2º³⁰). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)». Ahora bien, a juicio del Tribunal, el precepto que permite el ingreso no es el cuestionado por el órgano judicial, sino el primer párrafo del mismo artículo 211 («El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial...»), mientras que el segundo se limita a aspectos procedimentales. Desde esta perspectiva, concluye el alto Tribunal que el precepto cuestionado no contiene una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo, por lo que dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley Orgánica.

Discrepa de esta construcción el Magistrado García Manzano, que presenta un Voto Particular. Entiende este Magistrado que no se cuestiona exclusivamente el párrafo segundo del artículo 211 CC, sino todo el precepto legal, y que en todo caso el segundo párrafo no recoge simplemente una norma procedimental, ya que en ella se afirma que el juez concederá o denegará la autorización de internamiento. Dado que ambos párrafos son inescindibles, debería haberse decretado su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad. El Magistrado discrepante entiende asimismo que la regulación del internamiento vulnera también el artículo 17.1 CE por su falta de precisión en diversos frentes (indeterminación de presupuesto habilitante de la medida de internamiento, falta de previsión de los sujetos legitimados para instar el internamiento, imprecisión respecto del juez competente, falta de efectiva oposición por parte del afectado al no poder contar con el beneficio de asistencia jurídica gratuita). Concluye García Manzano señalando que el internamiento de enajenados debe ser «objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad, en que consiste el internamiento involuntario por razón de enfermedad mental, ha de producirse».

30 STC (Sala Segunda) 104/1990, 4-06.

Aunque ambas posiciones están adecuadamente fundamentadas, parece más convincente la sostenida en el Voto Particular. Resulta llamativo que el Tribunal eluda el problema de fondo, y consienta en no ejercer su control sobre una norma recogida en ley ordinaria que, a su decir, debería haberse aprobado siguiendo los trámites previstos para las leyes orgánicas. En todo caso, esta Sentencia dejaba entrever, de forma bastante evidente, que el primer párrafo del artículo 211 CC era manifiestamente inconstitucional. Solamente faltaba que otro órgano judicial lo planteara ante el Tribunal. Y esto ha ocurrido, por partida doble con el Juzgado de Primera Instancia 8 de A Coruña, que plantea sendas cuestiones de inconstitucionalidad sobre esta norma (que había sido modificada a través de la citada Ley Orgánica 1/1996) y con el artículo 763 LEC (que sustituye a la anterior con la aprobación de la citada Ley 1/2000). Se trata de los dos Sentencias que cumplen las condiciones temporales y procedimentales a las que se acota el presente trabajo.

C. La cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 211, párrafo primero, CC (STC 131/2010)

El Juzgado de Primera Instancia 8 de A Coruña considera que el artículo 211 CC, modificado a través de la citada Ley Orgánica 1/1996, debe poseer carácter orgánico al regular un supuesto de privación de libertad y afectar, así, al derecho fundamental previsto en el artículo 17.1 CE (libertad personal), de acuerdo a lo previsto en el artículo 81.1. CE.

Dispone el precepto impugnado que «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor» (Disposición Final Duodécima). Este precepto, pese a estar contenido en una Ley orgánica, tiene carácter ordinario, porque así lo dispone la Disposición final vigésimo tercera del mismo cuerpo normativo. De hecho, el Juzgado plantea que acaso sea ésta la norma contraria a la Constitución.

El Pleno del Tribunal Constitucional entiende³¹ que la duda de constitucionalidad planteada ha sido ya resuelta en la STC 129/1999. En esta resolución, se afirma que «es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986³²)». Y en la misma Sentencia se indica expresamente que es el primer párrafo, el ahora cuestionado, del artículo 211 CC, el que «habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado» (STC 129/1999, FJ 2).

31 STC (Pleno) 131/2010, 2-12.

32 STC (Pleno) 140/1986, 11-11.

Dado que la disposición final vigésima tercera excluye el carácter orgánico de un artículo que regula materias reservadas a la Ley Orgánica, debe declararse su inconstitucionalidad. Y es que es competencia suya «declarar inconstitucional la atribución por el legislador de la naturaleza de ley ordinaria a un precepto contenido en una ley orgánica cuando aprecie que el precepto en cuestión afecta a materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE y concordantes».

A juicio del Pleno del Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad (y nulidad) de la disposición vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996 conduce a la declaración de inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 211 CC. Ahora bien, entiende el Tribunal que tal inconstitucionalidad no debe conducir, en este caso, a la declaración de nulidad del mismo. El Tribunal considera que resulta prioritario evitar el vacío jurídico que se crearía, sobre todo cuando no hay reproches materiales sobre su contenido. Recuerda, además, que el precepto, aunque aplicable al caso *a quo*, ha sido derogado por la citada Ley 1/2000, y que la norma que ahora regula esta cuestión (artículo 763.1) también ha sido cuestionada ante el Tribunal, como se verá a continuación.

Esta Sentencia es interesante por, al menos, dos cuestiones de distinta índole. La primera es que lo que se discute podría haberse resuelto con anterioridad, en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad 129/1999. Como se recordará en aquella resolución el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse sobre si el párrafo segundo del artículo 211 CC vulnera la reserva de Ley Orgánica. Evita la cuestión afirmando que el precepto que habilita el internamiento de personas enajenadas es el primer párrafo, que no ha sido cuestionado por el juez promovente, aunque también podría haber entendido, como defendió el Magistrado García Manzano en su voto particular, que el órgano judicial impugnaba el artículo 211 CC en su conjunto, decretando entonces su inconstitucionalidad.

Es verdad, como señala el Pleno en la STC 131/2010 que la aplicación estricta de aquella resolución implica aceptar que el primer párrafo del artículo 211 CC debe poseer carácter orgánico. Ahora bien, y aquí vamos con la segunda cuestión apuntada, puede también entenderse que el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional en la STC 131/2010 podría haber sido otro bien distinto. Como se recordará el Pleno decide (a) declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la disposición final vigésima tercera que confiere carácter ordinario al primer párrafo del modificado artículo 211 CC, por regular una materia reservada a Ley orgánica; (b) declarar, como consecuencia de lo anterior, la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 211 CC, (c) pero mantener su vigencia por ser perjudiciales que crearía su desaparición del ordenamiento jurídico y por haber sido posteriormente derogado.

Pues bien, el tribunal hubiera alcanzado el mismo fin si hubiera detenido su argumentación en el primer punto. En efecto, una vez que se afirma que el precepto cuestionado regula una materia reservada a Ley orgánica y que se declara nula la norma que rebajaba su carácter al de ley ordinaria... ¿Qué problema de constitucionalidad existe? Podría defenderse que estamos en materia conexa a la regulada en la Ley Orgánica, también reservada a la Ley Orgánica, y que ha sido aprobada cumpliendo

todas las formalidades exigibles para este tipo normativo. Este enfoque hubiera consagrado la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 211 CC, y su consiguiente aplicación al proceso *a quo*.

En todo caso, y como ya se ha adelantado, este artículo había sido derogado por la Ley 1/2000, que regula ahora la cuestión en el artículo 763, que va ser examinado por el Tribunal en la última Sentencia que vamos a analizar en el presente estudio.

D. La cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 763 LEC (STC 132/2010)

El mismo órgano judicial que suscita la eventual inconstitucionalidad del artículo 211 CC hace lo mismo con el artículo 763 LEC. En efecto, el Juzgado de Primera Instancia 8 de A Coruña considera que este precepto es incompatible con los artículos 17.1 y 81.1 CE, en el marco de un proceso en el que una ciudadana interesa el ingreso hospitalario de un tío que, a su decir, padece trastornos psíquicos y alcoholismo.

Dispone el apartado 1 del artículo 763 LEC:

«El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley».

No tiene excesivo interés en este caso reiterar los argumentos del órgano judicial promovente, porque reproducen fielmente los esgrimidos en relación con el primer párrafo del artículo 211 CC. Se sostiene, en resumen, que la regulación de una causa de privación de libertad es desarrollo del derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 CE) y que, por este motivo, debe ser acometida mediante Ley orgánica, de conformidad con lo previsto en el artículo 81.1 CE. Dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha aprobado siguiendo los trámites de la ley ordinaria, se consideran infringidos los preceptos constitucionales citados.

El Pleno del Tribunal Constitucional considera³³ que la resolución del presente proceso constitucional está respondida en la STC 129/1999, en la que se ha afirmado que el precepto que hace posible el internamiento de una persona debe recogerse en una Ley orgánica ya que estamos ante una privación de libertad (artículos 17.1 y 81CE). Y se viene a reiterar esta doctrina en la STC 131/2010, en relación con el primer párrafo del artículo 211, en la redacción dada por la Ley 1/1996, así como sobre la disposición final vigésima tercera del mismo cuerpo legal.

Dado que la Ley 1/2000 ha sido elaborada, aprobada y promulgada como ley ordinaria, procede declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los dos primeros párrafos del artículo 763 LEC, por no poseer carácter orgánico.

Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado art. 763.1 LEC, según el cual «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial», así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida». Los restantes contenidos no incurrir en inconstitucionalidad porque «establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica».

Sin embargo, el Tribunal no deriva de la inconstitucionalidad de estos incisos su nulidad, porque se crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime cuando no se discute su contenido material. Estamos, señala el Tribunal, «en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica».

El legislador ha colmado esta laguna a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha conferido carácter orgánico al artículo 763 (también al 778 y al 778 bis) LEC. La lectura de esta Sentencia, en conexión con la 131/2010, acrecienta la sospecha de que se ha tratado de la misma forma dos problemas jurídicos que no son idénticos en su planteamiento. Mientras que en la primera se analiza si tiene carácter orgánico un precepto incluido en una Ley orgánica a la que una disposición final priva de dicho carácter, en la segunda se analiza si una materia reservada a la ley orgánica puede ser regulada mediante ley ordinaria.

La inconstitucionalidad que parece evidente en el segundo caso, no lo es tanto, como ya se ha anticipado, en el primero. En efecto, una vez que se decreta la inconstitucionalidad de un precepto que atribuye carácter ordinario a una norma contenida en una Ley orgánica, es posible entender que el problema denunciado de inconstitucionalidad desaparece.

33 STC (Pleno) 132/2010, 2-12.

Sí que era manifiestamente inconstitucional, a nuestro entender, el artículo 763 LEC porque regulaba una materia reservada a Ley Orgánica a través de una simple ley ordinaria. Puede discutirse si resulta acertado acordar que la inconstitucionalidad del mentado precepto no conlleve su nulidad. Es cierto que estamos ante una materia relevante y de gran importancia práctica, y que generar un vacío legal en esta materia podría generar serios problemas para el interés general. Lo que tiene menos explicación es que el legislador haya tardado cinco años en adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional³⁴. Y también que lo haya hecho de la forma más parca posible, limitándose a conferir al citado precepto de carácter orgánico, sin haber aprovechado la ocasión para reformular con más ambición la institución del ingreso hospitalario forzoso derivado del padecimiento de trastornos psíquicos.

IV. Algunas consideraciones conclusivas

En líneas anteriores hemos visto que, en el marco de las cuestiones de inconstitucionalidad examinadas en el presente trabajo, lo que se cuestiona es si la regulación del ingreso forzoso de personas que padecen trastornos psíquicos se ajusta a la Constitución.

La principal conclusión que puede derivarse de la jurisprudencia constitucional examinada en líneas anteriores es que la norma que permite tal medida privativa de libertad debe ser regulada a través de un precepto legal que tenga carácter orgánico. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede alcanzar tal exigencia porque la Ley orgánica no existe en todos los Estados que se han adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero puede derivarse con naturalidad del artículo 5 CEDH. Como se recordará, este indica que «Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento previsto por la Ley». Dado que el internamiento, conforme a Derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo se incluye en el apartado e del mismo artículo, la Ley deberá regular el supuesto y el procedimiento³⁵.

Desde esta perspectiva, es posible exigir también que la regulación tenga una razonable «calidad», esto es, que establezca diversos aspectos que hoy no se recogen con la debida precisión en el Derecho español. El Magistrado García Manzano evidenciaba en su voto particular a la STC 124/1993 la existencia de algunas lagunas en la vieja regulación del internamiento previsto en la citada Ley 13/1983. Es cierto que la regulación hoy vigente es más ambiciosa desde esta perspectiva, incorporando exigencias que se derivan directamente del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, el Convenio exige, por ejemplo, que toda persona privada de su libertad tenga «derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial» (artículo 5.4), y hoy

34 Debe recordarse que si bien el Tribunal Constitucional ha entendido lesionado en un recurso de amparo el derecho a la libertad personal del recurrente por haberse acordado su ingreso forzoso en un centro hospitalario [STC (Sala Segunda) 141/2012, 2-07], tampoco ha extraído consecuencias de tal decisión, porque ya había sido liberado, instando nuevamente al legislador lo que no hizo en un plazo razonable. Sobre esta Sentencia, vid. C. LASARTE, «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos», *La Ley* 17955/2012.

35 J. LÓPEZ BARJA de QUIROGA, «El internamiento de los enajenados», *Poder Judicial* 4 (1986), p. 50.

nuestra regulación dispone que «la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación» (artículo 763.3 in fine). Es precisamente este apartado del artículo 763 el que mejora mucho la regulación española del internamiento forzoso. Dispone, en su primer párrafo, que «Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley».

Pese a todo, la doctrina sigue cuestionando la actual regulación normativa. De un lado, por su falta de concreción en algunos aspectos. Por ejemplo, sobre las personas legitimadas para instar el ingreso de una persona, habiéndose interpretado jurisprudencialmente de forma extensiva³⁶. Son muchos los autores que denuncian, por otra parte, que la regulación española es muy insuficiente y que las carencias existentes no han sido colmadas por la Ley 41/2002 de autonomía del paciente³⁷. También lo ha hecho el Defensor del Pueblo en la Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, sobre modificaciones legales en orden a reforzar y garantizar los derechos de las personas que padecen una enfermedad mental³⁸.

De otro, resulta también preciso adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad³⁹. Tiene razón el Fiscal Gonzalo A López Ebri cuando señala que «el art. 763 LEC no regula el internamiento de personas con discapacidad, sino el ingreso por razones de enfermedad y con carácter terapéutico»⁴⁰. No es de extrañar que proponga una amplia redacción del precepto citado (modificando siempre el término *internamiento* por *ingreso* y reforzando el control sobre la medida privativa de libertad decretada). En el último Informe España 2017 relacionado con Derechos humanos y discapacidad, se maneja la posibilidad de derogar el artículo 763 de la

36 J. J. MARÍN LÓPEZ, «Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (sobre la STC 129/1999, de 1 de julio)», *Derecho Privado y Constitución* 13 (1999), p. 226.

37 Ver, entre otros, L. F. BARRIOS FLORES, «La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales». *Derecho y Salud* 2012/1, p. 41, que presenta un decálogo de reformas jurídicas y no jurídicas. Conviene subrayar, en esta dirección, que los cambios deben afectar también a las prácticas seguidas. Así, por ejemplo, resulta obligado que el ingreso de enfermos mentales se realice en establecimientos destinados a su tratamiento médico (hospitales, clínicas), por exigirlo así la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo analizada en este estudio, y no, por ejemplo, en centros penitenciarios. Tampoco está claro si este precepto podría ser utilizado para acordar el ingreso forzoso en centros geriátricos de personas mayores que precisen de ayuda constante (ver G. VICO FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico...*, cit, pp. 75 ss. y 116 ss.) o la duración de los plazos en él previstos (ibídem, p. 90). M^a C. ORTUÑO NAVALÓN hace notar, por su parte, que el artículo 763 LEC contempla que la autoridad judicial acuerde el ingreso forzoso de una persona que padece trastornos psíquicos, pero que no le habilita para imponer un tratamiento médico en contra de su voluntad, puesto que la misma se relaciona con un bien jurídico, salud, distinto al de libertad personal [en «A propósito de los tratamientos médicos forzosos. Su inadecuada judicialización con base en el artículo 763 LEC», *Revista Jurídica Valenciana* 33-34 (2017), p. 60]].

38 De la que tenemos noticias en diversos trabajos, como son los de G. J. ESTÉVEZ-GUERRA, E. FARIÑA-LÓPEZ y E. PENELO, «Prescripción facultativa y consentimiento informado ante el uso de restricciones físicas en centros geriátricos de las Islas Canarias», nota 13, y G. VICO FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico...*, cit, p. 315.

39 No se ocupa de esta cuestión la Ley 26/2011, 01-08, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

40 G. A. LÓPEZ EBRI, «La protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica en los términos del artículo 763 LEC y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Estudios Jurídicos* 2010, p. 7.

Ley de Enjuiciamiento Civil y regular los ingresos forzosos en el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁴¹. También que el Defensor del Pueblo abra una investigación sobre la situación de las personas con discapacidad en los centros penitenciarios.

No resulta ni preciso ni conveniente ahondar en estas cuestiones. Podemos concluir que, a nuestro modesto entender, los órganos judiciales han instado al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre si la norma que regula los ingresos forzosos de personas que padecen trastornos psíquicos respeta la reserva de Ley Orgánica. El Tribunal ha respondido por la negativa, pero sin declarar la nulidad de las normas inconstitucionales. Y el legislador ha limitado su (tardía) actuación a resolver ese concreto problema, sin aprovechar ni esa ocasión, ni la derivada de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, para mejorar cualitativamente esta regulación. Es indudable que tal tarea, urgente ya, se acometerá en algún momento, pero no parece que se le confiera la relevancia que, sin duda alguna, posee.

41 Comité español de representantes de personas con discapacidad: *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2017*, Madrid, Cinca, 2018, p. 78.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI DISABILI E TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI (TSO)

Marina CALAMO SPECCHIA¹

I. Il campo di indagine del progetto *QPC 2020*: i disabili e i TSO

Già dagli anni novanta la Corte costituzionale italiana ha chiarito che i diritti sociali, e il diritto alla salute in particolare, sebbene nati condizionati dalla sussistenza di risorse, sono stati elevati al rango di diritti inviolabili e inalienabili della persona e direttamente espressivi di valori e principi costituzionali: emblematica, al riguardo, è la sentenza n. 455 del 1990 per la quale il diritto alla salute è costruito come diritto fondamentale dell'individuo sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale che caratterizza la forma di stato disegnata dalla Costituzione.

Costituendo la salute un diritto inviolabile dell'uomo, la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 252 del 2001 ha affermato l'incomprimibilità di un "nucleo irriducibile del diritto alla salute" poiché rappresenta un "ambito inviolabile della dignità umana" e come tale da riconoscersi anche agli immigrati irregolari ai quali vanno assicurate "cure urgenti o comunque essenziali" senza che sussista a carico della struttura sanitaria l'obbligo di denuncia all'autorità² e venendo meno l'obbligo di espulsione dell'immigrato irregolare che deve sottoporsi a trattamenti sanitari essenziali per la sua salute: la Corte rimarca che non può essere eseguita l'espulsione "di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio" (punto 5) al diritto alla salute, costituzionalmente protetto.

Le ragioni che hanno indotto la delimitazione del campo di indagine della ricerca sono prevalentemente di natura pratica: la giurisprudenza costituzionale in materia di malati è copiosa e necessita di una selezione ragionata di ambiti rilevanti al fine di concorrere a delineare il quadro complessivo della tutela del diritto alla salute quando riferito ai soggetti deboli. Le situazioni soggettive in cui versano i disabili e coloro che devono essere sottoposti a TSO rientrano in un concetto ampio di salute che abbraccia anche condizioni soggettive non transitorie come la disabilità, ma che necessitano, comunque della predisposizione di accesso tanto alle cure quanto a forme di assistenza, ed anche delle cc.dd. terapie obbligatorie preventive come i trattamenti sanitari obbligatori.

¹ Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

² V. art. 2 e 35, comma 3, e art. 35, comma 5 del DPR 25 luglio 1998.

La scelta di occuparsi delle decisioni in materia di disabili e TSO risponde pertanto a un duplice ordine di considerazioni:

- a) perché si tratta sovente di condizioni personali non transeunti e che richiedono un comportamento attivo del potere legislativo, la cui omissione, sebbene con determinate forme, è sanzionabile dal giudice delle leggi;
- b) perché il diritto alla salute, con riferimento alle condizioni di debolezza cronica, deve comprendere anche tutte quelle misure antidiscriminatorie volte a migliorare le condizioni di vita dei soggetti deboli.

II. I disabili

I disabili sono oggetto di ampia protezione costituzionale sia sotto il profilo della sfera personale attraverso il principio di non discriminazione e della tutela della dignità della persona umana, sia sotto il profilo delle azioni positive della protezione della salute e dell'assistenza sociale.

Le sentenze esaminate si muovono entro questi due percorsi e per assicurare la massima tutela dei diritti dei disabili tra i quali spiccano, in particolare, nella nostra Carta costituzionale il “riconoscimento” e la “garanzia” (art. 2 Cost.) dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella loro “pari dignità sociale” (art. 3 al. Cost.) che consenta il “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3 cpv. Cost.), trova un saldo fondamento proprio in quel *parametro espansivo* offerto dalla Costituzione e rappresentato dalla *pienezza dello sviluppo della persona umana*. Nel caso di specie si tratta, appunto, delle persone con disabilità nei cui confronti, in ragione proprio della loro naturale diversità, vanno riconosciuti quei diritti alla riduzione delle disuguaglianze come sostanzializzazione del principio di non discriminazione, condizione imprescindibile per realizzare il loro diritto ad avere pari opportunità, anche in forza di quei “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” di cui l'art. 2 Cost. richiede perentoriamente l'adempimento.

Una tutela specifica è assicurata al diritto di istruzione e di assistenza dei disabili. L'art. 38, I e III comma, della Costituzione ove si precisa che “Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale” (comma I) «gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale» (comma III), abbandonando l'impostazione paternalistica di stampo liberale che si traduceva nella previsione di scuole o classi speciali a favore di quella pubblica e generale volta a promuovere l'inclusione sociale e la socializzazione ed edificando un nuovo diritto del disabile all'effettiva partecipazione alla vita sociale (in tale senso emblematica è la legge quadro in materia, la n. 104 del 1992, sia sotto il profilo dell'integrazione scolastica e del diritto all'assistenza del disabile; di rilievo anche la legge 68/1999, di tutela del lavoro dei disabili, che introduce una forma di collocamento mirato dei disabili, realizzata anche mediante quote di assunzioni riservate).

I diritti che concorrono a garantire il pieno sviluppo della personalità del disabile sono:

- 1) il diritto all'istruzione: questo diritto non può essere in alcun modo compresso e va promosso anche riconoscendo la legittimità di misure indennitarie, sebbene subordinate all'iscrizione nelle liste di collocamento del disabile in età scolare³ nonché particolari misure di trasporto pubblico il cui finanziamento non può essere sottoposto a vincoli di bilancio restrittivi, poiché “è la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione delle prestazioni per realizzarlo”⁴.

Inoltre, spetta alla discrezionalità del legislatore stabilire i diversi tipi di intervento sulla qualità ed entità delle misure necessarie a rendere effettiva la tutela delle persone disabili⁵.

L'affermazione del diritto all'istruzione del disabile - consacrato nell'art. 38 Cost. e tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità - non si deve tradurre in una mera previsione programmatica, ma deve essere riempita di contenuto concreto e reale, e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione e attuazione di tale diritto, la cui natura fondamentale impone alla discrezionalità del legislatore il limite invalicabile del rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati, tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e assistenza, che, per lo studente disabile, costituisce componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto⁶.

Rientra tra le misure di promozione dell'inserimento sociale del disabile la previsione di insegnanti di sostegno forniti di idonei titoli di specializzazione che accompagnino il percorso formativo del disabile: a tal fine è incostituzionale la mancata previsione della riscattabilità, ai fini del trattamento di quiescenza, dei titoli di studio di specializzazione o di perfezionamento (post-secondari) non rilasciati da università, ma da istituti e scuole riconosciuti dal Ministero della pubblica istruzione e richiesti per l'assegnazione ai posti di insegnante di “sostegno”⁷. La previsione dell'insegnante di sostegno adeguato alle esigenze poste dalle diverse forme di disabilità non può essere compressa dal limite al numero degli stessi, senza la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato per assicurare al disabile il conseguimento del livello di formazione obbligatoria e superiore e l'avviamento al lavoro⁸.

³ Corte costituzionale, sentenza n. 329 /2002; parametro: Artt. 2 e 3, secondo comma, 31, primo comma, 32, 34 e 38, terzo comma, della Costituzione; oggetto: legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del decreto legge 30 gennaio 1971 e nuove norme in favore di mutilati e invalidi civili); decum: sentenza di rigetto.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 275/2016, parametro: Costituzione artt. 2, 38 co. 3 e c. 4, art. 81; oggetto: legge della Regione Abruzzo 15/12/1978 n. 78 art. 6 co. 2, legge della Regione Abruzzo 26/04/2004 n. 15 art. 88 co. 4; decum: sentenza di accoglimento parziale testuale.

⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 431/2008; parametro: artt. 2, 3 e 32 Cost.; oggetto: legge 02/08/1999 n. 264 art. 4; decum: inammissibilità della q.l.c. relativa alla riserva posti per l'accesso ai corsi di laurea in fisioterapia, in quanto il giudice a quo ha formulato una richiesta di pronuncia additiva che non si presenta, quanto a possibilità di soluzione, “a rime obbligate”, poiché sono possibili diversi tipi di interventi rimessi alla discrezionalità del legislatore.

⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 80/2010; parametro: artt. 2, 38 co. 3 e c. 4, art. 81; art. 24 convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità; oggetto: art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008); decum: sentenza di accoglimento parziale interpretativa.

⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 52/2000; parametro: artt. 2, 3, 24, comma primo, e 38, comma terzo, 97 Cost.; oggetto: artt. 13, primo comma, D.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092 e dell'art. 2 d.lgs. 30 aprile 1997, n. 184; decum: sentenza manipolativa additiva.

⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 80/2010; parametro: Costituzione art. 2, 3, 4 co. 1, 10 co. 1, 30 co. 1, 30 co. 2, 31 co. 1, 34 co. 1, 35 co. 1, 35 co. 2, art. 38 co. 3, art. 38 co. 4; oggetto: legge 24/12/2007 n. 244 art. 2 co. 413 e legge 24/12/2007 n. 244 art. 2 co. 413; decum: sentenza di accoglimento parziale interpretativa.

In merito alla frequenza degli asili nido, che costituisce un essenziale fattore per il recupero del bambino disabile nonché come già affermato nella sentenza n. 215 del 1987 per il “superamento della sua emarginazione”, essa va incentivata attraverso la concessione dell’indennità mensile di frequenza ai minori disabili che frequentano l’asilo nido ed è pertanto incostituzionale la mancata previsione di una simile indennità⁹.

- 1) il diritto a circolare liberamente: questo diritto viene assicurato sia garantendo ai disabili non deambulanti il diritto a parcheggi riservati¹⁰ sia attraverso la rimozione delle barriere architettoniche anche mediante l’adeguamento di strutture ricettive già esistenti, come nel caso dei cinematografi¹¹;
- 2) il diritto al lavoro, garantendo quote di accesso riservato nelle pubbliche amministrazioni, che tuttavia non si devono tradurre in forme di privilegio ingiustificato, nel senso che l’ordinamento può predisporre misure per favorire l’accesso al lavoro dei disabili ma non la progressione di carriera¹².

I disabili necessitano inoltre di particolari forme di assistenza a tutela della loro salute psico-fisica, venendo in gioco il principio di non-discriminazione dei disabili:

- 1) il diritto di essere assistiti non solo dai genitori ma anche dai fratelli e dalle sorelle nonché dal coniuge conviventi, che possono fruire del congedo ivi indicato, nell’ipotesi in cui i genitori siano impossibilitati a provvedere all’assistenza del figlio handicappato perché totalmente inabili¹³; nella stessa ottica va letta la concessione del beneficio della detenzione domiciliare alla madre condannata o al padre condannato, conviventi con un figlio portatore di ‘handicap’ totalmente invalidante¹⁴. Ugualmente viene riconosciuta la fruizione del congedo al figlio convivente, in

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 467/2002; parametro: Art. 2, 3, 38 Cost.; oggetto: legge 11/10/1990 n. 289 art. 1 co. 3; decum: sentenza manipolativa additiva.

¹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 362/2004; parametro: Cost. art. 3 c. 1-2, art. 32; oggetto: codice della strada (d.lgs. 30.4.1992, n. 285) art. 158 co. 2; decreto del Presidente della Repubblica 24/07/1996 n. 503 art. 11; decreto del Presidente della Repubblica 24/07/1996 n. 503 art. 12; decreto del Presidente della Repubblica 16/12/1992 n. 495 art. 381 (combinato disposto); decum: sentenza di manifesta inammissibilità per carente definizione della q.l.c in relazione alla necessaria estensione della norma sui parcheggi riservati anche ai disabili gravi ma deambulanti.; sent. 113/2006; parametro: art. 3 Cost.; oggetto: codice della strada (d.lgs. 30.4.1992, n. 285) art. 158 co. 2; decreto del Presidente della Repubblica 24/07/1996 n. 503 art. 11; decreto del Presidente della Repubblica 24/07/1996 n. 503 art. 12; decreto del Presidente della Repubblica 16/12/1992 n. 495 art. 381 in relazione all’art. 158, cco. 2, lett. g), codice della strada.; decum: sentenza di manifesta inammissibilità per irrilevanza della q.l.c.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 251/2008; parametro: art. 2, 3, 32 Cost.; oggetto: legge 30/03/1971 n. 118 art. 27 co. 1; legge 30/03/1971 n. 118 art. 27 co. 2; decum: rigetto dell’eccezione di inammissibilità dell’q.l.c.

¹² Corte costituzionale, sentenza n. 190/2006; parametro: Costituzione art. 3; Costituzione art. 4; Costituzione art. 38; Costituzione art. 97. Norme interposte: legge 11/03/1953 n. 87 art. 27; oggetto: decreto legge 28/05/2004 n. 136 art. 8-bis; legge 27/07/2004 n. 186; decum: sentenza di accoglimento per violazione del principio di eguaglianza considerato che la norma impugnata prevedeva misure volte a favorire la progressione di carriera dei disabili assunti con quote riservate.

¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 233/2005; parametro: art. 3; oggetto: decreto legislativo 26/03/2001 n. 151 art. 42 co. 5; decum: sentenza manipolativa additiva; sent. n. 158/2007; parametro: Art. 2, 3, 29, 32 Cost.; oggetto: decreto legislativo 26/03/2001 n. 151 art. 42 co. 5; decum: sentenza manipolativa additiva.

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 350/2003; parametro: art. 3 Costituzione; oggetto: art. 47-ter, comma 1, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà); decum: sentenza manipolativa additiva.

assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave¹⁵; lo stesso diritto viene riconosciuto:

- a) al convivente more uxorio stabilmente convivente, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado¹⁶.
 - b) al figlio non convivente, a condizione che detta convivenza si instauri successivamente e in caso di mancanza di altri soggetti legittimati in via prioritaria dalla legge (coniuge, fratelli o sorelle, parenti o affini entro il terzo grado conventi)¹⁷.
- 1) Infine va considerato il riconoscimento allo straniero disabile dei medesimi diritti sociali assistenziali goduti dal cittadino senza che possano essere condizionati alla titolarità della carta di soggiorno (nella specie indennità di accompagnamento, indennità di invalidità e indennità di frequenza ai minori extracomunitari legalmente soggiornanti)¹⁸.
 - 2) Lo straniero disabile è tutelato anche con riferimento alle condizioni richieste per l'acquisto della cittadinanza: in particolare è stato dichiarato incostituzionale l'obbligo di prestare giuramento previsto in capo allo straniero incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di grave e accertata condizione di disabilità mentale. Il progressivo inserimento nella società, ove siano soddisfatte le altre condizioni previste dalla legge che regola l'acquisizione della cittadinanza, è evidentemente impedito dall'imposizione normativa del giuramento alla persona che, in ragione di patologie psichiche di particolare gravità, sia incapace di prestarlo. La necessità di esso, e la mancata acquisizione della cittadinanza che, in sua assenza, ne consegue, può determinare una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale. Può inoltre determinare una ulteriore e possibile forma di emarginazione, anche rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza¹⁹.
 - 3) Infine la tutela del disabile si estende anche alla condizione dei condannati a pene detentive. L' art. 47-ter, comma 1-ter, ordinamento penitenziario, stabilisce che quando «potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146

15 Corte costituzionale, sentenza n. 19/2009; parametro: Art. 2, 3 co. 1, 32 Cost.; oggetto: decreto legislativo 26/03/2001 n. 151 art. 42 co. 5; decum: sentenza manipolativa additiva.

16 Corte costituzionale, sentenza n. 213/2016; decum: sentenza manipolativa additiva.

17 Corte costituzionale, sentenza n. 232 del 2018; decum: sentenza manipolativa additiva; sentenze collegate: n. 203 del 2013; decum: sentenza manipolativa additiva; n. 19/2009; 158/2007; n. 233/2005; n. 350/2003.

18 Corte costituzionale, sentenza n. 40/2013; parametro: artt. 2, 3, 38 Cost.; altri parametri e norme interposte: art. 14 della CEDU; oggetto: art. 80, comma 19, della legge finanziaria del 2001; decum: sentenza di accoglimento; sentenze collegate: nn. 11/2009 (accoglimento parziale), 306/2008, 324/2006 (inammissibilità semplice), 187/2010 (accoglimento parziale) e 329/2011 (accoglimento parziale).

19 Corte costituzionale, sentenza n. 258/2017; parametro: artt. 2, 3 e 38) oggetto: artt. 10 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), 7, comma 1 (*recte*: comma 2), del decreto del Presidente della Repubblica 12 ottobre 1993, n. 572 (Regolamento di esecuzione della legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza) e 25, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127); decum: sentenza manipolativa additiva.

e 147 del codice penale», il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di quattro anni di cui all'art. 47-ter, comma 1, ordinamento penitenziario, «può disporre la applicazione della detenzione domiciliare»: la ratio di detta norma è di offrire una modalità alternativa di esecuzione della pena rispetto al differimento della stessa. Tale possibilità non è contemplata per i malati psichici affetti da grave infermità sopravvenuta, intendendosi per tale una malattia mentale che, pur cronica o preesistente al reato, non sia stata considerata influente sulla capacità di intendere e di volere nel corso del giudizio penale dal quale è scaturita la condanna definitiva, oppure sia stata accertata o sia effettivamente insorta durante la detenzione. Attraverso il suo *iter* argomentativo, la Corte richiama l'esigenza di effettività delle garanzie costituzionali di persone che non solo si trovano in uno stato di privazione della libertà personale, ma sono anche gravemente malate e, dunque, versano in una condizione di duplice vulnerabilità e ritiene che la disposizione impugnata sia incostituzionale nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47ter²⁰.

Dall'insieme di queste decisioni il quadro che se ne ricava è una sempre maggiore attenzione della Corte costituzionale italiana all'integrazione del disabile nel tessuto sociale sia attraverso misure alternative al carcere per i detenuti disabili, sia attraverso misure di favore (come nel caso dell'esonero dal giuramento per l'acquisto della cittadinanza dello straniero disabile, o la previsione della rimozione di ostacoli fisici che impediscano la libera circolazione del disabile, come nel caso delle barriere architettoniche) sia, infine, attraverso misure volte a promuovere lo sviluppo della personalità del disabile (tipica è la normativa sugli insegnanti di sostegno) e ad assicurare la doverosa assistenza familiare.

III. I trattamenti sanitari obbligatori

La materia dei trattamenti sanitari obbligatori è disciplinata dall'art. 32 della Costituzione, che dopo aver affidato alla Repubblica il compito di tutelare la salute nella sua duplice dimensione individuale di diritto fondamentale e generale di interesse della collettività (I comma), dispone che che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”* (II comma). L'art. 117, terzo comma, rende concreto detto principio, riservando allo Stato il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 99/2019; decusum: sentenza manipolativa additiva.

La Costituzione, a tutela dell'interesse generale della collettività alla salute, affida al legislatore il potere di imporre trattamenti sanitari obbligatori (d'ora in poi TSO), fissando le condizioni affinché detto trattamento possa essere costituzionalmente legittimo:

- a) la puntuale previsione legislativa (riserva di legge statale rinforzata);
- b) il non arrecare danno al soggetto sottoposto al TSO;
- c) l'essere finalizzato a tutelare l'interesse collettivo alla salute;
- d) assicurare il rispetto della persona umana, nel duplice aspetto di trattamento necessario in assenza di trattamenti alternativi non invasivi e della finalità non discriminatoria del trattamento.

I TSO sono dunque un'eccezione alla regola del diritto alla salute come diritto fondamentale. all'autodeterminazione nelle cure e nella disposizione del proprio corpo, che si esprime anche attraverso il rifiuto delle cure: il TSO in tanto può dirsi costituzionalmente legittimo in quanto implichi un complesso di misure volte a salvaguardare la salute collettiva (intesa questa come salute degli altri e non come interesse generale alla salute dei membri di una società civile), presupponendo la doverosità sociale del trattamento sanitario individuale coattivo.

- a) Un primo gruppo di decisioni verte sull'estensione dell'indennizzo da infezione a causa di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate e di trasfusioni di sangue o di emoderivati o a causa di servizio. Il principio che sorregge il diritto all'indennizzo in caso di infezione da HIV o epatite contratta a seguito di trasfusione è l'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute. Il parametro invocato è: art. 32 Cost.; art. 38, in riferimento all'art. 2 e 3 della Costituzione. L'oggetto è la l. n. 210/1992 (sull'Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati). Con la sentenza n. 226/2000²¹, la Corte ha dichiarato infondata la q.l.c. per come posta dal giudice remittente fondata sull'obbligatorietà del trattamento sanitario e non sull'interesse collettivo alla salute che determina l'erogazione dello stesso quale misura di natura assistenziale in caso di malattia e dunque soggetto al potere di apprezzamento del legislatore. Le sentenze n. 423 del 2000²² e 107 del 2012²³, l'ordinanza n. 522 del 2000²⁴ e le sentenze n. 342 del 2006²⁵ e n. 268 del 2017²⁶ da una parte, e le sentenze n. 38 del 2002²⁷, n. 28 del 2009²⁸, l'ordinanza n. 76 del 2012²⁹ e la sentenza n. 293 del 2011³⁰, dall'altra, sono collegate alla sentenza n. 226 del 2000. La q.l.c. delle

21 Decisum: sentenza di rigetto.

22 Decisum: sentenza manipolativa additiva di prestazione.

23 Decisum: sentenza manipolativa additiva di prestazione.

24 Decisum: ordinanza di manifesta infondatezza.

25 Decisum: sentenza di rigetto.

26 Decisum: sentenza manipolativa additiva di prestazione.

27 Decisum: sentenza di rigetto.

28 Decisum: sentenza manipolativa additiva di prestazione.

29 Decisum: manifesta inammissibilità.

30 Decisum: sentenza di accoglimento totale.

prime tre pronunce verte sulla legge n. 210 del 1992 nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo, comprensivo della rivalutazione monetaria al tasso di interesse programmato e dell'indennità integrativa speciale ai sensi dell'art. 2 l. 210 del 1992 così come modificata dalla l. n. 238 del 1997³¹, per coloro che avevano subito danni irreversibili alla salute per essersi sottoposti a trasfusione di sangue che ha causato l'infezione da epatite cronica HCV durante un intervento chirurgico o a vaccinazione antiepatite B non obbligatoria, in quanto appartenenti a categorie a rischio, ma raccomandata³² e l'infezione da HIV e HCV a seguito di trasfusione in assenza di alternative terapeutiche³³ o a vaccinazione contro il morbillo, la rosolia e la parotite non obbligatoria ma raccomandata³⁴, posizione che la Corte riconferma nel 2017 a proposito di danno irreversibile dalla somministrazione di vaccino antinfluenzale ad operatori sanitari³⁵.

La q.l.c. degli artt. 2, comma 7, e 4, comma 4, della legge n. 210 del 1992 (come integrata dall'art. 1, comma 2, della legge n. 238 del 1997), ovvero la vaccinazione antinfluenzale³⁶ in relazione agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, risolta con la sentenza n. 38 del 2002, concerneva la quantificazione del danno gravissimo e irreversibile alla salute (c.d. assegno di "superinvalidità) derivante da vaccinazione obbligatoria antipolio. Si discosta dalle precedenti la q.l.c. che ha dato luogo alla sentenza n. 476 del 2002³⁷: la questione verteva sempre sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), ma con riferimento non a contagio a seguito di trasfusione o vaccinazione, ma al contagio derivato all'operatore sanitario dal contatto con sangue infetto in occasione dello svolgimento del proprio servizio. Ultimamente la corte è tornata sulla questione dell'indennizzo a soggetti affetti da sindrome da talidomite, determinata dalla somministrazione dell'omonimo farmaco e manifestatasi nelle forme dell'amelia, dell'emimelia, della focomelia e della micromelia – riconoscendo tale diritto anche ai nati negli anni dal 1958 al 1965³⁸.

La competenza regionale in materia di vaccinazioni obbligatorie è stata di recente oggetto di pronuncia in sede di ricorso in via principale da parte del Governo sulla legge della Regione Puglia del 19 giugno 2018 (Disposizioni per l'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari). La Corte costituzionale nella sentenza n. 137 del 2019, richiamando la decisione n. 5 del

31 Corte costituzionale, sentenza n. 293/2011.

32 Corte costituzionale, sentenza n. 423/2000.

33 Corte costituzionale, sentenze n. 522/2000, n. 342/2006 e n. 28/2009.

34 Corte costituzionale, sentenza n. 107/2012.

35 Corte costituzionale, sentenza n. 268/2017.

36 Corte costituzionale, sentenza n. 268/2017.

37 Decisum: sentenza manipolativa additiva di prestazione.

38 Corte costituzionale, sentenza n. 55/2019; decisum: sentenza manipolativa additiva di prestazione.

2018, che riconosce la competenza statale in materia di determinazione uniforme degli standard vaccinali sul territorio nazionale, esclude l'applicazione di detto indirizzo giurisprudenziale richiamato dalla difesa ricorrente e dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionali degli artt. 1, comma 1, 4 e 5 della L.R. Puglia n.27/2018, considerato che la legge regionale rientra nell'ambito dell'organizzazione sanitaria di competenza regionale ex art. 117, co. 3 Cost., limitandosi a organizzare la vaccinazione di operatori sanitari in costante contatto con i pazienti nell'ambito delle strutture del servizio sanitario nazionale, come profilassi nell'ambito delle tutele del lavoro³⁹. La Corte tuttavia dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, che attribuendo alle direzioni sanitarie ospedaliere la facoltà di valutare sentito il medico competente l'opportunità di prescrivere per gli operatori sanitari vaccinazioni normalmente non raccomandate, conferendo un potere così ampio e vago da invadere un ambito riservato al legislatore statale sia perché inerente principi fondamentali concernenti il diritto alla salute sia perché inerente alla riserva di legge statale in materia di trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32 Cost.⁴⁰.

- b) Un secondo gruppo di sentenze riguarda il delicato rapporto tra *commissi delicti*, infermità mentale e trattamento sanitario coattivo. La questione esaminata nella sentenza n. 253/2003⁴¹ concerne la sottoponibilità a misure alternative al ricovero in OPG il condannato per omicidio ma riconosciuto infermo totale di mente. La Corte dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 222 del codice penale nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale. Così come per il minore, infatti, anche per l'infermo di mente l'automatismo di una misura segregante e "totale", come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, imposta pur quando appaia in concreto inadatta, infrange l'equilibrio costituzionalmente necessario e viola esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, nella specie del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione. In un ordinamento ispirato al principio personalista, le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si giustificano solo in quanto rispondano contemporaneamente a due diverse, ma collegate e non scindibili, finalità: la cura e la tutela dell'infermo ed il contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra,

39 V. anche le sentenze n. 116 /2019, n. 108/2017 e n. 175/2016.

40 Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 2019; decism: sentenza di accoglimento parziale.

41 Corte costituzionale, sentenza n. 253/2003; parametro: Costituzione artt. 2,3, e 32; oggetto: codice penale artt. 219, I e III co., e 222; decism: sentenza manipolativa additiva e di rigetto parziale.

non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile. Con la sentenza 186/2015⁴² la Corte ritiene che la comminazione di misure restrittive della libertà personale (nella specie ricovero in OPG) a un condannato infermo di mente il cui presupposto è l'accertamento della pericolosità del soggetto che va valutata non in via generale, ma con riferimento ai profili specifici del caso di specie (le condizioni di vita individuali, familiari e sociali e l'assenza di progetti terapeutici individuali ai fini del graduale reinserimento sociale).

- c) Una particolare forma di TSO è rappresentata dalle vaccinazioni obbligatorie. Nell'ordinanza 262/2004 la Corte affronta il delicato problema della legittimità del rifiuto dei genitori di sottoporre a vaccinazione obbligatoria antitetanica il loro figlio neonato, sulla base della considerazione che il rischio di contrarre il tetano sarebbe assai ridotto e che il vaccino sarebbe stato ritirato dal commercio dal 1° gennaio 2004, mentre il neonato sarebbe stato vaccinato nel 2003. La Corte ritiene la questione non ammissibile per genericità della q.l.c. "posto che, nel caso del minore, non è in gioco la sua autodeterminazione, ma il potere-dovere dei genitori di adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute dello stesso minore"⁴³.

In merito ai trattamenti sanitari obbligatoriamente prescritti in caso di procreazione medicalmente assistita, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la norma che, stabilendo le tecniche di produzione degli embrioni non debbono crearne un numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre, comporta la necessità di moltiplicare i cicli di fecondazione, poiché non sempre i tre embrioni sono in grado di dar luogo a una gravidanza. Ciò determina sia l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie collegate alla iperstimolazione ovarica, sia, nei casi in cui siano maggiori le possibilità di attecchimento, un pregiudizio diverso per la salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime. Si riconosce così al medico la possibilità di valutare il singolo caso, individuando, di volta in volta, il limite numerico di embrioni idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita e stabilendo che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna⁴⁴.

Infine, la tutela dell'individuo affetto da patologie richiedenti trattamenti sanitari obbligatori va letta alla luce del dettato costituzionale, in particolare, del principio personalistico enunciato

42 Corte costituzionale, sentenza n.186/2015; parametro e norme interposte: Artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77, 117 Cost. ; art. 5 CEDU; art. 3 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; oggetto: Art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 31 marzo 2014, n.52 (Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 maggio 2014, n. 81; decum: sentenza di rigetto.

43 Corte costituzionale, ordinanza 262/2004; parametro: art. 32 Cost.; oggetto: art. 1, lettera c), della legge 5 marzo 1963, n. 292 (Vaccinazione antitetanica obbligatoria), introdotta dall'art. 1 della legge 20 marzo 1968, n.419 (Modificazioni alla legge 5 marzo 1963, n.292, recante provvedimenti per la vaccinazione antitetanica obbligatoria); decum: ordinanza di manifesta infondatezza.

44 Corte costituzionale, sentenza n.. 151/2009; parametro: artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.; oggetto: art. 14, comma 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n.40; decum: sentenza di accoglimento parziale e additiva.

dall'art. 2 – che pone l'uomo e non lo Stato al centro della vita sociale – e di quello di inviolabilità della libertà personale, affermato dall'art. 13; principi alla luce dei quali la vita – primo fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo – non potrebbe essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare. Di qui, il diritto all'autodeterminazione individuale, previsto dall'art. 32 Cost. con riguardo ai trattamenti terapeutici, è stato, d'altronde, ampiamente valorizzato prima dalla giurisprudenza e poi dal legislatore, con la recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), che sancisce l'obbligo di rispettare le decisioni del paziente, anche quando ne possa derivare la morte.

Diverso è il caso dell'aiuto al suicidio, disciplinato dalla norma penale incriminatrice che conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita.

Diverso è altresì il caso in cui, grazie anche allo sviluppo della scienza medica, è possibile mantenere in vita attraverso trattamenti sanitari obbligatori soggetti in condizioni estremamente compromesse. Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost. Parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione. La Corte costituzionale, chiamata a valutare la costituzionalità dell'art. 580 in relazione a un caso di suicidio assistito di persona gravemente disabile ma pienamente in grado di assumere decisioni consapevoli e rimettendo al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, rinvia l'udienza di trattazione della discussione all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela, sospendendo *medio tempore* anche il giudizio *a quo*⁴⁵. In assenza di un intervento del legislatore, la Corte il 25 settembre si è pronunciata definitivamente con una decisione interpretativa di rigetto dichiarando non punibile l'aiuto al suicidio a determinate condizioni da parte di “*chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio,*

45 Corte costituzionale, ordinanza n. 207/2018; decisum: ordinanza di rinvio.

*autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli*⁴⁶. La non punibilità viene condizionata alla sussistenza del rispetto della normativa vigente in materia di consenso informato e di cure palliative, compresa la sedazione profonda, nonché alla verifica, previo parere della commissione etica territorialmente competente, delle condizioni richieste e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura ospedaliera pubblica. Si tratta di una decisione conseguenziale all'ordinanza n. 207 del 2018, che ne anticipa i contenuti, con la quale la Corte impiega per la prima volta lo strumento processuale dell'ordinanza di rinvio, che tuttavia presenta dei caratteri peculiari in quanto "ad incostituzionalità differita" poiché, pur riconoscendo l'illegittimità costituzionale della sanzione dell'aiuto al suicidio, richiede l'intervento del legislatore rinviando la decisione a un termine determinato.

La giurisprudenza sui trattamenti sanitari obbligatori mostra una particolare attenzione al bilanciamento della salute pubblica, che di per sé impone l'obbligatorietà del trattamento, con la tutela del singolo sottoposto al TSO: in questa ottica si colloca la costante giurisprudenza in materia di vaccinazioni obbligatorie e raccomandate che equipara sotto il profilo indennitario le due tipologie di trattamenti in relazione a esiti invalidanti. Diversa è la posizione della Corte con riferimento alla tutela della vita, da una parte, e il diritto all'autodeterminazione, dall'altra, nel caso in cui l'esistenza in vita sia condizionata alla somministrazione di trattamenti sanitari obbligatori: in questo caso, la decisione di fine vita come espressione consapevole del principio di autodeterminazione del disabile costituisce una condizione esimente la punibilità di chi agevola il suicidio.

IV. Alcuni dati statistici

L'andamento quantitativo delle decisioni della Corte costituzionale nel periodo compreso tra il 2000 e il 2018 mostra una progressiva contrazione, che si accentua negli anni più recenti. I dati aggregati mostrano nel periodo considerato un numero di decisioni rese nelle varie tipologie di giudizi pari a 7098: di queste, le sentenze pronunciate a seguito di ricorso in via incidentale si attestano in media intorno al 65% dal 2000 al 2011, con una decisa flessione nel 2012 (44,62%) e nel 2013 (44,47) quando si è verificata una temporanea inversione di peso tra il giudizio in via incidentale e quello principale, per poi riprendere il trend positivo dal 2014 al 2018 attestandosi in media intorno al 55%. Il medesimo trend si ripropone nel 2019 considerato che al 31 dicembre 2018 sono pendenti 213 ricorsi incidentali⁴⁷. Nell'ambito del contenzioso in via incidentale l'incidenza delle decisioni nel periodo considerato (2000-2018) in materia di disabili e di TSO si attesta rispettivamente intorno all'1% e intorno allo 0,3%.

⁴⁶ Ufficio stampa della Corte costituzionale, Comunicato stampa del 25 settembre 2019.

⁴⁷ I dati aggregati sono stati reperiti sul sito ufficiale della Corte Costituzionale.

V. Le tecniche decisorie adottate

La *summa divisio* delle decisioni che definiscono il giudizio sulla costituzionalità delle leggi vede da un lato le decisioni processuali e dall'altro le pronunce di merito: con le prime, il giudice costituzionale constata l'esistenza di motivi di ordine procedurale che "bloccano" il processo impedendole di esaminare nel merito la questione di costituzionalità, che resta impregiudicata; con le seconde, la corte scioglie il dubbio di costituzionalità, utilizzando uno strumentario decisionale che va ben oltre l'alternativa secca tra accoglimento e rigetto della questione.

Tra le decisioni processuali abbiamo: le decisioni di restituzione degli atti al giudice a quo, le decisioni di inammissibilità semplice e manifesta; le decisioni di cessazione della materia del contendere, di improcedibilità, di estinzione del giudizio. Tra le decisioni di merito: le decisioni di accoglimento totale e parziale (testuali e interpretative); le decisioni di rigetto; le decisioni interpretative di accoglimento e di rigetto; le decisioni manipolative additive (semplici, di prestazione, di principio), le decisioni manipolative sostitutive; le decisioni monitorie, le decisioni di incostituzionalità accertata e non dichiarata, di ancora costituzionalità, di incostituzionalità sopravvenuta e di incostituzionalità differita. Non è raro, poi, che il dispositivo contenga tanto la dichiarazione di inammissibilità o di rigetto di alcuni motivi, quanto la dichiarazione di incostituzionalità di altri motivi.

Sotto il profilo formale la Corte adotta tanto sentenze quanto ordinanze. Secondo l'art. 18 della legge n. 87 del 1953, infatti, la Corte «giudica in via definitiva con sentenza», mentre «tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza», la quale deve essere – secondo il comma 4 dell'art. 18 – «succintamente motivata». I provvedimenti del Presidente sono invece adottati con decreto. Tale differenza com'è noto è solo tendenziale, come si evince dall'art. 29 della stessa legge n. 87 del 1953, che fa riferimento all'«ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità», pur essendo questa una decisione definitiva.

Tra le sentenze oggetto di disamina troviamo:

a) I disabili

- decisioni processuali di inammissibilità semplice, seguite dalla rimessione degli atti al giudice a quo⁴⁸;
- decisioni processuali di manifesta inammissibilità, che hanno anche natura definitiva potendo chiudere il giudizio quando la questione è di immediata e facile soluzione e consentono alla Corte di pronunciarsi anche con ordinanza in Camera di consiglio⁴⁹;
- decisioni processuali di rinvio⁵⁰;

48 Corte costituzionale, sentenze n. 431/2008; n. 324/2006; n. 251/2008.

49 Corte costituzionale, sentenze n. 362/2004; n. 113/2006.

50 Corte costituzionale, ordinanza n. 207/2018.

- decisioni di rigetto o di infondatezza della questione così come posta dal giudice *a quo* senza conferire una “patente di costituzionalità”: si tratta della classica sentenza di rigetto con efficacia *inter partes* che non esclude che in un momento successivo possa essere accolta dalla Corte⁵¹;
- decisioni di accoglimento totale⁵²;
- decisioni di accoglimento parziale interpretative, caratterizzate da formule dichiarative dell’incostituzionalità del tipo: “nella parte in cui prevede” o “stabilisce” o “detta” un certo contenuto normativo oppure “si riferisce” a una data fattispecie⁵³;
- decisione di accoglimento parziale testuale, che riduce il testo della disposizione e di conseguenza il significato normativo della disposizione⁵⁴;
- decisioni manipolative additive semplici⁵⁵.

b) I trattamenti sanitari obbligatori (TSO)

- decisioni di manifesta inammissibilità⁵⁶;
- decisioni di rigetto o infondatezza⁵⁷;
- decisioni di rigetto con monito⁵⁸;
- decisioni di rigetto per manifesta infondatezza, prevista dall’art. 29 della legge n.87 del 1953, la quale fa riferimento all’ordinanza “con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell’eccezione di incostituzionalità”⁵⁹;
- decisioni di accoglimento totale⁶⁰;
- decisioni di accoglimento parziale testuale⁶¹;
- decisioni manipolative additive semplici⁶²;
- decisioni manipolative additive di prestazione⁶³.

Considerando complessivamente le tipologie di pronunce selezionate in materia di disabili e di TSO, emerge il seguente quadro:

51 Corte costituzionale, sentenza n.329 /2002.

52 Corte costituzionale, sentenza n.190/2006.

53 Corte costituzionale, sentenza n.80/2010: “nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno” e “nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente”; sentenza n. 11/2009: “nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità, di cui all’art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 ..., possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo”; sentenze. n. 306/2008; n. 329/2011; n. 329/2011.

54 Corte costituzionalità, sentenza n.275/2016: “limitatamente all’inciso «, nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa.»”.

55 Corte costituzionale, sentenze n. 52/2000; n. 467/2002; n. 350/2003; n. 233/2005; n. 158/2007; n. 19/2009; n. 203/2013; n. 213/2016; n.258/2017; n.232 del 2018; n. 99/2019.

56 Corte costituzionale, ordinanza n.262/2004; sentenza n.151/2009.

57 Corte costituzionale, sentenze n. 226/2000; n. 186/2015; n. 342/2006.

58 Corte costituzionale, sentenza n.38 del 2002.

59 Corte costituzionale, ordinanze n.262/2004; n.522/ 2000.

60 Corte costituzionale, sentenza n.293/2011.

61 Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009: “limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»”; n.137/2019: “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 2”.

62 Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009: “nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna”; sentenza n.253/2003.

63 Corte costituzionale, sentenze n.28/2009; n. 423/2000; n. 476/2002; n. 107/2012; n. 268/2017; n. 55/2019.

- decisioni processuali di inammissibilità semplice: n. 3 pronunce;
- decisioni processuali di manifesta inammissibilità: n. 4 pronunce;
- decisioni processuali di rinvio dell'udienza: n. 1 pronuncia;
- decisioni di rigetto o di infondatezza della questione: n. 4 pronunce;
- decisioni di rigetto con monito: n. 1;
- decisioni di rigetto per manifesta infondatezza: n. 2 pronunce;
- decisioni di accoglimento totale: n. 2 pronunce;
- decisioni di accoglimento parziale interpretative: n. 5 pronunce;
- decisioni di accoglimento parziale testuale: n. 3 pronunce;
- decisioni manipolative additive semplici: n. 13 pronunce;
- decisioni manipolative additive di prestazione: n. 6 pronunce.

Analizzando il quadro delle pronunce esaminate, va evidenziato che su 43 decisioni, a fronte di 8 pronunce processuali (di cui 7 pronunce di inammissibilità e 1 pronuncia di rinvio) e 7 pronunce di rigetto della q.l.c., abbiamo 9 pronunce di accoglimento (di cui 2 di accoglimento totale; 4 di accoglimento parziale interpretative; 2 di accoglimento parziale testuale) e 19 pronunce additive (di cui 13 additive semplici e 6 additive di prestazione).

Da questo quadro quantitativo emerge, pertanto, una duplice riflessione qualitativa:

- una scarsa qualità della legge, colpita in misura rilevante dalle censure della Corte, sia mediante decisioni secche di accoglimento, sia mediante soluzioni interpretative;
- un'imprecisa definizione del *themadecidendum* da parte del giudice a quo, stante l'incidenza delle pronunce di inammissibilità per circa il 20% del totale delle decisioni.

SECTION 3

LA PROTECTION DES ÉTRANGERS

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET ÉTRANGERS

Olivier LECUCQ¹

L'identification, le contenu et l'efficacité des droits fondamentaux doivent beaucoup au droit appliqué aux étrangers. La raison en est simple et, somme toute, évidente. Dans un État de droit développé, il y a peu, pour ne pas dire pas, de catégories humaines dont les droits et libertés sont susceptibles d'être aussi bousculés, voire bafoués, compte tenu de la condition qui est la leur par rapport à la communauté étatique de référence. N'appartenant pas à la communauté nationale, l'étranger dispose d'un statut juridique nettement dégradé par rapport à celui du national, notamment en termes d'accès et de maintien sur le territoire, et en termes de participation à la vie politique. N'ayant pas, comme dirait le Conseil constitutionnel, de droit général et absolu d'entrée et de séjour sur le sol français, pas davantage que la jouissance des droits politiques, l'étranger voit la plupart de ses droits immédiatement pâtir de cette situation et devoir être conciliés avec les objectifs de maîtrise des flux migratoires et de lutte contre l'immigration irrégulière, qui sont, depuis longtemps, devenus des impératifs de politique publique. C'est pourquoi, à nulle autre pareille, les étrangers sont une catégorie de personnes vulnérables, soumise au joug de la politique d'immigration (nationale et européenne), et c'est pourquoi leurs droits ont toujours constitué une sorte de laboratoire expérimental de ce que peut subir tel ou tel droit fondamental – et jusqu'à quel point.

Sur le plan processuel, pareillement, l'aptitude d'un recours juridictionnel à offrir une protection utile aux étrangers est souvent le révélateur de son opportunité et de son efficacité. Parce qu'ils sont vulnérables, que leur condition rend leurs droits fondamentaux plus exposés aux atteintes de la puissance publique, les étrangers représentent en effet un bon paramètre de l'accessibilité et de l'efficacité d'une voie de droit dans la protection des droits et libertés. Plus encore évidemment lorsque le recours considéré est précisément conçu pour assurer la défense des droits fondamentaux. L'usage et la portée de la procédure du référé-liberté, introduite en 2000, devant le juge administratif français en ont offert une belle illustration. Les étrangers, et leurs avocats, ont en effet vite compris l'intérêt qu'ils pouvaient trouver à actionner cette procédure d'urgence. Certes, les critères définis à l'article L. 521-2 du code de justice administrative pour justifier l'intervention du juge des référés en défense des droits invoqués sont, pour les étrangers comme pour les autres justiciables, difficiles

¹ Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Directeur de l'Institut d'Études Ibériques et Ibéro-Américaines (UMR DICE 7318), Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

à remplir (urgence, atteinte à un droit manifestement illégale). Il n'en demeure pas moins que les quasis vingt années d'utilisation du référé-liberté ont montré combien cette procédure pouvait être salubre, à tout le moins utile, à bien des égards, pour la protection de leurs droits et libertés, qu'il s'agisse par exemple de protéger leur vie privée et familiale, leur droit de recours ou leur statut de demandeur d'asile.

Qu'en est-il de la question prioritaire de constitutionnalité après quelque dix années d'exercice ?

Avant d'en venir aux points d'analyse, quelques données d'ordre statistiques offrent des premiers éléments de réponse.

Sauf erreur de notre part², jusqu'aux décisions QPC du 25 octobre 2019, sur les 811 QPC rendues³, 23 décisions intéressent directement les étrangers⁴, encore qu'il convient de préciser que, parmi ces dernières, 4 portent sur l'acquisition de la nationalité de sorte que, pour ce que les concerne, la prise en compte de l'extranéité par les lois contestées impacte surtout des personnes devenues françaises⁵. La transmission des questions est le fait, à parts presque égales, du Conseil d'État pour 14 d'entre elles contre 10 pour la Cour de cassation. Quant à la nature des décisions prises, l'on relève 13 décisions de conformité⁶, 3 décisions de conformité sous réserve⁷, 6 décisions de non-conformité totale ou partielle dont 2 en outre assortie d'une réserve et 4 avec un effet différé de l'abrogation⁸, et 1 décision de non-lieu à examiner la question⁹. Pour ce qui est des dispositions contestées, sans surprise, ce sont celles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui sont le plus sollicitées (14 cas), mais le code de procédure pénale (3 cas), le code civil (2 cas), le code de l'action sociale et des familles (2 cas), des dispositions relatives à la nationalité ou encore des dispositions de lois de finances ont également été incriminés.

S'agissant par ailleurs des droits et libertés garantis par la Constitution qui ont été invoqués à l'occasion de ces différents recours, le panel est assez large. Il intéresse fréquemment le droit au recours effectif (auquel s'adjoignent parfois les droits de la défense), le principe d'égalité, le droit au respect de la vie privée et les principes de droit pénal (nécessité, proportionnalité et individualisation des peines), mais aussi, de manière notable, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir (composante de la liberté personnelle), le droit de mener une vie familiale normale et la liberté de mariage¹⁰, ainsi que les principes de répartition des compétences entre les deux

2 La recherche des QPC intéressant directement, et spécifiquement, les étrangers a été réalisée en utilisant le mot clef « étrangers » sur le moteur de recherche du site web du Conseil constitutionnel.

3 Dont un certain nombre jointes.

4 Décisions 1 QPC, 79 QPC, 120 QPC, 137 QPC, 217 QPC, 227 QPC, 264 QPC, 312 QPC, 347 QPC, 358 QPC, 427 QPC, 439 QPC, 580 QPC, 606/607 QPC, 674 QPC, 690 QPC, 709 QPC, 717/718 QPC, 741 QPC, 768 QPC, 797 QPC, 799/800 QPC, 807 QPC, 810 QPC.

5 Décisions 227 QPC, 264 QPC, 427 QPC et 439 QPC.

6 Décisions 120 QPC, 137 QPC, 217 QPC, 312 QPC, 347 QPC, 358 QPC, 427 QPC, 580 QPC, 741 QPC, 768 QPC, 797 QPC, 807 QPC, 810 QPC.

7 Décisions 227 QPC, 264 QPC, 606/607 QPC.

8 Décisions 1 QPC, 674 QPC, 690 QPC, 709 QPC, 717/718 QPC, 799/800 QPC.

9 Décision 120 QPC, en ce que les dispositions contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive qui ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

10 Droits et libertés auxquels s'ajoutent la protection de la santé et le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain qui n'appellent cependant qu'une mention en note de bas de page tant il est vrai que les griefs s'y rapportant ont été aisément écartés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2018 relative aux examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge.

ordres de juridictions, parfois livrés à des situations kafkaïennes en notre matière, et, sous un angle particulier, l'article 34 de la Constitution qui réserve notamment au législateur le soin de concilier les droits fondamentaux avec les normes constitutionnelles antinomiques (ordre public en tête).

Mention particulière doit, à cet égard, être faite du principe de fraternité appliqué par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 à propos des dispositions du CESEDA prévoyant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. À un double titre, au moins. D'une part, parce que c'est la première fois que le juge constitutionnel consacre ce principe en tant que norme constitutionnelle opératoire, en l'occurrence dans le cadre de la QPC, en le dégagant notamment de la devise de la République « liberté, égalité, fraternité » énoncée à l'article 2 de la Constitution de 1958, signifiant par là même l'attachement séculaire dont la notion de fraternité fait l'objet¹¹. D'autre part, il est assez symptomatique que ce soit à l'occasion d'une décision portant sur les étrangers que le principe ait fait son entrée dans le corpus constitutionnel s'imposant jurisprudentiellement à la loi, plus précisément dans la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution qu'elle doit respecter. En visant les étrangers sans le dire franchement, le Conseil a ainsi jugé qu'« il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire »¹². Sur ce fondement, il a considéré, en l'espèce, qu'« en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »¹³ ; le Conseil ayant précédemment souligné que « l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite ». Par une réserve d'interprétation, il a de plus jugé que l'exemption pénale limitée par la loi (aux seuls actes de conseils juridiques, de prestations de restauration, d'hébergement ou de soins destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes et aux actes visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger) « ne saurai(t), sans méconnaître le principe de fraternité, être interprété(e) autrement que comme s'appliquant en outre à tout acte d'aide apportée dans un but humanitaire »¹⁴.

Ce faisant, par le truchement d'un principe qui prend un sens tout particulier dans le cas des étrangers¹⁵, la décision 717/718 QPC marque à elle seule l'intérêt que peut leur offrir la QPC. MAIS à vouloir forcer le trait, le tableau pourrait être en trompe-l'œil car le bilan de la procédure en tant qu'« outil efficace de protection » de cette catégorie de personnes en situation de vulnérabilité demeure somme toute modeste. L'impressionnant arsenal législatif qui nourrit le droit des étrangers n'a finalement vu censurée par cette voie de droit qu'une poignée de ses dispositions,

11 Pour plus de précisions, voir le commentaire de la décision sur le site web du Conseil constitutionnel.

12 Point 8.

13 Point 13.

14 Point 14.

15 Tant il est vrai que l'idée même de solidarité et d'entraide, inhérente au concept de fraternité dans sa dimension collective et individuelle, raisonne singulièrement dans le rapport de la communauté nationale et de chaque individu avec cette catégorie de personnes ô combien vulnérables.

moins d'une dizaine. Au-delà de l'aspect quantitatif, la lecture des 23 décisions QPC intéressant notre matière confirme l'observation depuis longtemps faite dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. À savoir que la maîtrise migratoire et la lutte contre l'immigration irrégulière trouvent dans la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux objectifs de valeur constitutionnelle, un appui tellement puissant dans le contexte socio-politico-économique des quarante dernières années que les droits fondamentaux de l'étranger peuvent dans l'ensemble être allégrement bousculés au nom de l'intérêt général et être le plus souvent acculés dans leurs derniers retranchements. Et la QPC n'y échappe pas. Ce à quoi s'ajoute le fait que nombre de dispositions de la législation des étrangers ont d'ores et déjà fait l'objet de déclarations de conformité, ce qui, même si cela n'est pas complètement rédhibitoire dans une matière aussi souvent remise sur le métier, ferme largement la voie de la QPC en ce qui les concerne¹⁶.

D'un autre côté, l'impression laissée ne doit pas être trop sombre et demander à cette procédure plus qu'elle ne peut. Par cette voie, le Conseil constitutionnel a été conduit – dès sa première décision QPC !¹⁷ – à se prononcer, ou à se prononcer de nouveau, sur quelques enjeux déterminants du statut des étrangers, et, à l'image de l'application faite du principe de fraternité, il a pu se montrer rigoureux, et efficace, quant à la sanction du franchissement de certaines lignes jaunes auquel, dans le domaine, le législateur est souvent enclin. De ce point de vue, la QPC peut être appelée à jouer son rôle de filet ultime de protection des droits fondamentaux constitutionnels, lorsque les mailles judiciaires préalables ne sont pas parvenues à attraper les dispositions législatives les plus nocives. Plusieurs pans du droit des étrangers en témoignent (II). Mais l'apport contentieux du droit constitutionnel des étrangers à la QPC mérite également d'être jaugé car, outre qu'il renseigne déjà au fond, les décisions en la matière illustrent ou éclairent plusieurs points contentieux mis à l'œuvre dans le cadre de cette procédure, ce dont on pourra se rendre compte dans un premier temps d'analyse (I).

I. Les apports d'ordre contentieux

Sur le plan contentieux, sept points méritent plus particulièrement attention.

A. La législation contrôlée

Le premier point tient au fait que le contrôle *a posteriori* joue en quelque sorte pleinement son rôle lorsqu'il permet de mettre rapidement en doute des dispositions législatives adoptées récemment et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle préventif (ou d'une déclaration de conformité). Dans ce cas, l'éventuel venin contenu dans la loi n'a pas le loisir de se diffuser dans le temps, il est rapidement stoppé, la QPC servant de garde-fou diligent des droits fondamentaux. Ainsi, dans presque 10 cas sur 22, la législation contestée n'a pas plus de trois ans, ou guère plus, ce qui révèle la réactivité potentielle de la procédure et évite, le cas échéant, que le mal constitutionnel perdure. Comme il

¹⁶ Voir le tableau récapitulatif des dispositions législatives déclarées conformes sur le site web du Conseil constitutionnel.

¹⁷ Précocité constatée également dès les premières ordonnances de référé-liberté (voir notamment CE ord., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, req. 229039).

en est allé récemment avec la décision 799/800 QPC du 6 septembre 2019, par laquelle le Conseil a jugé que l'octroi d'une libération conditionnelle au profit d'une personne pour certains faits de terrorisme, tel que prévu par une loi du 3 juin 2016, n'était pas possible, compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, pour les condamnés étrangers sous le coup d'une décision d'éloignement du territoire, telle qu'une expulsion ou une interdiction du territoire français, dès lors que l'exécution de mesures probatoires est incompatible avec la décision d'éloignement du territoire, et que cette privation pour les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, était manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines¹⁸.

À l'inverse, autre vertu d'intervention temporelle, la QPC a permis la contestation de législations anciennes qui, par la force des choses processuelles, avaient jusqu'alors échappé à tout contrôle de constitutionnalité. Topiquement, on citera l'exemple de la censure, prononcée, sur la base de la rupture d'égalité de traitement, dans la première décision QPC, la décision n° 2010-1, du procédé de cristallisation des pensions attribuées aux ressortissants d'Algérie (et aux ressortissants français qui y sont demeurés) issu d'un paquet législatif de nature financière dont certains des éléments textuels remontent à la fin des années cinquante.

B. Le rôle des associations

La possibilité d'intervention de tiers au recours a donné tout loisir aux associations défendresses des étrangers d'apporter leur écho à l'examen de constitutionnalité. Hormis quelques cas, les questions des requérants qui nous intéressent ont ainsi toujours fait l'objet d'observations en intervention d'associations bien connues de ce milieu, souvent de manière multiple. Rien d'étonnant à cela puisque le droit des étrangers compte parmi les branches juridiques où l'activisme associatif se fait le plus prégnant – et le plus productif. Le contentieux administratif général, le contentieux des référés administratifs et, par la voie des portes étroites, le contentieux constitutionnel *a priori* en ont donné de belles illustrations. La QPC n'échappe pas à l'observation.

C. Les conditions de recevabilité de la question et des articles de loi contestés

La décision n° 606/607 QPC du 24 janvier 2017, portant sur les contrôles d'identité, offre un bon exemple des conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité exigées par le Conseil constitutionnel. Sur le fondement des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, il rappelle que « peut (lui) être renvoyée une disposition qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »¹⁹. Les deux situations visées se retrouvent en l'espèce vérifiées.

18 Points 7 et 8.

19 Point 9.

D'une part, en effet, le Conseil relève que l'un des alinéas contestés de l'article 78-2 du code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République a été « spécialement examiné » dans une décision DC antérieure²⁰, mais qu'il « ne l'a toutefois pas déclaré conforme dans le dispositif de cette décision »²¹, de sorte que le contrôle de cet alinéa au titre de la QPC est en mesure de prospérer. D'autre part, le Conseil juge que, si les dispositions contestées de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale ont été déclarées conformes à la Constitution dans une autre décision DC antérieure²², des modifications introduites par la suite par le législateur en ont étendu le champ d'application et que ce changement de circonstances justifie leur réexamen de constitutionnalité²³.

Sur un autre plan, les décisions n°2013-312 QPC du 22 mai 2013 et n°2013-358 QPC du 29 novembre 2013, rendues l'une et l'autre à propos des conditions d'attribution d'une carte de séjour mention « vie privée et familiale » au conjoint étranger d'un ressortissant français, illustrent que le Conseil refusera d'examiner les dispositions législatives qui n'ont pas fait l'objet d'un renvoi formel par la haute juridiction saisissante, quand bien même ces dispositions sont connexes à celles formellement renvoyées. En l'espèce, les requérants faisaient valoir que la délivrance de plein droit, sous certaines conditions, d'une telle carte de séjour à l'étranger marié avec un ressortissant de nationalité française ne valait pas pour les étrangers qui y étaient liés par un Pacs ou un concubinage, et que cette différence de traitement injustifiée emportait rupture inconstitutionnelle d'égalité. Le Conseil rétorque cependant que les dispositions contestées, qui lui ont été formellement renvoyées par le Conseil d'État, sont celles relatives à la délivrance du titre de séjour aux seuls étrangers mariés et non celles qui visent la situation des étrangers pouvant se prévaloir de liens familiaux du type Pacs ou concubinage, et qu'en conséquence, compte de tenu de leur caractère inopérant, il ne lui appartient pas de se prononcer sur les griefs soulevés à l'encontre de ces dernières²⁴.

D. L'écran des directives communautaires

L'article 88-1 de la Constitution²⁵ crée, si l'on peut dire, un écran européen entre la loi et la Constitution qui, selon les termes mêmes du Conseil, le rend incompétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, et qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. La seule exception à ce champ d'incompétence du juge constitutionnel tient à la mise en cause éventuelle par les dispositions législatives de transposition

20 Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.

21 Point 10.

22 Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

23 Point 11.

24 Point 5 de chacune des deux décisions.

25 Qui dispose : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'il résulte du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Rappelant ces données constitutionnelles, le Conseil a ainsi pu, dans sa décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, jugé qu'elles étaient applicables aux dispositions de l'article L. 712-2 du CESEDA qui régissent la protection subsidiaire des étrangers et qu'il n'y avait par conséquent pas lieu d'examiner la QPC les contestant²⁶.

Cette théorie de l'écran européen présente en notre matière, le droit des étrangers, une importance particulière dans la mesure où la réglementation européenne par directives s'y révèle abondante et susceptible en conséquence d'empêcher nombre de QPC d'aboutir au profit du contentieux devant la Cour de Luxembourg²⁷. Encore qu'il faille noter une certaine marge d'appréciation du Conseil quant à son caractère opératoire. Ainsi, dans la toute récente décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, rendue à propos de la responsabilité, punissable d'amende, des transporteurs aériens en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national prévue par les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA, alors que le Conseil constate que ces articles visent à assurer la transposition de la directive du 28 juin 2001 qui complète l'article 26 convention d'application de l'Accord de Schengen de 1990 prévoyant dans ce cas de figure, à la charge des États, l'instauration de sanctions à l'encontre des transporteurs aériens ou maritimes, il juge néanmoins que les dispositions contestées ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de cette directive et qu'il est dès lors compétent pour les contrôler à l'aune des droits et libertés constitutionnels²⁸, même si, au final, aucune inconstitutionnalité ne sera décelée.

E. Le contrôle à double détente

Un cas de figure original s'est présenté à l'occasion de la décision n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012 prononcée à la suite de la décision n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, les deux sentences ayant conduit le Conseil à statuer sur une même disposition législative, selon une sorte de contrôle à double détente.

Dans la décision du 30 mars, la Haute juridiction avait ainsi à examiner les conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage, et, à cette occasion, elle juge, entre autres dispositions contrôlées, qu'en mettant à la charge de la personne ayant acquis la nationalité française le soin de prouver, sa vie durant, que la communauté de vie entre les époux n'avait pas cessé à la date de la déclaration aux fins d'acquisition de la nationalité dans le cas de la contestation postérieure du ministère public, l'article 26-4 du code civil avait porté une atteinte excessive aux droits de la défense en conférant à ce dernier, partie demanderesse, un avantage sans limite de temps dans l'administration de la preuve. Saisi de la contestation du même article ayant fait entre-temps l'objet de modifications, le Conseil considère, dans sa décision du

26 Points 3 et 4.

27 À tout le moins du contentieux ordinaire devant les juridictions administratives et judiciaires.

28 Points 8, 9 et 10.

13 juillet, que les changements opérés, pour ne pas avoir affecté le régime de la charge de la preuve de la communauté de vie, « ne sont pas de nature à modifier l'appréciation de la conformité de l'article 26-4 (du code civil) » effectuée dans la décision du 30 mars, et que, par suite, sous la même réserve que celle émise dans cette dernière décision, l'article en cause doit être déclaré conforme à la Constitution.

F. Les degrés de contrôle

Les droits et libertés garantis par la Constitution ont la même valeur et sont pareillement dignes d'application par le juge constitutionnel. Ce constat juridique d'évidence n'a toutefois jamais empêché une gradation des degrés de protection des droits fondamentaux, au point de pouvoir imaginer une sorte de hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux en fonction précisément de cette gradation. De même valeur, de même applicabilité, les droits fondamentaux ne font pourtant pas l'objet de la même intensité de contrôle de constitutionnalité, et les 23 décisions rapportées ici en portent largement témoignage.

À titre d'exemple, il est clairement confirmé que l'application du principe de nécessité et de proportionnalité des peines ne donne lieu qu'à l'exercice d'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, en raison de ce que, ainsi que le Conseil le rappelle à plusieurs reprises, « l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ». D'où il ressort que : « Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de *s'assurer de l'absence de disproportion manifeste* entre l'infraction et la peine encourue »²⁹.

Qui dit contrôle restreint ne dit cependant et évidemment pas absence de contrôle et impossibilité de censure. C'est ce qu'a pu, en particulier, montrer la décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, déjà évoquée, portant sur les conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme. Dans le contrôle de la disproportion manifeste qu'il y opère au titre du principe de nécessité des peines, le Conseil confirme qu'il prend en compte le régime d'exécution des peines, cette dernière étant « conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »³⁰. On a vu plus haut que, fort de ces considérations, le Conseil a jugé que le dispositif contesté avait pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, et était, ce faisant, manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines³¹.

29 Souligné par nous.

30 Points 5 et 6.

31 Point 8.

C'est à ce degré de contrôle limité que le juge constitutionnel a également pu recourir dans sa décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, à propos cette fois-ci du droit au recours effectif et du droit au respect de la vie privée. Se prononçant sur le régime de l'expulsion en urgence absolue qui corsète les possibilités d'accès au contrôle juridictionnel de cette mesure d'éloignement, le Conseil estime qu'en dispensant l'autorité administrative, en cas d'urgence absolue, d'accomplir un certain nombre de formalités prévues par le CESEDA en matière d'expulsion (avis préalable de la mesure, convocation pour être entendu par la commission d'expulsion), le législateur « a opéré une conciliation qui n'est pas *manifestement déséquilibrée* entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions »³². Comme l'illustrent plusieurs autres décisions, une même qualité de contrôle se perçoit également dans la mise en œuvre du principe d'égalité³³.

En revanche, l'application d'autres droits, ou des mêmes droits mais envisagés dans des conditions et sous des profils différents, a conduit le Conseil à accroître l'intensité de son contrôle vers un véritable contrôle de proportionnalité. Topique à cet égard est la décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 concernant la création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés. Outre l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui implique que les règles relatives à la détermination de l'âge de l'individu soient entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures³⁴, le Conseil rappelle que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée, et que, « par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »³⁵. Ce qui conduit le juge à examiner dans le détail la manière dont, en l'occurrence, le législateur a opéré la conciliation entre l'objectif de lutte contre l'immigration illégale qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle, et le droit au respect de la vie privée, et à juger, en définitive, que cette conciliation n'était pas disproportionnée.

L'exercice d'un contrôle normal se retrouve, dernier exemple, dans la décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017 rendue à propos du régime de l'assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion. En l'espèce, au terme d'un contrôle de la (simple) disproportion des atteintes à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale, autrement dit au terme d'un contrôle normal de proportionnalité de la conformité de la loi à ces divers droits et libertés, le Conseil censure le fait que « le législateur n'(ait) pas prévu qu'au-delà d'une certaine durée, l'administration doive justifier de circonstances particulières imposant le maintien de l'assignation à résidence aux fins d'exécution

32 Point 12.

33 Voir par exemple la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, dans laquelle, à propos des bénéficiaires du revenu de solidarité active, le Conseil juge que le critère tenant à la stabilité de la présence sur le territoire national pour décider de l'attribution de cette prestation n'était *manifestement pas inapproprié* au but poursuivi (point 5).

34 Point 3.

35 Point 4.

d'une décision d'interdiction du territoire »³⁶. Afin qu'il n'y ait pas davantage d'atteinte disproportionnée aux mêmes droits et libertés, il émet en outre une réserve d'interprétation prescrivant que « l'autorité administrative (retienne) des conditions et des lieux d'assignation à résidence tenant compte, dans la contrainte qu'ils imposent à l'intéressé, du temps passé sous ce régime et des liens personnels et familiaux et personnels noués par ce dernier »³⁷.

G. Le contrôle de la jurisprudence

Comme on le sait, l'entrée en vigueur de la QPC a occasionné une forme de résistance de la part de la Cour de cassation, échaudée de voir sa jurisprudence interprétative susceptible d'être directement mise en cause à l'occasion du contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel des dispositions législatives précisément grevées de cette interprétation. Comme on le sait aussi, le différend s'est rapidement aplani, et il apparaît tout à fait normal, pour ne pas dire banal, que l'examen de constitutionnalité des dispositions législatives contestées par la voie de la QPC conduise le juge constitutionnel à inclure dans le champ de son contrôle la jurisprudence administrative et judiciaire qui en conditionne le sens et la portée normative. Il n'est ainsi pas surprenant d'observer que le Conseil, une fois encore dans sa décision n° 2019-799/800 QPC précitée, désigne la jurisprudence, constante, de la Cour de cassation, lorsque la constitutionnalité du dispositif incriminé, en l'occurrence la privation pour certaines personnes de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en dépend directement³⁸.

Encore faut-il que cette jurisprudence soit établie par la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel concerné. C'est la règle qui a été affirmée dans la décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 alors que les requérants invoquaient la violation de leur droit au recours du fait de la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile qui considérait qu'elle devait prononcer un non-lieu à statuer en l'état contre une décision de reconduite à la frontière au motif que « le retour involontaire dans son pays d'origine du requérant [...] a pour conséquence d'interrompre provisoirement l'instruction de son affaire dès lors que le recours est, dans ces conditions, temporairement sans objet », et que l'instance pouvait reprendre seulement en cas de retour de l'intéressé en France. Le Conseil observe en effet que, « si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ». Or, « il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 », et que, « dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées »³⁹.

36 Point 10.

37 Point 11.

38 Pour un autre exemple, voir la décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019 relative à la compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention (point 8).

39 Point 9.

H. La modulation des effets des décisions

À noter enfin, toujours au titre des éléments d'ordre contentieux, que, sur les six déclarations d'inconstitutionnalité qui ont été recensées, quatre ont conduit le Conseil constitutionnel à différer leurs effets⁴⁰. Il l'a d'ailleurs fait dès sa première décision QPC portant, comme il a été évoqué plus haut, sur la cristallisation de pensions militaires ou de retraite dont la déclaration d'inconstitutionnalité a poussé le Conseil à laisser un délai au législateur pour qu'il s'efforce d'y remédier⁴¹. La Haute juridiction a depuis pris soin de mieux justifier la modulation des effets dans le temps de ses décisions qu'elle estime devoir décider. Pour prendre l'exemple de la censure la plus proche dans le temps, dans sa décision 799/800 QPC, déjà mentionnée à plusieurs reprises, le Conseil rappelle qu'il tient de l'article 62 de la Constitution « le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration », sachant « qu'il (ne lui appartient pas) d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité »⁴². Puis il juge qu'en l'espèce, « l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de dispenser toutes les personnes condamnées pour certains faits de terrorisme de l'obligation [...] d'accomplir des mesures probatoires avant de pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle ». Et comme elle entraînerait ainsi, selon le Conseil, des conséquences manifestement excessives, il considère qu'il y a lieu d'en reporter la date d'effet de près d'un an⁴³.

II. Les apports au fond

Sur le fond, les 23 décisions QPC recensées dans notre matière abordent des aspects parmi les plus problématiques du droit des étrangers, et ne manquent pas, ce faisant, d'apporter leur écho au régime, c'est-à-dire en définitive au sort, de leurs droits fondamentaux. On a déjà pu s'en rendre compte à travers la décision n° 2018-717/718 QPC consacrant de manière éclatante le principe de fraternité et la première exigence qu'il comporte, à savoir que le fait d'aider autrui, fut-il en situation irrégulière sur le territoire, dans un but humanitaire, est constitutionnellement protégé. À travers également la décision n° 2010-1 QPC qui, à propos du dispositif de cristallisation des pensions, illustre combien le critère de la nationalité pour exclure les étrangers d'un régime législatif protecteur est loin d'être toujours praticable pour le législateur⁴⁴. Deux décisions QPC qui suffisent à rappeler que les étrangers sont avant tout des femmes et des hommes qui disposent de droits fondamentaux s'imposant à l'État législateur, et qu'en se confrontant à la logique de souveraineté qui imprègne le statut des étrangers, cette logique protectrice doit à tout le moins inspirer l'application aux étrangers

40 Décisions 1 QPC, 674 QPC, 717/718 QPC et 799/800 QPC.

41 Point 12.

42 Points 10 et 11.

43 Point 11.

44 Ce que révèle aussi, de manière tout à fait remarquable, la décision n° 2017-690 QPC du 8 février 2018 qui, à propos du bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie, censure la loi au motif notamment que « le législateur ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, établir, au regard de l'objet de la loi, une différence de traitement entre les victimes françaises et celles de nationalité étrangère résidant sur le territoire français au moment du dommage qu'elles ont subi » (point 6).

des droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas dit autre chose lorsque, dans ses décisions DC pionnières en la matière, il énonce que : « si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁴⁵. On le voit, les décisions QPC rapportées reprennent à leur compte les traits les plus saillants du statut constitutionnel des étrangers. Elles livrent aussi plus précisément des enseignements sur certains des pans dont il est constitué. Les principaux d'entre eux seront soulignés en évoquant tour à tour les thématiques : de la protection des mineurs étrangers, des droits sociaux, des contrôles d'identité et de séjour, et du contentieux de l'éloignement.

A. La protection des mineurs étrangers

Comme évoqué plus haut à propos de la décision n° 2019-797 QPC portant sur la création d'un fichier permettant leur recensement, les mineurs étrangers font l'objet d'une protection particulière au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant protégé au titre des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Il est ainsi rappelé dans cette décision que : « cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge » et qu'« il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures »⁴⁶. C'est précisément sur ce fondement que, dans sa décision antérieure n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a été conduit à apprécier minutieusement les garanties entourant la possibilité de réaliser des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge d'un étranger. Surtout conçu par le législateur comme un moyen de faciliter la vérification que l'étranger considéré ne cherche pas à se faire passer pour un mineur afin d'échapper au régime répressif de l'irrégularité du séjour d'un étranger majeur, le dispositif a en effet été déclaré conforme à la Constitution après que le juge constitutionnel a relevé notamment que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, que sa majorité ne doit pas être déduite de son refus d'examen, que l'existence de la marge d'erreur entourant les conclusions des examens radiologiques (établie en l'état des connaissances scientifiques) a bien été prise en compte par le législateur, que le résultat de l'examen ne peut être le seul critère d'appréciation et qu'il importe de prendre en compte d'autres éléments, tels que l'évaluation sociale ou les entretiens réalisés par les services de protection à l'enfance, que le doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé, et qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de donner plein effet à l'ensemble de ces garanties, sachant que seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen⁴⁷. L'insistance du renvoi au contrôle des juridictions d'application de ces diverses garanties prend d'ailleurs presque l'allure

45 Principe énoncé dès la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. 33, et formulé de manière la plus achevée dans la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 10.

46 Point 3.

47 Points 8 à 13.

d'une réserve d'interprétation tant elle se présente comme le point déterminant de la déclaration de conformité du dispositif incriminé.

B. Les droits sociaux

Dans la décision précitée n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, le Conseil réaffirme toutes les conséquences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution sur le terrain social. On y trouve en effet exigée la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées, et l'on en déduit que cet objectif de solidarité ne doit pas se désintéresser des étrangers qui comptent, d'évidence, parmi les personnes les plus facilement défavorisées. Cependant, de longue date, le Conseil constitutionnel a, dans le cadre de ses décisions DC, admis que le principe constitutionnel de solidarité demeurerait limité, pour ne pas dire absent, lorsqu'il s'agissait d'imposer des droits à la protection sociale en faveur des étrangers en situation irrégulière. Ainsi qu'il l'a affirmé dans sa grande décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 : « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français », de sorte qu'à cet égard une *summa divisio* distingue clairement les étrangers en situation régulière (et stable) des étrangers qui ne le sont pas, cette dernière catégorie ne pouvant profiter que d'un devoir d'assistance minimum de la part de l'État (notamment en matière d'urgence et de prestations médicales). Mais, ainsi que le révèle la décision 137 QPC rapportée, la différence de traitement peut aller plus loin. En l'occurrence, l'exclusion du bénéfice du revenu de solidarité active à l'endroit des étrangers ne justifiant pas depuis au moins cinq ans d'un titre de séjour leur permettant de travailler ne contrarie pas le Conseil dans la mesure où il observe que la prestation considérée a pour objet principal d'inciter à l'exercice ou la reprise d'une activité professionnelle, et que le législateur a ainsi pu estimer que la stabilité de la présence sur le territoire national était une condition essentielle à l'insertion professionnelle. En conséquence de quoi, il admet que le critère utilisé conduisant à différencier le traitement entre Français et étrangers et entre étrangers est « un critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi »⁴⁸.

C. Le contrôle d'identité et de séjour

Thème récurrent et sensible du droit des étrangers, le contrôle d'identité et de séjour n'a pas échappé à la procédure QPC. Thème récurrent parce que la réglementation des contrôles d'identité a fait l'objet de contrôles de constitutionnalité répétés, en soi et au gré de modifications que le législateur a pu y apporter. Thème sensible car l'on sait qu'au-delà de la recherche d'auteurs d'infractions ordinaires, ce qu'est convié à poursuivre l'officier de police opérant le contrôle, c'est l'irrégularité du séjour des étrangers au service de la lutte contre l'immigration clandestine, et que cette pratique peut rapidement glisser vers le contrôle au faciès, les personnes basanées ou de couleur ayant beaucoup plus de risques à ce titre de subir un contrôle d'identité puis, le cas échéant, un contrôle de séjour. Et c'est d'ailleurs moins les étrangers qu'il s'agit de protéger, puisque vérifier la

48 Point 5.

régularité de leur séjour est somme toute une conséquence logique d'une réglementation de police, que les Français dont les signes extérieurs physiques ne doivent pas pouvoir laisser penser qu'ils sont étrangers sans constituer une véritable discrimination. La discrimination potentielle, et illicite, est ainsi au cœur des procédés de contrôle d'identité, et les juges se sont toujours évertués à être vigilants sur ce plan, même si la pratique du terrain s'éloigne bien souvent de la théorie du prétoire.

La Cour de cassation a ainsi prescrit, en son temps, que le contrôle de séjour des étrangers, qui en lui-même ne pose pas de problème car, une fois encore, il s'agit de vérifier le respect d'une réglementation de police, devait cependant se fonder sur des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé (qui) soient de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger »⁴⁹. Relayée presque dix ans après par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 précitée, a jugé que « la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes »⁵⁰. Pas étonnant, dans ces conditions, qu'à la première occasion dans le cadre de la QPC, le juge constitutionnel ait, après avoir rappelé l'incompatibilité avec la liberté personnelle de la pratique généralisée et discrétionnaire des contrôles d'identité, dans le temps comme dans l'espace, réitéré cette position de principe voulant que « la mise en œuvre des contrôles [...] confiés par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes »⁵¹.

D. Le contentieux de l'éloignement

S'il est un thème épineux du droit des étrangers, c'est bien celui du contentieux de l'éloignement. D'abord parce qu'il reflète un ensemble particulièrement fourni de dispositifs destinés à éloigner du territoire national les étrangers qui ne disposent pas, ou ne disposent plus, de titres de séjour. Ensuite parce qu'il place l'étranger au centre d'un conglomérat de décisions administratives et judiciaires (refus de séjour, éloignement, placement en rétention, prolongation de la rétention, à quoi s'ajoutent souvent des actes préalables comme le contrôle d'identité et la garde à vue en particulier) dont la contestation s'avère un casse-tête, y compris pour les praticiens spécialistes de la matière. Enfin, et surtout, parce qu'à cette opération complexe, mettant aux prises une multitude de décisions et de conséquences matérielles, répond, en cas de contestation, un chevauchement de compétences juridictionnelles faisant intervenir tantôt le juge administratif, tantôt le juge judiciaire, tantôt les deux.

Le Conseil constitutionnel a très tôt été confronté à la complexité de ce régime contentieux tenant à la dualité des ordres juridictionnels⁵². Et, non sans peine, il s'est efforcé de rendre justice à chacun des principes constitutionnels en présence. Plusieurs décisions QPC, rendues en notre

49 Cass. Crim, 25 avril 1985 (deux espèces), *Bogdan et Vuckovic*, n° 85-91324.

50 Cons. 16.

51 Décision 606/607 QPC du 24 janvier 2017 précitée, point 26.

52 Voir, en particulier, décisions n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, n° 89-261 DC du 28 juillet 1989 et n° 93-325 DC du 13 août 1993.

matière, l'illustrent⁵³. C'est le cas en particulier de la décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, dans laquelle le Conseil a été conduit à faire application des règles constitutionnelles déterminant les chefs de compétence juridictionnelle administratifs et judiciaires à propos de la contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention. Régi par la loi du 20 mars 2018 permettant une bonne application du régime d'asile européen, ce cas de figure a, en l'espèce, attiré les foudres du requérant considérant qu'il méconnaissait l'article 66 de la Constitution, faisant de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, en donnant compétence exclusive au juge administratif pour apprécier la légalité des décisions de maintien en rétention prises à la suite d'une demande d'asile formée par un étranger retenu. Pour rejeter le grief, le juge constitutionnel a passé les dispositions contestées au crible des deux principales règles constitutionnelles mobilisées. Il rappelle en effet, d'une part, l'article 66 de la Constitution, tout en précisant que « dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter » ; et, d'autre part, que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁵⁴. Après avoir, de plus, précisé qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, (dans le cas considéré), le juge judiciaire est incompétent pour connaître, à l'occasion de son contrôle de la rétention administrative, de toute contestation portant sur la légalité de l'arrêté de maintien en rétention », le Conseil observe ensuite, qu'« alors même qu'elle a pour effet de laisser perdurer une mesure privative de liberté, la décision par laquelle l'autorité administrative décide de maintenir en rétention un étranger au motif que sa demande a été présentée dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement constitue une décision relative au séjour des étrangers ». « Or », indique-t-il, « l'annulation ou la réformation d'une décision relative à telle matière, prise dans l'exercice de prérogative de puissance publique par une autorité publique, relève, en application du principe fondamental mentionné ci-dessus, de la compétence de la juridiction administrative »⁵⁵. Relevant par ailleurs que « la décision de maintien en rétention n'affecte ni le contrôle du juge des libertés et de la détention exercé sur la décision de placement en rétention ni sa compétence pour examiner la prolongation de la rétention », pas davantage que les dispositions contestées ne privent le juge judiciaire de la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention⁵⁶, le Conseil juge en définitive que le législateur n'a pas méconnu l'article 66 de la Constitution, sans avoir oublié de souligner au passage qu'il n'est en outre pas tenu d'unifier les règles de compétence

53 Décisions 674 QPC, 709 QPC, 741 QPC et 807 QPC.

54 Points 5 et 6.

55 Point 9.

56 Point 10.

juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il peut seulement le faire⁵⁷.

La décision n° 2018-741 QPC du 19 octobre 2018 se prononce quant à elle sur le respect du droit au recours effectif, découlant de l'article 16 de la DDHC, à propos des délais de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière. Selon les termes du CESEDA, comme il va pour la contestation des obligations de quitter le territoire (sans délai), le délai de recours contre cet acte est de quarante-huit heures et le juge dispose de trois mois pour statuer, à moins que l'étranger fasse l'objet d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence, auquel cas il ne dispose plus que de soixante-douze heures, soit, en cas de rétention donc, une durée globale de la procédure contentieuse administrative de cinq jours. C'est-à-dire une instance très courte pour garantir à l'étranger un recours effectif ménageant pleinement les droits de la défense. Le Conseil relève, toutefois, que le CESEDA impose à l'administration d'informer l'intéressé, dès notification de la mesure d'éloignement, dans une langue qu'il comprend (ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend), de son droit d'obtenir l'assistance d'un interprète et d'un conseil, ainsi que de recevoir communication des principaux éléments des décisions qui lui sont ainsi notifiées. Ce à quoi s'ajoute que l'étranger peut, à l'appréciation du juge et pendant le délai accordé à ce dernier pour statuer, présenter tous éléments à l'appui de sa requête. Et le Conseil, au vu de l'ensemble de ces garanties, de juger en définitive que le législateur a opéré une conciliation équilibrée entre le droit à un recours juridictionnel et l'objectif qu'il poursuit d'assurer l'exécution des APRF et d'éviter la prolongation des mesures de rétention ou d'assignation à résidence⁵⁸.

Toujours sur le droit au recours juridictionnel, on relèvera enfin que, dans sa décision précitée n° 2013-347 QPC du 11 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a montré une certaine vigilance à ce que les étrangers, quelque soit leur situation administrative, soient en mesure de disposer de l'aide juridictionnelle pour contester une décision leur faisant grief. En l'occurrence, il était question de plusieurs dispositions du code de l'action sociale et des familles qui, pour qu'ils puissent prétendre au bénéfice de prestations sociales et de l'aide juridictionnelle, imposent aux personnes sans domicile stable d'élire domicile auprès soit du service intercommunal d'action social soit d'un organisme agréé à cet effet, mais excluent de cette procédure de domiciliation les étrangers (non ressortissants de l'Union européenne, de l'Espace économique ou de la Suisse) sans titre de séjour. Quid par conséquent du respect du droit au recours juridictionnel des intéressés sans possibilité pour eux de demander l'aide juridictionnelle ? En guise de réponse, le Conseil observe que les dispositions ainsi contestées constituent des dispositions générales qui n'ont pas pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions spécifiques. Or, au nombre de ces dernières, figurent celles, issues de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique, qui, sous certaines conditions, étendent à toutes les catégories d'étrangers le bénéfice de l'aide juridictionnelle, ce qui conduit le Conseil à écarter le moyen d'inconstitutionnalité tiré de la privation pour certains étrangers en situation irrégulière du droit de déposer une demande tendant à obtenir l'aide juridictionnelle.

57 Point 11.

58 Points 14 et 15.

Allant, on le voit, bien au-delà du thème du contentieux l'éloignement du territoire, cette dernière décision est une bonne manière de conclure que la procédure de QPC offre aux étrangers une réelle voie de droit supplémentaire pour la défense de leurs droits fondamentaux. Quoique de portée somme toute limitée, c'est un outil qui, pour cette catégorie de personnes vulnérables, peut tout de même s'avérer efficace.

**« QUESTIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ ET ÉTRANGERS »
(RAPPORT ESPAGNOL)**

Olivier LECUCQ¹

Le bilan concernant le thème « Question d'inconstitutionnalité et étrangers » en Espagne, autrement dit le thème des questions incidentes de constitutionnalité posées par le juge ordinaire espagnol au Tribunal constitutionnel en cette matière, sera presque vide puisqu'aucune décision du juge constitutionnel n'a été rendue par cette voie de recours. La recherche sur le moteur du site web du TC en utilisant les mots-clefs « étrangers », « étranger »² ou « extranéité »³ n'aboutit en effet à aucun résultat, ce qui a été confirmé par le service juridique interne du Tribunal constitutionnel. Tout au plus peut-on recenser dans le domaine quatre tentatives de recours incidents, soit quatre questions d'inconstitutionnalité, qui se sont toutes soldées par une ordonnance d'irrecevabilité du TC soit pour défaut de motivation, soit parce que la question n'était pas fondée, soit encore parce que le doute constitutionnel n'était pas sérieux⁴.

L'explication de cette pauvreté contentieuse réside principalement dans le fait que les nombreuses lois espagnoles sur l'immigration ont pratiquement toutes fait l'objet de recours (directs) d'inconstitutionnalité faisant intervenir les autorités politiques (comme les Communautés autonomes) ou administratives (comme le Défenseur du peuple, à plusieurs reprises). L'on compte ainsi 15 recours de ce type ayant donné lieu à une jurisprudence particulièrement fournie de la part du juge constitutionnel, qui aborde et tranche pour ainsi dire l'ensemble des problématiques constitutionnelles afférentes à la condition et au statut des étrangers, par le biais, au surplus, d'une motivation particulièrement étoffée. Aussi, les juges ordinaires ayant été confrontés dans plus de 1 000 cas au droit des étrangers, et, à cette occasion, bien souvent au respect de leurs droits fondamentaux, ont pu aisément trouver dans ce fond jurisprudentiel la matière utile pour résoudre par eux-mêmes les difficultés d'ordre constitutionnel se présentant à leur prétoire, sans éprouver donc la nécessité de saisir à nouveau le Tribunal constitutionnel d'une question déjà résolue ou offrant la voie d'une interprétation conforme facilement négociable. À quoi s'ajoute l'apport de la jurisprudence constitutionnelle

¹ Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Directeur de l'Institut d'Études Ibériques et Ibéro-Américaines (UMR DICE 7318), Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IEZIA, Pau, France.

² Qui est le mot le plus employé dans les fondements juridiques des arrêts rendus sur recours (par voie d'action) d'inconstitutionnalité.

³ Étant entendu que le mot espagnol « extranjería » a un sens plus large que le mot français « extranéité » correspondant davantage au mot « immigration ».

⁴ Informations données par le service du TC.

issue des quelque 150 recours d'*amparo* qui ont pu utilement compléter le droit constitutionnel des étrangers par une approche plus concrète des problématiques qu'il révèle.

Mis à part les explications ainsi données à la pauvreté contentieuse observée, force est donc, en définitive, de constater qu'en Espagne notre sujet n'en est pas vraiment un.

I DIRITTI DEGLI STRANIERI DI FRONTE AL GIUDICE COSTITUZIONALE ITALIANO
IL RUOLO DELLA QUESTIONE INCIDENTALALE NEL COMPLESSO DEL SISTEMA
DI TUTELA DEI DIRITTI^{*}

Laura MONTANARI¹
 Francesco Emanuele GRISOSTOLO²

I. Premessa

L'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa ai diritti degli stranieri impone alcune precisazioni preliminari. Lo straniero può essere definito in negativo come non cittadino, cioè una persona non legata allo Stato italiano dal rapporto di cittadinanza. Tuttavia all'interno di questa categoria generale si possono distinguere almeno quattro figure differenti: i cittadini europei; i cittadini di Paesi terzi soggiornanti regolarmente nel territorio dello Stato; quelli che sono entrati o soggiornano irregolarmente e i richiedenti asilo o meglio, per utilizzare la terminologia europea, richiedenti protezione internazionale. Il diverso *status* determina una diversa ampiezza della garanzia dei diritti, che vede ad un estremo i cittadini europei la cui posizione è assimilabile a quella degli italiani (se non per la limitazione del diritto di voto alle sole elezioni locali) e all'altro gli «stranieri irregolari», ai quali dovrebbe essere garantito un nucleo essenziale di diritti, inteso come dovuto alla persona in quanto tale (ad es. rispetto al diritto alla salute)³.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale – nella prospettiva di riflettere sul ruolo del giudizio incidentale nella protezione dei soggetti vulnerabili – sarà sviluppata prendendo come punto di riferimento le diverse tipologie di diritti, anche se va tenuto a mente che, a fronte del medesimo diritto fondamentale, i diversi *status* dello straniero possono comportare livelli di tutela differenziati.

* Il lavoro prende spunto da due contributi degli autori, rispettivamente: L. MONTANARI, «La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri», *federalismi.it*, numero speciale, 2/2019, pp. 63 ss. e F.E. GRISOSTOLO, «Il giudice costituzionale come custode del diritto alla salute dell'immigrato», in L. MEZZETTI, E. FERIOLI (cur.), *Giustizia e costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, Bonomo, 2018, pp. 727 ss. Il presente elaborato è frutto di una riflessione condivisa, ad ogni modo si devono a Laura Montanari i paragrafi II, V. A, V. C e VI, a Francesco Grisostolo i paragrafi IV e V. B, mentre i paragrafi I, III e le conclusioni vanno attribuiti a entrambi. Gli autori ringraziano la dott. Laura Restuccia per il prezioso aiuto nella raccolta e nella schedatura delle sentenze.

1 Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine.

2 Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine.

3 Di «moltiplicazione degli *status*» dello straniero, con particolare riferimento al diritto europeo, parla E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, Padova, Cedam, 2016, pp. 131 ss.

Sempre in via preliminare, va precisato che, anche se il lavoro di analisi giurisprudenziale si concentrerà prevalentemente sul periodo 2000-2019, non si potrà prescindere dal richiamare alcune decisioni risalenti che definiscono la base dell'approccio sviluppato dalla Corte in materia.

II. Norme parametro maggiormente utilizzate o comunque rilevanti per la categoria

La Costituzione italiana contiene alcune disposizioni espressamente dedicate allo straniero, che riguardano tuttavia prevalentemente aspetti relativi al sistema delle fonti: l'art. 10, c. 2 («La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»), che pone l'obbligo del rispetto dei trattati internazionali (al momento dell'adozione della Costituzione unico richiamo al diritto internazionale pattizio), e l'art. 117 relativo alla ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni, dove si stabilisce che spetta esclusivamente alla legislazione statale intervenire in materia di «a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi»⁴. Quest'ultima disposizione è frutto della riforma costituzionale del 2001⁵, che ha anche introdotto all'art. 117, c. 1 una previsione generale che impone il rispetto dei trattati internazionali: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Va segnalato che, di conseguenza, i trattati internazionali, e in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), sono considerati dalla Corte costituzionale come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. Viene così rafforzato il rilievo delle norme di derivazione internazionale, in quanto il diritto interno in contrasto può essere dichiarato incostituzionale ed espunto dall'ordinamento giuridico⁶.

Sul piano sostanziale, vanno ricordati l'art. 10, c. 3 sul diritto di asilo («Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge») e c. 4 sul divieto di estradizione per motivi politici («Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici»)⁷.

4 Sul tema del riparto di competenze v. *infra* par. IV.

5 In realtà, le materie indicate rientrano nella competenza esclusiva statale fin dal riparto di competenze previsto dal testo originario della Costituzione; tuttavia, il «ribaltamento» del criterio di ripartizione delle stesse operato nel 2001 – con l'attribuzione della competenza residuale alle Regioni ex art. 117, comma 4 – ha imposto l'esplicitazione delle materie richiamate nel catalogo delle competenze esclusive statali enumerate al comma 2 del medesimo articolo.

6 Il nuovo art. 117, c. 1, com'è noto, ha trovato per la prima volta applicazione con le famose «decisioni gemelle» (sentt. n° 348 e 349 del 2007), con cui la Corte costituzionale ha ritenuto di dover intervenire per «fare chiarezza» sul rapporto tra le norme derivazione internazionale e il diritto interno, nel momento in cui i giudici comuni stavano seguendo soluzioni differenziate: «Oggi questa Corte è chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa ed istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto» (sent. n° 348, p.to 3.4).

7 Rimane di fondamentale importanza per lo studio degli artt. 10 e 11 della Costituzione il commento di Antonio CASSESE: «Artt. 10-12», in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; sul diritto d'asilo v. per tutti M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007 e Id., «La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione ed attualità», *Quest. Giust.*, 2/2018, pp. 14 ss.

I diritti degli stranieri, quindi, devono essere ricostruiti attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale riferita ad altri articoli della Legge fondamentale⁸. Al riguardo si pone un problema interpretativo, nel senso che le disposizioni sui diritti fanno riferimento in alcuni casi ai cittadini, in altri a tutti, in altri ancora a determinate categorie (es. i lavoratori). La giurisprudenza della Corte costituzionale, sin dalle decisioni più risalenti, è andata oltre il dato meramente testuale affermando nella sentenza n° 120 del 1967, in relazione all'arresto dello straniero, che:

«Il raffronto tra la disposizione contenuta nell'art. 139 della legge doganale, secondo cui deve essere mantenuto nello stato di arresto lo straniero finché non abbia prestato idonea cauzione o malleveria, e l'art. 3 della Costituzione non deve farsi con questa norma, isolatamente considerata, ma con la norma stessa in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [quei] diritti fondamentali».

Tale impostazione si è rivelata di speciale importanza proprio perché – grazie al riferimento all'art. 2 che riconosce i diritti inviolabili della persona – ha permesso l'applicazione del principio di eguaglianza, affermato dall'art. 3 per i cittadini, anche rispetto agli stranieri. È stata poi la Corte costituzionale, caso per caso, a verificare se le differenze di trattamento tra cittadini e stranieri fossero ragionevoli, e quindi legittime, o determinassero invece una violazione dei principi costituzionali.

All'interno di questo quadro, vengono quindi in considerazione – quali parametri per la valutazione della legislazione sugli stranieri – i diversi articoli dedicati ai diritti, sia alle libertà individuali, sia ai diritti sociali, con l'unico limite dell'esclusione, come si dirà, dei diritti politici, o meglio, del diritto di voto.

III. Alcuni dati statistici

In relazione allo studio in oggetto, può essere interessante riportare alcuni dati statistici che possono aiutare a comprendere il ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale in questa materia. Come verrà precisato nel prossimo paragrafo, si è scelto di fare un cenno anche al giudizio in via principale, presente nel sistema di giustizia costituzionale italiano. Com'è noto, si tratta di un controllo promosso dallo Stato o dalle Regioni, per la definizione dei rispettivi ambiti di competenza, ma non solo, che incide in maniera significativa anche sui diritti degli stranieri.

Va precisato che, ai fini della predisposizione delle schede che seguono, si sono prese in considerazione tutte le decisioni relative ai giudizi in via incidentale, mentre per quelli in via principale solo le sentenze⁹.

⁸ V. tra i molti G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007; AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC; A. RUGGERI, «Note introduttive a uno studio sui diritti e sui doveri costituzionali degli stranieri», *Rivista AIC*, 2/2011; M. CARTABIA, «Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà», in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR E A. SPADARO (cur.), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 1 ss.; M. SAVINO, «Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità», *Quad. cost.*, 2017, pp. 41 ss.

⁹ Anche in ragione della diversa struttura dei due procedimenti, le ordinanze che concludono i giudizi di legittimità costituzionale in via principale sono numericamente meno rilevanti e si tratta per lo più di pronunce che dichiarano l'estinzione del giudizio.

Anno	n° pronunce in via incidentale	...di cui sentenze	% sul totale delle decisioni in via incidentale	n° sentenze in via principale
2000	9	4	1,9%	-
2001	16	2	4,5%	-
2002	16	-	3,5%	-
2003	9	2	3,6%	-
2004	40	4	13,9%	2
2005	58	3	18,5%	3
2006	23	4	8,3%	4
2007	31	4	9,7%	1
2008	15	4	4,7%	2
2009	11	2	4,9%	-
2010	19	5	9,0%	3
2011	41	3	21 %	3
2012	9	4	6,4%	-
2013	5	2	3,5%	7
2014	5	1	2,9%	2
2015	4	3	2,8%	-
2016	2	-	1,2%	-
2017	5	4	3,2%	-
2018	3	2	2,1%	2
2019	6	4	3,5%	1
Totale	327	34	6,9%	20

Tab. 1 – Pronunce rilevanti in materia di diritti degli stranieri.

Anno	Illegittim. cost.tout court	Manipolativa	Non fondatezza	Interpret. di rigetto	Manifesta infondat.	Inammiss.	Manifesta inammiss.	Restituz. atti/ estinzione
2000	-	1	2	-	5	1	-	-
2001	-	-	2	1	12	-	3	-
2002	-	-	-	-	11	-	6	1
2003	-	1	-	1	-	1	5	2
2004	-	2	2	-	6	-	8	25
2005	1	-	1	-	3	-	18	33
2006	-	-	2	-	8	4	12	4
2007	-	2	1	-	3	2	16	8
2008	-	2	2	-	2	1	8	3
2009	-	1	1	-	2	-	7	1
2010	1	2	2	-	-	1	15	-
2011	-	3	-	-	1	-	33	6
2012	-	2	2	-	-	1	4	1
2013	-	2	-	-	-	1	3	-
2014	-	-	-	-	-	1	4	-
2015	-	3	1	-	-	-	2	-
2016	-	1	-	-	-	-	2	-
2017	-	-	1	-	-	3	1	-
2018	1	1	1	-	-	-	1	-
2019	-	-	2	-	-	1	2	1
Tot.	3	18	22	2	53	17	152	85

Tab. 2 – Pronunce rilevanti in via incidentale suddivise per tipologia¹⁰.

¹⁰ Nel caso in cui una pronuncia contenga più tipologie di dispositivo (ad esempio, una dichiarazione di inammissibilità e una di non fondatezza), essa viene conteggiata in tutte le categorie alle quali è riconducibile.

Anno	Illegittim. cost. tout court	Manipolativa	Non Fondatezza	Inammiss.	Altre
2004	1	-	2	2	1
2005	-	1	2	1	-
2006	1	-	3	1	-
2007	-	-	1	-	-
2008	2	2	1	1	-
2010	1	1	2	2	-
2011	2	-	2	3	-
2013	3	5	2	1	2
2014	1	1	1	-	1
2018	1	1	-	-	-
2019	-	1	-	1	1
Totale	12	12	17	12	5

Tab. 3 - Sentenze rilevanti in via principale suddivise per tipologia¹¹.

IV. Il ruolo del giudizio in via principale

Nonostante il progetto si concentri principalmente sull'impatto della questione di legittimità costituzionale in via incidentale, i dati delle tabelle sopra riportate rendono evidente il sussistere di un rapporto di compresenza – e, si potrebbe dire, di complementarità – fra le due forme del giudizio sulle leggi nella tutela dei diritti degli stranieri¹².

Procedendo con ordine è bene ricordare che l'ordinamento italiano – a differenza di quello francese – prevede due «vie» di accesso al giudizio di costituzionalità (successivo) sulle leggi: via principale e via incidentale. La prima è disciplinata dall'art. 127, come novellato dalla l. cost. n° 3 del 2001, il quale attribuisce, da un lato, al Governo il potere di promuovere la questione di legittimità costituzionale sulla legge regionale che a suo parere «ecceda la competenza» della Regione e, dall'altro, alla Regione il potere di fare altrettanto su leggi o atti aventi valore di legge dello Stato o di un'altra Regione che «leda la sua sfera di competenza».

La formulazione testuale della disposizione è di per sé rivelatrice di un'asimmetria che, come vedremo, è densa di conseguenze anche in punto tutela dei diritti. Va quindi analizzato separatamente l'impatto dell'impugnazione statale e di quella regionale.

¹¹ Anche in questo caso, se una pronuncia contiene più tipologie di dispositivo (ad esempio, una dichiarazione di inammissibilità e una di non fondatezza), essa viene conteggiata in tutte le categorie alle quali è riconducibile.

¹² Sul rapporto fra Autonomie e diritti degli stranieri, si vedano, all'interno di un'ampia bibliografia: L. RONCHETTI (cur.), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2012; E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013; A. LAZZARO, «Enti territoriali, immigrazione e sussidiarietà», in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (cur.), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, Aracne, 2016, pp. 257 ss.; C. PANZERA, «Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione», *Dir. pubbl.*, 1/2018, pp. 141 ss.; L. BUSCEMA, «La dimensione regionale della gestione dei fenomeni migratori», *Diritti regionali*, 3/2019; M. ROSINI, M. TOMASI, «La legge regionale tra integrazione dei cittadini stranieri e “frantumazione” dei diritti sociali», *Diritti regionali*, 1/2020.

Lo Stato può impugnare la legge regionale per violazione di qualsiasi parametro costituzionale (così si interpreta l'espressione «ecceda la competenza») in quanto soggetto cui è attribuito il compito di far valere la «istanza unitaria» più volte ribadita nel testo costituzionale¹³. In concreto ciò significa che, nel valutare l'opportunità di impugnare una legge regionale, lo Stato deve considerare anche il rispetto dei diritti degli stranieri e, quindi, l'assenza di discriminazioni nei loro confronti. Le fonti regionali sono infatti portatrici di una fisiologica differenziazione, insita nel pluralismo politico-istituzionale derivante dal riconoscimento di potestà legislativa agli enti territoriali, e devono adeguare contenuti e forme dei servizi erogati alle opzioni politiche prevalenti a livello regionale. Ciò nonostante, può accadere che la legittima delimitazione del perimetro dei fruitori delle prestazioni sociali sfoci in scelte discriminatorie e lesive dei diritti degli stranieri.

Da questo punto di vista, è copiosa la giurisprudenza sui periodi minimi di residenza nel territorio regionale e/o nel territorio statale, introdotti dalle leggi regionali al fine di individuare i destinatari dei servizi pubblici erogati dalla (o a carico della) Regione. Tali questioni possono sorgere tanto da ricorsi in via principale quanto da ordinanze di rinvio emesse nei giudizi fra l'amministrazione e i soggetti esclusi. Concentrandosi su esempi del primo tipo, la Corte ammette in linea generale che il periodo di residenza possa assurgere a requisito ai fini della titolarità di prestazioni sociali¹⁴, ma questa scelta del legislatore regionale è soggetta al vaglio del giudice costituzionale alla luce del principio di ragionevolezza¹⁵. A tal fine vengono in rilievo tanto l'estensione del periodo temporale di residenza richiesto quanto la natura della prestazione sociale disciplinata (le prestazioni che riguardano beni della vita «essenziali» tollerano ovviamente minori limitazioni), con la conseguenza che lo stesso limite può essere ragionevole per una prestazione e non per un'altra¹⁶.

Va tuttavia ricordato che l'impugnazione statale può operare anche in senso restrittivo dei diritti degli stranieri, laddove – a fronte di una legge regionale ampliativa delle tutele nei loro confronti – lo Stato lamenti una violazione delle proprie competenze. Ad esempio, lo Stato ha impugnato alcune leggi regionali che ampliavano le cure offerte dai Sistemi Sanitari Regionali agli stranieri in posizione *irregolare*, sviluppando autonomamente il nucleo delle «cure urgenti ed essenziali» che sono loro garantite proprio sulla base della legge statale (art. 35, TU immigrazione). Secondo la difesa statale l'intervento normativo regionale avrebbe invaso le competenze esclusive dello Stato in materia di immigrazione, asilo e condizione giuridica degli stranieri (cd. politiche dell'immigrazione), in quanto le maggiori tutele attribuite allo straniero in posizione irregolare sarebbero state suscettibili di incidere indirettamente sul controllo dell'immigrazione. In più pronunce, però, la Corte ha disatteso questa ricostruzione, ribadendo che – in una materia di competenza concorrente quale «tutela della salute» – spetta alle Regioni anche il potere di sviluppare i principi costituzionali e quelli desumibili dalla legislazione statale, fra i quali la garanzia di un nucleo essenziale di cure anche agli stranieri in posizione irregolare¹⁷.

13 Sent. n° 274 del 2003.

14 Sentt. n° 2 e 4 del 2013.

15 Sentt. n° 40 del 2011, 168 del 2014, 106 e 107 del 2018.

16 Per un esempio di esito «divergente»: sent. n° 222 del 2013.

17 Sentt. n° 269 e 299 del 2010, commentate da F. BIONDI DAL MONTE, «Regioni, immigrazione e diritti fondamentali», *Le Regioni*, 5/2011, pp. 1086 ss.

Passando all'impugnazione regionale, le sue potenzialità sono certamente più limitate in ragione della diversa formulazione del secondo comma dell'art. 127 della Costituzione e dell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte costituzionale, la quale ritiene che le Regioni possano impugnare la legge statale sulla base di parametri diversi da quelli relativi al riparto di competenze solo quando i vizi eccipiti «ridondano» sulle attribuzioni regionali, con un onere di specifica motivazione sul punto a carico delle ricorrenti.

La recente sentenza n° 194 del 2019, relativa alle impugnazioni regionali del cd. «Decreto Sicurezza», è proprio un «caso di studio» del concetto di ridondanza elaborato dalla Corte e delle sue implicazioni sulle potenzialità dell'impugnazione regionale come forma di tutela (anche) dei diritti degli stranieri¹⁸. In linea generale, la Corte afferma che:

«le questioni sollevate dalle Regioni in riferimento a parametri non attinenti al riparto delle competenze statali e regionali sono ammissibili quando la disposizione statale, pur conforme al riparto costituzionale delle competenze, obbligherebbe le Regioni – nell'esercizio di altre loro attribuzioni normative, amministrative o finanziarie – a conformarsi a una disciplina legislativa asseritamente incostituzionale, per contrasto con parametri, appunto, estranei a tale riparto».

In concreto, però, le questioni vengono dichiarate inammissibili in quanto la ridondanza non è adeguatamente motivata dalle ricorrenti. In particolare, con riferimento alla «tipizzazione» dei casi di permesso di soggiorno di carattere umanitario, la Corte respinge l'argomentazione delle Regioni, secondo le quali la disposizione legislativa avrebbe inciso sulle prestazioni sociali rientranti nelle loro competenze restringendo illegittimamente la platea dei destinatari. Secondo il giudice costituzionale la violazione sarebbe rimasta indimostrata, stante la possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione: l'eventuale declaratoria di illegittimità viene dunque «rinviata» a un futuro giudizio in via incidentale sorto a valle dell'applicazione concreta della norma e, nel frattempo, le Regioni rimangono libere di garantire tutele sociali anche agli stranieri in posizione irregolare nell'ambito delle loro competenze. Analogamente, riguardo alla riforma del sistema di prima accoglienza con l'esclusione dallo stesso dei richiedenti asilo, la Corte ritiene non dimostrata la ridondanza della disposizione sulle competenze di Regioni ed enti locali alla luce del fatto che essi rimangono liberi di porre in essere analoghe misure di accoglienza (seppure sopportandone direttamente i costi). Infine, la questione relativa al cd. divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti protezione internazionale viene pure dichiarata inammissibile in quanto le Regioni non avrebbero dimostrato che l'esclusione dal registro anagrafico di questo gruppo di soggetti incide sulle competenze proprie e degli enti locali, e questo nonostante il fatto che molte leggi regionali individuino proprio nei «residenti» i titolari di molte rilevanti prestazioni sociali.

¹⁸ Per un approfondito commento v. D. TEGA, «I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti», *Quad. cost.*, 2/2019, pp. 413 ss.

L'atteggiamento della Corte nel valutare la motivazione della ridondanza appare dunque assai rigoroso, limitando così le potenzialità di tutela dei diritti fondamentali insite anche nell'impugnazione regionale.

V. I principali orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza della Corte costituzionale sui diritti degli stranieri prende in considerazione un'ampia gamma di diritti fondamentali, verificando se e con quale ampiezza gli stessi spettino anche agli stranieri.

Per semplificare l'analisi, si possono utilizzare le categorie classiche elaborate dalla dottrina, distinguendo i diritti di libertà, i diritti sociali e i diritti politici. I giudici costituzionali sono intervenuti in tutti questi ambiti, prevalentemente in sede di controllo in via incidentale, anche se non sono mancati ricorsi in via principale con cui lo Stato ha messo in discussione le scelte operate dalle Regioni nelle materie di loro competenza, scelte che ricadevano, per quello che qui interessa, sulla posizione dello straniero. Più limitati, come si è visto, tenuto conto del sistema di controllo, sono risultati i casi in cui i ricorsi delle Regioni hanno portato ad un controllo sugli interventi statali in materia¹⁹.

A. Diritti di libertà e garanzie processuali

Con riferimento ai diritti di libertà e alle garanzie processuali la Corte ha sempre riconosciuto la titolarità degli stessi anche in capo agli stranieri, identificandoli come diritti fondamentali / diritti umani spettanti a tutte le persone. A titolo di esempio, si può citare la sentenza n° 105 del 2001, in materia di espulsione, dove si legge che

«[Né] potrebbe dirsi che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, *non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale*, che al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (cons. dir. p.to 4; corsivo aggiunto)²⁰.

Tuttavia, nelle sue decisioni, la Corte manifesta un significativo *self-restraint* salvando nella maggior parte di casi le norme impugnate, proponendone però un'interpretazione costituzionalmente orientata, adottando decisioni di inammissibilità, formulando dei moniti al legislatore, e così via. Nella

¹⁹ V. *supra*, par. IV.

²⁰ V. anche la decisione n° 222 del 2004 che, sempre in riferimento al procedimento di espulsione, ha riaffermato la necessità di rispettare «i principi della tutela giurisdizionale» (cons. dir. p.to 6).

recente sentenza n° 275 del 2017, in materia di respingimento ed accompagnamento alla frontiera, si legge che:

«L'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n° 222 del 2004 e n° 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.» (cons. dir. p.to 4)²¹.

Al di là delle affermazioni di carattere generale, dunque, sembra prevalere il rispetto delle scelte politiche, che rispondono soprattutto alle esigenze della sicurezza e del «governo dei flussi migratori».

Questo approccio trova conferma nella giurisprudenza sulle questioni relative all'ingresso nel territorio dello Stato. Del resto, si tratta del discrimine fondamentale tra cittadino e straniero: il diritto di entrare ed uscire liberamente dal territorio dello Stato e di non essere espulso, spettante al primo ed invece non garantito al secondo. Merita di essere citata, a questo riguardo, una sentenza risalente nel tempo, la n° 62 del 1994, nella quale i giudici costituzionali delineano il diverso rapporto con il territorio, e prima ancora con lo Stato che ne è il presupposto, per il cittadino e lo straniero:

«l'essere il cittadino parte essenziale del popolo o, più precisamente, il "rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato" comporta in capo allo stesso il "diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo" e il diritto di non poterne essere allontanato per alcun motivo. Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può "entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato"».

Questa interpretazione giustifica l'ampia discrezionalità lasciata al legislatore in questo ambito, che trova conferma, ad esempio, nella decisione n° 250 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha salvato il c.d. «reato di clandestinità», affermando che l'oggetto della penalizzazione non è una «condizione personale e sociale», quanto la trasgressione delle norme che regolano l'ingresso nel territorio dello Stato. Il bene giuridico protetto consiste «nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria» (cons. dir. p.to 6.2).

²¹ Si può citare anche la sentenza n° 22 del 2007 in materia di reato per trattenimento abusivo nel territorio dello Stato, la quale, pur dichiarando la questione inammissibile, esprime un forte monito al legislatore: «In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate» (cons. dir. p.to 7).

B. Diritti sociali

Una posizione di maggiore apertura della Corte emerge nella giurisprudenza in materia di diritti sociali²². Siamo di fronte ad una casistica molto ricca, dal punto di vista sia quantitativo sia qualitativo, per le fattispecie affrontate, che coprono pressoché tutti i diritti sociali, con una significativa articolazione rispetto alle prestazioni assistenziali offerte dallo Stato. Nonostante si tratti di «diritti che costano», la Corte costituzionale ha svolto un incisivo controllo sulla ragionevolezza delle scelte operate da Stato e Regioni. Da un lato, essa ha verificato la corrispondenza della differenziazione del trattamento degli stranieri alla *ratio* della misura contestata, come nella nota decisione n° 432 del 2005, sull'uso gratuito dei mezzi pubblici per gli invalidi: in questa pronuncia, pur riconoscendo che si trattava di una prestazione di solidarietà sociale espressione della discrezionalità della Regione (non riconducibile direttamente alla tutela della salute), il giudice delle leggi non ha però rinvenuto alcuna «ragionevole correlabilità» fra il requisito della cittadinanza ivi previsto e la finalità della misura:

«[D]istinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce [dunque] per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione»²³.

Dall'altro, anche laddove la differenziazione poteva apparire giustificata, la Corte ha valutato la ragionevolezza della soluzione adottata, come si è visto nelle decisioni sulle leggi regionali che condizionano il godimento dei diritti ad un determinato periodo di residenza nel territorio della Regione, richiamate nel precedente paragrafo²⁴. Sebbene fuoriesca dal periodo temporale qui esaminato (2000-2019), si deve tuttavia rilevare che con la recente pronuncia n° 44 del 2020, adottata all'esito di un giudizio in via incidentale, la Corte ha irrigidito il proprio precedente orientamento, dichiarando illegittima una disposizione regionale che subordinava i benefici dell'edilizia residenziale pubblica al requisito della residenza (o allo svolgimento di attività lavorativa) per i cinque anni precedenti all'interno del territorio regionale. Questa pronuncia – oltre ad applicare in maniera particolarmente stringente il sindacato di ragionevolezza già operato da tempo su disposizioni

22 Sui diritti sociali v., tra i molti, L. MONTANARI, C. SEVERINO (cur.), *I sistemi di welfare alla prova delle dinamiche migratorie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, cit., e F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013.

23 V. anche la sent. n° 306 del 2008 e la sent. n° 40 del 2011. Cfr. G. ROMEO, «Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà», *Rivista AIC*, 1/2018.

24 La medesima questione è affrontata anche nei giudizi in via incidentale, sempre nella prospettiva della ricerca di un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. Una materia in cui c'è un'ampia giurisprudenza è certamente quella delle politiche abitative, rispetto alle quali la Corte ha avuto modo di precisare – salvo poi valutare caso per caso le soluzioni adottate – che «il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione [di alloggi di edilizia residenziale pubblica], risulta non irragionevole (sentenza n° 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire (sentenza n° 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n° 393 del 2007)»: ord. n° 32 del 2008, annotata da C. CORSI, «Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?», *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2008, pp. 141 ss. e per l'analisi della giurisprudenza più recente ID., «Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici», *Rivista AIC*, 1/2018.

simili – ha aggiunto un ulteriore «tassello» alla giurisprudenza della Corte in materia, affermando che «lo stesso “radicamento” territoriale, quand’anche fosse adeguatamente valutato (non con riferimento alla previa residenza protratta), non potrebbe comunque assumere importanza tale da escludere qualsiasi rilievo del bisogno». Il minore radicamento potrebbe dunque rilevare in sede di formazione della graduatoria, ma non determinare l’esclusione *a priori* dei soggetti bisognosi dall’ambito di applicazione della misura sociale²⁵.

Si può cogliere nelle decisioni della Corte il tentativo di operare un equilibrato bilanciamento tra le diverse esigenze che entrano in gioco, soprattutto in un contesto di crisi economica come quello attuale, senza però disconoscere le domande fondamentali di tutela. È con riferimento al diritto alla salute che la Corte afferma, nella sentenza n° 252 del 2001, «la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”». Tale «nucleo irriducibile» deve essere quindi garantito a tutti, compresi gli stranieri in posizione irregolare. Anche al di fuori di esso, però, si registrano importanti interventi della Corte, la quale, anche sulla base delle norme sovranazionali²⁶, ha dichiarato illegittime numerose disposizioni che limitavano ai soli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE di lungo periodo (e non a tutti i «regolari») la fruizione di essenziali prestazioni sociali, specialmente pensioni e altre provvidenze economiche a favore dei soggetti più fragili²⁷. In senso diverso si muove la soluzione adottata nella recente decisione n° 50 del 2019, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità della norma che subordina ad analogo requisito, oltre che al soggiorno continuato per dieci anni sul territorio statale, il diritto a percepire il cd. assegno sociale. Al riguardo i giudici costituzionali hanno affermato che:

«il legislatore può legittimamente prevedere specifiche *condizioni per il godimento delle prestazioni assistenziali eccedenti i bisogni primari della persona*, purché tali condizioni non siano manifestamente irragionevoli né intrinsecamente discriminatorie, com’è appunto nella specie la considerazione dell’inserimento socio-giuridico del cittadino extracomunitario nel contesto nazionale, come certificata dal permesso di soggiorno UE di lungo periodo» (corsivo aggiunto).

Il perimetro dei «bisogni primari» a cui accenna la Corte si presta, ovviamente, a una diversità di interpretazioni e richiederà necessariamente un’ulteriore opera di specificazione caso per caso da parte dei giudici costituzionali²⁸.

25 Per un primo commento v. C. PADULA, «Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge», *Consulta Online*, 1/2020, pp. 173 ss.

26 Relativamente al controllo sulla violazione del principio di non discriminazioni (art. 14 Cedu), v. il par. successivo.

27 V. le pronunce citate *infra*, nota 34.

28 Su questa pronuncia v. ad esempio G. BASCHERINI, «Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l’assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo», *Giur. cost.*, 2/2019, pp. 762 ss.

C. Diritti e doveri politici

Infine, si possono citare alcune decisioni che attengono all'ambito «politico» in senso lato, inteso come rapporto del cittadino e dello straniero con lo Stato. Non vi sono decisioni sul diritto di voto, anche se la dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 48, secondo cui «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età», porti ad escludere la titolarità del diritto di voto in capo agli stranieri, anche a livello locale (anche se su quest'ultimo aspetto le letture sono meno omogenee, considerata anche l'eccezione dei cittadini europei)²⁹.

Sono invece alcune decisioni sui doveri costituzionali, collegate al servizio militare e al servizio civile, che hanno permesso alla Corte costituzionale di offrire degli interessanti spunti di riflessione sui temi dell'appartenenza, e quindi della cittadinanza e della posizione degli stranieri. Oltre alla storica sentenza n° 172 del 1999, sul servizio militare degli apolidi, dove la Corte delinea una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto» (cons. dir., p.to 2.3), si può citare la più recente decisione n° 119 del 2015, sul servizio civile degli stranieri, dove la Corte riconosce che:

«L'ammissione al servizio civile consente oggi di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene. [...] L'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza» (cons. dir., p.to 4.1)³⁰.

VI. La Cedu come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità a livello nazionale e criterio di controllo sull'azione dello Stato a livello internazionale

Come già ricordato, in Italia, grazie all'art. 117, c. 1, la Cedu è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità. Ciò significa che la disposizione legislativa che viola i diritti convenzionali, viola indirettamente anche l'art. 117, c. 1 che impone al legislatore, statale e regionale, di rispettare i «vincoli nascenti dagli obblighi internazionali». La Corte costituzionale, nelle famose «sentenze gemelle» del 2007 con cui ha inaugurato questa giurisprudenza, ha individuato una sorta di schema operativo³¹. Il giudice comune che rileva un contrasto è chiamato innanzitutto ad esperire un tentativo di «interpretazione conforme» del diritto interno rispetto alle norme convenzionali e solo quando non è possibile risolvere il conflitto in via

²⁹ Cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, Jovene, 2006 e E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, Giappichelli, 2001.

³⁰ Sulla decisione n° 119 del 2015 v. S. PENASA, «Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario», *Rivista AIC*, 3/2015 e A. RAUTI, «Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n° 119/2015», *Rivista AIC*, 4/2015.

³¹ V. *supra*, par. II.

interpretativa deve rivolgersi alla Corte costituzionale, cui spetta «l'ultima parola»³². Sarà quest'ultima a verificare l'eventuale conflitto con la Cedu e a dichiarare conseguentemente l'incostituzionalità della norma interna. È importante segnalare che la Corte costituzionale ha precisato che nell'applicazione della Cedu si deve tenere conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cui spetta «una funzione interpretativa eminente».

Questo vincolo – che negli anni la Corte ha cercato di «circoscrivere» meglio³³ – assume un rilievo particolare con riferimento all'oggetto di questa ricerca. L'attività interpretativa della Corte di Strasburgo ha permesso, infatti, di estendere l'applicazione delle garanzie previste dalla Cedu anche a materie non espressamente presenti nel testo della Convenzione e nei protocolli aggiuntivi. Ciò ha assunto un rilievo particolarmente significativo in materia di diritti sociali, anche in relazione agli stranieri.

Invertendo l'ordine dell'esposizione rispetto al paragrafo precedente, si può iniziare proprio da questa giurisprudenza per mettere in luce le ricadute che ha avuto in Italia. Un esempio importante, a breve distanza da quando la Cedu ha iniziato ad essere usata come parametro interposto, è costituito dalla sentenza n° 187 del 2010 in materia di diritto all' «assegno di invalidità», che la legge subordinava alla titolarità della Carta di soggiorno. In questo caso, nel valutare la legittimità delle differenze di trattamento tra cittadini e stranieri, la Corte costituzionale prende in considerazione anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul principio di non discriminazione (art. 14 Cedu), riconoscendo che

«Lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, assunto dall'odierno rimettente a parametro interposto, unitamente all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, che la stessa giurisprudenza europea ha ritenuto raccordato, in tema di prestazioni previdenziali» (cons. dir. p.to 2).

Può essere opportuno accennare il *reasoning* della Corte EDU nelle pronunce richiamate dalla Corte costituzionale, basato sul combinato disposto fra il principio di non discriminazione (art. 14 Cedu) e l'art. 1 del Protocollo addizionale n° 1 alla Convenzione, ovvero la norma che protegge il diritto di proprietà (Corte EDU, *Gaygusuz c. Austria*, ric. n° 39/1995/545/631, 16 settembre 1996).

«Secondo questa giurisprudenza, ogni disparità di trattamento in materia di prestazioni sociali che sia fondata sulla nazionalità e che non sia suffragata da giustificazioni obiettive e ragionevoli

32 Per una sintetica analisi, in chiave comparata, della soluzione adottata dalla Corte v. L. MONTANARI, «La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 204 ss.

33 Nella giurisprudenza più recente anche la Corte costituzionale italiana ha sviluppato una sorta di resistenza ai processi di integrazione europea, che per quanto riguarda la Cedu si esprime nel tentativo di circoscrivere il vincolo delle decisioni della Corte di Strasburgo. Si possono citare a titolo d'esempio le sentenze n° 264/2012 e n° 49/2015, quest'ultima commentata da V. ZAGREBELSKY, «Corte cost. n° 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione», *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015.

deve essere considerata discriminatoria. L'art. 1 prot. add., in combinato disposto con l'art. 14 Cedu (principio di non discriminazione), non garantisce il diritto a ricevere una prestazione sociale in sé, ma viene interpretato nel senso che, qualora una legislazione statale preveda il riconoscimento di una prestazione sociale, che sia legata o meno ad un previo versamento di contributi, essa fa nascere un interesse patrimoniale riconducibile al prot. 1: se eventuali differenze di trattamento al riguardo basate sulla cittadinanza non sono come tali, in astratto, illegittime, esse impongono però uno *strict scrutiny* sulla loro giustificabilità»³⁴.

Si è richiamata l'argomentazione della Corte di Strasburgo perché è indicativa del filone giurisprudenziale cui si fatto cenno, che permette di trarre da un catalogo di libertà civili e politiche classiche – come è la Cedu – strumenti per proteggere anche i diritti sociali. Nell'esempio appena ricordato, si fa riferimento al diritto di proprietà per proteggere il diritto alle prestazioni assistenziali, che costituiscono invece un'*aspettativa* nei confronti dello Stato e che, nel caso non dipendano da precedenti contributi, non presentano alcun legame con una precedente situazione proprietaria³⁵. La Corte di Strasburgo, al fine di allargare lo spettro delle garanzie offerte ai singoli, distingue dunque sul piano delle prestazioni sociali tra la scelta di introdurre un determinato meccanismo di protezione sociale, che rimane nella discrezionalità dello Stato, e la definizione della platea dei destinatari, che può essere oggetto di controllo attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione, in collegamento con la disposizione che tutela il diritto di proprietà. Per quello che qui interessa, questo ragionamento permette ai giudici europei di censurare le disparità di trattamento basate esclusivamente sulla nazionalità³⁶.

Tale impostazione viene ripresa dalla nostra Corte costituzionale, che nelle sue decisioni ribadisce in molte occasioni che «qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Cedu, avuto riguardo alla interpretazione rigorosa che di tale norma è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte europea»³⁷.

Le disposizioni della Cedu tuttavia riguardano, principalmente, le classiche libertà civili e politiche, può pertanto essere utile verificare la ricaduta di questo strumento anche in questo ambito. Un esempio in cui il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo è servito alla Corte costituzionale per rafforzare la propria argomentazione si può vedere nella decisione n° 202 del 2013, con cui la Corte ha dichiarato in parte illegittimo l'automatismo espulsivo che la legge collega al compimento di

34 Così F.E. GRISOSTOLO, «Il giudice costituzionale come custode del diritto alla salute dell'immigrato», cit. e dottrina *ivi* citata.

35 In questo senso, ad esempio, la decisione *Koua Poirrez v. France*, ric. 40892/98, 30 settembre 2003.

36 Cfr. E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, cit., pp. 117 ss.

37 Così nella sent. n° 40 del 2013, relativa al diritto alla salute, ma si può citare una serie di decisioni che colpiscono norme che subordinano il godimento di prestazioni assistenziali alla titolarità della Carta di soggiorno rispetto, ad esempio: all'indennità di frequenza (scolastica) per il minore invalido (sent. n° 329/2011), all'indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili e della pensione di inabilità (sent. n° 40/2013), all'«assegno di cura» garantito in taluni casi ai residenti nella Provincia autonoma di Trento (sent. n° 172/2013); alla pensione spettante alle persone non vedenti e della speciale indennità in favore dei ciechi parziali (sent. n° 22/2015) e alla pensione di invalidità civile per sordi e dell'indennità di comunicazione (sent. n° 230/2015). Si rinvia per l'analisi della giurisprudenza in materia a F.E. GRISOSTOLO, «Il giudice costituzionale come custode del diritto alla salute dell'immigrato», cit. e G. ROMEO, «Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà», cit.

reati di una particolare gravità. Nello specifico la disposizione impugnata prevedeva una valutazione del caso caratterizzata da discrezionalità con riferimento allo straniero che «ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare» o al «familiare ricongiunto», mentre non teneva in considerazione il caso dello straniero che, pur non rientrando in tali categorie, «abbia legami familiari nel territorio dello Stato». Nel motivare la decisione di accoglimento la Corte, pur ribadendo che il legislatore gode di «un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi che tale regolazione riguarda», mette in luce la necessità che venga operato «un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino» (cons. dir. p.to 4.3). Nel caso di specie, la soluzione adottata viene ritenuta in contrasto con l'art. 3 della Costituzione e con le disposizioni che tutelano la famiglia e i minori. Tale interpretazione viene rafforzata attraverso il richiamo all'art. 8 della Cedu, che tutela la vita familiare. Al riguardo viene citata la sentenza *Cherif e altri c. Italia* del 2009, da cui emerge che «occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico», con l'individuazione di specifici parametri di riferimento. Ad avviso della Corte costituzionale

«una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall'art. 8 della Cedu, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale»³⁸.

Nella decisione in commento, dunque, il richiamo congiunto alle norme della Costituzione e della Cedu concorre sinergicamente a rafforzare la tutela accordata allo straniero. Non si devono dimenticare, tuttavia, le considerazioni svolte in precedenza sugli orientamenti generali della Corte costituzionale, che in questo ambito mantiene un atteggiamento di *self-restraint*, volto a salvaguardare le scelte del legislatore³⁹. Del resto anche in questo caso nella motivazione si ricorda, incidentalmente, che nella sentenza *Cherif* la Corte europea aveva comunque affermato che «la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, di tal che gli Stati mantengono il potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva». E in ogni caso, la Corte costituzionale ribadisce, in conclusione, che solo a lei spetta

38 Si può richiamare anche la decisione n° 245 del 2012 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la disciplina che limitava la libertà di contrarre matrimonio per lo straniero, prevedendo che dovesse presentare «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano». In questo caso, nonostante la normativa oggetto di giudizio sia giustificata dall'esigenza di controllo delle frontiere e dei flussi migratori, il sacrificio imposto alla libertà di contrarre matrimonio degli stranieri (ma anche dei cittadini che intendano sposarsi con loro) – riconducibile certamente al novero di diritti fondamentali – non risulta proporzionato all'obiettivo perseguito. A sostegno di questa conclusione viene richiamata anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «In proposito, si deve notare che la Corte europea dei diritti dell'uomo è recentemente intervenuta sulla normativa del Regno Unito in tema di capacità matrimoniale degli stranieri (sentenza 14 dicembre 2010, *O'Donoghue and Others v. The United Kingdom*). In particolare, la Corte europea ha affermato che il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione (par. 89 della sentenza). Secondo i giudici di Strasburgo, pertanto, la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è lesiva del diritto di cui all'art. 12 della Convenzione».

39 V. *supra* par. V. Si è rilevato al riguardo come le poche decisioni «progressiste» in tale ambito sarebbero state «dettate» da Strasburgo: M. SAVINO, «Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità», cit., spec. p. 55.

«nello svolgimento del proprio infungibile ruolo, il compito di effettuare una valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n° 170, n° 85 del 2013 e n° 264 del 2012)» (tutte le citazioni sono tratte dal cons. dir. p.to 5).

In questa prospettiva mantiene perciò un rilievo fondamentale il sistema internazionale di garanzia, grazie al diritto al ricorso individuale alla Corte di Strasburgo. La disciplina e soprattutto le prassi che, nel «tentativo di gestire» i flussi migratori e limitare gli ingressi irregolari, spesso conducono alla violazione dei diritti fondamentali sono state infatti in più occasioni alla base di ricorsi alla Corte europea, con la successiva condanna dell'Italia. Tra i più noti si può citare il caso *Khlaifia e altri c. Italia*, sul quale si è pronunciata la Grande Camera nel 2016 ritenendo che le condizioni in cui i migranti erano trattenuti nel Centro di soccorso e prima accoglienza a Lampedusa determinassero una limitazione della libertà personale priva di un formale e conoscibile fondamento legislativo. Di conseguenza gli stessi non avevano potuto godere delle garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione italiana, con la conseguente violazione dell'art. 5, par. 1 della Cedu⁴⁰.

Brevi considerazioni conclusive

L'analisi della giurisprudenza costituzionale svolta nei precedenti paragrafi, seppur sintetica, permette di trarre alcune indicazioni in relazione alla domanda che ha mosso questa ricerca e cioè il significato che il ricorso in via incidentale assume per la tutela dei soggetti vulnerabili, in questo caso gli stranieri.

Un primo elemento su cui pare opportuno richiamare l'attenzione è il rapporto tra il giudizio in via incidentale e quello in via principale, con riferimento alle sentenze adottate e, in particolare, alle decisioni di accoglimento o manipolative. Il numero complessivo, infatti, appare sostanzialmente convergente, a conferma del ruolo assunto in quest'ambito dal controllo sulla legislazione regionale, su cui ci si è soffermati nel quarto paragrafo. Considerato che l'impugnazione della legge in via principale deve avvenire entro 60 giorni dalla sua entrata in vigore, questo strumento assicura una tutela «anticipata» rispetto alla violazione dei diritti degli stranieri. L'ambito di intervento, tenuto conto delle competenze delle Regioni, è prevalentemente quello dei diritti sociali, rispetto ai quali la giurisprudenza della Corte costituzionale, attraverso l'applicazione del criterio di ragionevolezza, appare significativamente protettiva. Ciò non esclude che la legge (regionale) possa essere alla base anche di un ricorso in via incidentale, ma a fronte di una definizione abbastanza consolidata dei parametri di controllo da parte della Corte costituzionale si può presumere che nei casi più evidenti si attivi il Governo.

⁴⁰ Si tratta di una vicenda molto complessa, in quanto sul caso si era pronunciata la Camera rilevando nel comportamento dello Stato italiano una pluralità di violazioni della Convenzione. La Grande Camera ha invece limitato la condanna alla violazione dell'art. 5, par. 1. Si vedano tra i molti i commenti di F. GUELLA, «Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU», *DPCE on line*, 1/2016, pp. 205-215 e D. BACIS, «Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo», *DPCE on line*, 2/2017, pp. 401-407. Si può citare anche il caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, del 2012, relativo ai respingimenti in mare verso la Libia e all'assenza di rimedi giurisdizionali.

Il giudizio in via incidentale assume invece un ruolo prevalente rispetto al controllo sulla legislazione statale. Quest'ultima interviene sulla gestione complessiva del fenomeno migratorio in particolare con riferimento alla regolamentazione degli ingressi, con tutte le questioni connesse, e alla garanzia della protezione internazionale, che presenta ricadute soprattutto in relazione ai diritti di libertà classici. In questo ambito, come si è visto, la giurisprudenza della Corte costituzionale si caratterizza per un maggiore *self-restraint* rispetto alle scelte del legislatore. Ciò non toglie che, grazie alle argomentazioni sviluppate nelle sentenze e nelle ordinanze, essa abbia svolto un ruolo essenziale per la definizione dello *status* dello straniero, considerate le limitate indicazioni presenti nella Carta fondamentale. Può essere considerato questo il contributo di maggior rilievo nella prospettiva della tutela dei soggetti vulnerabili: il riconoscimento, seppur talvolta solo astratto, allo straniero della titolarità dei diritti fondamentali in forza dell'eguaglianza tra le persone in quanto esseri umani, al di là del rapporto con lo Stato. Ciò non sempre ha permesso di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme impugnate, ma può essere la base per una riflessione, non solo a livello di dottrina, che permetta di superare un approccio esclusivamente securitario ed escludente al fenomeno migratorio.

Infine, il quadro non sarebbe completo se non si prendesse in esame anche il ruolo assunto in questo ambito dalla Convenzione europea e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come si è visto nel precedente paragrafo, grazie al loro utilizzo come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, i *Convention Rights* hanno offerto alla Corte costituzionale un ulteriore strumento di valutazione, importante anche per rafforzare l'interpretazione delle norme nazionali. In relazione soprattutto ai diritti di libertà classici – ma anche per i diritti sociali sulla base del principio di non discriminazione – risalta la possibilità per i singoli che non abbiano ottenuto soddisfazione a livello nazionale di rivolgersi al giudice internazionale. In questo modo possono essere messe in discussione soluzioni legislative che non era stato possibile «colpire» a livello nazionale, sollecitando indirettamente un'evoluzione della stessa giurisprudenza costituzionale.

SECTION 4

LA PROTECTION DES GENS DU VOYAGE

QPC ET PERSONNES VULNÉRABLES : LE CAS DES GENS DU VOYAGE EN FRANCE

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI¹

La QPC a-t-elle constitué une chance pour les gens du voyage ? A-t-elle contribué à renforcer leurs droits, à mieux les protéger et à les rendre moins vulnérables ?

La principale cause de vulnérabilité des gens du voyage tient à la spécificité de leur mode de vie par rapport à la majorité de la population. Une vie souvent itinérante, en communauté, à bord de véhicules servant de domicile, caractéristiques auxquelles s'ajoute un statut à part, issu d'une longue tradition et une véritable culture autour de la famille. Aux différences de mode de vie s'ajoute une confusion entre gens du voyage, forains, Roms², étrangers en situation irrégulière mais aussi, depuis quelques décennies, personnes sans domicile fixe, sans abri, en situation défavorisée occupant des lieux de manière illicite, travailleurs pauvres sans domicile... Tous constituent un ensemble de personnes en situation de marginalité pour différentes raisons, avec des degrés de marginalité plus ou moins importants et plus ou moins réels. Cependant, dans cet ensemble, les personnes qualifiées par la loi de « gens du voyage » sont des personnes de nationalité française ne disposant ni de domicile ni de résidence fixe³. Bien qu'ils soient français, ils ont été et sont encore souvent perçus comme des « étrangers de l'intérieur »⁴. Leur statut a été fixé par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe⁵. Celle-ci a été modifiée à plusieurs reprises et complétée par la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage⁶. Toutefois, les évolutions de 2000 se sont révélées insatisfaisantes⁷ d'autant qu'elles ne touchaient qu'à la question

¹ Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

² Voir notamment E. AUBIN, « Le voyage... des gens du voyage, Tsiganes français et des Roms. Peut-il exister un droit à la différence ? », *Voyages en l'honneur du professeur G. KOUBI*, Lextenso, coll. L'épilogue, 2012, p. 15 et C. LE BERRE, « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *Revue du droit public*, 2008, n° 3, p. 891.

³ Voir S. GUINLE-LORINET, « "Roms" et "gens du voyage". Le malentendu français », in C. COQUIO *et al.*, *Roms, Tsiganes, Nomades*, Éditions Karthala, « Hommes et sociétés », 2014, p. 412.

⁴ Voir « Ils veulent en finir avec le livret de circulation », *Le Parisien*, 23 avril 2013 disponible sur leparisien.fr.

⁵ Cette loi succède notamment à la loi très critiquée du 16 juillet 2012 relative à l'exercice des professions ambulantes. Voir notamment les numéros 61 et 62 de la Revue *Études tsiganes* en 2017 et notamment l'article de J. WEINHARD : « Le traitement administratif des gens du voyage en France- Deux siècles de législation spécifique : 1789-2017 ».

⁶ E. AUBIN, « Les nouvelles conditions d'accueil des gens du voyage », *Petites affiches*, 22 août 2000, n° 167, p. 12 et 23 août 2000, n° 168, p. 3.

⁷ « Gens du voyage : la fin d'un statut unique au monde », *Le Journal du Dimanche*, 8 juin 2015 (en ligne sur lejdd.fr). Voir également la question posée par Emmanuel Aubin, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *AJDA*, 2010, p. 2324 : « Une législation républicaine conforme au principe d'égalité devant la loi : separate but equal ? ».

de l'accueil et de l'installation des gens du voyage. Un régime distinct concernant la circulation et le rattachement obligatoire à une commune a continué à subsister dont la constitutionnalité était contestable. Toutefois, aucune de ces deux lois n'a fait l'objet, lors de son adoption, d'une saisine du Conseil constitutionnel. Force est d'ailleurs de reconnaître que le système du contrôle *a priori* n'est pas en soit particulièrement favorable à une minorité qui n'est pas représentée, même par les groupes politiques dits minoritaires, au parlement. Comme pour les détenus, l'impopularité dont sont victimes les gens du voyage a largement freiné une évolution législative favorable y compris pour la défense de leurs droits fondamentaux. Le juge constitutionnel avait alors un rôle majeur à jouer en tant que gardien de ces derniers. Dès lors, il est pertinent de se demander si l'adoption de la QPC a permis d'améliorer leur statut au point de mettre fin à un régime qui a pu être comparé à une forme de « racisme institutionnel »⁸ voire d'apartheid⁹.

Les décisions QPC portant sur la législation appliquée aux « gens du voyage » sont peu nombreuses puisqu'on peut en dénombrer trois seulement au 1^{er} novembre 2019 (2010-13 QPC, 2012-279 QPC et 2019-805 QPC) portant directement sur la loi de 1969 ou la loi de 2000, à laquelle peut être ajoutée une décision concernant plus largement un mode de vie nomade (2011-169 QPC¹⁰). Toutefois, ce faible nombre doit être relativisé car le Conseil constitutionnel s'est également prononcé à l'occasion d'autres décisions, DC, portant sur des dispositifs qui n'étaient pas spécifiques aux gens du voyage (359 DC de 1995, 467 DC de 2003, 503 DC de 2004 et 745 DC de 2017 notamment). Par ailleurs, le statut dérogatoire applicable aux gens du voyage a encore évolué récemment avec deux lois et une ordonnance : la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté abrogeant notamment la loi de 1969 et modifiant celle de 2000 ; la loi n° 2018-957 du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites ; l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Ainsi, le dispositif mis en place en 2000 a connu six modifications législatives importantes dont trois intervenues ces dernières années. Ces évolutions législatives sont une conséquence des questions soulevées lors des QPC¹¹. Cependant, si la QPC a pu contribuer à améliorer le dispositif législatif relatif aux gens du voyage pour tenir compte des droits et libertés fondamentaux, ce n'est qu'à titre partiel. Sur les trois décisions qui ont porté sur le statut applicable aux gens du voyage, deux ont prononcé des censures. Or, ces dernières concernent des dispositions dont la constitutionnalité avait déjà été mise en cause notamment par la doctrine¹². La CEDH a également rendu une décision importante en 2013 condamnant la France pour violation de l'article 8 de la Convention dans la mise en œuvre de sa législation sur l'accueil des gens du voyage¹³ alors que les dispositions législatives visées avaient été déclarées conformes à la Constitution par le

8 C. COSSÉE, « Le statut «gens du voyage » comme institution de l'antitsiganisme en France », *Migrations Société*, 2016/1, n° 163, p. 75.

9 *Le Parisien*, « Ils veulent en finir avec les livrets de circulation », *Le Parisien*, 23 avril 2013.

10 À l'origine de cette affaire, était en cause l'expulsion de personnes occupant illégalement des terrains privés. La décision 2011-169 QPC du 30 septembre 2011 n'évoque cependant à aucun moment la question des gens du voyage ou même des Roms et la décision se place uniquement sur le terrain de la conformité à la Constitution de l'article 544 du Code civil.

11 Voir C. COSSÉE, *précitée*, p. 75.

12 Notamment Emmanuel Aubin, « L'évolution du droit français applicable aux Tsiganes. Les quatre logiques du législateur républicain », *Études tsiganes*, vol. 15, 2001, p. 26 ou encore C. LE BERRE, *précité*.

13 CEDH, 5^e ch., *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2013, req. 27013/07.

Conseil constitutionnel. Le contrôle abstrait opéré par ce dernier semble donc marquer la limite de la garantie des droits fondamentaux accordée aux gens du voyage. À l'inverse, le contrôle concret opéré par la Cour européenne des droits de l'homme et la prise en compte d'éléments factuels se sont avérés plus favorables à ceux-ci. En définitive, si la situation juridique des gens du voyage s'est améliorée sensiblement ces dernières années, la QPC y a contribué mais de manière indirecte et partielle.

Les trois décisions retenues peuvent être regroupées autour de deux thèmes : d'une part les questions relatives à l'accueil et au stationnement des gens du voyage ; d'autre part, des questions plus générales portant sur le statut des gens du voyage et sur le traitement à part leur étant réservé. Si dans le premier cas, le dispositif n'a pas été fondamentalement remis en cause avec la procédure QPC (I) en revanche dans le second cas, le contrôle QPC a permis des avancées importantes même si l'on peut déplorer que les inconstitutionnalités sanctionnées soient seulement des inconstitutionnalités manifestes (II).

I. La non-remise en cause du dispositif relatif à l'accueil et au stationnement des gens du voyage

La question de l'accueil et du stationnement des gens du voyage constitue la partie la plus visible des rapports houleux pouvant opposer les autorités publiques locales aux gens du voyage, suscitant de ce fait un contentieux assez fréquent devant le juge administratif, lorsqu'il s'agit de terrains publics, ou judiciaires, lorsque des terrains privés sont en cause¹⁴. L'impopularité des personnes identifiées comme gens du voyage a souvent conduit des communes à essayer d'échapper à leur obligation de prévoir des aires d'accueil appropriées avec des équipements adaptés. Ces réticences se sont répercutées par des occupations illicites de propriétés publiques ou privées que les collectivités locales ont pu difficilement faire cesser. La loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage a tenté de rétablir un équilibre entre les droits et obligations des uns et des autres. En contrepartie de l'obligation faite aux collectivités locales d'organiser un accueil dans le cadre d'un schéma départemental et selon un calendrier déterminé, ces dernières peuvent bénéficier d'une aide de l'État et du département et disposent de moyens renforcés pour permettre l'expulsion en cas d'occupation illicite¹⁵.

A. Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, Monsieur Orient O. et autres

Dans cette QPC étaient mis en cause les articles 9 et 9-1 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. Contrairement aux QPC qui vont suivre, celle-ci a été soulevée par les requérants, au nombre de deux, à titre individuel. La QPC avait été soulevée directement devant le Conseil d'État dans le cadre d'un procès demandant l'annulation du jugement

¹⁴ Voir les affaires concernant les Commune de Mougins ou de Nice. Voir également, par exemple, CE, 9 novembre 2018, req. n° 411010 et Cass. 3^e civ., 28 nov. 2019, n° 17-22810.

¹⁵ E. AUBIN, « Les nouvelles conditions d'accueil des gens du voyage », *Petites affiches*, 22 août 2000, n° 167, p. 12 et 23 août 2000, n° 168, p. 3.

du 4 janvier 2010 du tribunal administratif de Montreuil. Celui-ci avait, en effet, rejeté la demande d'annulation de la décision par laquelle le préfet de Seine-Saint-Denis les avait mis en demeure de quitter l'impasse Bloch Praeger à La Courneuve dans un délai de 24 heures. Cette mise en demeure était intervenue suite à la mise à disposition d'aires d'accueil permettant un stationnement licite pour les gens du voyage. Il est intéressant de souligner que les deux requérants n'auraient pas dû se voir appliquer les articles 9 et 9-1 de la loi de 2000 car ils ne faisaient pas à proprement parler de la catégorie « gens du voyage »¹⁶ mais des Roms.

Les dispositions contestées portent sur le stationnement des gens du voyage en dehors de zones d'accueil. L'article 9 prévoit que le préfet de police peut interdire le stationnement de résidences mobiles en dehors d'aires d'accueil aménagées dans le cadre d'un schéma départemental. En cas de non-respect de cette interdiction, le préfet peut mettre en demeure les occupants de quitter les lieux pour des raisons liées à l'ordre public en fixant un délai d'exécution. Cette mise en demeure est notifiée aux occupants et publiée sous forme d'affichage en mairie et sur les lieux. En cas de non-respect de cette mise en demeure et si aucun recours n'a été effectué (devant le tribunal administratif qui statue dans les 72 heures ou devant le TGI s'il s'agit d'un terrain privé affecté à une entreprise et que l'occupation entrave l'activité de celle-ci), le préfet peut ordonner l'évacuation forcée des résidences mobiles, sauf si le propriétaire du terrain ou le titulaire de son droit d'usage s'y oppose.

L'article 9-1 adapte ce même dispositif aux communes non inscrites au schéma départemental.

Sur cette question, la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel n'était pas particulièrement favorable aux gens du voyage. Dans la décision 467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif législatif qui considérait que constituait une infraction non seulement le fait de s'installer sur le terrain d'une commune satisfaisant à ses obligations d'accueil des gens du voyage mais également sur celui d'une commune n'étant soumise à aucune obligation d'accueil car n'étant pas inscrite à un schéma départemental d'accueil des gens du voyage¹⁷. Dans la décision 625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, le principe même de la mise en demeure de quitter des lieux occupés de manière illicite pour des raisons d'ordre public avait été considéré comme un dispositif justifié et proportionné à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public (§ 54). En revanche, le Conseil constitutionnel avait sanctionné le caractère excessif des dispositions permettant la mise en demeure et l'évacuation forcée de personnes, dans l'urgence, à toute époque de l'année et sans considération de la situation personnelle ou familiale des individus concernés¹⁸. La possible vulnérabilité des personnes susceptibles d'être en situation de grande précarité ou ne disposant pas d'un logement décent, avait donc été prise en considération par le Conseil constitutionnel.

16 Voir E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *précité*.

17 Cons. 70, 71, 73 et 74.

18 « que ces dispositions permettent de procéder dans l'urgence, à toute époque de l'année, à l'évacuation, sans considération de la situation personnelle ou familiale, de personnes défavorisées et ne disposant pas d'un logement décent ; que la faculté donnée à ces personnes de saisir le tribunal administratif d'un recours suspensif ne saurait, en l'espèce, constituer une garantie suffisante pour assurer une conciliation qui ne serait pas manifestement déséquilibrée entre la nécessité de sauvegarder l'ordre public et les droits et libertés constitutionnellement garantis » (§ 55).

Or, le même Conseil constitutionnel n'est pas entré dans ce type d'appréciation lorsqu'il a examiné les articles 9 et 9-1 de la loi du 5 juillet 2000 dans la décision 13 QPC. L'ensemble du dispositif relatif au pouvoir d'interdiction, de mise en demeure et d'expulsion en cas de stationnement illicite des gens du voyage a été validé car considéré comme justifié et proportionné. Les deux principaux moyens soulevés dans le cadre de cette QPC étaient d'une part, une atteinte au principe d'égalité et d'autre part une atteinte à la liberté d'aller et de venir. Les requérants estimaient que ces dispositions visaient à interdire aux « gens du voyage » et à eux seuls, de stationner en dehors des aires d'accueil, et restreignaient leur liberté d'aller et de venir en se fondant sur une base ethnique. Le Conseil constitutionnel s'est appuyé, avant tout, sur le fait que ces dispositions visaient précisément « les gens du voyage » et a considéré qu'ils étaient dans une situation différente qui pouvait justifier la distinction établie par le législateur¹⁹. Il a souligné que la différence de situation, fondée sur l'habitat et le mode de vie itinérant, ne constituait pas une discrimination qui aurait une origine ethnique. Une telle distinction serait en effet directement contraire à l'article 1^{er} de la Constitution. Pour établir cette différence de situation, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs relié les articles contestés à l'article 2 de la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 alors même que ce lien n'était pas établi par les requérants.

Il existe donc, selon le Conseil constitutionnel, une différence de situation objective entre les personnes dont l'habitat principal est constitué de résidences mobiles et qui ont un mode de vie itinérant, et les personnes sédentaires. La communauté des gens du voyage est donc considérée comme un tout sans que soit mise en avant la nécessité de prendre en compte la situation personnelle et familiale de chacun. Il en ressort une distinction implicite entre personnes placées dans la situation de « gens du voyage », dont la situation est appréciée de manière objective, et les personnes qui peuvent être considérées, au cas par cas, comme défavorisées et qui implique une appréciation subjective notamment quant à leurs conditions de logement. Ainsi, l'habitat et le mode de vie des personnes qualifiées de gens du voyage justifient une différence de traitement objective selon le Conseil constitutionnel mais celle-ci se révèle défavorable à ces derniers puisqu'elle permet des atteintes à leurs libertés, atteintes qui en réalité reposent sur une tradition de méfiance à leur rencontre²⁰.

Le Conseil constitutionnel a également considéré qu'au regard de l'ensemble des conditions et garanties fixées pour la mise en œuvre de l'exécution forcée (mise en demeure, restrictions, recours possible) les dispositions en cause ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir (§ 9)²¹. Ainsi la procédure d'expulsion ne prévoit pas de recours au juge judiciaire, alors même que l'habitat mobile des gens du voyage constitue leur domicile. Les commentaires du Conseil constitutionnel sur la décision 805 QPC prendront le soin de souligner que « l'évacuation forcée

19 « (Ces dispositions) sont fondées sur une différence de situation entre les personnes, quelles que soient leurs origines, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant et celles qui vivent de manière sédentaire ; qu'ainsi la distinction qu'elles opèrent repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers ; qu'elles n'instituent aucune discrimination fondée sur une origine ethnique ; que, par suite, elles ne sont pas contraires au principe d'égalité » (§ 6).

20 Voir notamment C. COSSÉE, *précitée*.

21 « compte tenu de l'ensemble des conditions et des garanties qu'il a fixées et eu égard à l'objectif qu'il s'est assigné, le législateur a adopté des mesures assurant une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre la nécessité de sauvegarder l'ordre public et les autres droits et libertés » (§ 9).

des gens du voyage ne les prive pas de logement car ils quittent les lieux avec leur logement »²². À l'inverse, la CEDH fait un lien entre expulsion et perte du domicile y compris pour les personnes dont la résidence est mobile²³. La Cour a également établi un lien entre le stationnement des caravanes, la préservation de l'identité culturelle et le respect de la vie privée et familiale²⁴.

Le régime d'exception²⁵ qui découle de la différence de situation soulignée par le Conseil constitutionnel se révèle donc particulièrement défavorable aux gens du voyage car la procédure dérogatoire qui est prévue est moins protectrice de leurs droits et libertés que le régime de droit commun. Si on s'arrêtait à cette seule QPC, on pourrait considérer que la nouvelle procédure adoptée en 2010 ne profite pas aux gens du voyage car le Conseil constitutionnel ne se montre pas particulièrement soucieux d'une atteinte à leurs droits. La différence de traitement approuvée par le Conseil constitutionnel, au nom d'une conception très malléable du principe d'égalité mais également par un rejet de principe d'un droit à la différence, est donc défavorable à la prise en compte non seulement des effets discriminatoires des règles applicables aux gens du voyage mais également à la reconnaissance de toute forme de vulnérabilité de cette communauté.

La CEDH a fait référence à cette décision du Conseil constitutionnel dans plusieurs affaires. Sa jurisprudence ne consacre pas un droit pour les personnes ayant un mode de vie itinérant à s'installer où ils le souhaitent au nom de leur identité et de leurs traditions. Ces derniers n'échappent donc pas à des mesures d'expulsion même lorsque les dispositifs d'accueil offerts par les collectivités locales sont insuffisants²⁶. Cependant, dans l'affaire *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2013, qui portait sur l'expulsion de plusieurs familles qui occupaient des terrains illégalement, la Cour européenne a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale) en raison d'une part, de l'absence d'examen de la proportionnalité de l'ingérence dans le cadre de la procédure d'expulsion (§ 158) et d'autre part, de la non prise en compte suffisante des besoins de certaines familles ayant demandé un relogement, ce qui les plaçait dans une situation de grande précarité (§ 167). Cette décision de la Cour européenne intervient après que plusieurs autorités dont la Commission consultative des droits de l'homme, la HALDE, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe²⁷ ou encore le Comité européen des droits sociaux²⁸ aient dénoncé certains aspects discriminatoires et insuffisants du droit français en ce qui concerne la situation des gens du voyage. Dans une autre décision rendue par la 5^e section de la CEDH relative à la situation française, *Balta c. France* du 16 janvier 2018²⁹, le requérant était celui-là même qui fut à

22 Commentaire disponible sur le site du Conseil constitutionnel en pdf, p. 12.

23 Arrêt *Winterstein c. France* du 17 octobre 2013, § 155.

24 Arrêt *Chapman et autres c. Royaume-Uni* [GC], 18 janvier 2001, req. 27238/95 : « des mesures portant sur le stationnement des caravanes (de la requérante) n'ont pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur la faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition » (§ 73).

25 Voir E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *précité*.

26 Voir CEDH, affaire *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, req. 20348/92 ; *Chapman et autres c. Royaume-Uni* [GC], 18 janvier 2001, req. 27238/95 et *Connors c. Royaume-Uni*, 27 mai 2004, 66746/01.

27 Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 15 févr. 2006, CommDH(2006)2, Délibération de la HALDE n° 2009-316 du 14 septembre 2009, Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme en date du 22 mars 2012.

28 Qui a reconnu à plusieurs reprises la violation par la France de la Charte sociale européenne notamment en raison d'une mise en œuvre insuffisante de la législation sur les aires d'accueil pour les gens du voyage (réclamations 33/2006, 51/2008, 64/2011...).

29 CEDH, 16 janv. 2018, n° 19462/12, *Balta c/ France*.

l'origine de la 13 QPC. Les dispositions faisant l'objet de la QPC n'étaient pas visées directement par le requérant mais il faisait valoir que la mise en demeure qu'il avait reçue de quitter des lieux qu'il occupait de manière illicite était contraire à la Convention. Cela posait donc la question de la compatibilité de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 à la Convention EDH. Les requérants considéraient que cette disposition « était contraire au principe de non-discrimination en ce qu'il restreint sur une base ethnique, la liberté de circulation qui inclut la liberté de stationnement ». Ils soutenaient également que cette disposition visait « à interdire aux gens du voyage et à eux seuls de stationner en dehors des aires d'accueil qui leur sont réservées ». Ils invoquaient donc une violation de l'article 14 de la Convention (principe de non-discrimination) combinée avec l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention qui dispose que « Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. [...] ». Après avoir rappelé que l'article 14 ne peut être invoqué indépendamment des autres droits et libertés, la requête est cependant déclarée irrecevable car les requérants ne résidaient pas régulièrement en France. La condition de régularité peut seule ouvrir droit à la libre circulation et à la résidence dans un État. La Cour rappelle que « cette disposition ne saurait s'interpréter comme reconnaissant le droit pour un étranger de résider ou de continuer à résider dans un pays dont il n'est pas ressortissant, et ne régit en aucune manière les conditions dans lesquelles une personne a le droit de résider dans un État » (§ 25).

Le Conseil constitutionnel a été saisi de nouveau, en 2019, d'une QPC portant sur l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage.

B. Décision 2019-805 QPC du 27 septembre 2019, *Union de défense active des forains et autres*

Dans cette affaire, le Conseil d'État avait été saisi d'un recours en excès de pouvoir par des associations qui demandaient l'annulation de la décision implicite de rejet de la demande d'abrogation du décret relatif à l'agrément délivré par le préfet concernant la mise à disposition d'emplacements provisoires permettant l'accueil des gens du voyage. Cette possibilité pour les établissements publics de coopération intercommunale de se voir délivrer un agrément provisoire est prévue par l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 qui a été modifié à cinq reprises entre la première version de la disposition et le moment où la QPC a été soulevée. La constitutionnalité des dispositions de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000, dans leur rédaction issue notamment de la loi n° 2018-957 du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites, ainsi que celle de l'article 322-4-1 du code pénal prévoyant les sanctions en cas d'occupation illicite d'un terrain public ou privé ainsi que la possibilité de saisir les véhicules automobiles, étaient mises en cause. Concernant la seconde disposition, le Conseil d'État a considéré qu'elle n'était pas applicable au litige car le décret attaqué n'avait pas pour objet de préciser l'infraction pénale mais de prévoir les conditions dans lesquelles un terrain d'accueil provisoire pouvait être agréé par le préfet. Concernant l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000, le Conseil d'État a constaté que des modifications « substantielles » ont été apportées aux dispositions déjà examinées par le Conseil constitutionnel dans la décision 13 QPC

et a considéré que la question était sérieuse. Il résume ainsi la question soulevée : « Les dispositions législatives litigieuses permettent à un président d'établissement public de coopération intercommunale d'interdire sur tout son territoire le stationnement des gens du voyage hors des espaces aménagés et au préfet d'édicter, en cas de méconnaissance d'un tel arrêté, une mise en demeure de quitter les lieux produisant ses effets sur le même territoire, alors même que cet établissement n'aurait pas créé d'aires permanentes d'accueil et se serait borné à financer des espaces aménagés sur le territoire d'un autre établissement public de coopération intercommunale ».

Cette fois-ci les requérants étaient des associations de défense des droits et libertés ou de défense des intérêts des gens du voyage : l'Union de défense active des forains, l'Association France liberté voyage, la Fédération nationale des associations solidaires d'action avec les Tsiganes et les Gens du voyage et l'Association nationale des gens du voyage citoyens.

La montée en puissance du mouvement associatif en faveur des droits de cette minorité est confirmée par le fait que deux associations ont présenté des observations en tierce intervention : Rromeurope et l'Association de promotion et de développement des fêtes foraines en France.

Comme dans la décision 279 QPC de 2012, Monsieur Le Mailloux, était l'avocat des requérants.

Plusieurs griefs étaient soulevés à l'encontre de ces dispositions.

Le premier était fondé sur une atteinte d'une part à la liberté d'aller et venir, d'autre part au principe de fraternité. Les requérants soutenaient que l'article 9 permettrait à un établissement public de coopération intercommunale ou à une commune d'interdire le stationnement des gens du voyage et, en cas de stationnement irrégulier, permettraient de solliciter le préfet pour obtenir leur évacuation forcée même en l'absence d'aire d'accueil sur le territoire concerné. En effet, la possibilité de déterminer un emplacement seulement à titre provisoire ou de contribuer à financer une aire d'accueil sur un autre territoire peut être considérée comme particulièrement favorable aux communes ne souhaitant pas offrir d'emplacement d'accueil à titre définitif aux gens du voyage. L'obligation qu'ont les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale d'accueillir les gens du voyage sur leur territoire est donc entendue de manière très souple par le législateur. Cela a pour conséquence de repousser ces derniers vers des espaces strictement délimités sur des territoires qui ne leur conviennent pas nécessairement. Il en résulte également que l'accès à des terrains en dehors de zones d'accueil agréées est interdit et peut conduire à l'évacuation forcée des personnes qui se seraient installées de manière illicite sur des terrains non prévus pour les accueillir. Comme dans la précédente décision (13 QPC) ce dispositif est validé alors même que l'on peut encore s'interroger sur la légitimité d'une procédure d'évacuation dérogatoire au droit commun, comme le relève le Conseil constitutionnel lui-même, qui vise exclusivement les gens du voyage.

Le second grief évoquait un « bannissement administratif » qui serait le résultat de la disposition prévoyant que le préfet puisse mettre en demeure de quitter le territoire couvert par cette interdiction

pendant 7 jours consécutifs. Cela porterait atteinte à un ensemble de droits et libertés : égalité d'accès aux soins, droit d'égal accès à l'instruction pour les enfants, droit de mener une vie familiale normale et objectif de sauvegarde de « l'ordre public immatériel ».

En troisième lieu, une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et aux droits de la défense était invoquée en raison du laps de temps trop court laissé pour saisir le juge en cas de mise en demeure (24 h) et du délai de 48 h laissé au juge pour se prononcer.

Un quatrième grief soulevé par les requérants portait sur le fait que le dispositif législatif permettrait à certaines communes d'interdire aux gens du voyage de stationner sur un terrain alors même qu'ils sont propriétaires de celui-ci. Une atteinte au principe d'égalité devant la loi et une violation du droit de propriété étaient invoquées.

Plus généralement, l'ensemble du dispositif mis en place par l'article 9 était visé car, selon les requérants, il se fonderait sur des critères ethniques en violation du principe d'égalité. Une telle discrimination avait déjà été dénoncée dans les affaires précédentes et l'a également été devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle visait à remettre en cause une fois de plus une différence de traitement juridique de la situation des « gens du voyage » qui leur est particulièrement défavorable³⁰ dans le but de satisfaire le souci des collectivités locales de canaliser une minorité qui a toujours été considérée comme indésirable³¹.

La majorité de ces griefs n'a pas été retenue par le Conseil constitutionnel qui a estimé que le législateur avait adopté un dispositif permettant de concilier les droits et libertés garantis par la Constitution avec la nécessité de sauvegarder l'ordre public. Il a constaté que la conciliation opérée n'était pas manifestement déséquilibrée. Il a également estimé que le législateur n'enfreignait pas l'interdiction de discrimination fondée sur une origine ethnique, ni le principe de fraternité sans donner plus de précisions sur la portée de ce principe reconnu dans la décision 717-718 QPC du 6 juillet 2018, *Cédric H.* Il n'est nullement étonnant que ce dernier principe ne constitue pas un argument de poids pour le Conseil constitutionnel au regard de la prudence dont il fait preuve dans l'interprétation de dispositions sujettes à polémique quant à leur portée³². Ainsi Guy Canivet avait-il eu l'occasion d'écrire que : « Notre conception de la fraternité est celle de l'assimilation de chacun, quelle que soit son origine, au sein d'une collectivité de personnes par principe égales en droit et identiques en devoirs »³³.

Concernant l'égalité d'accès aux soins et l'égalité d'accès à l'instruction, le Conseil constitutionnel a considéré que le dispositif mis en place permettait de garantir le respect de ces droits alors même qu'en pratique, la scolarisation des enfants issus de la communauté des gens du voyage est

30 C. LE BERRE, *précité*, parle d'une « catégorie source d'un désavantage particulier ».

31 Voir notamment C. COSSÉE, *précitée*, E. AUBIN, *précité* et C. LE BERRE, *précité*, qui rappellent les discriminations dont les populations assimilées aux gens du voyage ont toujours fait l'objet et qui reposent sur des préjugés de comportement délinquant.

32 Voir G. CANIVET, « La fraternité dans le droit constitutionnel français », *Conférence en l'honneur de Charles Doherty Gonthier*, 20-21 mai 2011, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-fraternite-dans-le-droit-constitutionnel-francais>.

33 *Ibid.*

très problématique. De la même façon, le droit à un recours juridictionnel effectif et les droits de la défense ne sont pas considérés comme ayant été enfreints par le Législateur.

En revanche, en ce qui concerne la disposition conduisant à interdire à des personnes propriétaires de leur terrain de stationner sur celui-ci, le Conseil constitutionnel a logiquement considéré que le droit de propriété était méconnu. En effet, l'atteinte au droit de propriété était manifeste et ne pouvait pas se justifier. Le § 3 de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 est donc abrogé mais cette abrogation est reportée au 1^{er} janvier 2020 car elle rendrait applicable un dispositif interdisant aux propriétaires de terrains de stationner avec des résidences mobiles sur leurs propres terrains. L'effet immédiat de l'abrogation aurait créé une violation du droit de propriété alors qu'il s'agissait justement de ne plus permettre une telle violation.

La décision rendue par le Conseil constitutionnel vient ainsi valider l'ensemble du dispositif mis en place depuis 2000, et notamment en 2017 et 2018, pour gérer la situation particulière des gens du voyage. L'abrogation prononcée, avec effet différé, ne remet pas en cause le dispositif dans son ensemble. Les intérêts des collectivités locales sont largement préservés et de mieux en mieux protégés en obligeant les gens du voyage à rentrer dans un cadre, relatif aux conditions d'accueil et de stationnement, précisément défini par le législateur. La liberté des gens du voyage est donc plus contrainte encore que pour d'autres personnes pour des raisons d'ordre public qui s'adressent à une communauté tout entière. Il est difficile de ne pas considérer qu'un tel dispositif est nécessairement discriminatoire car il ne prend pas en considération les situations individuelles mais l'appartenance à une catégorie déterminée par la loi.

Dans les deux décisions examinées, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel reste un contrôle de type abstrait. Le Conseil constitutionnel ne s'est bien évidemment pas prononcé sur l'opportunité des restrictions déterminées par le législateur, mais sur la conciliation qui est assurée entre sauvegarde de l'ordre public, respect des droits d'autrui et droits et libertés fondamentaux. Il a effectué un contrôle du but légitime de la restriction à travers l'objet de la loi et a vérifié la proportionnalité de la restriction apportée à la liberté en cause par rapport au but poursuivi. Il a examiné de manière classique l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict de la limitation par rapport au but poursuivi.

Si la question de l'accueil et du stationnement des gens du voyage a suscité un abondant contentieux devant les juridictions de droit commun, le statut même des gens du voyage hérité d'une longue tradition de méfiance de la part de la majorité de la population n'a pas donné lieu à un contentieux abondant faute de voies de recours disponibles permettant de remettre en cause le dispositif législatif existant de longue date. Pourtant, les discriminations manifestes engendrées par ce statut étaient particulièrement choquantes. Si des évolutions sont intervenues ces dernières années, la procédure de QPC n'a constitué que l'un des moyens permettant au législateur de réagir pour y apporter des corrections qui devenaient inévitables.

II. L'inconstitutionnalité partielle du statut dérogatoire des gens du voyage

Le statut dérogatoire applicable aux gens du voyage va bien au-delà des dispositions relatives à l'accueil et au stationnement. Il concerne leur vie quotidienne en termes d'obligations et de justificatifs à fournir, les plaçant dans une situation proche du statut de l'étranger sur le territoire français. Les personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe étaient en effet soumises à des titres de circulation et devaient déclarer une commune de rattachement afin de pouvoir prendre part, notamment, aux scrutins politiques.

Décision n° 2012-279 DC du 5 octobre 2012 – Jean-Claude P.

Dans cette décision, étaient en cause les articles 2 à 11 de la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe. Cette QPC visait donc le cœur même du régime d'exception applicable aux gens du voyage. Les articles 2 à 6 prévoyaient les différents titres de circulation dont devaient se munir les personnes non qualifiées expressément de gens du voyage, contrairement à la loi du 5 juillet 2000, mais qui vise en réalité clairement cette catégorie de personnes. L'article 7 indiquait que les personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe devaient obligatoirement déclarer une commune de rattachement. Il ne s'agissait pas d'une simple formalité car le rattachement était prononcé par le préfet ou le sous-préfet après avis motivé du maire de la commune visée. De plus, l'article 8 précisait que le nombre de personnes dans cette situation ne pouvait pas constituer plus de 3 % de la population d'une commune (sauf dérogation du préfet). L'article 9 prévoyait la durée du rattachement (deux ans minimum) et l'article 10 précisait les conséquences de ce rattachement sur la situation des personnes concernées, notamment leurs obligations. L'article 11, enfin, déterminait l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire.

La QPC à l'origine de cette décision a été soulevée directement devant le Conseil d'État saisi d'un recours en excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet d'une demande d'abrogation du décret mettant en œuvre les dispositions de la loi de 1969 modifiée. Le Conseil d'État a estimé que la question soulevée remettant en cause l'ensemble du dispositif avait un caractère sérieux.

Si la QPC a été formée par le seul requérant à titre individuel, l'association France Liberté Voyage a présenté des observations au titre de tiers intervenant.

La décision du Conseil constitutionnel n'a pas été accueillie sans critiques³⁴. Comme le note Emmanuel Aubin, le Conseil constitutionnel est resté « au ras du dossier »³⁵ en ne censurant que les inconstitutionnalités les plus criantes sans mettre fin au régime discriminatoire institué par la loi de 1969.

³⁴ Voir notamment, M. VERPEAUX, « Gens du voyage : abrogation immédiate mais partielle de la loi du 3 janvier 1969 », *JCP / La semaine juridique – édition administrations et collectivités territoriales*, n° 47, 26 novembre 2012, 2375.

³⁵ E. AUBIN, « Le statut des gens du voyage devant le Conseil constitutionnel : la fin des discriminations ? », *AJDA*, 2012, p. 2393.

Les titres de circulation, auxquels étaient soumis les gens du voyage au moment où la QPC était examinée par le Conseil constitutionnel, n'ont pas été remis en cause dans leur principe. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'ils répondaient à la fois à des considérations d'intérêt général et à un objectif d'ordre public et n'étaient donc ni contraires au principe d'égalité, ni à la liberté d'aller et venir. Il a précisé que ces titres avaient été prévus « à des fins civiles, sociales, administratives ou judiciaires » afin de permettre « l'identification et la recherche de ceux qui ne peuvent être trouvés à un domicile ou à une résidence fixe d'une certaine durée, tout en assurant, aux mêmes fins, un moyen de communiquer avec ceux-ci » (cons. 18). Une fois de plus, le Conseil constitutionnel considère que la différence de traitement entre les citoyens est fondée sur des critères objectifs et rationnels, liés à l'absence de domicile ou résidence fixe depuis plus de six mois, et n'institue pas une discrimination fondée sur les origines ethniques. Pourtant, la loi de 1969 visait avant tout les populations considérées comme nomades en raison de leur culture et leurs traditions, et ces titres ont par la suite été étendus aux personnes sans domicile fixe. De plus, les personnes sans domicile fixe depuis plus de 6 mois et celles pratiquant un mode de vie itinérant en logeant de façon permanente dans un abri mobile étaient soumises à un régime de contrôle différent puisque seules les secondes devaient obtenir un visa de la part des autorités administratives tous les trois mois. Les arguments des requérants, invoquant des atteintes au principe d'égalité et à la liberté d'aller et venir, ont été rejetés par le Conseil constitutionnel qui a repris la distinction fondée sur l'habitat et le mode de vie des personnes visées déjà invoquée dans la 13 QPC pour fonder une différence de traitement. Une telle discrimination flagrante au détriment des gens du voyage était évidemment très contestable. L'objectif de la loi était bien évidemment de maintenir un contrôle des gens du voyage et par là même un régime fondé sur le soupçon.

Le Conseil constitutionnel a estimé, en revanche, que la différence de régime entre les personnes disposant de ressources régulières qui étaient soumises à un livret de circulation et celles n'en disposant pas, qui étaient soumises à un carnet de circulation, constituait une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. En effet, les premiers devaient se soumettre au contrôle de l'autorité administrative tous les ans, tandis que les seconds devaient faire viser leur titre de circulation tous les trois mois.

Le Conseil constitutionnel déclare aussi non conforme à la Constitution le fait de prévoir une peine d'un an d'emprisonnement pour les personnes circulant sans carnet de circulation en considérant qu'il s'agissait d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir au regard de l'objectif poursuivi.

Le second temps fort de la décision portait sur l'obligation de déclarer une commune de rattachement, sachant que, sauf dérogation pour assurer « l'unité des familles », « le nombre des personnes détentrices d'un titre de circulation, sans domicile ni résidence fixe, rattachées à une commune, ne doit pas dépasser 3 % de la population municipale telle qu'elle a été dénombrée au dernier recensement ». Ce rattachement emportait plusieurs conséquences liées à une domiciliation en termes d'état civil, d'inscription sur les listes électorales, d'obligations fiscales, d'obligations liées au service national

mais également de sécurité sociale ou de dispositif d'aide à l'emploi comme l'a relevé le Conseil constitutionnel. La durée minimale du rattachement était de deux ans. L'inscription sur une liste électorale était en outre soumise à un rattachement ininterrompu d'une durée de trois ans.

Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions uniquement par rapport à l'exercice des droits civiques. Reprenant le raisonnement suivi dans la décision *Quota par sexe*, du 18 novembre 1982, il a estimé que cette obligation de rattachement venait instaurer une division par catégorie des électeurs et des éligibles qui n'était pas conforme à la Constitution (§ 29). C'est, en effet, la seule catégorie qui est assujettie à cette obligation de rattachement continu pour une période de 3 ans. Il s'est fondé sur les articles 3 de la Constitution de 1958 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Là encore, l'inconstitutionnalité relevée par le Conseil constitutionnel était attendue mais il ne condamne pas le principe même d'une commune de rattachement ni la durée de ce rattachement en estimant que ni la liberté d'aller et venir ni la vie privée n'étaient affectées (§ 27).

Dans la 279 QPC, le Conseil décide donc de la non-conformité partielle de trois dispositions qui n'affecte le régime d'exception des gens du voyage qu'à la marge. Emmanuel Aubin a déploré d'ailleurs qu'« En éradiquant de notre ordre juridique les mots qui créaient, au minimum, un « malaise » juridique, le Conseil constitutionnel s'est borné à biffer les dispositions les plus liberticides de la loi de 1969 au lieu de censurer globalement cette loi maintenant ainsi des discriminations jugées objectivement justifiées par un mode de vie différent alors que la loi de 1969 fait des gens du voyage des citoyens à part et non à part entière »³⁶.

Dans le prolongement de cette décision, on peut souligner que des requérants ont tenté de mettre en cause la responsabilité du fait des lois pour inconstitutionnalité des carnets de circulation suite à l'abrogation de ceux-ci par le Conseil constitutionnel dans la décision 279 QPC. LA Cour administrative d'appel de Marseille, qui était saisie, a souligné que la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée de ce fait et, si tant est qu'elle ait pu l'être, les requérants n'avaient pas démontré avoir subi un préjudice direct et certain. Ils ont également contesté la constitutionnalité de la loi du 5 juillet 2000 mais sans rapporter de circonstances de droit ou de fait nouveaux qui auraient permis au Conseil constitutionnel de se prononcer sur les dispositions déjà examinées dans cette même décision 279 QPC³⁷.

En conclusion, pour répondre à la question posée en introduction, on peut malgré tout considérer que la QPC a constitué un atout pour les personnes entrant dans la catégorie « gens du voyage » au regard du fait que les décisions rendues, ont eu, à côté d'actions menées par différentes associations et grâce également aux mises en cause régulières du régime dérogatoire applicable aux gens du voyage par des autorités françaises et européennes, un effet de levier poussant le législateur à

36 E. AUBIN, « Le statut des gens du voyage devant le Conseil constitutionnel : la fin des discriminations ? », *précité*.

37 Voir Cour Administrative d'appel de Marseille, 5^e ch., 10 juillet 2015, N° 14MA03091.

intervenir. Jusqu'à l'adoption de la QPC, plusieurs dispositions du régime dérogatoire applicable aux gens du voyage étaient régulièrement dénoncées en raison de leur caractère discriminatoire sans être modifiées. Cela a conduit des requérants, puis des associations, à utiliser cette nouvelle voie de recours pour faire valoir leurs droits autrement que devant les juridictions ordinaires ou européennes. Si la différence de traitement en général n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel, en ce sens que les titres de circulation ont subsisté ainsi que l'obligation de rattachement à une commune et l'impossibilité d'occuper des terrains librement en dehors de zones prévues, en revanche les points les plus contestables (différences de régime entre carnets et livrets de circulation, atteinte aux droits civiques, violation du droit de propriété) ont été censurés. Au-delà de ces QPC, c'est l'ensemble du régime applicable aux gens du voyage qui a été repensé par le législateur puisque la loi de 1969 a été abrogée et celle de 2000 a été modifiée notamment en 2017 et 2018. D'ailleurs à la suite de la décision de 2012, le Sénateur Hérisson, auteur d'une proposition de loi n° 728 déposée du 31 juillet relative au statut juridique des gens du voyage et à la sauvegarde de leur mode de vie, avait affirmé : « le Conseil constitutionnel a commencé un travail que, nous parlementaires, devons maintenant achever »³⁸. Ainsi, l'obligation de disposer d'un titre de circulation a aujourd'hui disparu ainsi que les visas et sanctions qui étaient auparavant prévus ; de même, l'obligation de déclarer une commune de rattachement a été supprimée. Désormais, le régime de droit commun de la domiciliation prévu par l'article L. 264-1 du Code d'action sociale et des familles est applicable.

En revanche, l'abstraction du contrôle et les principes d'égalité et de non-discrimination tels qu'ils sont interprétés en droit français, n'ont pas conduit le Conseil constitutionnel à prendre en compte la vulnérabilité des gens du voyage en tant que minorité. En effet, une telle vulnérabilité a pu être soulignée par la CEDH dans l'affaire *Winterstein* et justifie, selon cette cour, que soit accordée « une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »³⁹, ce que n'a pas fait le Conseil constitutionnel (ni les juges de droit commun d'ailleurs).

De même, contrairement à d'autres catégories de personnes considérées comme vulnérables, telles que les détenus, les étrangers ou les mineurs, ni la Constitution ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'ont contribué à construire un statut constitutionnel protecteur des gens du voyage. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est allée dans le sens d'une normalisation d'un statut dérogatoire par rapport au droit commun mais non dans celui de la consécration d'un statut constitutionnel en raison d'une situation de vulnérabilité.

Une fois de plus, la prudence a donc été de mise dans la jurisprudence constitutionnelle et le Conseil constitutionnel s'est montré très respectueux de la volonté du législateur. En revanche, le législateur lui-même a remis en cause son dispositif et est allé plus loin que le Conseil constitutionnel. Les différentes QPC ont donc permis d'attirer l'attention sur un régime qu'il convenait de

38 Cité par E. AUBIN, « Le statut des gens du voyage devant le Conseil constitutionnel : la fin des discriminations ? », *précité*.

39 « ζ) Enfin, la vulnérabilité des Roms et des gens du voyage, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers (*Chapman, précité*, § 96 et *Connors, précité*, § 84) ; dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Roms et gens du voyage de suivre leur mode de vie (*Chapman, précité*, § 96 et la jurisprudence citée) » (§ 148).

faire évoluer et ont conduit le législateur à intervenir avant que la France ne soit sans doute encore condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Des améliorations sont cependant encore souhaitables que ce soit en France ou ailleurs en Europe afin de préserver l'identité culturelle et le mode de vie des gens du voyage et de rendre leurs droits fondamentaux, tel que le droit à l'instruction pour les enfants, plus effectifs⁴⁰.

40 Voir en ce sens N. MUIŽNIEKS, Commissaire aux droits de l'homme auprès de Conseil de l'Europe, « Il est temps de remédier à l'hostilité profonde à l'encontre des gens du voyage », *Carnet*, 4 février 2016, disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/travellers-time-to-counter-deep-rooted-hostility?inheritRedirect=true&redirect=%2Ffr%2Fweb%2Fcommissioner%2Fthematic-work%2Foma-and-travellers>.

DE NOMADAS A ASENTADOS
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO A UN TECHO

Fernando ALVAREZ-OSSORIO MICHEO¹

I. De nómadas a asentados. Los problemas tienen también nacionalidad

Revisadas las Sentencias y Autos dictados por el Tribunal Constitucional español en el periodo 2000-2018 y que traen causa de proceso que tiene como origen una cuestión de inconstitucionalidad, es decir, a partir de la duda planteada al TC por un órgano judicial que, durante la tramitación de un proceso, considere que la ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución (art. 163 CE), constatamos que no ha habido ninguna que tenga como cuestión de fondo, ni siquiera de forma indirecta, al colectivo humano que pudiera englobarse bajo la expresión francesa *gens de voyage*.

Lejos de poder hacer aquí un análisis político o sociológico de las causas para encontrarnos con este conjunto vacío, y siempre en el bien admitido supuesto de que no es improbable que hayan podido existir casos de discriminación sobre este colectivo minoritario en España, nos ocuparemos de intentar explicar muy brevemente las razones jurídicas que, por ser más propias de nuestra especialidad, pudieran ofrecernos alguna justificación sobre la inexistencia de cuestiones de inconstitucionalidad que versen sobre los derechos de las comunidades itinerantes.

Sobresale como posible explicación para la ausencia de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad sobre esta temática el hecho de la existencia en nuestro sistema del recurso de amparo individual tanto en sede judicial (RAJ) como constitucional (RAC), señaladamente esta última, pues se trata de una singularidad de nuestro ordenamiento respecto de los ordenamientos francés e italiano. Es decir, que ante una eventual negativa del juez *ad quo* a compartir con las partes en el proceso la duda sobre la posible inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso y, por consiguiente, a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por violación de los derechos de la *gens de voyages* o bien por presunta discriminación directa o indirecta imputable al dictado de la propia ley, siempre quedaría como alternativa el que la parte lesionada plantee un recurso de amparo

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla.

constitucional frente a la sentencia judicial que, dictada sin planteamiento de cuestión inconstitucionalidad, bien reparó el derecho o bien no puso fin a la discriminación. No se olvide que de producirse un amparo de estas características el TC siempre podría autocuestionarse la constitucionalidad de la ley que dio origen a la decisión judicial discutida, pero siempre que, en todo caso, compruebe que es del dictado de la ley y no de la interpretación que de la misma hizo el juez *ad quo* de donde surge la presunta violación del derecho o la discriminación patente y de que la sala o sección del TC hubiese llegado al convencimiento de que habría que otorgar el amparo (art. 55.2 LOTC)².

Pues bien, la realidad es que ni siquiera en la esfera del recurso de amparo individual han existido demandas atribuibles al colectivo de minorías itinerantes. Todo lo más que hemos podido encontrar en la jurisprudencia del TC han sido una sentencia, dictada en un procedimiento de amparo, en la que se cuestionaba una supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de raza o condición social por denegación de pensión de viudedad a una mujer casada con el causante conforme a los usos y costumbre gitanos (STC 69/2007). Y en este caso, además, el solo hecho de pertenecer a la etnia gitana no es desde luego suficiente para integrarlo en la categoría de las minorías itinerantes. Un caso que, por cierto, terminaría ante el TEDH con infortunio para el propio TC, pues el Tribunal de Estrasburgo acabaría dándole la razón a la recurrente³.

Debe señalarse como una segunda causa para la inexistencia de cuestiones de inconstitucionalidad o de recursos de amparo que tengan como sujeto a las minorías nómadas el hecho de que no existen en España leyes singulares que regulen este fenómeno social. Buena prueba, tal vez, de que el legislador se ocupa sólo de regular las realidades sociales que existen y de que ignora las que no.

Por lo tanto, la conclusión del que fue primer avance de este estudio llegó a la peor de las conclusiones posibles, la inexistencia de objeto que analizar. Divagar sobre el por qué ocurre así desde una perspectiva jurídica carece de sentido, pues. Muy posiblemente la causa de la inexistencia de cuestiones de inconstitucionalidad o de amparo en sede constitucional sobre esta temática puedan explicarse mejor desde otras disciplinas, como pueden ser la sociología o incluso la geografía. Por lo que hemos podido leer, si bien es cierto que la comunidad gitana pudiera ser más proclive a un modo de vida itinerante, así ha sido históricamente, hoy en día este hecho estaría refutado por la realidad. Las comunidades gitanas están bien asentadas sobre el territorio, desplazándose únicamente en épocas de recolección (no obstante, pongo este dato en reserva a la espera de localizar algún dato oficial con el que poder confirmarlo, pero seguimos sin encontrarlo). Sea como fuere, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no hay doctrina respecto del colectivo “gens de voyage” ni por vía de la cuestión de inconstitucionalidad ni a través del recurso de amparo.

Aunque bien mirado, y no sólo con el ánimo de ser optimista, la ausencia de algo es a veces fuente de posibilidades. Las pesquisas sobre “gens de voyages” me llevaron, y en esto debo reconocer

² Exactamente, los términos del citado art. 55.2 LOTC son los siguientes: “En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”.

³ STEDH *Muñoz Díaz vs. España*, de 8 de marzo de 2010.

que la actualidad me ayudó bastante, a una realidad similar a la de las minorías nómadas, pero sin la peculiaridad del movimiento. Los asentamientos ilegales de personas desfavorecidas son comunes y frecuentes en España, especialmente en zonas agrícolas que reclaman trabajo de temporeros, así como también en las grandes ciudades, grandes bolsas de infravivienda son frecuentes en los cinturones de las grandes urbes. Asentamientos que se hacen permanentes y que conforman el paisaje de muchos pueblos y ciudades. Como veremos a continuación, la intuición no nos falló del todo, pues muy pronto encontré sentencias que trataban del tema de demolición de infraviviendas, es decir, del desalojo de zonas no urbanizables ocupadas por colectivos sociales desfavorecidos. Quedaba por ver si algo de esto llegó al TC y, puedo decir, que hubo fortuna, aunque muy escasa. Lo que no encontramos, por lo que luego diremos, es cuestión de inconstitucionalidad, sino amparo. Pero esto tiene explicación.

A. Sobre asentamientos irregulares y doctrina del Tribunal Constitucional

Como decimos, no sólo por el gusto de mirar las cosas desde su otro lado, desde su reverso, hemos buscado en la jurisprudencia constitucional supuestos en los que actuaran como partes colectivos que, por pura necesidad, se hayan asentado en terrenos no urbanizables y que, de algún modo, se hayan visto perturbados en sus (infra)viviendas por actuaciones de los Ayuntamientos competentes. Estos casos comparten de algún modo los mismos problemas de fondo que los que se originan con la “gens de voyages”. A la postre se trata de asentamientos no consentidos o fuera de regulación urbanística, con la única diferencia que en el primero de los casos tiende a ser una situación definitiva y en la de los segundos tiene un carácter provisional. El derecho a la vivienda, la intimidad personal y familiar y todo lo relacionado con los servicios públicos que pudieran negárseles son comunes a ambos fenómenos. Hay también una coincidencia de base: por la propia naturaleza de las cosas se trata de colectivos estigmatizados, que sufren muy directamente la discriminación social. Su naturaleza nómada o sedentaria no altera esta realidad, ni la agrava.

La primera referencia que tuvimos al iniciar nuestra búsqueda fue el caso del desalojo de ocho familias de las chabolas en las que habitaban sobre el viejo cauce seco de un riachuelo de Madrid. La actuación administrativa de entrada, expulsión y derribo de las infraviviendas llegó a conocimiento de los tribunales administrativos, los cuales, finalmente, desestimarían las demandas sin plantearse gran cosa sobre los derechos fundamentales afectados. Más recientemente hemos tenido noticias del incendio que ha devastado la colonia de trabajadores inmigrantes en el municipio de Lepe (Huelva). Cerca de un millar de inmigrantes vieron arrasadas sus viviendas, construidas de forma ilegal, en unos terrenos del extrarradio de la villa andaluza. La consecuencia para el municipio ha sido la de encontrarse con centenares de personas, la gran mayoría trabajadores de la fresa, que, de la noche a la mañana, reclamaban el acceso a una vivienda. Sobra decir que el Ayuntamiento de Lepe ha podido atender la petición no sin graves dificultades presupuestarias, logísticas y de convicencia. La falta de planificación, la supuesta escasez de recursos económicos y el hecho de que los inmigrantes se asentaban en el territorio a su propio riesgo ha propiciado que, devastado el campamento, la realidad social se muestre en toda su crudeza. Donde no llega el Estado, por las razones que sea, sí

alcanzan las ONGs que se dispusieron a ayudar. En España, como venimos diciendo, no hay grupos nómadas, pero sí importantes asentamientos de extranjeros en los entornos de las zonas más ricas en agricultura de regadío, lo que es objeto, como bien puede imaginarse, de controversia política y explicación casi única del comportamiento político populista de los ciudadanos que allí viven.

Nos quedaba por averiguar si algún supuesto similar a los aquí referidos ha llegado a conocimiento del TC. Como confirmaremos luego nuestra primera intuición nos decía que, de haber sido así, el acceso al Tribunal no se habría producido por vía de la cuestión de inconstitucionalidad. A diferencia del caso francés en el caso de las “gens de voyages”, para el supuesto de los asentamientos ilegales no existe una norma con fuerza de ley que se ocupe de ellos de forma singularizada. Las normas urbanísticas y las Leyes de procedimiento administrativo común son armazón jurídico suficiente para, en su caso, proceder a la entrada, desalojo y derribo de las frágiles viviendas. Por esta razón, pensábamos, no encontraríamos una cuestión de inconstitucionalidad, como así se demostró más tarde. Difícilmente desde el carácter generalista del derecho urbanístico de rango legal pudiera imaginarse un precepto focalizado en los asentamientos fuera de planeamiento. Otra cosa pudiera resultar de los planes urbanísticos que, por definición, son normas concretísimas, pero su rango reglamentario permite al juez ordinario despejar las dudas de constitucionalidad que estas pudieran plantearle sin necesidad de reclamar el auxilio del Tribunal Constitucional (cuyo monopolio sobre la constitucionalidad afecta exclusivamente a la normas con rango de ley, rasgo propio de los modelos con control concentrado de la constitucionalidad). Así pues, se nos ocurría, todo lo más nos encontraremos con un recurso de amparo, es decir, con un recurso contra la decisión administrativa que ordena el desalojo y derribo de la vivienda y, como consecuencia, frente a las decisiones judiciales que, al resolver los correspondientes recursos, olvidaron integrar en las mismas el contenido de los derechos fundamentales afectados (y siempre y cuando estos cumpliesen con la condición de ser derechos amparables en sede constitucional, algo que por ejemplo no ocurre con el derecho de propiedad).

Para un lector español, por abundar en la diferencias que su realidad social pueda tener con la francesa, es motivo de sorpresa una Ley como la n° 2018-957, de 7 noviembre de 2018, “relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites”, y que dio lugar a reciente sentencia del Conseil Constitutionnel, Decisión n°2019-805 QPC, confirmando su constitucionalidad salvo en algún aspecto muy menor. Importa aquí resaltar que el Consejo Constitucional francés se ocupó de despejar las dudas de inconstitucionalidad de la citada ley desde los parámetros sustantivos del derecho a no ser discriminado por razones étnicas, del principio de fraternidad, del derecho a la intimidad familiar (en su vertiente de desarrollo familiar), del derecho a la educación y del derecho a la salud, entre otros. Temas estos para nada alejados de los que tienen como causa un fenómeno distinto, aunque solo en apariencia, como es el caso de los asentamientos ilegales permanentes y de los que se ha ocupado, si bien sin apenas repercusión doctrinal y social, nuestra justicia constitucional.

II. Justicia Constitucional e infraviviendas. Un bien escaso

Porque finalmente encontramos una sentencia sin demasiada sustancia, todo hay que decirlo, con la salvedad del rico voto particular que la acompaña. Por lo que venimos diciendo a nadie debe extrañar que el caso llegase al TC mediante recurso de amparo, pues como decimos no hay Ley en España, ni estatal ni autonómica, que trate de forma singularizada el problema de los asentamientos fuera del planeamiento urbano consentido. Era muy probable que, de haber caso, este tuviese su origen en las medidas aplicadas a los hechos concretos y que encuentran su sustento en las leyes urbanísticas de naturaleza generalista y lo que allí se dispone para hacer frente a las construcciones ilegales con independencia de sus características particulares, sean estas viviendas de alto standing, de recreo o, como es el caso que ahora entramos a analizar, de infraviviendas. Así que no hay sentencias con temática de fondo de *gens de voyages*, y solo una dedicada a una cuestión semejante como es la de los asentamientos ilegales. Lo que no ese encuentra por más que se busque caso es una cuestión de inconstitucionalidad, es decir, que a propósito de un caso concreto se controle por parte del TC la norma con rango de ley que condiciona de forma unívoca la respuesta que debe dar la administración y los jueces cuando resuelven jurídicamente los hechos del concreto caso.

En el asentamiento de la cañada real Galianza, a la chabola que ocupaba el Sr. Abdelilah Ghailan y su familia, se le abrió expediente de demolición por estar construida en terreno no urbanizable. Concluido el procedimiento administrativo sin oposición de fondo se dio curso a la resolución que ordenaba la entrada, el desalojo forzoso y la posterior demolición, la cual llegaría a realizarse en la fecha convenida. Sin embargo, al día siguiente de su derrumbe forzoso, la vivienda fue levantada de nuevo sobre el mismo terreno por idéntico propietario. Con fundamento en la primitiva orden de demolición la administración volvió a ejecutar la demolición acordada, sin requerimiento *ex novo* de autorización judicial para la entrada en domicilio. No hacía falta, a decir de la Administración responsable, una nueva autorización judicial para la entrada en el domicilio y proceder a ejecutar acto seguido el resto de actuaciones necesarias para el derribo definitivo, por el hecho de tratarse, según los dicentes, de la ejecución del mismo acto administrativo que ya había adquirido firmeza (teoría del acto continuado).

La ausencia en el cuerpo de la sentencia de toda mención a las especiales circunstancias del caso llaman poderosamente la atención. Podría decirse que el TC, reunido en Sala, hace un análisis estricto de la legalidad de la medida coactiva urbanística, sin plantearse otros problemas planteados por el recurrente y que estaban bien explícitos en el fondo del caso. Nada respecto al derecho a la vivienda, nada respecto a una presunta obligación de realojo, nada respecto a que se trataba de una chabola que, junto con otras, formaba parte de un inmenso asentamiento, nada del derecho a la intimidad personal y familiar y a la vivienda como medio para poder ejercerlas, nada de nada. Se centra el TC en el análisis de lo estrictamente legal de la orden de derribo como acto firme administrativo y sus consecuencias. Sin que se cite expresamente pareciera que se trata de un amparo en el que lo que se reclama es la tutela judicial efectiva por indefensión. Dice el TC, concretamente, que “(E)l derecho a la inviolabilidad domiciliaria no se ve vulnerado por los acuerdos administrativos anteriores pues la propia

actuación del recurrente al reconstruir inmediatamente lo demolido por la primera orden administrativa municipal, provoca la inexistencia de solución de continuidad del procedimiento administrativo, no siendo legítimo impetrar el amparo constitucional por unos alegados e inexistentes defectos formales provocados por el propio recurrente, mediante una causa torpe, al reconstruir al día siguiente de la demolición lo que desde el inicio vulneraba la disciplina urbanística, siendo esta cuestión un acto firme y consentido por el recurrente, que no puede por la vía del recurso contencioso administrativo ni de este recurso de amparo reabrir el debate jurisdiccional de lo que debió en su caso ser alegado y discutido en un recurso contencioso administrativo contra el expediente de disciplina urbanística y no contra la pura ejecución del mismo, en la solicitud de autorización judicial, no habiéndose acreditado por el recurrente la pendencia de recurso contencioso administrativo alguno contra la orden de demolición de la construcción”, STC 188/13, FJ 3º. Y añade, “que el principio de proporcionalidad que debe ser respetado en la autorización judicial de entrada en domicilio, según constante doctrina de este Tribunal, y ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), debiendo comprobarse, desde la perspectiva de análisis propia de este Tribunal, si en la resolución judicial de autorización aparecen los elementos necesarios para entender que se ha realizado la ponderación de la proporcionalidad de la medida (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 9)” (STC 239/2006, de 17 de julio, FJ 6). Y en este caso la ponderación de la necesidad de incidir en el derecho fundamental previsto en el art. 18.2 CE, para la ejecución de la resolución administrativa no sólo es proporcionada sino la única posibilidad de su ejecución pues contiene el mandato de su desalojo y demolición y no como pretende el recurrente que la ponderación de proporcionalidad lo sea sobre otra posible solución administrativa eventual y futura que no constituye derecho alguno frente a la ilegalidad de la construcción, cuya cuestión fue firme y consentida en la vía administrativa, esto es, no cabe plantearse en esta sede de amparo constitucional por no afectar al contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria tal y como ha sido configurado por las Sentencias de este Tribunal antes citadas”, STC 188/13, FJ 4.

Rechaza el TC todos los argumentos sociales de fondo que el recurrente plantea, abrigándose en el hecho, cierto, de que en fase de ejecución de la decisión de demolición no puede el juez entrar a considerarlas. Aunque así fuese, o por más que el TC pueda tener razón, no deja de ser sorprendente lo desabrido de su lenguaje ante la rotundidad con la que habla de construcción ilegal y ante la desconsideración omisiva que hace del resto de circunstancias que rodean el asunto. Una sentencia que, por decirlo de forma llana, lo mismo vale para un chalet frente al mar que para una chabola, como es el caso⁴.

El remate de la sentencia mantiene el mismo tono desabrido. Todos los intentos del recurrente por hacer parangón de su caso con los tratados por el TEDH fueron rechazados con la justificación de que aquellos tenían como motor la discriminación étnica (concretamente, *Yordanova vs. Bulgaria*,

⁴ La única brizna de luz que asoma en toda la sentencia es la referencia que se hace a la consideración que tuvo el juez administrativo cuando enfrentó el hecho de la construcción ilegal y su demolición con el derecho de los menores a su educación, mas lo hace de pasada, como para decir que algo se dijo e hizo al respecto: “A mayor abundamiento, las resoluciones judiciales recurridas en amparo garantizan la proporcionalidad de la entrada en domicilio para la demolición respecto a los derechos educativos de los menores, demorando su ejecución hasta la finalización del curso escolar de éstos”, STC 188/13.

de 24 de abril de 2012). Asimismo, debemos señalar el rechazo a considerar el derecho a la vida privada y familiar como parámetro del control de la decisión de demolición. A juicio del TC va de suyo que una orden “legal” de demolición lleva aparejado el sacrificio del domicilio. La respuesta es a todas luces incongruente, pues precisamente es eso lo que se alega y debe ser justificado, si la demolición es tan necesaria como para sacrificar el derecho al domicilio y a la vida familiar que en él se desarrolla⁵. Por último, rechaza justificar la orden de desalojo y derribo desde la perspectiva del derecho a la vivienda (principio rector), pues, a su juicio, no se observa en el caso la incidencia de tal derecho en la inviolabilidad domiciliaria (vid., STC 188/13, FJ 5).

III. Un rayo de luz. El derecho a un techo en el voto particular a la STC 188/13

La magistrada Adela Asúa y el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré firmaron al alimón un voto particular extenso que trasluce un punto de indignación contenida: *“Nuestra discrepancia alcanza a los diferentes elementos que sustenta esta Sentencia. Ni compartimos la valoración selectiva y descontextualizada que se efectúa de los hechos probados, ni la doctrina que se sienta sobre los derechos fundamentales y principios rectores concernidos. Y tampoco podemos hacer nuestra y coincidir con la idea que emana de su texto sobre el modelo constitucional de tutela, que con resoluciones como la presente se enfrenta a una incomprensible regresión en su protección clásica. Es éste un retroceso que, además de apartarse de manera infundada e irrazonable desde una perspectiva jurídico-constitucional de los criterios consolidados en nuestra propia doctrina, es acreedor al calificativo de socialmente preocupante. Y lo es por cuanto se explicita en unos terrenos en los que la confirmación de la protección de los derechos fundamentales es más perentoria en razón de que afecta al patrimonio constitucional de ciudadanos especialmente vulnerables, ubicados en una situación de precariedad jurídica y económica; esto es, de marginación y exclusión sociales. En pocos recursos de amparo resueltos por nuestro Tribunal, como acontece en este, puede apreciarse con tanta nitidez el giro que se está produciendo en nuestra jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y que ya comienza a ser expresivo de un inquietante repliegue hacia zonas de menor intensidad protectora”*, (STC 188/13, voto particular, pár. 1). Toda una declaración de principios que adelanta lo que a continuación se dirá.

El voto particular es lo suficientemente enjundioso como para dar aquí cuenta de todos sus extremos. Ocupa más páginas que los fundamentos de la propia sentencia, lo que ya de por sí es expresivo de la necesidad que ahí de desmontar la sentencia en todos sus extremos. Por lo tanto, haremos referencia exclusivamente al que entendemos es su núcleo argumentativo: “Como previsible consecuencia de lo expuesto, el pronunciamiento muestra una llamativa severidad en la elucidación de las coberturas propias del art. 18.2 CE, ajena a una tutela del ciudadano recurrente verdaderamente efectiva. Lo acredita el parco juicio de proporcionalidad que se enuncia en el texto aprobado, y también la opción que subyace en el mismo en orden a aislar el caso de su contexto, eludiendo que

⁵ Durante la tramitación de los recursos judiciales y constitucional la Comunidad de Madrid aprobó una Ley singular para solucionar el problema de este concreto asentamiento. Al tratarse de una ley posterior a lo hechos el TC consideró que tampoco debía ser tenida en cuenta a la hora de aplicar el test de proporcionalidad a los hechos (Ley de la Comunidad de Madrid de la cañada real Galiana, 2/2011, de 15 de marzo)

en la base de los desalojos en la cañada real se ponen en juego algo más que una o varias demoliciones singulares, y algo más que la legalidad de un acto de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio. Se debate, antes al contrario, la necesidad de evitar que personas, familias y, más aún, una comunidad entera, deban salir de sus hogares mientras no obtengan medios apropiados y alternativos de protección, así como, adicionalmente, el imperativo constitucional de que esa práctica se lleve a cabo, en su caso, con las necesarias garantías de respeto a los derechos fundamentales implicados, atendiendo a las garantías de procedimiento pero también a las consecuencias materiales de tal intervención, pues al margen de ellas es manifiestamente torpe el propósito de la Administración de restaurar la legalidad urbanística, por legítimo que sea en una aproximación abstracta o teórica o, incluso, normativa”, (STC 188/13, voto particular, pár. 2)⁶.

Para los dos magistrados, con remisión expresa a lo dictado por el Tribunal de Estrasburgo, la necesidad imperiosa de la entrada en el domicilio de los recurrentes, el desalojo de la familia y la posterior demolición de la vivienda, debería haber ponderado todas las circunstancias personales y familiares esgrimidas por el recurrente y que fueron traídas y discutidas en el caso. Al no hacerse así se estaba llanamente situando a la legalidad urbanística por encima del derecho de todos a disponer de un techo bajo el que desarrollar libremente nuestra vida familiar. Añade, singularmente, la confianza legítima que se fue creando en las familias asentadas en la cañada real, pues el asentamiento llevaba en ese mismo sitio largos años. Sin duda es esta la mayor disparidad con el tema que nos trae aquí, “gens de voyages”, pero si se mira bien poco importa el tiempo cuando de lo que se trata es de defender la vivienda y el modo de vida que ella conlleva, incluida las relaciones con los servicios públicos.

Breve conclusión

De nómadas a asentados. Creo que con este título pudiéramos cubrir desde España la realidad social que se esconde tras la expresión *gens de voyages*. La propuesta de analizar la jurisprudencia constitucional (escasa) que hay sobre derecho a la vivienda en casos de asentamientos ilegales se hace con la intención de abarcar el problema en toda su dimensión, especialmente una vez se comprueba que nos encontramos ante realidades sociales que, aunque diferentes, plantean los mismos problemas de fondo. Distinto problema es que no se encuentre en España cuestión de inconstitucionalidad sobre este asunto que llevarnos a la boca. Pero nuestro estudio debe partir, asimismo, de la singularidad de nuestras jurisdicciones constitucionales. De algún modo, aunque brevemente, hemos tratado de explicarlo.

⁶ Y añade: “Apreciamos por ello una Sentencia incommunicada de la realidad social sobre la que se proyecta; incommovible ante el hecho de que la Administración, en este caso la municipal, incoe procedimientos individuales de desalojo y derribo que afectan a un asentamiento irregular en el que viven miles de ciudadanos, titulares de derechos fundamentales no en menor medida que aquellos otros cuyos domicilios no presentan objeción de legalidad alguna, y caracterizados además, siquiera globalmente, por un alto riesgo de exclusión social”.

**LA (SCARSA) RAPPRESENTATIVITÀ DEI SOGGETTI NOMADI E SENZA fissa DIMORA NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DELLE LEGGI ITALIANO
UNA QUESTIONE DI (IN)VISIBILITÀ “COSTITUZIONALE” O SOSTANZIALE?**

Giovanna SPANÒ¹

Il presente contributo mira a intercettare la presenza di decisioni della Corte Costituzionale italiana in relazione a una specifica categoria di soggetti “vulnerabili” e, nella fattispecie, si tratterà di far emergere quanto e come il Giudice delle leggi abbia indirizzato il proprio sindacato sulle norme che – a vario titolo – abbiano interessato i soggetti nomadi e/o senza fissa dimora. Al fine di restringere il filtro dell’indagine, il periodo analizzato risulta circoscritto all’arco temporale degli anni dal 2000 al 2019, sebbene, per esigenze sorte durante lo svolgimento della ricerca, è stato necessario guardare anche all’eventuale presenza di decisioni anteriori al *range* prescelto.

Al riguardo, risultano, comunque, fondamentali (almeno) due premesse.

In primo luogo, appare lampante l’esiguità di pronunce rese sul tema, a fronte di una produzione decisamente più incisiva nei confronti di altre “minoranze” meritevoli di protezione. Secondariamente, non è sembrato intuitivo cosa si intendesse con le “categorie” richiamate, giacché “nomadi”, “senza fissa dimora” e “rom” pare siano state trattate congiuntamente, senza un discrimine definitorio, nonostante la connotazione dell’appartenenza a una specifica etnia e, quindi lo stesso collegamento con quest’ultima, possa rivelarsi di notevole importanza per differenziare “situazioni diverse”, in base al principio di uguaglianza. Peraltro, la mancanza di una fissa dimora è spesso utilizzata come espressione equivalente alla situazione di nomadismo, sebbene la prima sia, forse, di respiro più ampio rispetto alla seconda

Di conseguenza, decostruendo i dati generali, ne risulterebbe che in relazione agli individui “nomadi” sono registrabili quattro decisioni e, precisamente, 3 ordinanze e 1 sentenza, rispetto ai nove interventi che hanno riguardato, invece, i soggetti privi di “fissa dimora”, con la produzione di 6 ordinanze e 3 sentenze. Tra queste, poche possono essere considerate pronunce significative e, in aggiunta, esse sono scaturite da questioni di legittimità costituzionale nei quali i giudici a quibus hanno evidenziato il nomadismo, o l’assenza di (fissa) dimora, come aspetto qualitativo aggiuntivo

¹ Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università di Firenze.

nella e della condotta del soggetto, oppure in riferimento a una parte (anche trascurabile) della trattazione processuale generale.

Entrando nel merito dei risultati reperiti, rispetto ai soggetti nomadi si segnalano le seguenti decisioni:

1. ordinanza n. 485 del 2000
2. ordinanza n. 145 del 2009
3. ordinanza n. 260 del 2009
4. sentenza n. 115 del 2011

Per ciò che concerne la prima, essa ha come oggetto la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 8 e 9, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero), sollevate in riferimento agli articoli 2, 3, 4, 10, 24, 41 e 113 della Costituzione, dal Tribunale di Bari. In particolare, quattro soggetti stranieri avevano impugnato il decreto che ordinava la loro espulsione dal territorio italiano, in violazione del divieto contenuto nell'art. 19 del medesimo Testo Unico, poiché essendo di etnia Rom, sarebbero stati soggetti, nel Paese di rimpatrio (Jugoslavia), a sicura persecuzione. Due reclamanti, poi, sottolineavano la contrarietà dell'espulsione rispetto alla tutela della donna in gravidanza, trovandosi entrambe in tale situazione personale. Gli elementi sollevati come ostativi all'efficacia del provvedimento, però, sono stati ritenuti dal giudice non facilmente comprovabili nel ristretto termine di dieci giorni richiesto dall'art. 13 del decreto legislativo richiamato e, da qui, l'illegittimità della previsione rispetto agli articoli 3, 10 e 24 della Costituzione. Vi sarebbe contrasto, inoltre, con gli articoli 10, 24 e 113 della Costituzione, a causa della eccessiva brevità del termine di cinque giorni per la proposizione del ricorso, e vi sarebbe lesione degli articoli 2, 3, 10, 24 e 41 per "l'irragionevole discriminazione degli extracomunitari che svolgono regolarmente un'attività lavorativa, dipendente o autonoma, e sono in possesso di un permesso di soggiorno scaduto, ma non rinnovato, rispetto agli extracomunitari illegalmente entrati in Italia". Nonostante si tratti di una delle rare pronunce in cui l'etnia venga in rilievo come specifica fonte di discriminazione, oltreché di eventuale circostanza personale di marginalità sociale, la Corte non ha ritenuto incongrui i termini previsti dalla legge, considerando, nel suo bilanciamento, maggiormente meritevole di protezione l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori provenienti da Paesi Terzi (come già sottolineato nella Sentenza n. 161 del 2000).

Anche nella seconda ordinanza portata all'attenzione, l'essere nomade costituisce un elemento qualitativo della personalità del soggetto specificamente sottolineato, in senso "negativo" dal remittente, smentito, poi, dalla Corte. Nell'ordinanza n. 260 del 2009, essa ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 146, primo comma, numeri 1) e 2) del codice penale, nella parte in cui non prevedesse che il giudice potesse negare il differimento della pena quando lo avesse ritenuto non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione. Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, in qualità di rimettente, sottolineava la "spiccata

pericolosità sociale” della donna – una nomade e recidiva – più volte condannata per reati contro il patrimonio e come il beneficio citato sarebbe stato presumibilmente utilizzato “abusivamente, per commettere altri reati”. In particolare, rispetto a questi ultimi, il fatto di possedere dei doveri legati alla maternità, non aveva inibito la donna dal porre in essere condotte illecite, e “la strumentalizzazione dell’istituto del differimento (che da extrema ratio in alcuni casi diventa la regola) ha di fatto creato [...] una sorta di immunità per le donne nomadi in età fertile, le quali possono dedicarsi indisturbate alle loro attività illecite [...] e si tratterebbe di un fenomeno imponente, considerato che generalmente si tratta di donne che iniziano a procreare precocemente, appena adolescenti, e che per le abitudini di vita non conoscono il fenomeno delle nascite ridotte”.

La Corte, nondimeno, precisa, in termini “restrittivi” e parecchio stringenti da un punto di vista logico, come l’utilizzazione della maternità come “scudo” sia “adeguatamente bilanciato” dalle condizioni ostative alla concessione del differimento, in cui spicca la dichiarazione di decadenza della madre dalla potestà, oppure, l’abbandono o l’affidamento del figlio ad altri. Quindi, non sarebbe possibile – né corretto – generalizzare in base a presunte abitudini o “tradizioni” ripetute, imputando a una donna in gravidanza un impiego esorbitante del proprio diritto solo perché di una determinata etnia. La Corte, infatti, mette ordine tra gli eventi e le loro conseguenze dirette, ribaltando simile prospettiva “funzionalistica” e specificando che “ove il persistere della condotta criminosa da parte della donna condannata sia tale da farle trascurare i suoi doveri di madre, possono verificarsi le condizioni per la non operatività o per la revoca del differimento, la cui concessione o il cui ulteriore godimento si giustificano esclusivamente [...] se e finché ella sia sollecita nell’adempimento dei suoi doveri di assistenza morale e materiale verso il figlio”.

La terza ordinanza posta in rilievo, infine, presenta praticamente identico contenuto rispetto a quanto esaminato sopra.

L’unica sentenza risultante dal (quasi) ventennio eletto a parametro di riferimento dell’analisi, ovvero la decisione n. 115 del 2011, appare, sicuramente, una pronuncia degna di nota, poiché getta – abbastanza esplicitamente – delle solide basi per il sovvertimento di simili automatismi e “funzionalismi”. Anzitutto, si tratta di un accoglimento, in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell’articolo 54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dall’art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, sollevata dal TAR Veneto. Non sembra casuale che parte del giudizio a quo fosse costituita da una onlus di promozione e sensibilizzazione su politiche e prassi discriminatorie basate sul dato razziale (“Razzismo Stop”) e che essa lamentasse la mancanza di “proporzionalità” del provvedimento impugnato.

Questa volta, il fulcro del dubbio di legittimità ha riguardato direttamente la tematica qui in approfondimento. Richiamando la parte in fatto, si legge: “La pertinenza del provvedimento impugnato al tema della discriminazione su base razziale, nella prospettazione del rimettente, deriva dal chiaro rapporto tra «accattonaggio», povertà ed esclusione sociale, e dal rischio elevato che

in tali condizioni si trovino persone nomadi o migranti, appartenenti a gruppi etnici minoritari. D'altro canto – prosegue il Tribunale – la legge sanziona anche la discriminazione esercitata in forma indiretta, e cioè i casi nei quali «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» (art. 2, comma 1, lettera b, del d.lgs. n. 215 del 2003)».

Ciò che veniva segnalato, dunque, era l'inaccettabilità che un divieto, seppur riferibile alla generalità dei "consociati", finisse per rappresentare un larvato escamotage per dissimulare la reale portata di un provvedimento, in fondo e sostanzialmente, indirizzato solo a una specifica categoria di soggetti, *rectius*, di minoranze.

Sotto la nomenclatura dei "soggetti senza fissa dimora", invece, le pronunce appaiono numericamente più apprezzabili, mentre, qualitativamente, possono essere ribadite le considerazioni formulate durante la precedente trattazione. Si fa, quindi, riferimento a:

1. Ordinanza n. 68 del 2001
2. Ordinanza n. 299 del 2003
3. Ordinanza n. 348 del 2003
4. Ordinanza n. 321 del 2010 (Citazione testuale del brano della sentenza n. 250 del 2010)
5. Ordinanza n. 343 del 2010
6. Ordinanza n. 64 del 2011
7. Sentenza n. 161 del 2000
8. Sentenza n. 250 del 2010
9. Sentenza n. 186 del 2015

Le citate pronunce verranno richiamate sinteticamente e congiuntamente, poiché a dispetto del numero più elevato, mostrano uno "scenario" simile, o, comunque, condiviso.

La prima ordinanza evidenziata ha riguardato la difficoltà di comprovare l'autenticità delle generalità fornite, tramite i mezzi normalmente disponibili, in caso di cittadini extracomunitari sprovvisti di documenti, soprattutto nel caso in cui questi siano anche soggetti privi di "fissa dimora", qui presentandosi, questa, come qualità aggiuntiva rispetto a una data circostanza. Nonostante il rimettente sottolineasse l'inefficacia della sanzione, in virtù dell'oggettiva difficoltà di reperire e, *ex ante*, identificare i soggetti, oltre all'eventualità di una discriminazione a danno del soggetto, la questione di legittimità sollevata in relazione agli articoli 3, 27 e 97 della Costituzione dell'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), è stata dichiarata manifestamente infondata.

Anche nel caso della seconda ordinanza di manifesta inammissibilità, si notano gli effetti conseguenti alla mancanza di un luogo “fisso” di riferimento, il quale, nel caso di specie, ha rilevato in merito alla possibilità di riscossione del credito professionale, nonché alla collaterale evenienza di non poter esperire neanche delle procedure di recupero, le quali, ovviamente, si rivelerebbero infruttuose, presumendo una situazione personale dell’interessato di grave indigenza o marginalità.

Di identico tenore le questioni affrontate in occasione dell’ordinanza n. 348 del 2003, anch’essa manifestamente inammissibile. Qui, però, il rimettente censurava l’illegittima equiparazione tra situazioni sostanzialmente diverse, ovvero quella relativa al difensore d’ufficio di un individuo dichiarato formalmente irreperibile, e quella del difensore che assista un soggetto straniero privo di documenti e di fissa dimora, il quale, configurerebbe una oggettiva (e probabilmente irrisolvibile o insanabile) ipotesi di irreperibilità presuntivamente “definitiva”. Nell’ordinanza n. 343 del 2010, di manifesta inammissibilità, il *fil rouge* è costituito, ancora, dall’equazione tra indigenza e fissa dimora, sì che sia stata sottolineata, e riconfermata, l’ineffettività delle sanzioni, tanto per insolvibilità, quanto per irreperibilità fisica del soggetto. Su medesima ratio riposa l’ordinanza n. 64 del 2011, nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione.

Passando all’esame delle sentenze, infine, si tratta di tre pronunce di rigetto (n. 161 del 2000, n. 250 del 2010, n. 186 del 2015, rispettivamente per difetto di rilevanza, infondatezza e manifesta inammissibilità di due giudizi riuniti, manifesta infondatezza). Esse si occupano di soggetti “senza fissa dimora” in modo collaterale, sfiorando soltanto l’attributo dell’“instabilità” del loro status, senza che questo ne diventi il fulcro principale. Si sottolineano le problematiche già evidenziate in merito alla difficoltà di divenire, per tali soggetti, centro di imputazione “completo” di situazioni giuridiche – più che altro “sfavorevoli” – al pari degli altri consociati. Nel primo caso, la sentenza si occupa dell’individuazione della competenza territoriale, nell’eventualità di un decreto di espulsione, il cui reclamante sia “senza fissa dimora”. La questione, peraltro, è stata rigettata, giacché il giudice a quo, nel negare la propria competenza, ha, di fatto, reso irrilevante la questione anche per la Corte.

La sentenza n. 250 del 2010, inoltre, in relazione all’ammenda prevista per la mancata esecuzione dell’espulsione, ne riconferma il “canone” dell’esigua forza dissuasiva, non rendendo, questa volta, automatica, la coincidenza tra condizione di insolvibilità e l’essere migrante irregolare, ma, piuttosto, al non possedere una dimora stabile *tout court*. Tale caratteristica renderebbe ostica, del pari, la conversione di pena ineseguita in lavoro sostitutivo e – va da sé – in quello di permanenza domiciliare. Non è, quindi, l’irregolarità a creare problemi di efficacia ed effettività, quanto la qualifica aggiunta, senza generalizzazioni, che non si rinvenga una dimora “definita”. Nella recente sentenza del 2015, infine, la “categoria” in questione trova menzione nei medesimi termini con cui, sovente, sono state sviluppate le questioni relative ai nomadi: non per identità di contenuti, ma, più che altro, per il *quomodo* dell’attribuzione di tale particolare soggettivo alla situazione “astratta” della persona. Nella fattispecie, però, si trattava di un individuo con disturbi psichiatrici, privo di familiari o vicini, dedito all’abuso di alcool e tendente alla pericolosità sociale. Si può intuitivamente carpire come, in siffatta circostanza, la mancanza di una dimora “fissa” funga come elemento, di per sé, gravemente

peggiorativo del quadro della personalità, già “stigmatizzata” e oggetto di biasimo sociale. Qui sono state esposte, ribadendolo per ragioni di chiarezza, i dati scaturiti dalla parte “in fatto” e, come tali, non riconducibili alla Corte, che, invece, ha deciso in senso negativo rispetto al dubbio di legittimità posto.

Tirando le fila dell’analisi svolta, i soggetti nomadi e senza fissa dimora, come anticipato nell’introduzione al lavoro, costituiscono categorie sovente “intercambiabili” e la tematica indagata, al pari, d’altro canto, di quella riguardante i soggetti “stranieri”, risulta ancora “acerba” nella sua trattazione, fino, talvolta, a far coincidere, per il medium rappresentato dalla situazione di “indigenza”, situazioni di irregolarità con quelle di marginalità.

Appaiono, poi, quantitativamente trascurabili sia le ordinanze, sia le sentenze, tra cui spicca, non fosse altro che per il suo accoglimento, la n. 115 del 2011. Quest’ultima, peraltro, censura esplicitamente l’aggravamento della (già manifesta) situazione di discriminazione di una specifica minoranza, acuita anche dalla sua trasformazione nell’unico *target* – non troppo eventuale – del provvedimento punitivo. Indubbiamente, tra tutte quelle analizzate, questa pronuncia rimane degna di nota, permettendo di rintracciare, per ciò che riguarda gli individui nomadi, una climax ascendente di tutele e garanzia della loro promozione. A livello cronologico, infatti, essa appare resa a metà dell’intervallo considerato, e a soli due anni di distanza dalle ordinanze del 2009, in cui si deduce, soprattutto nella trattazione in fatto, un atteggiamento preconcepito, non esente da pericolosi automatismi tra la situazione di straniero, indigente e nomade e la garanzia dei diritti, latamente intesa.

Da qui, allora, si ripartirà, per monitorare potenziali future evoluzioni, in senso tanto positivo, quanto negativo e, quindi, di continuata invisibilità o, al contrario, di progressiva emersione delle lacune normative e costituzionali in materia di diritti fondamentali.

SECTION 5

LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS PRÉCAIRES ET DES CHÔMEURS

LA QPC ET LES PERSONNES VULNÉRABLES

LE CAS DES « TRAVAILLEURS PRÉCAIRES »

Valérie BERNAUD¹

S'interroger sur les personnes vulnérables et leur appréhension par le juge constitutionnel dans le cadre de la procédure de la QPC pose avant tout la question de la délimitation du sujet, surtout lorsque celui-ci concerne les « travailleurs précaires ».

Au sens commun du terme, le mot précaire possède trois significations principales : « Qui n'existe ou ne s'exerce que par une autorisation révocable », « Qui n'offre nulle garantie de durée, de stabilité, qui peut toujours être remis en cause », « Qui est d'une sécurité douteuse »². D'un point de vue juridique, le mot précaire renvoie à ce « Qui n'est octroyé, qui ne s'exerce que grâce à une concession, à une permission toujours révocable par celui qui l'a accordée ». Bien que le terme de « travailleur précaire » fasse aujourd'hui partie du langage courant des hommes politiques, des syndicalistes, des journalistes ou des personnes de la rue, cette dernière expression ne constitue pas une catégorie juridique en soi, pas plus que celle de « travailleur vulnérable » au demeurant. Pour traiter du sujet, il nous faut donc préciser ses termes.

S'agissant du mot « travailleur », la formulation du sujet nous incite à nous recentrer sur les personnes liées à un employeur par un contrat de travail et se trouvant à son égard dans une situation de subordination juridique, en d'autres termes à nous intéresser aux salariés et au Code du travail. Cela étant posé, une remarque peut être formulée. Notons qu'à l'ère de la révolution industrielle toute personne engageant sa force de travail moyennant un salaire au profit d'un patron était de fait une personne vulnérable ou un « travailleur précaire » dans la mesure où aucune législation ne venait la protéger des caprices de son employeur (en tout cas avant la loi du 22 mars 1841, qui constitue les prémices de la réglementation législative du travail en France). Le but premier de la législation du travail, aujourd'hui codifiée, a donc été de réglementer ces liens de subordination, de les rendre plus sûrs et plus stables. En d'autres termes, moins précaires. Il va donc sans dire que le concept même de précarité ne peut plus être étudié en 2019 comme il l'aurait été en 1850 (à supposer qu'il ait été théorisé à l'époque³).

¹ Maître de conférences HDR à l'Université d'Avignon.

² Dictionnaire *Larousse*.

³ V. R. PIERRET, « Qu'est-ce que la précarité ? », *La nouvelle revue des sciences sociales*, 2013, <https://journals.openedition.org/socio/511>, qui note que même en sociologie, la notion de précarité est une notion récemment théorisée et de définition floue.

S'agissant du mot « précaire », on peut se demander si les définitions données en début d'introduction sont suffisantes. Malheureusement, le Code du travail qui, dans quelques rares articles, fait référence à la « précarité », se garde bien de la définir. Ainsi, son article L. 1243-8 énonce dans le titre consacré aux contrats à durée déterminée (CDD) que « lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation ». Dans l'article L. 1251-32, une formulation similaire est adoptée s'agissant des contrats de mission, qui sont également des contrats temporaires. Par ailleurs, l'article L. 2242-20 qui concerne les négociations obligatoires en entreprises, fait référence aux « *emplois précaires* », tandis que L. 2312-36 mentionne les « *contrats précaires* ». Si le travailleur en CDD ou en contrat temporaire est donc par essence un travailleur précaire, il est possible d'extrapoler en concluant – à l'instar de l'INSEE – que les « emplois précaires » sont constitués par tous les « statuts d'emploi qui ne sont pas des contrats à durée indéterminée. Ce sont l'intérim, les contrats à durée déterminée, l'apprentissage et les contrats aidés »⁴.

Il serait tentant de circonscrire de la sorte notre sujet et de n'étudier que les décisions QPC relatives à ces travailleurs précaires tels que définis. Pourtant, il nous semble que cette approche serait trop réductrice quant à la vocation de cette étude. En effet, l'idée première était d'analyser la jurisprudence relative aux personnes vulnérables. Or, si la précarité entraîne la vulnérabilité, cette dernière est plus large, englobant aussi tous les travailleurs qui par leurs faiblesses supposées ou avérées peuvent faire l'objet d'attaques en tous genres : les femmes, les personnes âgées, les jeunes, les homosexuels, les prisonniers, etc ... Nous ne saurions donc les écarter de notre propos.

Aussi, étudierons-nous dans un premier temps les décisions constitutionnelles rendues sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution relatives aux travailleurs précaires (I), avant d'examiner celles concernant plus largement les travailleurs vulnérables (II).

I. Les décisions QPC relatives aux travailleurs précaires

Tel que nous avons défini le sujet en introduction, les travailleurs précaires sont donc ceux qui ne sont pas protégés par un contrat de travail à durée indéterminée, mais soumis aux aléas de contrats temporaires. Nous verrons que les décisions QPC relatives aux titulaires de ce genre de contrats et, par extension, aux mécanismes législatifs les encadrant sont peu nombreuses (A). Afin de compléter notre étude, nous souhaitons néanmoins étendre quelque peu le cadre de ce paragraphe. En effet, comme le remarquent les sociologues, la précarité résulte aussi de la création par la loi de mécanismes « précarisants » concernant des travailleurs se pensant jusqu'alors protégés parce qu'en possession d'un contrat à durée indéterminée (CDI) (B). Dans les deux cas, la jurisprudence du Conseil constitutionnel paraît assez timide.

⁴ <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1570>

A. Les décisions relatives aux titulaires de contrats « temporaires »

D'un point de vue statistique, le Conseil constitutionnel n'a eu à juger que d'un nombre assez restreint de QPC relatives aux contrats temporaires :

- ainsi, s'agissant des contrats à durée déterminée, seules trois décisions se réfèrent à eux : les décisions n° 2014-401 QPC du 13 juin 2014 ; n° 2014-402 QPC du 13 juin 2014 et n° 2017- 623 QPC du 7 avril 2017 ;
- s'agissant des autres contrats temporaires le nombre de décisions constitutionnelles se réduit encore : les contrats de travail temporaire ou d'intérim ne sont abordés qu'une fois dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 mais dans aucune décision QPC ; la notion d'apprentissage, quant à elle, donne lieu à quatre QPC, mais seule la décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011 concerne spécifiquement les contrats d'apprentissage, les contrats uniques d'insertion, les contrats d'accompagnement dans l'emploi et les contrats de professionnalisation.

Sur le fond, dans les deux QPC de 2014, les requérants se plaignaient de ne pas avoir bénéficié de l'indemnité de fin de contrat normalement prévue par l'article L. 1243-8 du Code du travail qui dispose que : « Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation » . Dans la décision n° 2014-401 QPC, la requête provenait d'un étudiant employé en CDD pendant les vacances de Noël, tandis que dans la décision 2014-402 QPC, il s'agissait d'une personne employée en CDD dans le cadre d'un contrat d'usage. Dans les deux cas, les moyens soulevés étaient pertinents en ce qu'ils dénonçaient, d'une part, une atteinte au principe d'égalité vis-à-vis des autres travailleurs en CDD susceptibles de prétendre à la prime convoitée ; d'autre part, en ce qu'ils demandaient au juge constitutionnel de préciser les notions de « jeunes » et de « contrat d'usage ». La première nous intéresse particulièrement puisque, depuis les années 2000, le législateur a adopté différentes lois censées venir au secours d'une catégorie de la population française perçue comme vulnérable, à savoir les « jeunes ».

L'apport des décisions QPC mentionnées est cependant de faible valeur. En effet, et il est bon de le souligner pour ce paragraphe, comme pour le reste de la contribution, les décisions QPC se bornent (comme c'est leur rôle constitutionnel) à examiner des micros points de lois. Il en résulte, au mieux, des décisions pouvant ponctuellement s'avérer novatrices ou d'un apport substantiel sur ces micros problèmes juridiques, au pire, des décisions sans envergure se bornant à appliquer des poncifs constitutionnels dégagés de longue date et permettant à leur auteur d'évacuer les moyens soulevés sans trop se compliquer la tâche. Dans tous les cas, soulignons qu'il est difficile d'isoler les apports jurisprudentiels issus des QPC de ceux découlant des décisions DC, le juge abordant les questions de droit de façon identique, sans réellement se soucier du fait que le contentieux des QPC naisse à la base au sein de litiges concrets.

Sans surprise aucune, faisant siens les arguments du Gouvernement, le Conseil constitutionnel n'est pas venu repréciser la notion de « jeunes » dans la décision n° 2014-401 QPC, pas plus qu'il n'a redéfini celle de « contrat d'usage ». En outre, pour rejeter les prétentions de ces requérants doublement précaires, car titulaires d'un CDD et exclus d'une prime visant « à compenser la précarité de leur situation », le juge a fait une application classique du principe d'égalité. Si les décisions sont peu éloquentes par elles-mêmes, leur commentaire officiel est quant à lui intéressant en ce qu'il nous renseigne bien sur l'approche que le Conseil constitutionnel a ici eue de ces « publics précaires ». Ainsi est-il possible de lire que « pour l'exclusion prévue par le 2° de l'article L. 1243-10 (jeunes élèves ou étudiants), le Conseil a jugé que n'était pas contraire au principe d'égalité le fait de prévoir qu'un élève ou un étudiant qui travaille pendant ses seules vacances et qui a vocation à reprendre ses études, se voit privé de l'indemnité de précarité : au regard de l'objet de la loi (compenser l'instabilité de l'emploi) cet élève ou cet étudiant ne se trouve pas dans une situation de précarité puisqu'il a recherché du travail pour la seule période de suspension de ses études et qu'il a repris ces études à l'issue du contrat (cons. 5 de la décision n° 2014-401 QPC). L'argumentation du requérant, qui se fondait sur des études montrant un important taux de précarité dans la population étudiante, n'était donc pas opérante. Le fait que nombre d'étudiants soient des travailleurs précaires n'a pas pour effet de conférer aux « jobs d'été » un statut de travail précaire »⁵. Si en droit la solution est correcte, elle ne fait cependant place à aucune générosité de la part du juge constitutionnel, froid calculateur et gardien des cordons des bourses des employeurs.

Pour en finir avec les décisions prises en compte dans ce paragraphe, nous relèverons que la décision n° 2011-122 QPC qui contrôle l'article L. 1111-3 du code du travail en vertu duquel ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, ceux d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi et les titulaires d'un contrat de professionnalisation, ne comporte qu'un apport technique quant au calcul des effectifs des entreprises et à l'application du principe de participation tel consacré par l'alinéa 8 du Préambule de 1946, sans se prononcer sur le fond sur les différents types de contrats et encore moins sur l'éventuelle précarité de leurs titulaires.

Il aura fallu attendre une décision DC (qui sort donc du cadre de notre sujet, mais que nous entendons mentionner pour son apport au fond) en date du 27 décembre 2019 (n° 2019-796 DC) pour que le Conseil constitutionnel admette sans équivoque que les contrats à durée déterminée sont une source de précarité salariale, contre laquelle le législateur est habilité à lutter en adoptant des mesures spécifiques. Ainsi, était en cause un des articles de la Loi de finances pour 2020 qui instaurait « une taxe forfaitaire de dix euros due par tout employeur pour chaque contrat à durée déterminée dit d'usage conclu en application du 3° de l'article L. 1242-2 du Code du travail ». Toutefois, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il « ressort des débats parlementaires qu'en instaurant une taxe forfaitaire de dix euros applicable, quelle que soit leur durée, aux contrats à durée déterminée dits d'usage, le législateur a eu pour objectif, afin de lutter contre la précarité salariale, d'inciter les employeurs à

5 https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014401qpc/ccc_401_402qpc.pdf

limiter le recours aux contrats conclus pour de courtes durées. En retenant un montant forfaitaire de dix euros par contrat, qui conduit à faire peser la taxe plus lourdement sur les employeurs concluant successivement de nombreux contrats de très courte durée, il s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques doit donc être écarté ».

B. Les décisions relatives aux « mécanismes précarisants »

Alors que le droit du travail avait initialement été conçu pour apporter toujours plus de garanties aux salariés, et cela en particulier pendant la période des Trente Glorieuses, les décennies suivantes ont surtout tenté d'offrir toujours plus de flexibilité aux employeurs au détriment de leurs salariés pour faciliter une compétitivité économique des entreprises françaises. Saisi à de nombreuses reprises des lois réaménageant celui-ci, dans le cadre des décisions DC, le Conseil constitutionnel a également ponctuellement pu se prononcer dans celui des décisions QPC.

Mais, avant d'en venir aux décisions, qu'entend-on par « mécanismes précarisants » ? Pour expliquer cette expression, laissons de côté les contrats précaires abordés ci-dessus pour nous tourner vers les contrats à durée indéterminée qui, tout en offrant une stabilité supposée aux salariés et une sécurité liée à la pérennité de l'emploi, peuvent néanmoins receler des modalités d'exécution précarisant les conditions de vie de leurs titulaires. Ainsi, il est possible d'inclure dans notre champ d'étude tous les travailleurs qui, bien qu'en CDI, travaillent dans des conditions rendant leur existence précaire : les salariés travaillant le dimanche ou la nuit ou ceux occupant un emploi dont la pénibilité est juridiquement prise en compte, par exemple.

Statistiquement, le nombre de QPC concernant ces travailleurs est faible :

- la question du travail dominical n'est pas nouvelle et a été examinée une première fois par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009. Puis, elle a fait l'objet de quatre QPC : n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014 et n° 2016-547 QPC du 24 juin 2016.
- s'agissant du travail de nuit, seule la décision n° 2014-373 QPC en traite
- le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à examiner la constitutionnalité des clauses de mobilité dans le cadre des QPC ;
- enfin, la pénibilité qui, un temps, a fait débat dans le cadre des lois portant réforme des retraites, n'a pas été abordée par le Conseil constitutionnel dans les QPC mais seulement dans les décisions DC.

Sur le fond, la jurisprudence relative au travail dominical a été fixée non dans les décisions QPC précitées, mais dans la décision n° 2009-588 DC de 2009. Dans cette dernière, le juge avait, en effet, considéré que le droit au repos dominical ne constituait pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais davantage un principe fondamental du droit du travail au sens

de l'article 34 de la Constitution. Ce qui laissait donc au législateur une réelle marge de manœuvre dans l'aménagement de celui-ci. Sans surprise, les décisions QPC rendues postérieurement n'ont pas révolutionné la matière, d'autant moins que les griefs se bornaient à voir dans la réglementation du repos hebdomadaire une atteinte potentielle à la liberté d'entreprendre ou au principe d'égalité entre collectivités territoriales. Le raisonnement du Conseil constitutionnel dans ces décisions a donc moins porté sur la définition du repos ou sur la protection des salariés que sur la conciliation entre des exigences constitutionnelles *a priori* antinomiques. On notera que la Cour de cassation s'est quant à elle montrée plus explicite que ce dernier dans une décision du 12 janvier 2011⁶, dans laquelle elle a elle-même tranché la question demandant si « les dispositions de l'article L. 3132-3 du code du travail qui imposent que le repos hebdomadaire soit donné le dimanche et interdisent le travail le dimanche sont contraires à la Constitution en ce qu'elles porteraient atteinte à la liberté d'entreprendre, à la liberté du travail et au principe de laïcité ? ». Pour refuser de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel, elle a estimé que « la disposition [...] constitue une mesure nécessaire à la protection des droits et des libertés des salariés qui découlent des 10^e et 11^e alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ». Ainsi, quand le juge constitutionnel se montre tiède ou peu engagé, il arrive bel et bien que le Conseil d'État ou la Cour de cassation se substituent ponctuellement à lui pour fixer une jurisprudence plus protectrice des personnes en situation de vulnérabilité, rendant inutile la transmission des QPC à ce dernier.

En va-t-il de même pour le travail de nuit ? La réglementation de ce dernier est relativement récente (2001). L'article L. 3122-32 du Code du travail pose ainsi le principe selon lequel « le recours au travail de nuit est exceptionnel » et précise qu'il doit prendre « en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et (être) justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ». Il s'agit donc, *in fine*, d'éviter de placer les individus dans des situations susceptibles de fragiliser leur santé, leur sécurité, voire leur vie familiale. Saisi en 2014 d'une QPC par la société Sephora, le Conseil constitutionnel a dû s'interroger sur une éventuelle atteinte à la liberté d'entreprendre par ledit article. Loin d'apporter plus de précisions sur le travail de nuit, celui-ci s'est borné à vérifier que la conciliation entre les exigences constitutionnelles en cause avait été réalisée correctement. Dès lors la protection des travailleurs en situation de vulnérabilité se fait au minimum : s'il paraît délicat pour le juge constitutionnel de censurer des législations protectrices, il se garde en revanche de donner un contenu essentiel aux droits des travailleurs considérés.

Le champ de notre étude pourrait être encore élargi, en incluant dans les « mécanismes précarisants » toute la législation relative aux licenciements. Pour rester centré sur les « travailleurs précaires » et ne pas trop nous éloigner du thème initial, nous nous bornerons à relever que, dans sa globalité, la jurisprudence constitutionnelle développée ces dix dernières années dans le cadre des décisions DC ou QPC a validé la plupart des mesures destinées à donner davantage de flexibilité aux employeurs et cela au détriment des garanties dont bénéficiaient jusqu'alors les salariés en CDI en matière de licenciement⁷.

6 Cass. Soc. n° 10-40.055.

7 Sur la question, voir *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2019, p. 615 et s.

II. Les décisions QPC relatives aux personnes vulnérables qui travaillent

Déplaçons à présent notre regard vers les personnes qui, travaillant, sont potentiellement vulnérables en raison de caractéristiques personnelles liées à leur âge, à leur sexe, à leur orientation sexuelle ou à leur santé physique ou mentale : les enfants, les femmes, les homosexuels, les personnes en situation de handicap (A) . Nous verrons que la jurisprudence constitutionnelle ne leur accorde aucun égard particulier. Pas plus qu'elle n'en consent à un dernier type de personnes rendues vulnérables par la situation juridique particulière dans laquelle elles se trouvent : les personnes incarcérées qui travaillent (B) .

A. Une vulnérabilité liée aux caractéristiques personnelles des travailleurs peu prise en compte dans la jurisprudence constitutionnelle

D'un point de vue statistique, le nombre de décisions relatives à ces travailleurs est encore une fois mince :

- trois décisions QPC sont spécifiquement susceptibles de concerner les femmes au travail, la décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 qui concerne le délit de harcèlement sexuel et les décisions n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018 et n° 2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC qui ont trait aux proportions d'hommes et de femmes sur les listes de candidats aux élections des comités d'entreprise et des comités sociaux et économiques.
- une décision concerne les personnes en situation de handicap au travail : la décision n° 2015-497 QPC
- enfin, aucune décision ne concerne les personnes homosexuelles dans le champ du droit du travail, pas plus que les enfants. Nous ne reviendrons pas ici sur les « jeunes » que nous avons d'ores et déjà appréhendés dans la première partie de cette étude.

Les apports jurisprudentiels les plus nombreux concernent les femmes. Écartons néanmoins la décision de 2012 puisqu'elle n'avait trait qu'à l'abrogation du délit de harcèlement sexuel, sans qu'aucun développement ne soit consacré à ces dernières. Celles de 2017 et 2018 bien qu'intéressantes dans la conciliation qu'elles opèrent entre l'article 1^{er} de la Constitution en vertu duquel « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » et le principe de participation consacré à l'alinéa 8 du Préambule de 1946, quant aux proportions d'hommes et de femmes sur les listes de candidats à certaines élections professionnelles, n'apportent pas de précisions spécifiques sur la façon dont le juge constitutionnel protégerait le « sexe faible » dans les relations de travail. S'il est entendu que le législateur peut favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux responsabilités professionnelles, le juge constitutionnel n'entend pas que d'autres principes constitutionnels soient sacrifiés pour aboutir à ce résultat. En outre, il avait déjà averti, dans une décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 que « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles

rappelées ci-dessus, elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ; que, dès lors, la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes ». Cette décision, rendue à l'époque sur le triple fondement de l'article 1^{er} de la Constitution, de l'article 6 de la DDHC et de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 qui proclame que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », nous permet par contraste de relever qu'à ce jour et en droit du travail, aucune QPC n'a été rendue sur le fondement de l'alinéa 3 du Préambule de 1946. Bien qu'il y ait beaucoup à faire en matière d'égalité hommes / femmes, la jurisprudence constitutionnelle développée dans le cadre des QPC est à ce jour à construire.

S'agissant enfin des personnes en situation de handicap, il existe un certain nombre de décisions DC les concernant, voire des décisions QPC, mais presque toutes ont trait à des aspects liés aux prestations sociales et non au travail. La décision n° 2015-497 QPC aurait pu être intéressante en ce que le Conseil constitutionnel y examine l'obligation législative d'emploi des travailleurs handicapés. Mais, le problème juridique soulevé ne s'intéressait pas à la protection éventuelle de ces derniers, mais à une éventuelle atteinte au principe d'égalité entre les entreprises soumises à l'obligation d'emploi et celles exemptées. La décision s'est donc bornée à raisonner en termes de seuils d'effectifs, sans jamais aborder au fond la vulnérabilité des personnes handicapées.

Les maigres résultats de notre recherche montrent qu'il n'existe pas dans les décisions QPC (voire dans les décisions DC) une prise en considération spécifique de la vulnérabilité de certaines personnes qui, parce qu'identifiées comme telles par le juge, bénéficieraient d'une jurisprudence plus protectrice que les autres. Saisi de moyens juridiques dénonçant des atteintes à certaines dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel se contente d'y répondre sans outrepasser son rôle, ce qui nous semble juridiquement correct, bien que potentiellement décevant d'un point de vue humain si l'on raisonne sur la protection constitutionnelle des personnes considérées comme vulnérables.

B. Les personnes incarcérées bénéficient-elles d'une jurisprudence plus favorable ?

La question du travail des personnes en détention est un sujet sensible et complexe, tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue humain, plaçant souvent les personnes concernées dans des situations concrètes de grande précarité. En effet, le travail des détenus est soumis à un régime dérogatoire par rapport au droit commun du travail, les mettant souvent dans des situations de non-droit, ainsi que la Section française de l'Observatoire international des prisons avait pu le dénoncer dans ses interventions en observation devant le Conseil constitutionnel relativement à la décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013. Dans cette dernière, les requérants avaient notamment fait valoir qu'en excluant que les relations de travail des personnes incarcérées fassent l'objet d'un contrat de travail, sans organiser le cadre légal de ce travail, le législateur les privait

des garanties légales d'exercice des droits et libertés consacrés dans les alinéas 5 à 8 du Préambule de 1946. Ils soutenaient, en outre, que les dispositions contestées portaient une atteinte manifeste au principe d'égalité et au respect dû à la dignité des personnes. Bien que le Conseil constitutionnel ait en partie fondé sa décision sur ce dernier principe, en énonçant que « la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle », il a immédiatement rappelé que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion » et donc « qu'il appartient, dès lors, au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne », sans s'étendre davantage sur les implications de ce dernier dans les prisons. Pire, se cachant derrière les bonnes intentions prétendues des lois pénales, il a fini par donner tort aux requérants en validant l'article 717-3 du code de procédure pénale qui prévoit que les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail. La décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015 s'inscrit dans une logique comparable, unanimement dénoncée par la doctrine comme juridiquement décevante.

En conclusion, qu'il s'agisse des personnes en détention ou de n'importe quel autre travailleur en situation de précarité ou de vulnérabilité, la jurisprudence constitutionnelle n'est que d'un faible intérêt humain. Ainsi que nous l'avons dit, le Conseil constitutionnel raisonne en droit et n'outrepasse pas son rôle pour venir au secours des travailleurs quels qu'ils soient. Ce constat n'a, en soi, rien d'étonnant car, poussé à l'extrême, l'inverse pourrait aussi signifier que le juge soit supposé prendre systématiquement partie pour les sujets prétendument les plus faibles, quand bien même ils n'auraient pas juridiquement raison : le locataire contre le bailleur, le pauvre contre le riche, la femme contre l'homme, le salarié contre l'employeur, etc. En ce sens, les décisions sont donc peu critiquables.

LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES VULNERABLES A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

Miguel PÉREZ-MONEO¹

I. El contexto de la cuestión de inconstitucionalidad

Con la aprobación de la Constitución de 1978 (CE, en adelante) y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC a partir de ahora) se crea en España un sistema de jurisdicción constitucional que responde al modelo concentrado. Las competencias fundamentales del Tribunal Constitucional serán, básicamente, el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley (artículos 161.1.a) y 163 CE); la garantía y tutela de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo (artículo 161.1.b) CE); y la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí (artículo 161.1.c) CE).

El Título II de la LOTC (“De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”), establece los procedimientos generales para garantizar la primacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad de las Leyes con ésta². Estos son el recurso de inconstitucionalidad (sistema de control concentrado) y la cuestión de inconstitucionalidad (sistema de control *difuso*, promovido por Jueces y Tribunales).

La cuestión de inconstitucionalidad permite reaccionar frente a la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley en el momento de su aplicación concreta. El art. 163 CE dispone que “cuando un órgano judicial considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional [...]”. En este sentido, los órganos judiciales actúan como un filtro para hacer llegar las quejas de constitucionalidad que posean un mínimo fundamento. De este modo, se permite compaginar el monopolio de rechazo de las normas que corresponde al Tribunal Constitucional con la efectiva supremacía de la Norma Fundamental, que vincula a todos los órganos judiciales.

¹ Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat de Barcelona y miembro del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid y del Congreso de los Diputados. miguelperez-moneo@ub.edu.

² No agota la regulación pues los Títulos VI y VI bis contemplan el control previo de los Tratados Internacionales y Estatutos de Autonomía, respectivamente.

Aparte de estas vías directas, existen otras dos para que se produzca el control de constitucionalidad de normas legales. Bien a través del conflicto positivo de competencias sobre reglamentos dictados en desarrollo de ley (art. 67 LOTC), bien en el caso de que el Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de amparo (que no cabe frente a actos con valor de ley) se plantee una autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC).

A pesar de que se esperaba que la competencia más característica de nuestro sistema fuese el control de constitucionalidad de las leyes, en la práctica el procedimiento que ha ocupado la mayoría de la actividad del Tribunal Constitucional han sido los recursos de amparo. Esto se ve claramente en la tabla núm. 1. Tras la garantía de los derechos, el control de la regularidad de las normas con rango de ley es una cuestión menor en cantidad. De los más de 150.000 asuntos que han llegado al Tribunal Constitucional entre 2000 y 2018, apenas un 1,16% (1.777) se corresponden con cuestiones de inconstitucionalidad. Si se presta atención, como hace la tabla núm. 2, a los asuntos resueltos, la situación mejora levemente.

Como puede observarse en las tablas anteriores, las dudas sobre la constitucionalidad de las normas con rango legal llegan en mayor cantidad a través de las cuestiones incidentales que plantean Jueces y Tribunales cuando están conociendo de casos concretos que a través del recurso directo de inconstitucionalidad, que se reserva para materias de gran conflictividad social. Suponen, las cuestiones de inconstitucionalidad, el 72,68% de los asuntos en la competencia de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Si se centra la atención, como se hizo anteriormente, en los asuntos resueltos por el Tribunal Constitucional, los datos se equilibran: el 11,53% de los asuntos que resuelve el Tribunal Constitucional son cuestiones de inconstitucionalidad y, dentro del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, representan el 47,48% de los asuntos.

II. La selección de cuestiones de inconstitucionalidad relativas a trabajadores

¿De qué manera la cuestión de inconstitucionalidad constituye un mecanismo para proteger frente a situaciones de vulnerabilidad? Para responder a la pregunta, en primer lugar, ha de delimitarse las situaciones que serán objeto de estudio. La propuesta inicial era centrarse en personas sin empleo y trabajadores precarios. Ante la ausencia de jurisprudencia respecto de los primeros, se ha centrado la atención en trabajadores que se encuentran en situaciones de desventaja y cuentan con reducidos márgenes de acción y reacción individual, bien porque hacen frente a decisiones adoptadas por el legislador – respecto del cual cuentan con pocos mecanismos para pleitear – o por la situación de marginalización o de desprotección por un conjunto de factores sociales o institucionales.

De esta manera, los asuntos finalmente identificados están relacionados, principalmente, con las decisiones estatales adoptadas para atajar la grave crisis económica. Estas medidas se refieren tanto a empleados públicos (trabajadores en sentido estricto) como a funcionarios, pero también a los jubilados. Su situación dependiente de la ley y su falta de capacidad de negociación colectiva ante tales medidas han hecho que se incorporen a este estudio.

Se han identificado otras dos grandes series: el despido de profesores de religión católica en las Islas Canarias, por un lado, y el control de las cláusulas legislativas que impiden la apertura de oficinas de Farmacia a mayores de 65 años. En el primer caso, se han incluido los profesores de religión católica por la posición que ocupa en su contratación la jerarquía eclesiástica y el conflicto que ha de resolverse entre la protección de la libertad religiosa y los derechos de los trabajadores. En el segundo caso, se estudia a este colectivo identificado por razón de la edad, una circunstancia sospechosa de discriminación.

Finalmente, el resto de sentencias seleccionadas hacen referencia a trabajadores en situación de vulnerabilidad por las características de su situación laboral: tiempo parcial; desempleados mayores de 52 años; excarcelados que solicitan subsidio de desempleo; trabajadores fijos discontinuos y trabajadores declarados incapaces permanentes.

Para seleccionar la jurisprudencia se ha usado la base de datos del Tribunal Constitucional (hj. tribunalconstitucional.es), buscando asuntos tanto en materia “social” como “contencioso-administrativa”. El resultado final ha sido una selección de 110 sentencias, de las cuales un 74,55% provenían del orden jurisdiccional social y un 25,45% del contencioso-administrativo.

Llegados a este punto, se observa una limitación metodológica. Al usar como objeto de estudio las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, sólo puede analizarse de manera incompleta la jurisdicción constitucional. Y ello porque dejan de identificarse las situaciones en que el juez ordinario ha salvado la constitucionalidad de la norma legal a través de la interpretación conforme o, en el caso en que fuesen preconstitucionales, considerándolas derogadas.

Para acabar este apartado, habría que aclarar si plantear la cuestión de inconstitucionalidad satisfacía los intereses de la parte considerada vulnerable. Aunque la decisión de elevar al Tribunal Constitucional el del órgano juzgador, previamente ha de oír a las partes (artículo 35.2 LOTC). Del análisis de los antecedentes de hecho de las sentencias – reflejado en la tabla núm. 3 –, se observa que en más de la mitad de las ocasiones la parte vulnerable ha considerado necesario elevar la cuestión. No deberían extraerse conclusiones precipitadas de la información aportada, pues la oposición al planteamiento de la cuestión puede deberse, en algunas ocasiones, al deseo de no alargar el proceso – dado que la cuestión de inconstitucionalidad es una cuestión prejudicial, que ha de resolverse antes de que se dicte sentencia en el juicio *a quo* –, más que a un verdadero convencimiento de la constitucionalidad de la medida. Un argumento que apunta en esta dirección es que la media para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad estudiadas ha sido de 816 días (algo más de dos años y cuarto). Se han identificado 13 casos sobre 110 examinados en que el juez *a quo* promovió la cuestión de inconstitucionalidad frente al trabajador o sindicato que la juzgaba innecesaria por poderse resolver la duda de constitucionalidad por vía interpretativa o por ser innecesaria para resolver sobre el fondo del litigio planteado o porque ya se había elevado una cuestión de inconstitucionalidad que incidiría de manera directa en el asunto que se estaba ventilando³.

3 SSTC 207/2014; 161, 174, 175 192 y 193/2015; 2, 4, 47, 79, 80, 97 y 145/2016.

III. Normas parámetro y objeto de control

La inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede venir determinada tanto por motivos formales como materiales, según se vulneren mandatos de naturaleza procesal (omisión o transgresión de un trámite o requisito de procedimiento) o preceptos de alcance material (vulneración de un precepto constitucional sustantivo). Aunque el marco general de enjuiciamiento de las normas con fuerza de ley viene determinado por la Constitución, en ocasiones ese marco se complementa con otras disposiciones normativas, a las que se denomina “bloque de la constitucionalidad”.

Las cuestiones de inconstitucionalidad analizadas han utilizado como parámetro de control las siguientes normas constitucionales:

- Art. 9.3, en su vertiente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de prohibición de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.
- Art. 14, entendido tanto como principio de igualdad ante la ley como derecho subjetivo a la igualdad y prohibición de la discriminación.
- Art. 33, reconocedor del derecho de propiedad y garante frente a la expropiación de derechos consolidados.
- Art. 41, que reconoce un sistema de Seguridad Social para proteger a los ciudadanos ante las situaciones de necesidad.
- Art. 103.3, relativo al acceso a la función pública en relación con los profesores de religión católica.
- Art. 134, relativo al contenido constitucionalmente posible de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- Art. 149.1.13, precepto que recoge las competencias exclusivas del Estado y, en concreto, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Puede resaltarse que muchos de estos preceptos evocan al carácter transformador de la realidad social que proyectan las normas de principios constitucionales y, por tanto, resultan congruentes con las demandas de los considerados vulnerables, que reclaman cambios estructurales.

Por lo que se refiere a las normas objeto de control, recopiladas en la tabla núm. 4, son eminentemente normas estatales, lo cual no debería ser sorprendente por ser competencia estatal tanto la legislación laboral como la de Seguridad Social. No obstante, relacionadas con las consecuencias de la crisis económica, aparecen impugnada normativa autonómica de manera separada o relacionada con la normativa básica estatal.

IV. Procedimiento

Para que pueda elevarse la cuestión de inconstitucionalidad, el juzgador ha de constatar que la norma legal ha de ser aplicable al caso concreto que esté conociendo y la decisión de éste ha de depender de la constitucionalidad – o no – de la norma legal, cuestión que no puede resolver por vía interpretativa. En el auto de elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial debe explicitar los motivos por los que duda de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Debe establecer una motivación clara de las causas de inconstitucionalidad invocadas y de la relevancia que para la decisión del caso tiene la ley cuestionada. El TC realiza un control del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para el planteamiento de la cuestión: relevancia para el fallo y fundamentación suficiente.

En el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad no está prevista las figuras del *amicus curiae* o del coadyuvante. En efecto, los artículos 35 a 40 LOTC prevén que, por un lado, sólo puedan presentar alegaciones en el juicio *a quo* sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de ésta las partes y el Ministerio Fiscal; por otro lado, en el proceso *ad quem* puedan personarse ante el TC las partes en el procedimiento judicial, así como que se dé traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados, al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno y, en caso de afectar a una norma con fuerza de ley de una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma para que presenten las alegaciones que estimen oportunas. Oídas las partes, el Pleno del TC dicta sentencia pronunciándose sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada.

A pesar de ello, en los asuntos relacionados con trabajadores no es infrecuente que intervengan sindicatos o asociaciones de empresarios e incluso órganos de representación de los trabajadores en el seno de la empresa (Comités de Empresa o Delegados de personal). En parte, porque en los asuntos relacionados con la reducción del salario de los trabajadores públicos⁴ o de la supresión de la paga extraordinaria⁵, se han elevado cuestiones en conflictos colectivos, procesos que tratan de resolver

“demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, un convenio colectivo [...], pactos o acuerdos de empresa o de una decisión empresarial de carácter colectivo” (artículo 153 Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social).

En otros asuntos, porque apoyan o vehiculan pretensiones de los trabajadores a través de otras estrategias procesales, por ejemplo, recurriendo por la vía contencioso-administrativa las decisiones de supresión de una paga extra⁶ o un Decreto que acordaba la exclusión de farmacéuticos mayores de 65 años de concursos públicos para la autorización de nuevas oficinas de Farmacia en Extremadura⁷.

4 SSTC 219/2013; 5, 196 y 107/2014; 143/2015 y 71 y 164/2016.

5 SSTC 83, 97, 100, 113, 173, 175, 184, 189, 191, 193, 205, 224, 225, 228 y 241/2015; 1, 4, 46, 47, 79, 80, 90, 97, 104, 106, 134 y 160/2016.

6 SSTC 172, 174 y 243/2015.

7 STC 161/2011.

¿Qué instituciones han comparecido ante el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad seleccionadas? En todos los casos, ambas Cámaras de las Cortes Generales para poner a disposición los informes y documentos relativos a la disposición recurrida (art. 88.1 LOTC). En los casos en que la cuestión concernía a una norma autonómica, el Gobierno autonómico se ha personado y ha solicitado la desestimación (15 casos) o la inadmisión (2) y, con menor frecuencia, se ha personado también el Parlamento autonómico correspondiente (13 casos). Por lo que respecta al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, la tabla núm. 5 recoge la información, de la que se extrae que el primero defiende, por sistema, la desestimación de la cuestión y el segundo, por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

¿Cuál es la postura de las partes en el juicio *a quo* ante el Tribunal Constitucional? Tan sólo se tiene constancia de seis asuntos en los que la parte vulnerable realice alegaciones⁸, si bien en dos casos sólo se hace constar en los antecedentes esta circunstancia. En los otros cuatro casos – destacándose que en tres la parte es un sindicato que defiende los intereses de los trabajadores – se defiende la inconstitucionalidad de la norma legal. Son casos que se producen bien por la vía del conflicto colectivo frente a la decisión de anular la paga extraordinaria de diciembre de 2012 o de la reducción de salario como consecuencia de la crisis⁹ o de recursos contenciosos administrativos presentados por trabajadores en sentido amplio por la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 o por la denegación de la apertura de una oficina de farmacia a personas mayores de 65 años¹⁰.

Por lo que respecta a la respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional a los asuntos sometidos a su consideración, en la gran mayoría de los casos (45%) ha considerado que se ha extinguido la cuestión por una pérdida sobrevenida del objeto, debido a la satisfacción extraprocesal por la recuperación de la parte de la paga extra perdida en 2012. Sólo en un 10% de los casos se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Se han identificado votos particulares disidentes en cuatro de las líneas jurisprudenciales, centrados, en todo caso, en la interpretación abstracta de la norma y no en el carácter vulnerable del trabajador o trabajadora concernido¹¹.

V. Análisis de la jurisprudencia

A. La crisis económica

Se revisan las decisiones adoptadas por los Gobiernos para atajar la grave crisis económica sufrida en España. Tales medidas afectaron a los empleados públicos, en sentido amplio, pero también

8 SSTC 78/2012, de 16 de abril; 196/2014, de 4 de diciembre; 113 y 210/2015, de 7 de junio y 8 de octubre, respectivamente; y 71 y 81/2016, de 14 y 25 de abril, respectivamente.

9 SSTC 196/2014; 113/2015 y 71/2016.

10 SSTC 2015/2010 y 78/2012, respectivamente.

11 Así, las SSTC 253/2004, 156/2014 y 110/2015 (pues esta último se remite al anterior), 140/2015 (que reproduce los contenidos del voto particular a la STC 119/2014) y las sentencias 95, 109, 116, 119, 120, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 133, 134, 134 y 144/2015, que se remiten al voto particular a la STC 49/2015. También centrado en la interpretación de la norma, pero no pegado al carácter vulnerable del trabajador, la STC 196/2014 cuenta con un voto particular concurrente.

a los jubilados. En este apartado se estudian las cuestiones de inconstitucionalidad vinculadas con la reducción del 5% en todos los conceptos retributivos de trabajadores de los organismos y entidades integrantes del sector público (o la reducción de jornada), la eliminación de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 y la no actualización de las pensiones de jubilación en 2012.

– Reducción del 5% en todos los conceptos retributivos

Diversas Comunidades Autónomas establecieron en sus leyes de presupuestos una reducción salarial del personal laboral no directivo de sociedades mercantiles públicas. Dicha medida fue considerada inconstitucional por cuestiones competenciales, pues se encontró contraria a los artículos 149.1.13 y 156.1 CE por oponerse a lo señalado en una norma estatal que tenía la condición – tanto formal como material – de norma básica (RD-L 8/2010) y que excluía a este colectivo de la reducción salarial del 5% prevista para los empleados públicos¹².

– Eliminación de la paga extraordinaria de 2012

Un gran número de sentencias del Tribunal Constitucional del periodo examinado (55) han estudiado la posible vulneración del artículo 9.3 CE porque la supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 al personal del sector público se aplicó sobre una parte de la misma ya devengada en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (la correspondiente a los días entre el 1 y el 14 de julio). Dicha medida se aplicó de modo retroactivo, infringiendo la prohibición de la retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, al establecerse la reducción salarial con efectos de 1 de julio de 2012, siendo que la entrada en vigor de la norma que acuerda dicha reducción salarial es de 15 de julio del mismo año, por lo que el precepto cuestionado afecta a derechos nacidos y devengados. Sin embargo, se acuerda la extinción de las cuestiones de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto¹³, ya que posteriormente a la elevación de las cuestiones se estableció – y aplicó efectivamente – la recuperación de los primeros 44 días de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, lo que supuso la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en los diferentes procesos laborales y contencioso-administrativos sobre las que se articularon las cuestiones de inconstitucionalidad.

– No actualización de las pensiones

Algo diferente ocurre con las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el Real Decreto-ley 29/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la

12 SSTC 219/2013, de 19 de diciembre, 5/2014, de 16 de enero, 196/2014, de 4 de diciembre, 207/2014, de 15 de diciembre, 143/2015, de 22 de junio y 164/2016, de 3 de octubre.

13 SSTC 83/2015, de 30 de abril; 97 y 100/2015, de 25 de mayo; 113/2015, de 8 de junio; 141/2015, de 22 de junio; 151 y 153/2015, de 6 de julio; 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 170, 171, 172, 173, 174 y 175/2015, de 20 de julio; 184/2015, de 10 de septiembre; 188, 189, 190, 191, 192 y 193/2015, de 21 de septiembre; 205 y 206/2015, de 5 de octubre; 210/2015, de 8 de octubre; 224, 225, 227 y 228/2015, de 2 de noviembre; 243 y 245/2015, de 30 de noviembre; 264/2015, de 14 de diciembre; 2 y 4/2016, de 18 de enero; 43/2016, de 3 de marzo; 46, 47 y 52/2016, de 14 de marzo; 79 y 80/2016, de 25 de abril; 90/2016, de 9 de mayo; 97/2016, de 23 de mayo; 104 y 106/2016, de 6 de junio; 134/2016, de 18 de julio; 145/2016, de 16 de septiembre; y 160/2016, de 3 de octubre. Las SSTC 241/2015, de 30 de noviembre, y 1/2016, de 18 de enero, inadmiten las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por defectuoso cumplimiento del requisito relativo a la exteriorización del juicio de relevancia por el juez a quo.

Seguridad Social¹⁴. Dicha norma dejó sin efecto la actualización de la pensión de jubilación para 2012, si bien entró en vigor al día siguiente de que hubiese finalizado el periodo de devengo del pago único establecido en la Ley General de la Seguridad Social, lo cual podría suponer una vulneración del art. 9.3 CE que prevé la garantía de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. En estos casos, la duda de constitucionalidad fue resuelta por la STC 49/2015, de 5 de marzo, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad frente al mencionado Decreto-ley. Básicamente, consideró que no había un problema de constitucionalidad pues los pensionistas no tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio de actualización de la pensión por la diferencia entre la inflación estimada y la real, sino una expectativa de derecho que debía ser concretada por normas presupuestarias en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes. Por esa misma razón, por ser una expectativa y no un derecho subjetivo, tampoco puede calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria contraria al art. 33 CE.

B. Profesores de religión católica

En el periodo de tiempo analizado, el Tribunal Constitucional ha estudiado la posible inconstitucionalidad de algunas cláusulas del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito en 1979 entre el Estado y la Santa Sede y la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), los cuales establecen un régimen de contratación pública del profesorado de religión católica. Los órganos judiciales planteaban que la regulación estudiada confería a un sujeto ajeno al Estado – Obispos – y sometido a otro ordenamiento – Derecho canónico – la facultad de decidir sobre el acceso a empleos públicos y sobre la continuidad en los mismos con arreglo a criterios que podrían ser incompatibles con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

En sus sentencias¹⁵, el Tribunal Constitucional considera que las normas puestas en duda por los tribunales no excluyen el control jurisdiccional de las decisiones de contratación de los profesores de religión ni vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. En el ejercicio del control judicial, habrá que conciliar – en el caso concreto – las exigencias de la libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado, así como la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores. Por más que haya de respetarse la libertad de las confesiones al establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios para determinar la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en absoluta.

14 SSTC 95/2015, de 14 de mayo; 109/2015, de 28 de mayo; 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135/2015, de 8 de junio; y 144/2015, de 22 de junio.

15 SSTC 38/2007, de 15 de febrero y 80, 81, 82, 83, 84, 85 y 90/2007, de 19 de abril. La situación laboral de los profesores de religión católica también ha sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Así, la STC 51/2011, de 14 de abril, tuteló a una profesora de religión católica a quien la autoridad eclesiástica no renovó su contrato de trabajo por haber contraído matrimonio civil con un divorciado.

C. Farmacéuticos mayores de 65 años

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional han examinado leyes autonómicas de ordenación farmacéutica (Castilla-La Mancha; Aragón; Extremadura; País Vasco) que impedían participar en los concursos que se convocasen para la provisión de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos que hubieran cumplido la edad de sesenta y cinco años¹⁶.

Dicha exclusión supone una vulneración de artículo 14 CE, pues la edad es una de las circunstancias personales que deben ser incluidas en la previsión abierta y final del mencionado precepto. Así, las diferentes sentencias no han admitido las razones esgrimidas por las Comunidades Autónomas a fin de justificar la diferenciación y valorar su proporcionalidad.

No se admitió la pretendida dificultad objetiva de los mayores de 65 años para prestar el servicio y para adaptarse a las peculiaridades de la localidad y de la población en que haya de instalarse la nueva oficina de farmacia, pues su formulación incondicional resulta desproporcionada respecto del fin al que supuestamente se orientaría, dado que son imaginables otros métodos menos lesivos para favorecer la capacidad de adaptación y, por otra parte, no se tiene en cuenta que el mayor de 65 años puede estar trabajando en la mencionada población o en una que no presente rasgos muy diferenciados de dónde querría instalarse. Tampoco podía entenderse una medida de acción positiva dirigida a favorecer a los farmacéuticos menores de 65 años que, por un lado, no pueden considerarse – debido a la amplitud del colectivo privilegiado – un grupo desfavorecido. Por otro lado, la medida no potencia las cualidades o condiciones reconducibles a los principios de mérito y capacidad del colectivo de menores de 65 años, sino que se limita a excluir de plano a los mayores de 65 años. Finalmente, al no constituir la edad un obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de una oficina de farmacia, la prohibición de acceso no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico sino que incide, únicamente, en una de las formas de ejercicio profesional, abonando la falta de justificación de la medida adoptada.

D. Trabajadores en situación de vulnerabilidad

– Trabajadores a tiempo parcial

Las normas cuestionadas (Estatuto de los Trabajadores y Ley General de la Seguridad Social) establecían un trato diferente entre los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo a efectos de los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones contributivas de Seguridad Social. Así, en el caso de trabajadores a tiempo completo se atiende a los periodos de tiempo en los que el contrato de trabajo estuvo vigente, sin embargo, para los trabajadores a tiempo parcial determinaban que se computaran exclusivamente las horas trabajadas (con algunas medidas correctoras, en el caso de la Ley General de la Seguridad Social).

¹⁶ SSTC 63/2011, de 16 de mayo; 117/2011, de 4 de julio; 161/2011, de 19 de octubre y 78/2012, de 16 de abril.

Consideran las **SSTC 253/2004, de 22 de diciembre**, y **61/2013, de 14 de marzo**, que las normas vulneraban el mandato de igualdad en la ley. En primer lugar, por ruptura del principio de proporcionalidad, ya que exigían a los trabajadores a tiempo parcial unos periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia, dificultando el acceso mismo a la prestación. Ni siquiera las correcciones introducidas por la Ley General de la Seguridad Social evitaban (aunque sí disminuían) este efecto, ya que si el trabajo a tiempo parcial no era un episodio excepcional en la vida del trabajador y la jornada habitual del mismo no resultaba muy elevada, la aplicación de la norma seguía constituyendo un obstáculo desproporcionado para el acceso a prestaciones contributivas. En segundo lugar, la anterior conclusión se ve reforzada por la presencia de la discriminación indirecta por razón de sexo planteada por el juez *a quo*, ya que los trabajadores a tiempo parcial son un colectivo predominantemente femenino.

También se ha planteado el Tribunal Constitucional el efecto discriminatorio que podría tener integrar las lagunas en los periodos de cotización que han de tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación o de incapacidad permanente acudiendo a las bases de cotización mínimas. Las normas que regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en caso de los trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial se rigen por el principio de proporcionalidad: es decir, van en proporción a la jornada trabajada. La consecuencia es que la aplicación de dicha norma genera una pensión de cuantía proporcionalmente inferior al trabajador a tiempo parcial que al trabajador a tiempo completo, pero también es cierto que el contrato a tiempo parcial supuso un esfuerzo contributivo menor. Por ello, consideran las **SSTC 156/2014, de 25 de septiembre**, y **110/2015, de 28 de mayo**, que no es discriminatorio, sino razonable y proporcionado, que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo que determinará una pensión más reducida que si todo el tiempo trabajado se hubiera hecho a tiempo completo. Cuestión ajena al juicio de constitucionalidad es que cupiera un sistema más justo, pero esa sería una cuestión que corresponde apreciar al legislador en su configuración legal del sistema de Seguridad Social.

Estas dos últimas sentencias cuentan con un voto particular disidente, que critica la decisión a la que llega la mayoría de no considerar arbitraria la diferenciación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y, en segundo lugar, por no apreciar la discriminación indirecta por razón de sexo.

– Desempleados mayores de 52 años

La Ley General de la Seguridad Social vigente en el momento de elevarse las cuestiones de inconstitucionalidad que resuelve la **STC 128/2009, de 1 de junio**, contemplaba la extinción del subsidio de desempleo en los supuestos en que el beneficiario percibiera rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional o dejase de tener responsabilidades familiares, lo que suponía que para retornar a su percepción debían cumplirse nuevamente los requisitos que la generaban. Esta regulación dificultaba extraordinariamente, cuando no convertía prácticamente en imposible, que los desempleados mayores de 52 años pudieran volver a gozar de dicho subsidio una vez extinguido por

las mencionadas circunstancias. Si bien la ley fue modificada para evitar esta situación, el Tribunal Constitucional continuó estudiando las cuestiones por cuanto pudieran afectar al proceso *a quo*. No considera la sentencia que se produjese la arbitrariedad del legislador alegada, pues la opción tomada por el legislador, aun cuando pudiera ser discutible, no establecía discriminación alguna. Tampoco considera que se haya contradicho el art. 41 CE, por cuanto éste establece una garantía institucional de un sistema de Seguridad social, pero no predetermina los derechos que los ciudadanos puedan ostentar al respecto. Si bien la opción por el legislador era ciertamente rigurosa, no implica que por ello resulte contraria al art. 41 CE, pues es al legislador al que corresponde determinar el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales.

– Interinos y personal temporal

Los Presupuestos para 2013 de Canarias fueron cuestionados por establecer una reducción de jornada de trabajo y proporcional de retribuciones exclusivamente al personal laboral indefinido (interinos) y temporal. Se consideraba que establecía condiciones de trabajo diferentes para este colectivo en relación con el personal laboral fijo. La **STC 71/2016, de 14 de abril**, recuerda que de la jurisprudencia constitucional se deduce un criterio de igualdad entre trabajadores con contratos de duración determinada – incluidos los interinos – y los trabajadores fijos comparables, de tal suerte que el mero hecho de tener un contrato de duración determinada no puede justificar un trato diferente que no aparezca fundado en razones objetivas suficientes. Al fracasar el Gobierno de Canarias en ofrecer una justificación que derive del específico trabajo que desempeñen, se declara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

– Excarcelados que solicitan subsidio de desempleo

El precepto de la Ley General de la Seguridad Social cuestionado, modificado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, añadió requisitos adicionales para que los liberados de prisión por haber sido condenados por delitos de terrorismo pudieran percibir el subsidio de desempleo. Se cuestiona, junto con otras cuestiones sustantivas, si dicha modificación puede ser formalmente incluida en la ley de presupuestos. Aplicando la doctrina sobre el contenido eventual de la ley de presupuestos, las **SSTC 123/2016, de 23 de junio, y 135/2016, de 18 de julio** consideran inconstitucional el precepto cuestionado, pues que sólo se admiten medidas que guarden una conexión económica o presupuestaria con el contenido de la ley de presupuestos, no siendo suficiente para justificar su inclusión que la medida suponga una reducción del gasto público.

– Trabajadores fijos discontinuos:

La **STC 53/2004, de 15 de abril**, se plantea la constitucionalidad del art. 13.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, que prevé la total exclusión de una prestación no contributiva de desempleo de los trabajadores fijos de carácter discontinuo cuando han superado una determinada edad. El factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años es la diferente modalidad de la relación contractual.

Valora el Tribunal Constitucional que en el contrato fijo discontinuo existen dos situaciones legales de desempleo, una que nace con la finalización del contrato de trabajo, pero también nace otra situación con la interrupción de la actividad de temporada, es decir, de una falta de ocupación efectiva entre los periodos de actividad. Esta segunda situación no sería técnicamente una situación de desempleo, por lo que no sería un término válido de comparación y, por lo tanto, no puede considerarse una situación desigual prohibida por el art. 14 CE.

– Trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente

La **STC 205/2011, de 15 de diciembre**, valora la existencia de una posible discriminación cuando la Ley General de la Seguridad Social establece que los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente que no desarrollen actividad laboral puedan instar únicamente la revisión de su grado de invalidez cuando se cumpla el plazo que establezcan las resoluciones de reconocimiento del derecho, mientras que los declarados en situación de incapacidad permanente que trabajan pueden acceder en todo momento a la revisión por agravamiento o mejoría de su grado de incapacidad declarado.

Comienza su reflexión el TC afirmando que no se deriva de la Constitución un derecho del pensionista a la revisión automática del grado de invalidez, de manera que el grado reconocido recoja de manera inmediata y sin ningún plazo de demora cualquier variación en el estado invalidante del mismo. Continúa indicando que la situación de una persona que compatibiliza el trabajo – por cuenta propia o ajena – con la percepción de una pensión pública constituye una singularidad susceptible de justificar una previsión legal en orden a establecer una posibilidad de control permanente y no sujeta a plazos, de manera que se garantice en todo momento la adecuación de la pensión reconocida a la capacidad real de trabajar. El diferente tratamiento que la ley ofrece está basado en la toma en consideración de una circunstancia jurídicamente relevante, cual es el hecho de que le pensionista compatibilice o no su pensión con el ejercicio de una actividad laboral, circunstancia que justifica que el agravamiento o la mejoría del estado invalidante del pensionista deba tener un reflejo inmediato en el grado de incapacidad reconocido.

– Establecimiento de un periodo de prueba de un año en empresas de menos de 50 trabajadores

Se plantea el órgano judicial proponente la especificidad que puedan tener las empresas menores de 50 trabajadores para que la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establezca un periodo de prueba de un año en los contratos de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Dicho periodo de prueba constituye una excepción legal al principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por decisión empresarial, lo que requeriría una justificación razonable y objetiva, así como que mediase una relación de proporcionalidad. Se planteaban dudas, pues la regulación analizada plantea tal periodo de prueba sin conexión con el puesto de trabajo, los servicios encomendados o la titulación de la persona trabajadora.

El Tribunal Constitucional deja constancia en la **STC 140/2015, de 22 de junio**, que las dudas de constitucionalidad ya fueron despejadas por las SSTC 119/2014 y 8/2015, que resolvieron sendos recursos de inconstitucionalidad, dictando sentencias desestimatorias.

E. La protección de los trabajadores a través del recurso de amparo

A fin de contextualizar la acción protectora del Tribunal Constitucional de los trabajadores en situación de vulnerabilidad, se ofrece una panorámica de la protección que se ha dispensado a través del recurso de amparo. Ha de tenerse en cuenta el objeto limitado de este recurso, que deja fuera la inmensa mayoría de los derechos sociales reconocidos en la Constitución. Así, se han protegido, principalmente, los derechos a la igualdad, tutela judicial efectiva e intimidad. Podría sistematizarse la jurisprudencia en cuatro grandes grupos:

1. *Protección frente a la discriminación*

La manera de proteger frente a las discriminaciones alegadas por parte de los tribunales de justicia consiste en la inversión de la carga de la prueba, una vez que se aportan indicios de que se ha producido una situación de diferenciación arbitraria o irrazonable. La STC 98/2003, de 2 de junio, ha extendido esta regla protectora respecto de las discriminaciones por razón de sexo a los supuestos de cesación de cargos de confianza.

La garantía de la no discriminación lleva a anular medidas presuntamente protectoras de la mujer durante su embarazo y maternidad pero que, en realidad, las colocan en una situación de desventaja en el acceso al empleo. Así, la STC 214/2006, de 3 de julio, consideró que el INEM (Instituto Nacional de Empleo) no ha de suspender de modo automático la demanda de empleo de una mujer durante su baja de maternidad.

La STC 26/2011, de 14 de marzo, introduce una nueva categoría sospechosa de diferenciación: cuando los jueces tengan que aplicar una disposición que afecta a la conciliación profesional y familiar, deben considerar el derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) desde la perspectiva del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), desde la óptica de la responsabilidad parental. Ello implica, por ejemplo, que se ha de ponderar si la decisión empresarial constituye un obstáculo injustificado para lograra la efectiva participación de un varón en el cuidado de sus hijos a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares.

Tanto el sexo como las circunstancias familiares se tuvieron que valorar para resolver la STC 111/2018, de 17 de octubre. En esta sentencia se desestima el recurso de amparo presentado por D. Ignacio A. P. y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA) contra las decisiones administrativas y las resoluciones judiciales que denegaron la equiparación de la duración del permiso de paternidad del recurrente (13 días) con la del permiso de maternidad (16 semanas), establecido legalmente.

Los demandantes de amparo consideraban que las resoluciones recurridas vulneraban el derecho a la igualdad y a no ser discriminados/as por razón de sexo o género (según la denominación que se está extendiendo en los últimos tiempos en los textos doctrinales y legislativos) del art. 14 CE y el mandato a los poderes públicos de protección de la familia del art. 39 CE. El Tribunal pone de manifiesto que tanto los órganos administrativos como los órganos judiciales se limitaron a aplicar correctamente la legislación vigente y que, por tanto, al Tribunal le corresponde dilucidar si esta normativa es conforme con el art. 14 CE (el art. 39 CE no es alegable en el recurso de amparo). Es sabido que aquel precepto no impide toda diferencia de trato sino sólo aquella que carece de una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

El Tribunal pone de manifiesto que la finalidad del permiso de maternidad es diferente a la del permiso de paternidad. Mientras que aquél persigue la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio, el permiso de paternidad tiene como finalidad favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos e hijas. En apoyo de esta afirmación, la Sentencia cita varios tratados internacionales ratificados por España, así como jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y concluye que la mencionada diferencia entre los permisos de paternidad y maternidad no es contraria al art. 14 CE.

El Voto Particular de la Magistrada D^a M^a Luisa Balaguer disiente del parecer mayoritario y considera que debió estimarse el amparo y, como la vulneración del derecho a la igualdad era imputable a una norma legal, debió instarse la autocuestión de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC para declarar inconstitucional el art. 48 bis ET. Afirma que la Sentencia no ha tenido en cuenta el impacto negativo que la distinta duración de los permisos de maternidad y paternidad tiene sobre el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado laboral y que esta diferencia de trato constituye una discriminación indirecta contra las mujeres, aunque no completa la argumentación sobre la existencia de esta discriminación. Considera que la finalidad del permiso de maternidad no es únicamente la protección de la salud de la madre. Y la finalidad del permiso de paternidad no es únicamente la conciliación de la vida familiar y laboral. La Magistrada pone de manifiesto que el Tribunal ha perdido la ocasión de reflexionar sobre otras finalidades de los permisos de maternidad y paternidad, como el objetivo de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer.

Estas argumentaciones (de la Sentencia y del Voto Particular) se reiteran en las SSTC 117/2018, de 29 de octubre, y 138/2018, de 17 de diciembre, que resuelven casos similares.

2. *Protección de la garantía de indemnidad, contenido del derecho a la tutela judicial efectiva*

Esta garantía se ve lesionada cuando el ejercicio por un trabajador de una acción judicial produce una acción de represalia por parte del empresario. Para apreciar la lesión a esta dimensión de la tutela judicial efectiva, el trabajador ha de aportar un principio de prueba de que la actuación del empresario vulnera su derecho fundamental, y, en segundo lugar, el empresario no ha de poder probar que su decisión está fundada en motivos razonables y reales (SSTC 87/2004, de 10 de mayo y 38/2005, de 28 de febrero).

3. *Del trabajador frente a interpretación irrazonable del derecho a las vacaciones:*

El Tribunal Constitucional considera que el Poder Judicial ordinario vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente “derecho a una resolución fundada en derecho” cuando extendió de forma indebida el concepto de “lealtad laboral” al periodo de vacaciones y consideró que un trabajador que durante su periodo de vacaciones no recupera las fuerzas para estar en perfectas condiciones para su bien personal y el de la empresa incumple gravemente la buena fe contractual. Este argumento supone considerar al trabajador un mero factor de producción y no tiene en cuenta ni su dignidad ni el libre desarrollo de la personalidad. (STC 192/2003, de 27 de octubre).

Además, y en relación con las vacaciones, la STC 324/2006, de 20 de noviembre, consideró discriminatoria por razón de sexo la negativa a que una mujer disfrute sus vacaciones anuales retribuidas en el año natural posterior al que generó tal derecho (y que no pudo disfrutar por estar de abaja de maternidad)

4. *Intimidación en el lugar del trabajo*

La protección de la intimidad en el lugar de trabajo ha sido objeto de estudio tanto por el Tribunal Constitucional como por el TEDH en este periodo.

En la STC 39/2016, de 3 de marzo, el Tribunal Constitucional considera que el empresario puede colocar cámaras de video vigilancia en la zona de cajas del comercio sin necesidad de que la trabajadora preste el consentimiento, pues la medida era proporcionada, sobre todo teniendo en cuenta los derechos del empresario regulados en el Estatuto de los Trabajadores que faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales. Para el Tribunal Constitucional, se cumple el deber de información con un distintivo en el escaparate del establecimiento, aunque no quedase clara la finalidad del control.

F. La protección de los trabajadores a través del recurso de inconstitucionalidad

Por lo que respecta a la protección a través del recurso de inconstitucionalidad, en este periodo destaca la **STC 119/2014**, de 16 de julio, que resuelve la duda planteada por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del contrato laboral y, específicamente, sobre la configuración del período de prueba en el contrato de trabajo. Se impugna el art. 4 de dicha Ley, en cuanto se refiere al período de prueba del nuevo “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores” para empresas de menos de 50 trabajadores y establece para este contrato que “la duración del período de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores... será de un año en todo caso”. El art. 14 ET fija la duración máxima del período de prueba “en defecto de pacto en Convenio” en 6 meses para los técnicos titulados y en 2 meses para los demás trabajadores (3 meses para empresas de menos de 25 trabajadores).

El Tribunal comienza afirmando que la duración del período de prueba en el contrato de trabajo no constituye una institución prevista y regulada en la Constitución, sino que es una cuestión cuya fijación corresponde al legislador ordinario. Alude también a un Informe de la OIT de 6 de noviembre de 2007 en el que se establecía que la fijación de la duración del período de prueba correspondía a cada Estado siempre que fuera “razonable”. Afirmaba también que determinadas políticas de fomento del empleo podrían justificar un período “relativamente largo”. El Tribunal argumenta que, en un contexto de crisis económica, el Estado puede contemplar esta disminución de las garantías de los trabajadores para fomentar el empleo y que esta medida permite a las pequeñas empresas comprobar no sólo la aptitud del trabajador, sino también las condiciones de viabilidad económica del puesto de trabajo.

El Magistrado Valdés Dal-Ré formula un extenso y bien fundamentado Voto Particular, al que se adhieren Asua Batarrita y Ortega Álvarez, en el que discrepa tanto de la fundamentación de la sentencia, como de la parte dispositiva. Señalan que el art. 4.3 de la Ley 3/2012, que fija en un año la duración del período de prueba, debió considerarse inconstitucional en cuanto que viola el principio de causalidad de las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo, en su condición de manifestación individual del derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE), según doctrina fijada en las SSTC 22/1981 y 20/1994, entre otras. Por otra parte, recuerda la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, en su decisión de 23 de mayo de 2013, en la que afirmó que el período de prueba de un año se opone al art. 4.4 de la Carta Social Europea.

A modo de conclusión

A la vista de las cifras expuestas en la primera parte del trabajo, bien podría afirmarse que nuestro sistema de justicia constitucional funciona, cada vez más, como un sistema de control difuso de la constitucionalidad, dado que las dudas sobre la constitucionalidad las plantean jueces y Tribunales cuando resuelven casos concretos. Sin embargo, y como se ha visto, esto resulta engañoso, pues varios

tribunales pueden presentar en un corto periodo de tiempo cuestiones de inconstitucionalidad sobre la misma norma y por los mismos motivos. El carácter concreto del control – vinculado a las circunstancias del caso – dificulta la acumulación de los asuntos ante el Tribunal Constitucional y hace que se multipliquen las sentencias que no incorporan razonamientos nuevos. Si, además, la duda de inconstitucionalidad se había resuelto a través de la impugnación directa, el Tribunal Constitucional sólo reproduce la doctrina vertida en otros pronunciamientos. Como es lógico, no puede diferenciarse su razonamiento del que hubiera realizado a través del recurso de inconstitucionalidad.

Ello abunda en la conclusión de que la cuestión de inconstitucionalidad tiene un alcance limitado para la protección de los trabajadores en el sistema español. Por un lado, porque las políticas públicas que se adoptan en forma de ley serán impugnadas directamente ante el Tribunal Constitucional por el recurso de inconstitucionalidad por quienes están legitimados para ello. Así, no es infrecuente que las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas terminen incidiendo en aspectos resueltos por el Tribunal Constitucional en otros procedimientos. Por otra parte, porque las lesiones de los derechos individuales de los trabajadores – dejando aparte los derechos sociales – tienen su propio cauce de protección a través del recurso de amparo constitucional. Si bien es cierto que no cabe la impugnación directa de leyes en amparo, sí pueden impugnarse los actos de aplicación de las que vulneren derechos fundamentales.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha animado a los Tribunales del Poder Judicial a ejercer su parte de jurisdicción constitucional y a ponderar derechos fundamentales – en los casos concretos, la libertad religiosa y los derechos laborales de los profesores – en los casos que se han comentado.

¿Dónde ha quedado un espacio para la protección de trabajadores vulnerables frente a la acción del legislador? La cuestión de inconstitucionalidad ha sido efectivo para la protección de colectivos reducidos de trabajadores que, por su carácter poco numerosos, estarían en dicha situación de vulnerabilidad. Así, el personal laboral no directivo de sociedades mercantiles públicas, por ejemplo.

El planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad puede apoyar la litigación estratégica para presionar políticamente frente a situaciones que se consideran injustas, como ocurrió con la recuperación de la paga extraordinaria de 2012, si bien no fue eficaz para que los jubilados vieran actualizadas sus pensiones.

La mayor utilidad que encuentro a la cuestión de inconstitucionalidad ha sido para proteger frente a discriminaciones establecidas por la ley, como es el caso de los farmacéuticos mayores de 65 años. En el fondo, esta utilidad es congruente con la idea de la vulnerabilidad entendida como categoría de personas que se encuentran en situaciones de desventaja respecto del colectivo “normativo” o mayoritario y no centrada en la lógica de la situación. Y podría tener una gran implicación si se suma a las discriminaciones indirectas por razón de sexo que se superponen con las de los trabajadores más desfavorecidos.

LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA DEGLI ULTIMI VENT'ANNI (2000-2019)

Daniele CHINNI¹

I. Avvertenza metodologica

Obiettivo di questa ricerca, in ragione del progetto al cui interno si inserisce, è quello di analizzare la *totalità* delle decisioni adottate dalla Corte costituzionale italiana, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, in relazione alla “categoria” dei «lavoratori e disoccupati» nel periodo che va dal 1° gennaio 2000 al 31 dicembre 2019. Necessaria era dunque, innanzitutto, una previa decisione sul *metodo* da impostare e seguire per effettuare la ricerca giurisprudenziale.

Le alternative che ho ritenuto di avere davanti erano due: una ricerca per parole chiave (lavoratore, disoccupato, etc.) o una ricerca in base alle disposizioni della Costituzione italiana che tutelano il diritto al lavoro e i diritti dei lavoratori (artt. 1², 4³, 35⁴, 36⁵, 37⁶ e 38⁷ Cost.), di volta in volta evocate dai giudici rimettenti. Ho scelto questa seconda via per due ordini di ragioni.

¹ Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre».

² «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.».

³ «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.».

⁴ «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori.

Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro.

Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.».

⁵ «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.».

⁶ «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.

La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.

La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.».

⁷ «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale.

I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.

Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato.

L'assistenza privata è libera.».

Innanzitutto, ho ritenuto si trattasse di una *chiave* di ricerca più sicura, nel senso che in tal modo sarebbero state selezionate pronunce in cui certamente veniva ad essere presa in considerazione la necessità di tutelare o meno diritti riconosciuti ai singoli nella loro qualità di lavoratori; con la ricerca per parole chiave, invece, il rischio era, da un lato, che venissero selezionate pronunce in cui i diritti dei lavoratori non erano al centro dell'argomentazione della Corte e, dall'altro, che sfuggissero decisioni che, a dispetto della terminologia adoperata, avevano a che fare con la *categoria* qui di interesse.

In secondo luogo – e decisamente – ho reputato che fosse di maggiore interesse fare una analisi di quei casi in cui la Corte ha maneggiato i parametri costituzionali che intendono tutelare i diritti dei lavoratori⁸, perché è in queste occasioni che a venire in gioco sono le garanzie loro apprestate dalla Costituzione proprio in quanto soggetti appartenenti alla *categoria* qui presa in esame. Certo, non si può escludere che anche le volte in cui siano utilizzati parametri costituzionali diversi – penso, soprattutto, ai principi di eguaglianza e ragionevolezza – possa essere apprestata tutela ai lavoratori in quanto tali; ciononostante, la *chiave* di ricerca che ho ritenuto di utilizzare mi sembra consenta una lettura della giurisprudenza costituzionale che dia maggiormente conto della specificità della posizione costituzionale dei lavoratori.

Tale scelta, del resto, trova giustificazione anche nella peculiare attenzione che la Costituzione italiana dedica al lavoro, sicché l'analisi giurisprudenziale dovrebbe consentire di vedere come la Corte costituzionale ha inteso tutelare principi costituzionali che sono senza dubbio centrali per l'ordinamento italiano, pur bilanciandoli di volta in volta con altri interessi costituzionalmente protetti. Converrà, allora, premettere alla illustrazione e allo studio della giurisprudenza costituzionale alcune brevi premesse sul principio lavorista nella Costituzione italiana.

II. «Fondata sul lavoro». Brevi ma necessarie premesse sul principio lavorista nella Costituzione repubblicana⁹

La Costituzione italiana si apre con la proclamazione di una scelta «di importanza enorme ed inedita»¹⁰: quella di fondare sul lavoro la Repubblica democratica. Una scelta che manifesta incisivamente «l'evoluzione di un secolo di vita politico-sociale»¹¹ dell'Italia e che, tutt'altro che meramente riassuntiva delle altre disposizioni costituzionali sul lavoro¹², assume quest'ultimo quale «elemento

8 Va subito segnalato che la ricerca delle decisioni in cui è stato utilizzato come parametro l'art. 38 Cost. è stata limitata a quelle in cui è venuto in rilievo il secondo comma, poiché gli altri commi della disposizione costituzionale tutelano più precisamente i soggetti disabili. Pure escluse sono quelle decisioni che, pur utilizzando le disposizioni costituzionali qui prese a riferimento, lo hanno fatto per principi che esse si esprimono, ma non in tema di diritto al lavoro o di tutele dei lavoratori o dei disoccupati (ad. es.: l'art. 35 Cost. lì dove tutela il diritto di emigrazione).

9 Il paragrafo riprende, sintetizzandolo anche nei riferimenti bibliografici, quello introduttivo a un mio recente saggio: *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo, S. Talini, Napoli 2019, 11 ss.

10 G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005, 1.

11 M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, § 1, il quale osserva che in tal modo il principio lavorista si pone in antitesi «con i principi esplicitamente o implicitamente accolti da passati ordinamenti, nei quali fondamento del potere pubblico poterono essere la proprietà o il privilegio della nascita o quello del censo».

12 In questi termini, C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 12.

basilare cui si deve far capo per potere cogliere l'esatto significato delle successive disposizioni relative al complesso dei rapporti etico-sociali ed economici»¹³.

Il principio lavorista, così, nel fondare la Repubblica democratica, la ispira, la caratterizza, è «supremo criterio interpretativo»¹⁴. Esprime l'indirizzo che deve condizionare¹⁵ l'azione dei pubblici poteri, i quali – secondo quanto prescritto dall'art. 3, secondo comma, Cost. – debbono porre in essere politiche atte a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Nel disegno costituzionale, il lavoro si deve porre, dunque, quale «elemento eccitatore di mobilità sociale»¹⁶, e, contestualmente, di «ripudio di ogni privilegio, legato invece alla classe o al ceto o alla ricchezza»¹⁷; il lavoro, «primario tra i beni primari»¹⁸, non è «mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, bensì [...] tramite necessario per l'affermazione della personalità»¹⁹.

È in questa prospettiva che la Costituzione, all'art. 4, primo comma, stabilisce che «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto». Si tratta di affermazione coerente e conseguente, oltre che al principio d'eguaglianza sostanziale, al lavoro come fondamento della Repubblica, perché è soltanto con il riconoscimento di un *diritto* al lavoro²⁰ per tutti i cittadini che si rende questi ultimi in grado di partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese²¹.

Allo stesso tempo, il lavoro è anche *dovere*, perché se esso fonda la Repubblica, allora ciascun cittadino deve, come dispone il secondo comma del medesimo art. 4 Cost., «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»²².

Qui si coglie il senso più profondo del principio lavorista nella Costituzione italiana: il lavoro è principalmente un *diritto*, ma è anche, in una prospettiva solidaristica, un *dovere*, che rende l'uomo non soltanto un lavoratore, ma partecipe della comunità nazionale e del suo sviluppo. È in questa sintesi che trova fondamento la Repubblica, cosicché il lavoro, mezzo per l'affermazione della personalità di ciascun cittadino, è anche «espressione primaria della partecipazione del singolo al

13 C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 14.

14 C. MORTATI, *Art. 1*, cit., 2.

15 G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 4.

16 Ancora C. MORTATI, *Art. 1*, cit., 15.

17 R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro: I) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 2.

18 G. ZAGREBELSKY, *Fondata*, cit., 14.

19 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 156 s.

20 Si esclude, peraltro, che ai sensi dell'art. 4 Cost. ogni cittadino sia titolare di una pretesa giuridicamente qualificata a conseguire un posto di lavoro, senza che ciò faccia venire meno il valore precettivo della norma costituzionale, a partire dal necessario impegno della Repubblica a porre in essere possibilità di occupazione dei cittadini: sul punto v. almeno G. ZAGREBELSKY, *Fondata*, cit., 39 ss. e G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubblico*, 2009, 39 s.

21 A. CARIOLA, *Art. 4*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., § 2.1., rileva che «la proclamazione costituzionale dell'art. 4 Cost. è stata, insieme all'affermazione dell'eguaglianza sostanziale, uno dei motori di sviluppo della nostra storia repubblicana».

22 Si è peraltro ben rilevato come il dovere di cui all'art. 4, secondo comma, Cost. non sia soltanto mero risvolto del diritto al lavoro, poiché la doverosità, testualmente riferita a una *attività* o a una *funzione*, non necessariamente implica lo svolgimento di una prestazione lavorativa strettamente intesa: cfr. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 231; G.U. RESCIGNO, *Lavoro*, cit., 2009, 23 ss.

vincolo sociale»²³, strumento attraverso il quale il lavoratore partecipa, assieme agli altri lavoratori, dell'organizzazione e del progresso del Paese.

III. Uno sguardo quantitativo sulla giurisprudenza costituzionale

Considerata l'appena tratteggiata importanza del principio lavorista nella Costituzione italiana, non può certo sorprendere la straordinaria mole di decisioni che, all'esito della ricerca giurisprudenziale condotta, viene fuori.

Come si evince dalla tabella che segue, infatti, in ben 398 giudizi in via incidentale le ordinanze di rimessione, nel ventennio preso in considerazione, hanno evocato a parametro una o più delle disposizioni costituzionali qui di interesse²⁴. Si tratta di un numero certo assai significativo, pari a circa l'8,1% dei giudizi in via incidentale tra gennaio 2000 e dicembre 2019, secondo un *trend* tutto sommato costante, nonostante qualche picco in alto o in basso.

Anno	n° dec. d'interesse	n° dec. incidentale	% incidentale	n° dec. totali	% totale
2000	46	471	9,9%	592	7,9%
2001	31	351	8,8%	447	6,9%
2002	47	451	10,6%	536	8,9%
2003	17	249	6,8%	382	4,4%
2004	10	286	3,5%	446	2,2%
2005	31	314	10,1%	482	6,6%
2006	30	276	10,8%	463	6,4%
2007	23	319	7,5%	464	5,1%
2008	18	320	5,6%	449	4,0%
2009	13	225	5,7%	342	3,8%
2010	14	211	6,6%	376	3,7%
2011	9	196	4,6%	342	2,6%
2012	14	140	10,0%	316	4,4%
2013	16	144	11,1%	326	4,9%
2014	14	170	8,2%	286	4,9%
2015	18	145	13,1%	276	6,8%
2016	16	157	10,2%	292	5,5%
2017	13	158	8,2%	281	4,6%
2018	10	140	7,1%	250	4,0%
2019	8	171	4,6%	291	2,7%
Tot.	398	4894	8,1%	7419	5,3%

²³ M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 637.

²⁴ I dati qui riportati sono frutto di elaborazione di chi scrive: per quanta attenzione posso avervi prestato, non mi sento di escludere di avere commesso qualche errore. Me ne scuso sin d'ora, certo peraltro che rimangano validi i risultati di fondo tratteggiati nel testo.

La disposizione costituzionale più spesso evocata dai giudici *a quibus* – anche per questo aspetto rinvio altresì alla tabella che segue – è l'art. 36 Cost., il quale non a caso, per un verso, tutela gli istituti volti alla tutela del “cuore” dei diritti del lavoratore come persona, incidendo sulla sua vita, individuale e familiare (retribuzione, durata massima della prestazione lavorativa, riposo settimanale e ferie)²⁵ e, per un altro, è dotato, laddove tutela l'adeguatezza della retribuzione, di immediata precettività, come da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità²⁶. Salta invece agli occhi, quantomeno ai miei, la scarsa considerazione – da parte dei giudici rimettenti che fissano il *thema decidendum*, piuttosto che da parte della Corte – dell'art. 1 Cost., il quale, come si è detto, non è meramente riassuntivo delle altre disposizioni costituzionali in materia di lavoro, ma ne è anzi l'elemento portante.

parametro	numero decisioni ²⁷
Art. 1 Cost.	28
Art. 4 Cost.	124
Art. 35 Cost.	144
Art. 36 Cost.	171
Art. 37 Cost.	24
Art. 38, secondo Comma, Cost.	48

Passando ad altro tipo di osservazione sulla giurisprudenza costituzionale oggetto di analisi, va rilevato che delle 398 decisioni, 182 sono sentenze (pari al 45,72%), 217 invece le ordinanze (pari al 54,28%). Il dato è interessante, poiché nello stesso periodo di tempo la Corte ha reso, nel giudizio in via incidentale, 4894 decisioni, delle quali 1696 sono sentenze (pari al 34,65%) e 3198 ordinanze (pari al 65,35%): il confronto induce a ritenere che – nel settore qui considerato – ci sia una tendenza del giudice delle leggi a entrare nel merito più di quanto non accada generalmente.

In 53 casi la Corte costituzionale ha adottato una sentenza con dispositivo di accoglimento²⁸, in 105 casi sentenze con dispositivo di non fondatezza (di cui soltanto 6 interpretative di rigetto), in 271 occasioni pronunce (sentenze o ordinanze) con dispositivi di inammissibilità (semplice o manifesta), di manifesta infondatezza o di restituzione degli atti al giudice *a quo*. Va peraltro precisato che – poiché ovviamente la Corte può decidere con un unico provvedimento alcune questioni nel senso dell'accoglimento o della non fondatezza, e altre in diverso senso (inammissibilità, manifesta infondatezza, restituzione degli atti al giudice *a quo*) – in tali casi il provvedimento preso in esame è computato in ciascuna delle richiamate categorie.

25 Cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Diritto del lavoro*, 1954, ora in *Raccolta di scritti*, Milano 1972, 237.

26 Riferimenti in C. TRIPODINA, *Art. 36*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova 2008, 355 ss.

27 Sono qui indicate, per ciascun parametro, tutte le volte in cui un giudice *a quo* lo aveva evocato, il che significa che il medesimo giudizio di legittimità può essere computato più volte, laddove più d'uno erano i parametri costituzionali richiamati dal rimettente: per intendersi, tra le decisioni *sub* art. 35 Cost. sono computate anche le decisioni che avevano quali parametri gli artt. 1 o 4 Cost. Si spiega così come mai il numero totale delle decisioni in questa tabella non coincida con quello di cui alla tabella precedente.

28 Il computo è sul totale delle decisioni di accoglimento e, dunque, comprende anche quelle che hanno ritenuto l'incostituzionalità della norma impugnata in riferimento a parametri diversi da quelli qui di interesse.

Deve altresì considerarsi che, in non poche occasioni, assieme ai parametri costituzionali in tema di diritto al lavoro i giudici rimettenti hanno evocato altre norme costituzionali. È parso allora opportuno, considerata la finalità della ricerca, non analizzare, almeno in linea di principio, quelle decisioni che la Corte ha adottato in base ad altri parametri, senza utilizzare le disposizioni costituzionali che qui interessano: si tratta di quelle volte in cui il giudice delle leggi, dichiarata l'incostituzionalità della norma impugnata in ragione del suo contrasto con norme diverse da quelle che qui ci occupano, ha fatto ricorso al c.d. assorbimento.

Infine, non saranno oggetto di analisi (seppur considerate nell'analisi quantitativa qui condotta) quelle pronunce adottate dalla Corte a tutela di lavoratori in condizione di ulteriore vulnerabilità, ovvero lavoratori disabili, stranieri, minori, detenuti: ciò perché queste decisioni del giudice delle leggi rientrano più propriamente nel campo di valutazione di altri colleghi componenti del gruppo di ricerca. Ciò, ovviamente, non impedirà – laddove risultasse utile ai nostri fini – fare riferimento anche ad alcune di queste pronunce.

IV. I temi più rilevanti nella giurisprudenza della Corte

Nell'analisi, per così dire, *qualitativa* della giurisprudenza di questi ultimi venti anni pare opportuno abbandonare il criterio seguito per selezionarla – il riferimento ai parametri costituzionali di volta in volta evocati – preferendo dare conto di alcuni temi e orientamenti ricorrenti nelle decisioni della Corte o di pronunce particolarmente rilevanti. Del resto, se la suddivisione per parametri era essenziale per individuare l'oggetto dell'analisi che si è chiamati a condurre, quest'ultima necessariamente deve fare a meno di una rigida separazione fondata sui parametri costituzionali per la banale ragione che questi ultimi possono essere adoperati congiuntamente dalla Corte. In altri termini, se la ricerca *quantitativa* non poteva che essere condotta separatamente per ciascun parametro, in modo da individuare le decisioni che possono essere d'interesse, l'analisi *qualitativa* non può non considerare che le norme costituzionali non sono monadi ma, tutt'al contrario, sono intimamente collegate le une con le altre, specie quando – come nel caso della ricerca che qui si conduce – sono volte a dare tutela a una specifica categoria di persone.

A. La discrezionalità del legislatore nella garanzia del diritto al lavoro

Il diritto al lavoro è senza dubbio un diritto sociale, in quanto tale condizionato nella sua garanzia – secondo la comune prospettazione – dall'intervento dei poteri pubblici: ciò in ragione non del diverso valore (come potrebbe essere, se sul lavoro si fonda la Repubblica!), ma della sua struttura giuridica²⁹.

Sembra trovare fondamento su questa posizione teorica l'assai consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale – di cui v'è traccia anche tra le decisioni del periodo qui preso in esame – secondo cui «la garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 della Costituzione

²⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani* 1989.

è [...] affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro» (sent. n. 419/2000, la quale richiama le sentt. nn. 419/1993 e 152/1975, nonché l'ord. n. 254/1997). Il che vuole anche dire che le scelte legislative sono sindacabili da parte della Corte costituzionale solo quando siano irragionevoli (sentt. nn. 189/2001, 390/2006 e 166/2012).

La particolare struttura giuridica del diritto al lavoro, tuttavia, non impedisce di considerare talune espressioni dello stesso come non condizionate all'intervento dei pubblici poteri e, perciò, accomunabili ai tradizionali diritti di libertà: è il caso, ad esempio, del diritto a scegliere liberamente il lavoro che si intende svolgere³⁰. Ciò, tuttavia, non sta a significare una illimitata e indiscriminata possibilità, per ciascun cittadino, di scegliere qualsivoglia attività lavorativa o professione, perché spetta al legislatore, «nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare competenze ed attribuzioni di ciascuna categoria professionale, essenzialmente sulla scorta del principio di professionalità specifica, il quale richiede, per l'esercizio delle attività intellettuali rivolte al pubblico, un adeguato livello di preparazione e di conoscenza delle materie inerenti alle attività stesse» (così la sent. n. 441/2000, la quale richiama le sentt. nn. 5/1999, 456/1993 e 29/1990; nel periodo considerato, analogamente anche la sent. n. 307/2002): ne deriva che possono essere legittimamente poste limitazioni all'esercizio di talune attività lavorative.

Il diritto alla scelta dell'attività professionale può essere altresì limitato per favorire l'accesso al lavoro di chi invece ne è privo. È quanto la Corte costituzionale – in un settore peraltro peculiare quale quello dei docenti scolastici – ha affermato nella sent. n. 192/2016. La disposizione censurata prevedeva che «A decorrere dall'anno scolastico 2010-2011, non è consentita la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento dei docenti che hanno già stipulato contratto a tempo indeterminato per qualsiasi tipologia di posti di insegnamento o classi di concorso». Il giudice rimettente lamentava che, in tal modo, il legislatore finisce per comprimere il diritto al lavoro e alla elevazione professionale del lavoratore, al quale è preclusa la possibilità di spostarsi di graduatoria nell'ambito delle materie nelle quali il docente ha conseguito l'abilitazione. La Corte ha rilevato, invece, come l'obiettivo prioritario del legislatore fosse quello di assicurare il tempestivo assorbimento del precariato nel settore della scuola e che, pertanto, in considerazione di tale preminente esigenza, non può essere ritenuta irragionevole la scelta legislativa di prevedere la cancellazione dalle graduatorie dei docenti già immessi in ruolo a tempo indeterminato, in quanto diretta a tutelare il «diritto ad un'occupazione stabile, da riconoscersi con priorità in favore di chi ancora ne sia privo». Tanto più che le aspettative dei docenti già in ruolo «possono trovare soddisfazione attraverso forme e modalità diverse dalla conservazione dell'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento».

Il giudice delle leggi ha escluso, invece, che possa precludersi l'accesso a corsi di studio a chi sia già titolare di analoghi diplomi, poiché in contrasto con il diritto a svolgere qualsiasi lavoro o professione liberamente scelta (sent. n. 219/2002). La Corte ebbe a rilevare che il divieto in discorso

30 Cfr. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2017, 508.

voleva evitare che lo stesso lavoratore (nel caso di specie, medico) potesse, cumulando più diplomi di specializzazione, «accaparrarsi» più di uno spazio di formazione nell'ambito e a spese delle strutture a ciò deputate, a danno di altri aspiranti, il cui diritto a perseguire, a loro volta, una *chance* di inserimento professionale potrebbe esserne pregiudicato»: trattasi di «intento non privo di una sua ragionevolezza», ma nella sua rigidità e assolutezza in contrasto con gli artt. 4 e 35 Cost.

Le due decisioni ora illustrate solo apparentemente possono ritenersi dissonanti tra loro. Nel primo caso, infatti, ad essere (legittimamente) impedito non è lo svolgimento di una attività professionale – che resta pur sempre possibile – ma il ricorso ad una particolare modalità per accedervi (le graduatorie ad esaurimento); nel secondo, invece, la norma impugnata impediva del tutto, e di qui l'illegittimità, il diritto alla scelta di una attività lavorativa, poiché precludeva l'accesso a corsi di studio necessari per l'acquisizione del titolo che consente di svolgere detta attività.

B. La legittimità delle restrizioni del diritto al lavoro in presenza di altri interessi da tutelare

In certo qual modo connesse ai principi di cui ora si è detto sono quelle pronunce in cui la Corte ha riscontrato la legittimità di restrizioni del diritto al lavoro, quando queste siano preordinate alla tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali che parimenti godono di protezione costituzionale.

Nei vent'anni presi in esame in questa ricerca, la Corte ha così escluso che potesse considerarsi costituzionalmente illegittima una norma che fissava nell'età di 30 anni il limite massimo per l'ammissione al servizio in prova presso le aziende municipalizzate del trasporto su strada: il legislatore può regolare, nei limiti della non manifesta arbitrarietà o irragionevolezza, l'esercizio del diritto al lavoro anche in relazione all'età, quando vuole riferirsi «a requisiti attitudinali richiesti da particolari rapporti di lavoro caratterizzati dalla natura del servizio da prestare e da oggettive necessità del tipo di azienda (sia pubblica che privata)» (sent. n. 160/2000).

Spesso, poi, la Corte si è trovata a scrutinare la legittimità costituzionale di norme che condizionavano l'esercizio dell'attività lavorativa alla assenza di condanne penali.

Nel caso deciso con la sent. n. 145/2002, la norma impugnata prescriveva che i dipendenti pubblici, in caso di condanna, anche non definitiva, per alcuni delitti, dovessero essere sospesi dal servizio; sospensione che perdeva efficacia se per il fatto era successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato. La Corte ha accolto la questione limitatamente all'ipotesi della perdita della sospensione decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato, ritenendo irragionevole il termine così individuato. La *ratio* della norma *de qua* – relativa alla sospensione dal lavoro anche prima della condanna definitiva – è stata invece ritenuta non contrastante con la Costituzione, giacché «sia l'interesse generale al buon andamento della pubblica amministrazione che il rapporto di fiducia dei cittadini verso quest'ultima possono risultare gravemente compromessi

dalla permanenza in servizio di un dipendente condannato - sia pure in via non definitiva - per taluno dei delitti riguardati dalla norma impugnata».

Sulla medesima scia si pone l'argomentazione che sorregge la sent. n. 433/2002. Oggetto dello scrutinio era norma che prevedeva che, in caso di esercizio dell'azione penale per un reato non colposo punito con pena non inferiore nel minimo a sei mesi, venisse sospesa l'iscrizione nel ruolo dei notai sino al definitivo proscioglimento o sino alla declaratoria di estinzione del reato. Pur precisando che la norma era (legittimamente) volta a tutelare, in via provvisoria, l'interesse pubblico alla affidabilità della funzione notarile, il giudice delle leggi l'ha però annullata perché, essendo obbligatoria e automatica, era connessa a una categoria estremamente ampia ed eterogenea di reati, oltre ad avere una durata indeterminata. Non si tratta, peraltro, di un annullamento *tout court*, ma di sentenza manipolativa, poiché la Corte ha attribuito all'Amministrazione il compito di valutare la ricorrenza di concrete esigenze cautelari che impongano la sospensione: ha, insomma, trasformato una sospensione obbligatoria in discrezionale, come tale revocabile in qualsiasi tempo al venir meno delle riscontrate esigenze cautelari.

Ancora di accoglimento – con una modalità assai simile a quella di cui ora si è detto – è la sent. n. 329/2007. La disposizione censurata stabiliva che l'impiegato dichiarato decaduto, perché è stato accertato che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile, non può concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato. La Corte – pur considerando legittimi i due obiettivi della norma [«vietare l'instaurazione del rapporto di impiego con soggetti che abbiano agito in violazione del principio di lealtà, che costituisce [...] uno dei cardini dello stesso rapporto (art. 98 Cost.)»; «tutelare l'eguaglianza dei concorrenti, pregiudicati dalla sleale competizione con chi abbia partecipato alla selezione con documenti falsi o viziati (art. 97 Cost.)»] – l'ha però ritenuta illegittima «nella parte in cui, facendo discendere automaticamente dalla dichiarazione di decadenza il divieto di concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato, non prevede l'obbligo dell'amministrazione di valutare il provvedimento di decadenza dall'impiego, [...] al fine della ponderazione della proporzione tra gravità del comportamento e divieto di concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato». Come si vede, anche in questa occasione la limitazione al diritto al lavoro deve essere ponderata in concreto e la relativa valutazione deve essere compiuta dall'Amministrazione.

La Corte ha bilanciato il diritto al lavoro con altri interessi meritevoli di tutela anche nelle occasioni in cui si è trovata a valutare i divieti di svolgere contemporaneamente più attività lavorative.

Con la sent. n. 147/2005, ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale aventi per oggetto una norma di legge della Regione Piemonte, la quale vietava lo svolgimento dell'attività professionale di veterinario nell'ambito territoriale dell'azienda sanitaria cui il veterinario appartiene, impedendogli altresì di essere titolare di uno studio privato. Il giudice delle leggi ha in tale occasione osservato che la *ratio* della normativa di riferimento è quella di evitare che l'attività professionale del veterinario possa porsi in contrasto con gli interessi ed i fini istituzionali dell'unità

sanitaria locale, titolare nel proprio territorio di importanti poteri pubblici di assistenza e di vigilanza zoiatrica, e che tali limitazioni «non determinano alcuna illegittima preclusione allo svolgimento dell'attività lavorativa, con conseguente violazione degli artt. 4 e 35 della Costituzione, dal momento che – come questa Corte ha già più volte affermato proprio in relazione alla disciplina del pubblico impiego nell'ambito dell'organizzazione sanitaria pubblica – “dal riconoscimento dell'importanza costituzionale del lavoro non deriva l'impossibilità di prevedere condizioni e limiti per l'esercizio del relativo diritto, purché essi siano preordinati alla tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali parimenti fatti oggetto, come nella fattispecie, di protezione costituzionale” (sent. n. 330 del 1999; si veda, altresì, sent. n. 457 del 1993)».

Con la sent. n. 166/2012, la Corte ha escluso fosse costituzionalmente illegittima la disposizione che non consente l'esercizio della professione forense ai dipendenti pubblici *part-time* con orario fino al 50% di quello a tempo pieno (i quali, sino ad allora, potevano invece esercitarla, secondo disposizione ritenuta non contrastante con la Costituzione dalla sent. n. 390/2006). Il divieto, infatti, non si pone in contrasto con il diritto al lavoro non solo perché – come abbiamo già avuto modo di dire – la sua attuazione, quanto ai tempi e ai modi, spetta alla discrezionalità del legislatore, ma anche perché vuole incidere «sul modo di svolgere il servizio presso enti pubblici, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale all'esecuzione della prestazione di lavoro pubblico secondo canoni di imparzialità e buon andamento, oltre che ad un corretto esercizio della professione legale».

C. La parità tra uomo-lavoratore e donna-lavoratrice

Il principio d'eguaglianza formale tra persone di sesso diverso di cui all'art. 3 Cost. trova una sua «specificazione»³¹ nell'art. 37 Cost., che vieta le discriminazioni tra uomo e donna sul luogo di lavoro, imponendo che alla donna lavoratrice siano riconosciuti i medesimi diritti e le medesime retribuzioni che spettano all'uomo lavoratore. Ne deriva che, se sono ammesse e anzi richieste normative che tengano conto del ruolo della donna anche come madre (art. 37, secondo comma, Cost.)³², sono costituzionalmente illegittimi trattamenti differenziati privi di giustificazione.

È, questo, principio che la giurisprudenza costituzionale ha affermato da tempo e ribadito anche nel corso del ventennio qui preso in considerazione.

Nel caso deciso con la sent. n. 275/2009, oggetto del giudizio era una norma la quale prevedeva, a carico della lavoratrice che intendesse proseguire nel rapporto di lavoro oltre il sessantesimo anno di età l'onere – a differenza di quanto previsto per il lavoratore di sesso maschile – di dare tempestiva comunicazione della propria intenzione al datore di lavoro, da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia, pena la recedibilità *ad nutum* da parte di quest'ultimo dal rapporto di lavoro. Si tratta di disposizione che – come rileva la stessa Corte – ha il «medesimo contenuto precettivo» di altra già dichiarata illegittima con la sent. n. 498/1998 e che

31 Così, ad esempio, C. SALAZAR, *Art. 37*, in *Comm. Cost.*, cit., § 1.1.

32 Su di ciò v. *infra*, § 4.4.

«realizza la medesima discriminazione tra lavoro maschile e lavoro femminile già stigmatizzata in tale occasione». E ciò perché «l'onere di comunicazione posto a carico della lavoratrice, [...] condizionando il diritto di quest'ultima di lavorare fino al compimento della stessa età prevista per il lavoratore ad un adempimento – e, dunque, a un possibile rischio – che, nei fatti, non è previsto per l'uomo, compromette ed indebolisce la piena ed effettiva realizzazione del principio di parità tra l'uomo e la donna, in violazione dell'art. 3 Cost., non avendo la detta opzione alcuna ragionevole giustificazione, e dell'art. 37 Cost., risultando nuovamente leso il principio della parità uomo-donna in materia di lavoro».

Con la sent. n. 335/2000, la Corte ha invece avuto modo di riaffermare, richiamando le sentt. nn. 296 e 345/1994, che «l'aver mantenuto per le donne un'età pensionabile più bassa di quella degli uomini costituisce una sorta di “privilegio” per le prime, non in contrasto con l'art. 37 della Costituzione, soggiungendosi che “la lamentata disparità di disciplina, essendo una conseguenza della differenziazione dell'età pensionabile tra uomo e donna, non appare lesiva del principio di uguaglianza”». Analoga affermazione si ritrova nella sent. n. 256/2002, ove la Corte tira le fila della propria giurisprudenza sul punto, affermando che i principi sino ad allora affermati possono essere così sintetizzati: «a) i precetti costituzionali di cui agli artt. 3 e 37, primo comma, non consentono di regolare l'età lavorativa della donna in modo difforme da quello previsto per gli uomini, non soltanto per quanto concerne il limite massimo di età, ma anche riguardo alle condizioni per raggiungerlo; b) non urta contro alcun principio costituzionale la previsione per le donne di un limite di età per il conseguimento della pensione di vecchiaia inferiore a quello fissato per gli uomini, anche se ciò implica il venir meno per le prime della coincidenza tra età per ottenere le pensioni di vecchiaia ed età lavorativa»³³. Viene qui richiamata la distinzione, prevista dalla legislazione ordinaria, tra età lavorativa (al raggiungimento della quale si ha diritto alla pensione) e età pensionabile (al raggiungimento della quale il lavoratore può decidere di andare in pensione a prescindere dall'età anagrafica): ferma restando la identica durata dell'età lavorativa della donna rispetto a quella dell'uomo, la diversa età pensionabile è invece un «giustificato beneficio» per la donna lavoratrice e non un elemento discriminatorio.

D. Lavoratrici madri e genitorialità

Di particolare rilievo è la giurisprudenza costituzionale volta a tutelare e garantire i diritti delle lavoratrici madri e, al contempo, i diritti dei minori loro figli nell'ambito del rapporto di genitorialità. In tale ambito, peraltro, la Corte ha adottato nel periodo considerato ben 8 pronunce di accoglimento, un numero particolarmente alto in rapporto alle occasioni in cui il giudice delle leggi si è trovato a scrutinare disposizioni legislative in riferimento all'art. 37 Cost.

Il risultato di questa giurisprudenza è una estensione della platea di lavoratrici che devono godere delle tutele riconosciute dal legislatore in caso di maternità.

³³ È la stessa Corte a richiamare molti dei suoi precedenti: sentt. nn. 1106 del 1988, 371 del 1989, 134 del 1991, 503 del 1991, 404 del 1993, 296 del 1994, 345 del 1994, 64 del 1996, 335 del 2000.

Così, la Corte ha affermato che l'istituto dell'interdizione dal lavoro in caso di eventi o condizioni pregiudizievoli alla salute della donna e del nascituro è, al pari dell'istituto dell'astensione obbligatoria durante i periodi della gravidanza e del puerperio, una misura protettiva del benessere psico-fisico della madre e del bambino. Ne consegue che deve essere applicato anche alle lavoratrici a domicilio, giacché il conseguente indennizzo economico evita che continuino a svolgere una attività lavorativa, pur in presenza di cause ostative alla sua esecuzione, allo scopo di non subire la perdita di reddito (sent. n. 360/2000). In applicazione dei medesimi principi, la coeva sent. n. 361/2000 ha imposto che l'indennità di maternità, attribuita dalla legge alle coltivatrici dirette, sia attribuita anche all'affine categoria delle imprenditrici agricole a titolo principale, poiché «mentre può risultare giustificata la previsione di un più elevato grado di protezione a favore di alcune categorie rispetto ad altre, appare invece assolutamente discriminatoria la totale carenza di tutela che si verifica allorché, in presenza del medesimo evento, vi siano soggetti che non godono di alcuna provvidenza riconosciuta invece ad altri che pur versano in situazioni omogenee». Ancora volta a estendere l'indennità di maternità è la sent. n. 405/2001: la legislazione prevede infatti che tale indennità sia corrisposta anche alle madri il cui rapporto di lavoro cessa nel corso del periodo di astensione obbligatoria o non sia più in atto, al ricorrere di requisiti temporali, nel momento iniziale di tale periodo; la Corte ha ritenuto costituzionalmente necessario estendere tale regime anche alle lavoratrici licenziate per colpa grave, perché «il fondamento della protezione [è] sempre più spesso e sempre più nitidamente ricondotto alla maternità in quanto tale e non più, come in passato, solo in quanto collegata allo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata».

Come la Corte ha esplicitamente affermato qualche anno dopo, ciò significa che «gli istituti nati a salvaguardia della maternità non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati anche alla garanzia del preminente interesse del minore, che va tutelato non soltanto per quanto attiene ai bisogni più propriamente fisiologici ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo, collegate allo sviluppo della sua personalità» (sent. n. 257/2012, poi ripresa anche dalla sent. n. 205/2015, la quale ha altresì osservato che «l'interesse del minore non può patire discriminazioni arbitrarie, legate al dato accidentale ed estrinseco della tipologia del rapporto di lavoro facente capo alla madre o delle particolarità del rapporto di filiazione che si instaura»). In applicazione di tali principi, il giudice delle leggi ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale di normativa che: a) con riferimento alla stessa categoria dei genitori adottivi, attribuiva, alle lavoratrici iscritte alla gestione separata che abbiano adottato o avuto in affidamento preadottivo un minore, un congedo di maternità (con relativa indennità) per un periodo di tre mesi, anziché di cinque come è invece riconosciuto alle lavoratrici dipendenti (sent. n. 257/2012); b) per il caso di adozione nazionale, prevedeva che l'indennità di maternità spettasse alla madre libera professionista solo se il bambino non avesse superato i sei anni di età (sent. n. 205/2015); c) non attribuiva l'indennità di maternità alla donna che, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria, beneficiasse da più di sessanta giorni di un congedo straordinario per l'assistenza al coniuge o al figlio in condizioni di grave disabilità (sent. n. 158/2018).

Merita infine di essere osservato che, talora, la Corte ha inteso tutelare la madre lavoratrice anche soltanto con pronuncia interpretativa: è il caso della sent. n. 495 del 2002, con la quale, per mezzo di interpretazione conforme, si è assicurata la corresponsione della indennità di maternità per la durata complessiva di 5 mesi, anche in caso di parto prematuro.

E. L'adeguatezza della retribuzione

La «proporzionalità» e la «sufficienza» sono qualità complementari della nozione costituzionale di retribuzione, nel senso che tra le due c'è una stretta connessione volta a garantire al lavoratore e alla sua famiglia quella esistenza libera e dignitosa di cui all'art. 37 Cost.³⁴.

Tali qualità, ha tuttavia reiteratamente affermato la giurisprudenza costituzionale sin da prima del periodo considerato, vanno riferite non già alle singole componenti della retribuzione, ma alla globalità di essa, di modo che non sono costituzionalmente illegittime norme che incidano solo su dette singole componenti (sentt. nn. 470/2002, 91/2004, 366/2006, 120/2012, 304/2013, 154/2014, 96/2016). Ciò non toglie, ovviamente, che alla retribuzione siano garantite particolari tutele: un risvolto di ciò si ha nella giurisprudenza che riconosce una particolare posizione al credito da lavoro (sent. nn. 459/2000, 136/2001; 259/2006, 94/2015).

La Corte, invece, ha escluso che le norme costituzionali a protezione della retribuzione siano tali da rendere del tutto impignorabile (oltre, cioè, i limiti di impignorabilità già previsti dalla legge) quella sua parte necessaria a garantire al lavoratore i mezzi indispensabili alle sue esigenze di vita (sent. n. 248/2015, poi più volte confermata con successive ordd. nn. 70/2016, 222/2016, 91/2017, 202/2018). Una siffatta garanzia era stata invece riconosciuta per le pensioni (sent. n. 506/2002): la Corte – forse in modo un po' *tranchant* – nella pronuncia del 2015 si è limitata a rilevare che la diversa protezione trova fondamento nell'art. 38 Cost., non venendo invece in rilievo la tutela riconosciuta alla retribuzione dall'art. 36 Cost.

Nel ventennio qui preso in considerazione sono di particolare interesse quelle pronunce della Corte che hanno preso in esame quella legislazione che – anche (ma non solo) in ragione della crisi economica *post* 2008 – hanno disposto limitazioni di diverso genere alle retribuzioni a carico delle finanze pubbliche.

Nel giudizio deciso con la sent. n. 124/2017, la Corte si trovava a valutare la legittimità costituzionale di normativa che, in supposta violazione del principio dell'adeguatezza della retribuzione, a) pone come limite invalicabile, per gli emolumenti e le retribuzioni a carico delle finanze pubbliche, il trattamento economico del primo presidente della Corte di cassazione, oggi determinato in 240.000 euro annui, al lordo di contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali destinati a gravare sul dipendente; b) vieta alle amministrazioni e agli enti pubblici di erogare, a beneficio di soggetti già titolari di trattamenti pensionistici erogati da gestioni previdenziali pubbliche, trattamenti economici onnicomprensivi che, sommati al trattamento pensionistico, superino il limite di 240.000 euro annui.

³⁴ Cfr. C. COLAPIETRO, *Art. 36*, in *Comm. cost.*, cit., § 2.1.2.

Le questioni sono state tutte dichiarate non fondate. Il giudice delle leggi – precisato che «la disciplina del limite massimo, sia alle retribuzioni nel settore pubblico sia al cumulo tra retribuzioni e pensioni, si iscrive in un contesto di risorse limitate, che devono essere ripartite in maniera congrua e trasparente» – ha infatti osservato che «il limite delle risorse disponibili, immanente al settore pubblico, vincola il legislatore a scelte coerenti, preordinate a bilanciare molteplici valori di rango costituzionale» e che, pertanto, «nel settore pubblico non è precluso al legislatore dettare un limite massimo alle retribuzioni e al cumulo tra retribuzioni e pensioni, a condizione che la scelta, volta a bilanciare i diversi valori coinvolti, non sia manifestamente irragionevole», come nel caso di specie non era.

Con le sent. nn. 219/2014 e 178/2015, la Corte ha affrontato altre questioni politicamente scottanti, considerata l'ampia platea di cittadini interessati dalle norme censurate.

Proprio a causa della crisi economica anzidetta, il legislatore era intervenuto stabilendo il blocco degli stipendi per i dipendenti pubblici per gli anni 2011, 2012 e 2013. Con la pronuncia del 2014, il giudice delle leggi ha ritenuto non fondate le plurime questioni di costituzionalità sollevate, facendo essenzialmente leva sulle «notorie esigenze di contenimento della spesa pubblica» e «sul carattere eccezionale, transeunte, non arbitrario, consentaneo allo scopo prefissato nonché temporalmente limitato dei sacrifici richiesti» (che già avevano portato a rigettare questioni simili in precedenza: cfr. sentt. n. 159/2014, n. 310/2013 e n. 223/2012). Tali affermazioni sono poi state ribadite nella decisione del 2015, dove sono state ulteriormente messe in luce la «gravità della situazione economica e finanziaria, concomitante con l'intervento normativo» e la «esigenza di governare una voce rilevante della spesa pubblica, che aveva registrato una crescita incontrollata, sopravanzando l'incremento delle retribuzioni del settore privato»³⁵.

F. Le tutele del lavoratore nel rapporto di lavoro

Particolarmente rilevante, anche perché la legislazione di riferimento è spesso al centro del dibattito pubblico, è la giurisprudenza costituzionale in tema di tutele del lavoratore. La Corte ha a tal proposito affermato, da tempo, che la Costituzione riconosce al lavoratore, pur «parte debole» del rapporto contrattuale (così la sent. n. 58/2006), non il diritto al conseguimento ed al mantenimento del posto di lavoro, ma il diritto di non subire un licenziamento arbitrario (per il periodo qui esaminato: sentt. nn. 541/2000 e 194/2018; ord. n. 58/2006).

Tale diritto non implica in ogni caso, quale soluzione costituzionalmente obbligata, la reintegrazione nel posto di lavoro a fronte di licenziamenti illegittimi, potendo il legislatore anche predisporre un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario, purché si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza e realizzi un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto, rimettendo al giudice il prudente apprezzamento delle peculiarità del caso concreto. In questi termini

³⁵ Va però rilevato che tale ultima pronuncia della Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di altro meccanismo che incide sulla retribuzione, ritenendolo però lesivo della libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost.: il riferimento è alla sospensione della contrattazione collettiva, che aveva oramai assunto carattere sistematico.

si è da ultimo espressa la Corte nella importante sent. n. 194/2018, resa sul c.d. *Jobs act*, ovvero sul decreto legislativo n. 23/2015 che ha profondamente rivisto la disciplina in materia di licenziamenti e che, proprio per questo, è stato (e continua a essere) al centro di aspre contese politiche³⁶. Il giudice delle leggi – nell'ambito di una sentenza complessa, perché vari erano i profili censurati dal giudice rimettente – ha ritenuto che nel caso di specie il legislatore, che aveva innovato la disciplina prevedendo il rimedio risarcitorio per casi che, sino alla novella, determinavano invece la reintegrazione, non avesse adeguatamente contemperato gli interessi in gioco. La norma censurata, infatti, predeterminava l'indennità in due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (TFR) per ogni anno di servizio, stabilendo un minimo e un massimo complessivo: così facendo, tuttavia, essa (per quel che qui più interessa) «prevede una tutela economica che non costituisce né un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente», con il che viene a essere minato l'interesse del lavoratore, costituzionalmente tutelato, alla stabilità dell'occupazione. Ciò, peraltro, ha portato la Corte soltanto ad eliminare la richiamata predeterminazione dell'indennità, lasciando inalterato il *quantum* minimo e massimo di detta indennità (pari, rispettivamente, a 6 e a 36 mesi di retribuzione), la cui determinazione in concreto è, dunque, rimessa al giudice.

La *bussola* dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione ha guidato la Corte anche in quelle pronunce che hanno avuto per oggetto normative concernenti i contratti precari. Così, ad esempio, nella sent. n. 303/2011 sono state ritenute non fondate questioni di legittimità concernenti l'indennità risarcitoria in caso di licenziamento di lavoratore con contratto illegittimamente a tempo determinato, poiché la normativa censurata innanzitutto «assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato [...] e la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario».

G. La tutela dei diritti dei lavoratori pensionati

Al centro dell'attenzione della Corte, specialmente negli ultimi tempi, è stata poi la legislazione avente quale destinatari i lavoratori pensionati e i loro diritti. Consolidatissimo da decenni è l'orientamento della giurisprudenza costituzionale in base al quale la pensione deve considerarsi quale «retribuzione differita» nel tempo, sicché gode di analoghe tutele (per il periodo considerato: sentt. nn. 30/2004, 458/2005, 366/2006, 208/2014, 70/2015, 174/2016), anche se tale principio non impone un aggancio costante dei trattamenti pensionistici agli stipendi (sent. n. 316/2010).

Di quanto precisato da ultimo è una dimostrazione la sent. n. 173/2016. In tale occasione la Corte ha ritenuto non fondati i dubbi di legittimità costituzionale avverso un contributo di solidarietà (una decurtazione per il triennio 2014-2016 dei trattamenti pensionistici più elevati): ciò perché, «sia pure al limite», erano rispettate le condizioni costituzionalmente richieste e in particolare – oltre a essere sostenibile e *una tantum* – la misura era «improntata effettivamente alla solidarietà previdenziale», ossia al «sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale».

36 Su queste e altre riforme v., tra i tantissimi, R. PESSI, *Il Diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Bari 2019, 337 ss.

Particolare rilievo, anche per l'eco che hanno avuto nell'opinione pubblica e per le conseguenze finanziarie che ne sono derivate, sono le decisioni rese in merito a norme legislative che hanno inciso sul *quantum* delle pensioni: norme, anche queste, ispirate al contenimento della spesa pubblica al tempo della crisi³⁷.

Con la sent. n. 316/2010 la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale di norma che disponeva il blocco integrale della perequazione automatica delle pensioni superiori a otto volte il trattamento minimo per il solo anno 2008, essenzialmente giustificata sulla base della sua chiara finalità solidaristica (*id est*: contribuire al finanziamento solidale degli interventi sulle pensioni di anzianità contestualmente adottati); in quella medesima pronuncia la Corte segnalava, tuttavia, che «la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, esporrebbero il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità [...] perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta».

È alla luce di quello che può considerarsi un vero e proprio monito che si fanno fatica a comprendere le critiche mosse alla sent. n. 70/2015, evidentemente basate solo sul “costo” della pronuncia e non anche sui diritti che ha fatto valere. Oggetto del giudizio era, in questo caso, un analogo blocco della perequazione delle pensioni, riconosciuta per gli anni 2012 e 2013 soltanto a quelle di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo. La Corte ha innanzitutto messo in evidenza come «la perequazione automatica dei trattamenti pensionistici sia uno strumento di natura tecnica, volto a garantire nel tempo il rispetto del criterio di adeguatezza di cui all'art. 38, secondo comma, Cost., [che] si presta contestualmente a innervare il principio di sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost., principio applicato [...] ai trattamenti di quiescenza, intesi quale retribuzione differita». È anche alla luce di ciò che, dando espressamente seguito al monito del 2010, il giudice delle leggi ha ritenuto che, nel caso di specie, fossero «stati valicati i limiti di ragionevolezza e proporzionalità, con conseguente pregiudizio per il potere di acquisto del trattamento stesso e con “irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività” (sent. n. 349 del 1985)».

La circostanza per cui a essere illegittimo non è il blocco della perequazione in sé, ma le modalità con cui esso si realizza, è confermata dalla Corte un paio d'anni dopo. Con la sent. n. 250/2017, infatti, sono state ritenute non fondate le censure rivolte a norme che, per il triennio 2014-2016, determinavano nuovamente un blocco della perequazione, ma stavolta in misura decrescente, a seconda dell'importo del trattamento pensionistico: la normativa censurata, infatti, rendeva solo «parziale e temporaneo» il sacrificio dell'interesse dei pensionati a tutelare il potere di acquisto dei propri trattamenti e, soprattutto, destinava «le limitate risorse finanziarie disponibili in via prioritaria alle categorie di pensionati con i trattamenti pensionistici più bassi».

37 Anche su di ciò, cfr. R. PESSI, *Il Diritto del lavoro*, cit., 447 ss.

SECTION 6

LA PROTECTION DES PERSONNES DÉTENUES

QPC ET DÉTENUS EN FRANCE

Hubert ALCARAZ¹

La situation juridique – et plus précisément la situation constitutionnelle – des détenus en France débute par un constat, assez simple mais éclairant. Pour le dire clairement et sans détour, jusqu'en 2009, le droit français se caractérise en la matière par sa pauvreté ; autrement dit, peu de jurisprudence constitutionnelle portant sur la situation des personnes détenues dans les prisons françaises. L'explication est assez simple, elle aussi, même si elle peut surprendre : en France, en 1958, une idée domine qui consiste à estimer que c'est au pouvoir réglementaire qu'il revient de déterminer les règles de fonctionnement interne des établissements pénitentiaires. Autrement dit, la priorité est donnée, dès les débuts de la V^e République, à l'intervention du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire de l'administration.

L'élément déterminant, en matière de prison, est l'habilitation du pouvoir réglementaire et, avec elle, la conséquence qu'elle emporte : l'encadrement législatif de la vie en prison est écarté. Rien de surprenant alors, puisque l'on privilégie l'intervention de l'autorité administrative, que le juge principalement intéressé, et principal producteur de jurisprudence en la matière, soit le juge administratif. Rien de surprenant alors – autre conséquence – à constater que la jurisprudence constitutionnelle est marginalisée, longtemps rare, pour ne pas dire quasiment inexistante, alors que, dans le même temps, la jurisprudence administrative, elle, naturellement, par le jeu du contrôle juridictionnel de l'action des autorités administratives pénitentiaires, est bien plus abondante. Et d'autant plus abondante qu'elle se développe stimulée par la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Par conséquent, ce n'est qu'au fur et à mesure de la récupération par le législateur de sa compétence sur la question de la situation des personnes incarcérées, c'est-à-dire avec l'élévation du rang hiérarchique des règles encadrant la vie pénitentiaire, que le juge constitutionnel français va se trouver en position de contrôler l'encadrement adopté par le pouvoir législatif et de produire alors – éventuellement – une jurisprudence protectrice.

Mais cette élévation et cette évolution – spécificité française supplémentaire – ont été assez tardives puisqu'elles ne datent que de 2009, car c'est seulement en novembre de cette année qu'a été adoptée la première loi générale relative au système pénitentiaire : la loi pénitentiaire du

¹ Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

24 novembre 2009². Avant cette date, pas de vide normatif, mais un vide législatif : il existait bien des dispositions législatives, dans le Code pénal et – surtout – dans le code de procédure pénale (CPP) mais elles renvoyaient au règlement l'encadrement des droits de détenus. Et si en 2009, ce changement intervient, c'est avant tout pour répondre à la pression des exigences supranationales et, avant tout, européennes. Ce sont elles qui poussent le législateur à intervenir pour consacrer les évolutions jurisprudentielles qui s'étaient produites devant le juge européen puis devant le juge administratif français, et, au passage, récupérer sa compétence. Bien évidemment, l'intervention de la loi de 2009 et l'élévation au rang législatif d'un certain nombre de règles encadrant la vie des détenus présentent un intérêt tout particulier : cette évolution offre désormais l'occasion au juge constitutionnel français de se saisir de questions relatives au statut des personnes détenues qui, jusque-là, lui avaient totalement échappé.

Encore faut-il ajouter qu'à cette date, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois n'intervenait qu'*a priori*. Et bien que la loi pénitentiaire de 2009 n'y échappe pas, puisqu'elle fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, avant et après 2009, du côté du contrôle *a priori*, le volume de jurisprudence produite n'est pas impressionnant. Non pas que les autorités qui y sont habilitées, en particulier les parlementaires, hésitent à déférer au Conseil constitutionnel les lois adoptées. Mais tout simplement parce que dans le domaine qui nous intéresse, peu ou pas de loi ont été adoptées. Pour dire la vérité même, depuis 2009, aucune nouvelle loi n'est intervenue en ayant spécifiquement pour objet la détention. Pourtant, récemment, les thèmes de la sécurité, de la récidive, de la lutte contre le terrorisme – pour ne citer que ces quelques exemples – ont nourri de très nombreuses réformes législatives. Mais aucune n'a eu pour ambition de traiter spécialement de la situation des personnes détenues. La voie du contrôle *a priori* n'a donc pu que très peu nourrir la jurisprudence constitutionnelle relative aux détenus.

Au contraire, la QPC, de son côté, est venue faire grossir la jurisprudence, cette fois-ci par le biais d'un contentieux *a posteriori*. Rangée parmi les procédures de contrôle incident de constitutionnalité ou question préjudicielle³, cette procédure permet de contester l'ensemble des règles législatives en vigueur. Les dispositions contenues dans la loi pénitentiaire de 2009 sont, dès lors, revenues devant le Conseil constitutionnel, en même temps que certaines des règles contenues dans le CPP. Et, sauf erreur de ma part, ce sont 19 décisions QPC qui ont été rendues par le Conseil constitutionnel entre 2010 et aujourd'hui⁴ concernant la détention. Sans dire qu'il est satisfaisant, disons au moins que le chiffre est encourageant. Il faut, toutefois, immédiatement l'entourer d'un certain nombre de précisions, voire de réserves. La première réserve porte sur le contenu ou l'objet de ces QPC : toutes ne sont pas exclusivement relatives aux détenus purgeant une peine. Entendons par là qu'un certain nombre d'entre elles porte sur des questions relatives à la détention provisoire et non pas au régime de la détention définitive *stricto sensu*. Cela invite à procéder à un éclaircissement méthodologique pour bien comprendre la situation des détenus en droit français : les personnes

2 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

3 Nous laissons ici de côté, pour les besoins de la cause, les discussions autour de la nature exacte de la question prioritaire de constitutionnalité : X. MAGNON, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? », AJDA, 2015, n° 5, p. 254.

4 La recherche s'est achevée à la fin de l'année 2019.

détenues, en France, forment une catégorie hétérogène qui regroupe toutes les personnes qui font l'objet d'une mesure privative de liberté à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire. Autrement dit, le CPP distingue entre les personnes placées en détention selon qu'elles y sont à titre provisoire – les détenus prévenus – ou selon que ces personnes y sont pour purger une peine privative de liberté devenue définitive – ce sont les détenus condamnés.

Les détenus prévenus correspondent à « tous les détenus qui sont sous le coup de poursuites pénales et n'ont pas fait l'objet d'une condamnation définitive »⁵, c'est-à-dire principalement les personnes mises en examen, prévenues ou accusées ; la différence est de vocabulaire et tient à la nature de la juridiction saisie, les prévenus relevant du tribunal de police ou du tribunal correctionnel, tandis que les accusés de la cour d'assises. Ces personnes peuvent être incarcérées dans le cadre de la détention provisoire⁶. Beaucoup de QPC, parmi les 19 recensées, sont relatives à des personnes placées en détention provisoire. Elles ne portent donc pas, à proprement parler, sur le statut des personnes détenues, si l'on entend par là les personnes définitivement condamnées et purgeant leur peine dans un établissement pénitentiaire. Elles dessinent, cependant, un statut constitutionnel des personnes détenues au sens large. Par ailleurs, à côté des personnes détenues provisoirement, on trouve donc une seconde catégorie, celle des détenus condamnés, c'est-à-dire les condamnés ayant fait l'objet d'une décision juridictionnelle définitive⁷.

Ce qui est tout à fait remarquable, au regard des règles constitutionnelles, c'est que tandis que les détenus condamnés sont placés sous l'autorité de l'administration pénitentiaire, l'exécution de la détention provisoire s'exécute sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Aussi, les règles applicables ne sont pas nécessairement les mêmes et les personnes détenues provisoirement se trouvent souvent dans une situation « plus dure » encore – pour le dire simplement – que les personnes condamnées. Ajoutons encore que parmi ces 19 QPC, certaines sont relatives à une autre « catégorie » – si j'ose dire – particulière de détenus puisqu'il s'agit des détenus non nationaux, c'est-à-dire des étrangers. Ici, le caractère non national du détenu imprime également un contour particulier à l'appréciation du juge constitutionnel sur sa situation.

Enfin, toujours pour en finir avec les observations générales, notons encore que les QPC ont été provoquées aussi bien par des personnes détenues (provisoirement ou définitivement) que par des associations dont l'objet est l'aide et la protection des détenus (en particulier la section française de l'observatoire international des prisons). Et après dix années de pratique, la matière pénale, entendue dans son sens le plus large comme regroupant le droit pénal général, le droit pénal spécial et la procédure pénale, apparaît clairement comme un terrain privilégié de cette nouvelle procédure. Ce n'est guère surprenant dans la mesure où le droit pénal et la procédure pénale sont fait de dispositifs qui, par nature, portent atteinte aux droits et libertés des individus. Pour autant, et pour synthétiser, aujourd'hui, la situation constitutionnelle des détenus est faite, d'une part, d'un cadre général (§ I)

5 Article D. 50, alinéa 3, du code de procédure pénale.

6 Elles exécutent cette mesure dans une maison d'arrêt. La détention provisoire intervient le plus souvent dans le cadre de l'instruction préparatoire, mais elle peut aussi s'appliquer après la clôture de l'instruction, pour maintenir la personne prévenue en détention jusqu'à sa comparution devant la juridiction.

7 Ces personnes sont incarcérées dans un établissement pour peines.

et, d'autre part, de précisions, très (trop ?) ponctuelles (§ II). Au point que si statut constitutionnel des personnes détenues il y a, il est encore incomplet et, peut-être donc, insatisfaisant.

I. Le cadre constitutionnel général de la détention

Le cadre général du statut constitutionnel des détenus est fait de droits et de devoirs qui ont été essentiellement concrétisés et précisés – je l'ai dit – par la loi pénitentiaire de 2009, texte central en la matière. Cette loi comprend, notamment, une section relative à la vie privée et familiale des détenus et à leurs relations avec l'extérieur. Y figurent, en particulier, le droit au maintien des liens familiaux et aux liens avec l'extérieur, qui s'incarne dans la délivrance de permis de visite aux tiers, mais aussi dans la possibilité pour la personne détenue de communiquer par téléphone ou par écrit. Outre les droits des détenus, une seconde évolution notable intervient avec l'adoption de ce texte : la récupération par le législateur de sa compétence et, avec elle, la question de son éventuelle incompétence négative. Cette question surgit au sein du contentieux constitutionnel, bien sûr dans le cadre du contrôle *a priori* ; mais également, évidemment dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

Avant 2009, seules quatre décisions évoquaient l'application des peines privatives de liberté mais elles ne concernaient pas directement la problématique carcérale. Un premier ensemble général a été posé par le Conseil constitutionnel dans son importante décision 593 DC du 19 novembre 2009, rendue à propos de la loi pénitentiaire. Il y apporte un certain nombre de précisions inédites qui, même pour une recherche consacrée à la QPC, sont utiles car elles forment en quelque sorte le cadre dans lequel se meuvent les QPC postérieures. En particulier, le Conseil constitutionnel saisit cette occasion pour identifier les règles constitutionnelles spécifiquement applicables au contrôle des lois pénitentiaires et à la situation des détenus et pour poser les principes généraux qui encadrent toute intervention du législateur en la matière. Du côté des paramètres de contrôle, il en identifie un principal, auquel s'adjoignent les finalités de la détention : le critère central lorsque la situation des détenus est en cause est le principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, principe fondé sur le Préambule de la Constitution de 1946. Quant aux finalités qui sont celles des peines privatives de liberté, elles sont conçues « non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »⁸.

Mais ce qui apparaît essentiel et totalement nouveau, c'est que le Conseil constitutionnel pose alors le principe selon lequel « il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne ». Et si ces affirmations n'ont rien de surprenant, elles sont, néanmoins, importantes car elles annoncent, à partir de cette décision, le rappel, régulier, de la compétence de principe du législateur et des conditions dans lesquelles cette compétence doit s'exercer. C'est même tout à fait essentiel car ce rappel, de la compétence législative et des contraintes constitutionnelles générales

⁸ Cette affirmation n'était pas inédite en 2009, puisqu'il reprenait alors les termes de sa décision du 20 janvier 1994 : décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

qui pèsent sur elle, ouvre la voie, avec l'entrée en vigueur de la QPC, à un véritable contrôle et, avec lui, à la construction possible d'un statut constitutionnel des détenus.

Encore un mot sur la décision de 2009. Un mot pour relever que la saisine des députés avait ceci de tout à fait particulier qu'elle n'articulait aucun grief. C'est donc le juge constitutionnel seul qui a décidé de soulever d'office deux questions : d'un côté, celle de la conformité à la Constitution de l'article 91 de la loi ; de l'autre, le renvoi au décret pour fixer la liste des sanctions disciplinaires. Quant à l'article 91 de la loi, il s'agit de celui qui institue les deux sanctions disciplinaires les plus graves pour les détenus et qui, donc, sont les plus susceptibles d'être attentatoires à leurs droits : le placement en cellule disciplinaire et le confinement en cellule individuelle ordinaire. Or, non seulement c'est la loi elle-même qui prévoit ces sanctions mais, en outre, elle en fixe la durée maximale. Ce sont ces deux éléments qui, selon le juge constitutionnel, sont de nature à prévenir toute disproportion ou violation excessive des droits des détenus. Cela d'autant plus qu'il note, par ailleurs, que le législateur a aussi fixé un délai réduit dès lors qu'est en cause le placement en cellule disciplinaire des mineurs de plus de seize ans, tout en réservant à cette sanction un caractère exceptionnel. Il en profite, aussi, pour ajouter un principe selon lequel le maintien de telles sanctions doit être compatible avec l'état de santé des personnes détenues. Finalement, toute mesure qui apparaît comme un encadrement propre à limiter le pouvoir de l'administration pénitentiaire et à protéger les détenus contre d'éventuels abus, est considérée par le juge constitutionnel comme un élément garant de l'équilibre établi par le législateur.

Pour ce qui est du renvoi au décret pour fixer la liste des sanctions disciplinaires, le Conseil se contente de formuler une réserve selon laquelle : « il appartiendra aux auteurs du décret de ne pas définir des sanctions portant atteinte aux droits et libertés dont ces personnes bénéficient dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention ». Réserve bien générale, qui sonne plus comme le rappel d'une évidence que comme un durcissement éventuel des contraintes pesant sur les autorités réglementaires. L'intervention du législateur n'est constitutionnellement exigible que pour les sanctions les plus graves. Ce critère de la gravité de la sanction, que retient ici le juge constitutionnel, est, cependant, d'un maniement délicat car dans l'enceinte d'une prison de nombreuses mesures – toutes ? – sont susceptibles d'être attentatoires aux droits fondamentaux, méritant dès lors d'être précisées par le législateur avant toute intervention du pouvoir réglementaire. Le seuil de protection établi apparaît finalement assez minimal. Prenons-en pour preuve le fait que les dispositions de l'article 91 de la loi ne prévoient pas, par exemple, dans quelles conditions la personne soumise à de telles sanctions peut exercer son droit à la correspondance ou sa liberté de culte. Par ailleurs, s'agissant des autres sanctions, la garantie des droits dont bénéficient les détenus ne s'applique pas seulement à la définition des sanctions disciplinaires, comme le laisse penser la décision du Conseil, mais s'étend à l'ensemble des règles disciplinaires, c'est-à-dire également à la définition des fautes commises, à celle de la procédure et à la détermination de l'organe disciplinaire.

Cette décision apparaît ainsi effectivement comme une avancée, par rapport à un état du droit antérieur qui avait ceci, précisément, de particulier qu'il était inexistant. Mais, au regard du contrôle qu'elle met en œuvre, c'est bien plus douteux. En somme, une décision remarquablement brève, par laquelle seules deux dispositions de la loi déférée sont examinées, alors même qu'elle en comportait

une centaine. Aussi est-il heureux que les modalités du contrôle de la constitutionnalité des lois aient été revues pour ouvrir la voie à une saisine *a posteriori*. On n'ose imaginer ce qu'aurait continué à être la situation des détenus dans le cas contraire. Bien évidemment, la QPC va se révéler très utile. Est-ce une surprise ? Pouvait-il en aller autrement compte tenu de la situation française ? Exploitée par les requérants autant que possible, on n'est, cependant, pas sûr que les résultats produits, pour les détenus, aient été à la hauteur de leurs immenses besoins. Reconnaissons que les silences du Conseil constitutionnel en 2009 ont, au moins, permis de nourrir, ensuite, des QPC apportant un certain nombre de précisions.

II. Des précisions en forme de progrès ponctuels

Pour prendre la mesure des progrès produits par la QPC, il faut se souvenir de l'objet pour lequel elle a été pensée car bien que conçue pour être une nouvelle voie de droit au bénéfice des justiciables, la QPC reste soumise à un certain nombre de conditions. C'est évidemment le double filtrage qui la caractérise qu'il faut garder à l'esprit au moment d'apprécier son efficacité. De ce point de vue, son accès ne peut être aussi libre que si elle était aux seules mains des justiciables, même si ni le Conseil d'État ni la Cour de cassation n'ont, jusqu'à aujourd'hui, pas paru freiner les saisines dans le cadre de la vie en détention.

Sur ces conditions proprement procédurales, inutile d'être trop long car il s'agit d'éléments généraux, concernant toute QPC, quel que soit le domaine dans lequel elle est formée. Évidemment, il existe quelques spécificités qui apparaissent dès lors que des questions de droit de la détention, ou plus généralement de droit pénal, sont en cause. Sans s'y attarder, pour se consacrer davantage au fond des questions traitées, gardons à l'esprit que, du point de vue de la procédure, les juridictions pénales se montrent exigeantes quant aux formalités, quelles qu'elles soient. Par ailleurs, une autre particularité – pour ne pas dire une bizarrerie – française doit être mentionnée : devant la Cour de cassation, une formation spéciale devait se charger d'examiner la recevabilité des QPC. Or, elle est rapidement apparue comme un instrument de politique juridique freinant le nouveau dispositif mis en place en 2008. C'est pourquoi elle a été purement et simplement supprimée.

Quant au fond, c'est-à-dire à la jurisprudence produite par le Conseil constitutionnel, même après la loi de 2009, tout était loin d'être réglé et de nombreuses questions méritaient – et pour certaines méritent encore – de voir leur constitutionnalité appréciée. Et cela qu'il s'agisse de certaines conditions propres à la détention provisoire, parfois également applicables à la détention définitive – en général à travers des problèmes de procédure –, ou encore des droits spécifiques des condamnés au cours de leur détention : droit à la sécurité et à l'intégrité physique, fouilles, santé, obligation d'activité en détention, statut professionnel des condamnés exerçant une activité professionnelle, droit à la vie privée et familiale et aux relations avec l'extérieur, etc.

Disons, d'emblée, que la QPC n'a pas été le terrain d'un bouleversement des principes constitutionnels du droit pénal et de la procédure pénale. Quelques-uns ont été élargis. D'autres ont été approfondis ; d'autres encore ont été restreints. Et, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, c'est-à-dire les droits des détenus, aucun bouleversement, aucune révolution, mais, néanmoins, des

améliorations, réelles mais ponctuelles, donc sans doute insuffisantes. De ce point de vue, quelques chiffres sont tout à fait éclairants : au 31 décembre 2019, un peu plus de 70 000 personnes (70 751) étaient incarcérées en France, ce qui représente une hausse de 0,7 % par rapport à 2017. Parmi le total des personnes incarcérées, le nombre de personnes prévenues s'élève à 20.788 pour 49.091 personnes condamnées, soit 29,51 % des personnes incarcérées⁹. Depuis le début des années 2000, le nombre de détenus n'a cessé d'augmenter, parallèlement à l'importance prise dans la vie politique par le thème de l'insécurité, au point que la situation est considérée comme critique. La surpopulation et l'insalubrité de certains établissements pénitentiaires ne cessent d'être dénoncées.

Si l'on revient, plus précisément aux QPC, de manière synthétique, plusieurs enseignements peuvent être livrés. D'abord, beaucoup de QPC sont relatives à la détention provisoire, c'est-à-dire aux règles qui la gouvernent et qui encadrent les pouvoirs de l'autorité judiciaire (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention), ou encore aux règles gouvernant le déroulement de l'instruction et le déroulement du procès lui-même. Dans toutes ces hypothèses, la QPC est alors bien relative à une personne détenue mais en amont de toute condamnation définitive. Et il s'agit alors, le plus souvent, de problèmes procéduraux qui, bien que parfois communs aux détenus prévenus et aux détenus condamnés, ne construisent souvent pas à proprement parler un statut constitutionnel du détenu purgeant sa peine, mais plutôt un encadrement procédural de sa situation aboutissant éventuellement à sa condamnation définitive. Dans toutes ces affaires, ce qui est au centre de la question posée, ce n'est pas la détention elle-même mais la conformité à la Constitution des règles qui peuvent entraîner la détention. Ces QPC participent toutefois de la détermination des droits des détenus, entendus au sens large.

Ce n'est finalement qu'assez récemment (en 2013, puis en 2015) que les conditions proprement dites du déroulement de la détention sont arrivées devant le juge constitutionnel français. Ensuite, élément de synthèse, dans de nombreuses affaires, c'est à travers le prisme de la répartition des compétences entre la loi et le règlement que les questions relatives aux droits des détenus ont été envisagées, bien plus qu'à travers celui des droits fondamentaux des détenus. Plus largement encore, dans la majorité des affaires, c'est par ce biais ou par celui des exigences du procès équitable que le Conseil constitutionnel a traité la question et qu'il a, en cas de censure, le plus souvent invalidé la disposition contestée.

Les droits fondamentaux ont, dans un premier temps, peu fondé de censures car, dans une première période, ce sont avant tout des questions de procédure qui ont été au centre des QPC formées. Ainsi, dans l'une des toutes premières QPC¹⁰, était en cause la possibilité pour toute personne détenue de pouvoir demander, à tout moment, sa mise en liberté. La solution vaut également pour tout détenu : tous – prévenus ou condamnés – doivent être en mesure de demander à tout moment leur mise en liberté, demande qui doit être examinée dans les plus brefs délais, par un juge. Les éventuelles limites posées par le législateur ne sont admissibles que si elles assurent une conciliation équilibrée entre « l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et les exigences qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

⁹ Selon les chiffres fournis par la section française de l'observatoire international des prisons : www.oip.org

¹⁰ Décision n° 2010-62 QPC.

De même de l'impossibilité supposée de faire appel de la décision de maintien en détention provisoire prise par le juge des libertés et de la détention¹¹. Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a entendu la dépasser pour soulever d'office le grief plus vaste tiré de ce que le code de procédure pénale portait atteinte à l'équilibre des droits des parties dans la procédure car seul le droit d'appel de la personne mise en examen présentait un caractère exceptionnel. De ce point de vue, le législateur peut pour éviter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les recours dilatoires, exclure la possibilité d'un appel par la personne mise en examen d'ordonnances qui feraient grief à ses droits. Mais, cela uniquement à la condition qu'existent d'autres moyens de procédure permettant de contester utilement et dans des délais appropriés les dispositions que ces ordonnances contiennent. Encore une fois, c'est au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le Conseil exerce son contrôle ici.

C'est encore la situation procédurale avant éventuelle condamnation définitive qui est en cause avec le cas d'un mis en examen – détenu provisoirement – qui, parce qu'il n'est pas assisté par un avocat, peut se trouver dans l'impossibilité de présenter des observations sur les réquisitions du ministère public¹². La question de la mise en liberté, ou plus précisément de ses modalités d'obtention, retient encore l'attention en septembre 2011, cette fois-ci à propos de l'hypothèse du maintien en détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction¹³.

Et lorsque les décisions QPC restent consacrées à la détention provisoire, au fil des années, elles ne s'en diversifient pas moins et approfondissent l'examen du statut des détenus en ne s'en tenant plus seulement à leur situation procédurale mais en envisageant, parfois, à proprement parler leurs droits et libertés. Ainsi, à propos du permis de visite et de l'autorisation de téléphoner durant la détention provisoire, une décision du juge constitutionnel français permet-elle de relever plusieurs éléments intéressants¹⁴. D'abord, l'action est ici directement déclenchée par une association dont l'objet est la protection des détenus. C'est souvent le cas en France, les étrangers et les détenus représentant des groupes à l'égard desquels les associations d'aide sont particulièrement attentives. Sans doute y-a-t-il là l'illustration ou une preuve de leur particulière vulnérabilité. Ensuite, c'est la loi pénitentiaire de 2009 qui revient devant le Conseil constitutionnel : la QPC est relative à certains articles de la loi de 2009 et du code de procédure pénale. Double argumentation, à la fois de fond et de forme en quelque sorte, puisque l'association soutenait que, d'un côté, ces dispositions méconnaissaient le droit à un recours effectif, le droit de mener une vie familiale normale et le droit au respect de la vie privée et que, de l'autre, elles étaient entachées d'une incompétence négative. Ce sont les conditions de la délivrance et, surtout, les possibilités de contestation d'un éventuel refus qui fondent la censure. Car, alors que les prévenus sont présumés innocents, leurs conditions de détention, ainsi que le régime juridique qui s'y rattache, sont notoirement plus difficiles que pour les personnes condamnées.

11 Décision n° 2011-153 QPC.

12 Décision n° 2011-160 QPC.

13 Décision n° 2011-168 QPC.

14 Décision n° 2016-543 QPC.

Dans le même sens, récemment, dans la décision 791 QPC du 21 juin 2019, il s'agissait de la possibilité – ou plus exactement son absence – de contestation du refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne placée en détention provisoire¹⁵. La question est posée, une fois de plus, par l'Observatoire international des prisons. En réalité, trois articles du code de procédure pénale sont critiqués mais finalement le Conseil constitutionnel ne retiendra qu'une seule inconstitutionnalité alléguée, celle de l'article 148-5 de ce code. Le raisonnement mené par le Conseil constitutionnel l'est à partir du droit à un recours juridictionnel effectif résultant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ici était en cause la disposition du code de procédure pénale prévoyant que les personnes placées en détention provisoire peuvent, en toute matière et en tout état de la procédure d'instruction, bénéficier à titre exceptionnel d'une autorisation de sortie sous escorte octroyée par la juridiction d'instruction ou de jugement. Toutefois, ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative ne permet de contester devant une juridiction la décision prise à propos de ce type de demande, ni davantage le refus d'une telle autorisation (art. 148-5 du code). Seul le cas des détenus prévenus était critiquable et a fait l'objet d'une censure, les détenus condamnés disposant, quant à eux, d'une voie de recours effective contre le refus d'autorisation. Au regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision de la juridiction d'instruction ou de jugement méconnaît les exigences découlant de l'article 16.

Plus remarquable encore, en septembre 2019, la décision 802 QPC était relative au recours à la visioconférence dans le cadre de la détention provisoire¹⁶. Se trouvaient critiquées des dispositions qui permettent le recours à la visioconférence pour assurer la comparution d'un détenu à l'occasion de l'examen de sa demande de mise en liberté. De manière générale, pour admettre leur conformité à la Constitution, le Conseil constitutionnel relève qu'elles ne fondent qu'une faculté offerte au président de la chambre de l'instruction de recourir à la visioconférence lorsqu'une audience physique a déjà eu lieu dans une période récente, c'est-à-dire moins de 4 mois auparavant. Par ailleurs, ces dispositions contribuent à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics. De ce point de vue, leur existence se trouve valablement justifiée selon le Conseil constitutionnel. S'ajoutent à cela un certain nombre de conditions dont l'accumulation met en évidence la juste appréciation à laquelle s'est livrée le législateur en les adoptant : la décision de recourir à la visioconférence appartient au juge, est alors assurée la communication de la personne détenue avec son avocat, en visioconférence le cas échéant, avocat qui a communication du dossier. Par ailleurs, l'intéressé a toujours le droit de s'opposer à l'utilisation de la visioconférence.

Mais, un problème surgit en matière criminelle car la périodicité de demande de mise en liberté en cas de détention provisoire ou de prolongation de cette détention y est fixée à 6 mois, de sorte que la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'un délai d'un an, ce qui implique qu'il n'y aura pas de présentation physique du détenu prévenu, placé en détention provisoire, devant le juge appelé à statuer sur sa détention provisoire pendant un an. Ici, le délai apparaît trop long, portant une atteinte excessive aux droits de la défense. Cette décision est

15 Décision n° 2019-791 QPC.

16 Décision n° 2019-802 QPC.

particulièrement intéressante car elle est la conséquence d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, à la suite d'une première censure par le Conseil constitutionnel dans sa décision 778 DC du 21 mars 2019¹⁷. En effet, selon cette décision de mars 2019, la personne détenue doit toujours pouvoir refuser le recours à la visioconférence, non seulement lors des débats sur le placement en détention provisoire, mais aussi lors des débats sur la prolongation de la détention provisoire. Cette décision DC a donc conduit la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence à propos de son refus de renvoyer une QPC relative à l'absence de faculté d'opposition du détenu à la visioconférence lorsque le contentieux porte sur une demande de mise en liberté. C'est ce revirement qui a abouti au renvoi et, en conséquence, à la décision 802 QPC. D'autres QPC ont encore été relatives à la situation procédurale de personnes non définitivement condamnées et à leurs possibilités de remise en liberté. Certaines ont même porté sur des catégories très particulières de détenus. Je pense, par exemple, aux étrangers détenus frappés d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF)¹⁸. Et une fois encore la censure intervient au regard des conditions d'exercice des recours. Étaient en cause le délai de 48h imparti aux étrangers détenus pour former leur recours à l'encontre d'une OQTF et le délai de 72h imparti au juge pour statuer. En effet, compte tenu des contraintes spécifiques de la détention des étrangers, ces délais seraient trop courts pour conserver à un éventuel recours son effectivité. Problème de délai de recours également, cette fois contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière¹⁹, mais n'aboutissant pas à la censure dans cette hypothèse. Au-delà des éléments techniques, on observe, en tout cas, que l'habitude paraît désormais être prise par les associations d'aide – aux détenus et aux étrangers – d'intervenir, de manière plus ou moins directe, dans la procédure. On observe aussi que c'est l'incompétence négative qui est le plus souvent articulée.

En dehors de la situation procédurale des détenus, qu'ils soient simplement prévenus ou d'ores et déjà définitivement condamnés, d'autres décisions – moins nombreuses – ont été consacrées à proprement parler à la détermination du statut des détenus exécutant leur peine définitive en établissements pénitentiaires. C'est, particulièrement, la situation au regard de l'emploi des détenus qui a retenu l'attention et, spécialement, l'encadrement des relations de travail. Dès 2013, cette problématique s'est frayé un chemin jusqu'au prétoire du juge constitutionnel français : deux QPC ont été relatives aux dispositions du code de procédure pénale qui prévoient que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail »²⁰. En effet, le travail des détenus relève d'un régime particulièrement dérogatoire puisque lié à l'exécution de la peine privative de liberté.

Tout au plus, depuis la loi pénitentiaire, les activités exercées en prison doivent faire l'objet d'un « acte d'engagement » qui doit énoncer les droits et obligations professionnelles de la personne détenue, ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération (bien plus faible qu'à l'extérieur).

17 Dans la décision 778 DC (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*), le Conseil constitutionnel avait censuré les dispositions de la loi du 23 mars 2019 qui supprimaient l'obligation de recueillir l'accord de l'intéressé pour recourir à la visioconférence dans les débats relatifs à la prolongation d'une mesure de détention provisoire. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans la décision de renvoi de la QPC, le raisonnement du Conseil constitutionnel, « exprimé en termes généraux, est susceptible de s'appliquer à d'autres aspects du contentieux de la détention provisoire, et notamment à l'examen des demandes de mise en liberté dont est saisie directement la chambre de l'instruction ».

18 Décision n° 2018-709 QPC.

19 Décision n° 2018-741 QPC.

20 Décision n° 2013-320/321 QPC.

Faute de contrat, certains droits élémentaires ne sont pas reconnus (pas de liberté syndicale, ni de participation à la détermination des conditions de travail, ni de droit de grève, ni de procédure de licenciement, de droits aux congés payés ou d'indemnités journalières durant un arrêt de travail en cas de maladie ou accident de travail, et refus du bénéfice du régime de retraite complémentaire). Donc une situation du détenu travailleur en profond décalage avec le droit commun. Pour autant – surprise ! – l'absence de contrat de travail n'est pas jugée contraire à la Constitution.

De ce point de vue, sans doute, la tendance à aligner de nombreux droits des détenus sur ceux reconnus à l'extérieur ne peut pas ignorer la réalité carcérale et les restrictions nécessaires motivées par l'ordre ou la sécurité. Pour autant, la situation actuelle reste très insatisfaisante et ne doit pas demeurer figée. La décision du Conseil constitutionnel peut résonner comme une invitation à réformer le droit du travail en prison. Mais elle a aussi, comme cela était prévisible, été critiquée. Ne satisfaisant personne, elle n'a pas fait taire le débat et le problème du statut du détenu travailleur n'a pas tardé à revenir devant le juge constitutionnel, dès 2015²¹. Sorte de crispation sur le thème du travail en prison, illustrant les zones de non-droit qui demeurent en prison. On se souvient que la loi de 2009 prévoit un acte d'engagement pour les personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires.

Deux grandes catégories d'arguments étaient articulées : d'une part, l'incompétence négative du législateur et, d'autre part, la violation d'un certain nombre de droits fondamentaux, « sociaux », consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que le principe de sauvegarde de la dignité humaine et la liberté contractuelle. C'est la qualité du cadre juridique insuffisamment protecteur en matière de relations de travail qui était contestée. On savait déjà que l'absence de principe de contrat de travail ne viole pas la Constitution. Restait à savoir si cette solution médiane imaginée par le législateur avec cet acte d'engagement était satisfaisante car le législateur ne précise pas quels sont les droits et obligations professionnels déterminés par cet acte. Mais, encore une fois, le juge constitutionnel n'a pas trouvé dans l'incompétence négative du législateur ou dans la conciliation des droits fondamentaux avec les contraintes de la vie carcérale, la source d'une violation de la Constitution.

Dans le même ordre d'idée, c'est la vie intérieure des établissements pénitentiaires qui se trouve modernisée dans son ensemble grâce à une importante QPC de 2014²², même si l'affaire concernait une réglementation applicable avant la loi de 2009 et que justement cette loi avait réformée. En tout cas, le mécanisme de la QPC a permis la constatation de la violation flagrante de la Constitution par une règle qui voulait que l'autorité administrative fût compétente pour l'organisation et le régime des établissements pénitentiaires. Autrement dit, l'autorité administrative était compétente non seulement pour prononcer une sanction disciplinaire (ici un placement en cellule disciplinaire d'une durée de 45 jours) mais aussi pour définir l'essentiel du régime de la détention. Avant la loi pénitentiaire, la plupart des règles régissant les droits et obligations des personnes détenues étaient donc de nature réglementaire, alors que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives à l'exercice des droits et libertés.

21 Décision n° 2015-485 QPC.

22 Décision n° 2014-393 QPC.

Compte tenu de la part très importante laissée au pouvoir réglementaire, le grief essentiel était articulé autour de l'incompétence négative du législateur. Mais le requérant invoquait aussi ses droits au respect de la dignité humaine, au respect de l'intégrité physique et à la santé, le droit au respect de la vie privée ou encore sa liberté religieuse – entre autres. Or les dispositions en cause ne satisfaisaient pas à la règle la plus élémentaire, c'est-à-dire à l'exigence d'intervention du législateur. On était bien en deçà de toute conciliation entre l'exercice des droits et libertés, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et les finalités qui sont assignées à l'exécution des peines privatives de liberté ; on l'était, *a fortiori*, de tout équilibre dans cette conciliation. Le Conseil constitutionnel ne pouvait donc que juger que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence et censurer ces dispositions du code de procédure pénale.

Évidemment, si l'on pénètre un peu plus dans le déroulement de la vie carcérale, et que l'on garde à l'esprit le souci de maintenir, notamment, les liens familiaux et la vie privée des détenus, parmi les éléments déterminants, la possibilité pour les détenus de communiquer est essentielle. Toutefois, là aussi, les contraintes de la vie carcérale, en particulier liées à la sécurité, sont susceptibles de justifier des restrictions à cette faculté. C'est la raison pour laquelle le code pénal va jusqu'à réprimer le fait pour les détenus de communiquer en dehors des cas autorisés par les règlements. Le principe est même l'interdiction en la matière, tandis que le pouvoir réglementaire se voit habilité à déterminer lui-même, sans aucun encadrement, les cas dans lesquels la communication avec un détenu peut être autorisée. En pratique, cela renvoie à la possibilité pour les personnes détenues d'avoir accès à un téléphone portable²³. Sans surprise, le Conseil constitutionnel juge que le législateur a abandonné au pouvoir réglementaire la détermination du délit de communication irrégulière avec un détenu et qu'il a, ainsi, méconnu les exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines. En revanche, de manière décevante, le Conseil constitutionnel ne prend pas position sur l'interdiction elle-même, c'est-à-dire sur la question de fond dont il se contente de dire qu'elle relève bien de la compétence du législateur.

De la même manière, toujours afin de maintenir une qualité de vie minimale, le droit de communiquer, par écrit cette fois, a également mérité les honneurs d'une QPC²⁴ portant sur le droit du détenu condamné et du détenu prévenu de correspondre par écrit avec la personne de leur choix. La QPC était, une fois de plus, promue par la section française de l'Observatoire international des prisons. Ce droit de correspondre par écrit, prévu par la loi, s'exerce sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas. Cette disposition reprend la distinction en fonction du statut pénal de la personne détenue et entend tenir compte, pour les prévenus, du risque que l'exercice de la correspondance peut faire peser sur l'instruction en cours ou le jugement à venir.

Pour autant, il n'a pas été difficile de démontrer que la manière dont le législateur détermine ce droit à la correspondance écrite n'est pas conforme à la Constitution car la possibilité de contester la décision de l'autorité judiciaire s'opposant à l'exercice de ce droit n'était pas prévue, à la différence de ce qui se passe pour les personnes définitivement condamnées. C'est donc encore le droit à

23 Décision n° 2016-608 QPC.

24 Décision n° 2018-715 QPC.

un recours juridictionnel effectif – plutôt que des droits de nature plus substantielle – qui fonde la censure²⁵.

Enfin, la possibilité pour un détenu de se voir imposer une période de sûreté de plein droit a récemment fait l'objet d'une QPC. Selon l'auteur de la question, l'automatisme de l'application d'une période de sûreté en cas de condamnation à certaines peines fermes privatives de liberté pour certaines infractions, porterait atteinte aux principes de nécessité et d'individualisation des peines. L'atteinte résulterait de ce que la période de sûreté s'applique, lorsque les conditions légales en sont réunies, sans que le juge ait à la prononcer expressément. Néanmoins, l'affaire est davantage relative à l'exécution de la peine plus qu'à la détention elle-même²⁶ et je n'y insisterai pas.

Finissons, d'un mot, pour constater que le panorama dressé illustre, en matière de détention, une évolution qui avait été entamée dans le cadre du contrôle *a priori* : l'exécution de la peine, comme la détention elle-même, se sont juridictionnalisées, offrant l'occasion au juge constitutionnel de développer, voire de construire, une véritable jurisprudence constitutionnelle précisant un peu plus les droits des détenus. Toutefois, il y aurait encore beaucoup à dire, par exemple, du maintien des liens familiaux ou du respect de la vie privée des détenus. C'est, *in fine*, poser plus largement la question des limites de la privation des droits des détenus. J'ajoute, seconde observation de conclusion, que les critiques contre le traitement défavorable des personnes prévenues placées en détention provisoire ne sont pas nouvelles. L'amélioration est sensible. Elle est lente aussi. Longtemps, l'ordre juridique n'a guère manifesté d'intérêt pour les détenus. Leur statut, peu développé, relevait pour l'essentiel, lorsqu'il existait, des initiatives du pouvoir réglementaire. Aujourd'hui, le mouvement est clairement celui d'une reconnaissance des droits des détenus. De manière générale, le mouvement d'élévation hiérarchique de l'encadrement normatif des détenus retire des mains de l'administration pénitentiaire un nombre important de prérogatives qui, jusque-là, relevaient de sa seule appréciation. Mais toutes les thématiques de la vie en détention n'ont pas été saisies par la jurisprudence constitutionnelle, en particulier dans le cadre du contrôle *a posteriori* – loin s'en faut – et pas toutes avec le même intérêt. Il y a donc la place, encore, pour de nombreuses QPC.

25 Non-conformité, avec effet différé et réserve transitoire. Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit au recours effectif, entamée par la décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, concernant également les droits de personnes détenues et, spécialement, l'impossibilité d'agir contre un refus de permis de visite délivré à un tiers.

26 Décision n° 2018-742 QPC.

QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ ET DÉTENUS EN ESPAGNE

Hubert ALCARAZ¹

En Espagne, naturellement, c'est l'ensemble des dispositions consacrant des droits et libertés de valeur constitutionnelle – les droits fondamentaux, selon la dénomination retenue par la section I du Chapitre II du Titre I de la Constitution du 27 décembre 1978 – , qui a vocation à s'appliquer aux personnes privées de liberté. L'ordre juridique espagnol, à cet égard, distingue, comme l'ordre juridique français, entre détenus prévenus – non condamnés – et détenus effectivement condamnés. Et c'est la loi organique générale pénitentiaire du 26 septembre 1979 qui encadre les relations entre l'État et la personne privée de liberté, notamment en concrétisant l'exercice des droits qui lui sont reconnus par la Constitution². Cette loi organique est, elle-même, mise en œuvre par le règlement pénitentiaire³. De ce point de vue, depuis le retour de la démocratie, il ne fait pas de doute que les personnes condamnées à une peine de prison demeurent titulaires des droits qui sont reconnus à l'ensemble des justiciables, droits qui sont seulement susceptibles de connaître des restrictions dans leur exercice. Aux yeux du juge constitutionnel espagnol, il y a lieu de rechercher dans quelle mesure la peine de prison est compatible avec l'exercice des droits et libertés, autrement dit de rechercher si la réglementation en vigueur est respectueuse des droits fondamentaux des détenus.

La disposition constitutionnelle centrale en la matière est, sans doute, l'article 25 de la Constitution qui, après un premier alinéa consacrant le principe de légalité des délits et des peines, indique, dans son alinéa 2 que « Les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité tendront à la rééducation et à la réinsertion dans la société et ne pourront pas comporter de travaux forcés. Le condamné à une peine de prison jouira, pendant l'accomplissement de celle-ci, des droits fondamentaux définis à ce chapitre, à l'exception de ceux qui auraient été expressément limités par le contenu du jugement qui le condamne, le sens de la peine et la loi pénitentiaire. Dans tous les cas, il aura droit à un travail rémunéré et aux prestations correspondantes de la Sécurité sociale, ainsi qu'à l'accès à la culture et au plein épanouissement de sa personnalité ». Le Tribunal constitutionnel espagnol a eu l'occasion de préciser que l'article 25, alinéa 2, comporte un mandat adressé tant au législateur qu'à l'administration pénitentiaire en vue d'orienter l'exécution des peines privatives de liberté⁴.

1 Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

2 *Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) del 26 de septiembre de 1979.*

3 Adopté pour la première fois en 1981, il a été modifié par le décret du 9 février 1996 : *Real decreto 190/1996 de 9 de febrero.*

4 Arrêt n° 120/2000 du 10 mai.

Évidemment, au titre des observations générales, rappelons que l'Espagne est partie à de nombreux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, au premier rang desquels figure la Convention européenne des droits de l'homme. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 10 de sa Constitution, « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne ». Dans le domaine particulier qui nous occupe, une telle solution a participé de l'importance attachée aux règles pénitentiaires européennes (RPE), adoptées pour la première fois en 1973, puis révisées en 1987 et 2006, et qui visent à harmoniser les politiques pénitentiaires des États parties au Conseil de l'Europe.

Dans l'ordre juridique espagnol, c'est le *juez de vigilancia penitenciaria* qui est chargé de prendre les mesures qui affectent les droits et libertés des personnes détenues, mesures qui ont fait l'objet d'un examen minutieux de la part de la jurisprudence constitutionnelle. Certaines spécificités, en forme de contraintes de la vie pénitentiaire sont, en effet, susceptibles d'entrer en conflit avec les droits et libertés consacrées par la Constitution, dans la mesure où l'enfermement entraîne mécaniquement des restrictions dans leur exercice. Pensons, par exemple, au droit à la vie et à l'intégrité physique, protégé par l'article 15 de la Constitution, à la liberté religieuse et de culte de l'article 16, au droit au respect de l'intimité, personnelle et familiale (article 18), ou encore à la liberté d'expression (article 20), et aux articles 21, 22 et 23 garantissant, respectivement, les libertés d'association, de réunion et de participation politique. À cet égard, suivant les exemples allemand et italien, les rédacteurs de la Constitution de 1978 ont mis en place un système dans lequel, à côté de la voie directe de contestation de la loi, est également ouverte une autre voie qui permet à tous les juges, qui à l'occasion de l'exercice de leur activité juridictionnelle estiment pouvoir douter de la constitutionnalité d'une loi applicable au litige, de s'adresser au Tribunal constitutionnel afin qu'il tranche la question de la conformité de cette disposition à la Constitution.

Toutefois, l'examen plus précis de cette jurisprudence met en lumière une particularité du système de justice constitutionnelle espagnol : l'usage quasi-systématique du recours d'*amparo* constitutionnel. De sorte qu'il faut se laisser aller à une sorte de paradoxe : pour examiner la question d'inconstitutionnalité en Espagne⁵, en particulier pour ce qui concerne les détenus, il faut commencer par dire quelques mots d'une autre voie d'accès au juge constitutionnel espagnol : le recours d'*amparo* (§ I), avant de rechercher les raisons du succès de cette voie de droit et de mettre ainsi en lumière la disqualification de la question d'inconstitutionnalité dans le cas particulier des détenus (§ II).

5 Cette voie de droit est instituée par l'article 163 de la Constitution : « Lorsqu'un organe juridictionnel considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de l'arrêt, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ».

I. La consécration d'une voie d'accès direct au juge constitutionnel

Selon une traduction littérale, le recours d'*amparo* désigne le *recours en protection*, également présent dans de nombreux États latino-américains, recours qui, en Espagne, est conçu comme le principal instrument de protection des droits fondamentaux. Pour en prendre la mesure, reportons-nous à l'article 53-2, alinéa 2, de la Constitution du 27 décembre 1978. Il dispose que « Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Ce recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30 »⁶. Il s'agit donc de la procédure qui permet à toute personne physique ou morale qui s'estime lésée, non pas dans l'un quelconque des droits et libertés proclamés par le titre premier de la Constitution (c'est-à-dire par les articles 14 à 52) mais dans l'un des droits fondamentaux proclamés par les articles 14 à 29 – dits, en général, de premier rang⁷ –, et qui considère ne pas en avoir obtenu la protection par le juge ordinaire, de saisir le juge constitutionnel d'une action directe. Cette voie d'accès direct au juge constitutionnel est ouverte à tout justiciable.

Et quant aux actes qui peuvent faire l'objet du recours, la loi organique 2/1979 relative au Tribunal constitutionnel (désormais LOTC)⁸ ne consacre pas un seul recours d'*amparo* constitutionnel, mais en réalité plusieurs *amparos* constitutionnels selon l'auteur de l'acte attentatoire aux droits fondamentaux, c'est-à-dire selon l'acte susceptible de faire l'objet d'une contestation directe devant le Tribunal constitutionnel. Si l'article 41 de la LOTC pose le cadre général du recours d'*amparo* constitutionnel⁹, ce sont les articles 42 à 44 qui distinguent, en réalité, plusieurs recours d'*amparo* devant le juge constitutionnel. Ce recours peut être dirigé contre les actes juridiques ou les simples comportements matériels des pouvoirs publics de l'État, des Communautés autonomes et des autres institutions publiques à caractère territorial, professionnel ou institutionnel, ainsi que de leurs fonctionnaires et agents¹⁰. De sorte que l'acte à l'origine de la violation du droit fondamental peut

6 L'article 53 comporte trois alinéas ainsi rédigés : « 1. Les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra régler l'exercice de ces droits et de ces libertés qui seront protégés conformément aux dispositions de l'article 161, paragraphe 1, a). 2. Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Ce recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30. 3. La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre trois inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics. Ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développeront ».

7 Cette expression employée par la doctrine espagnole renvoie à l'idée que ce sont ces droits fondamentaux qui bénéficient des garanties juridictionnelles les plus étendues.

8 *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (LOTC).

9 Conformément à l'intitulé du titre III de la LOTC (« *Del recurso de amparo constitucional* »).

10 Cette disposition vise, littéralement, « les dispositions, actes juridiques, abstentions ou simple voie de fait des pouvoirs publics de l'État, des Communautés autonomes et des autres entités publiques à caractère territorial, corporatif ou institutionnel, ainsi que de leurs fonctionnaires ou agents » (Art. 41 : « 1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución. 2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. 3. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso »).

être d'une quelconque nature, pourvu qu'il émane d'un pouvoir public espagnol¹¹. Trois catégories d'actes peuvent être visées : tout d'abord, les actes parlementaires, c'est-à-dire les actes non législatifs produits par les *Cortes generales* ou les parlements des Communautés autonomes¹², ensuite les actes administratifs¹³ et, enfin, les actes juridictionnels¹⁴. Si l'on ajoute à tout cela que le recours d'*amparo* peut être intenté par toute personne physique ou morale ayant un intérêt légitime, mais aussi par le Défenseur du peuple ou le Ministère public¹⁵, on comprend bien les raisons de son succès, en particulier lorsqu'un détenu est en cause.

II. La disqualification pratique de la question d'inconstitutionnalité pour les personnes détenues

En matière de défense des droits et libertés des personnes détenues, la systématique du recours à l'*amparo* constitutionnel tient, d'abord et bien sûr, à son objet – la protection des droits et libertés – mais aussi aux actes qui sont susceptibles d'être contestés par cette voie – décisions juridictionnelles comme actes administratifs – . La détention, qu'elle soit provisoire ou définitive, constitue un terrain privilégié d'atteinte aux droits et libertés par des actes qui relèvent du champ d'application de l'*amparo* constitutionnel, qu'il s'agisse d'actes juridictionnels, adoptés par le pouvoir judiciaire au cours de la procédure aboutissant à la condamnation ou mettant en œuvre le contrôle juridictionnel d'actes pris à l'encontre de la personne détenue, ou d'actes adoptés par l'administration pénitentiaire lors de l'exécution de la détention. L'action juridictionnelle par cette voie devant le Tribunal constitutionnel est donc facilitée, même lorsque sont en cause des personnes détenues. En témoigne le nombre de recours d'*amparo* formés contre des décisions de l'administration pénitentiaire au cours de la détention : sauf erreur de notre part, entre 1981 et 2019¹⁶, ce sont 5 ordonnances et 70 arrêts qui ont été rendus (dont 40 entre 2000 et 2019) par le Tribunal constitutionnel à propos de questions relatives au statut et aux droits des détenus.

Or, face à cette avalanche de recours d'*amparo*, pour la période allant de 2000 à aujourd'hui, aucune question d'inconstitutionnalité sur la matière qui nous intéresse. Non pas qu'il n'y ait eu aucune question formée dans des affaires intéressant le droit pénal et, plus spécialement, l'emprisonnement, mais elles ne portent pas précisément sur les droits et le statut des détenus. Ainsi, trouve-t-on des questions relatives à la définition légale de la récidive¹⁷, à la détermination et la définition des

11 Art. 44 LOTC : « Les violations des droits et libertés susceptibles d'*amparo* constitutionnel, qui trouveraient leur origine immédiate et directe dans un acte ou une abstention d'un organe juridictionnel, pourront donner lieu à ce recours dès lors que les conditions suivantes sont remplies : a) toutes les voies de droit prévues au sein de l'ordre juridictionnel par les règles processuelles pour l'affaire en cause ont été épuisées ; b) la violation du droit ou de la liberté est imputable de manière immédiate et directe à une action ou à une abstention d'un organe juridictionnel indépendamment des faits qui ont donné lieu au procès au sein duquel cette action ou abstention s'est produite, faits dont, en aucun cas, le Tribunal constitutionnel ne pourra avoir à connaître ; c) que l'atteinte au droit constitutionnel en cause, s'il y a lieu, ait été formellement relevée, aussitôt que possible une fois connue ». Son alinéa 2 rajoute que « le délai pour former le recours d'*amparo* sera de 30 jours, à compter de la notification de la décision rendue dans la procédure juridictionnelle ».

12 Art. 42 LOTC.

13 Art. 43 LOTC.

14 Art. 44 LOTC.

15 En application de l'article 162 b) de la Constitution.

16 Le Tribunal constitutionnel a été installé en février 1980 et a rendu sa première décision le 11 octobre 1980.

17 Arrêt n° 205/2014 du 15 décembre 2014.

peines¹⁸, à propos du déroulement du procès¹⁹, ou encore de la situation des anciens détenus²⁰. Mais rien à propos des détenus eux-mêmes et de l'exercice de leurs droits constitutionnellement reconnus au cours de leur détention. En réalité, pour être tout à fait complet, libérons-nous un instant du cadre temporel de la recherche pour observer qu'il y a bien eu des questions d'inconstitutionnalité dans la matière qui nous intéresse. Mais elles sont bien antérieures à l'année 2000 et au nombre de deux ; autrement dit, entre 1981 et 2019, face aux 70 recours d'*amparo*, deux questions préjudicielles qui, au surplus, portent toutes les deux sur le régime des remises de peine²¹.

Cet état de fait s'explique, on l'a dit, par le succès du recours d'*amparo* dont les mérites, aux yeux des requérants, ne tiennent pas seulement au caractère direct de l'accès au juge constitutionnel, là où la question d'inconstitutionnalité est nécessairement médiatisée par l'intervention d'un *juge a quo*. Devant ce dernier, le renvoi de la question d'inconstitutionnalité « n'est pas aux mains des parties » mais relève uniquement du pouvoir du juge saisi de l'affaire²², la question d'inconstitutionnalité étant conçue comme une prérogative exclusive des organes juridictionnels, la demande des parties ne les contraignant même pas à entamer la procédure d'audition prévue par l'article 35, alinéa 2, de la LOTC²³. Selon le Tribunal constitutionnel, à l'image de la liberté dont jouissent les juridictions dans l'exercice de leur activité de jugement, elles doivent disposer librement de la faculté de poser une question d'inconstitutionnalité²⁴, et cela alors même que la LOTC utilise l'expression « à la demande des parties »²⁵. Autrement dit, apparaît ici le deuxième avantage, considérable, du recours d'*amparo* : ses modalités d'exercice et, plus précisément, l'absence de filtre. En matière de détention, il y a là un gain qui est déterminant et qui fait apparaître, pour les personnes privées de liberté, le recours d'*amparo* comme une voie d'accès facilitée. D'ailleurs, toujours au titre des modalités de mise en œuvre de la procédure, bien évidemment, même si les textes encadrant le recours d'*amparo* n'obligent pas à faire appel à un avocat, les requérants sont le plus souvent représentés ; en revanche, peu, voire pas, d'interventions d'associations d'aide aux détenus. Ces dernières sont rares, pour ne pas dire absentes, car la mise en œuvre de cette voie de droit peut aisément se passer de leur soutien. L'image du recours d'*amparo*, aux yeux de ces justiciables particuliers que sont les détenus, ne peut qu'être valorisée par rapport à celle de la question d'inconstitutionnalité, apparemment plus technique et

18 Arrêts n° 55/2010 du 4 octobre 2010 ; n° 139/2008 du 28 octobre 2008 ; n° 59/2008 du 14 mai 2008 ; n° 34/2005 du 17 février 2005 ; et n° 73/2000 du 14 mars 2000.

19 À propos du cas particulier des mineurs : arrêt n° 146/2012 du 5 juillet 2000.

20 Arrêts n° 135/2016 du 18 juillet 2016 et n° 123/2016 du 23 juin 2016.

21 Arrêt n° 72/1994 du 3 mars à propos des remises de peine pour travail pour les détenus dans les établissements pénitentiaires militaires ; arrêt n° 94/1986 du 8 juillet à propos également du régime des remises de peine tel que prévu par l'article 100 du code pénal en vigueur à l'époque.

22 Ordonnance n° 791/1984, FJ (fondement juridique) 3. La jurisprudence constitutionnelle a même considéré que le juge *a quo* n'a pas l'obligation de répondre explicitement à l'argumentation des parties, son silence signifiant simplement, par préterition, qu'il n'a pas été convaincu par leur argumentation (par exemple, arrêt n° 119/1998, FJ 6).

23 Art. 35, al. 2, LOTC : « L'organe juridictionnel ne pourra renvoyer une question qu'une fois la procédure achevée et dans le délai imparti pour le jugement, ou la résolution juridictionnelle adéquate, et il devra préciser la loi ou norme ayant force de loi dont la constitutionnalité est contestée, la disposition constitutionnelle supposément violée et spécifier ou justifier dans quelle mesure la décision à prendre dans le cadre du procès dépend de la validité de la norme en cause. Avant d'adopter sa décision définitive par ordonnance, l'organe juridictionnel entendra les parties et le Ministère public pour que, dans le délai de droit commun, non prorogeable, de 10 jours, ils puissent faire connaître leurs arguments à propos de la pertinence du renvoi de la question d'inconstitutionnalité ou à propos du fond ; ensuite et sans formalité, le juge décidera dans un délai de trois jours (...) ».

24 Arrêt n° 130/1989, FJ 2.

25 Art. 35, al. 1.

surtout porteuse de nombreux défauts. Car la question d'inconstitutionnalité est, au même titre que le recours d'inconstitutionnalité, avant tout une procédure de contrôle abstrait des normes et ce n'est qu'incorrectement, ou avec beaucoup de prudence, qu'elle peut être dite « concrète ».

Le fait que le jugement de constitutionnalité ait lieu à partir d'un cas concret ne signifie pas que, lors de cet examen, le juge constitutionnel ait à prendre en compte la situation subjective de chacune des personnes intervenant au procès *a quo*. Devant le juge constitutionnel, seule est en cause la stricte préservation de l'intégrité de la Constitution et il n'est pas rare de parler, à ce propos, de « défense objective » de la Constitution²⁶ ; rien de moins, mais rien de plus. Une fois la recevabilité de la question admise par le Tribunal constitutionnel²⁷, celui-ci juge la norme indépendamment de ses conditions concrètes d'application, de l'interprétation qu'en faisaient les parties et même de l'interprétation qu'en proposait le juge *a quo*²⁸ : il s'agit d'un « procès objectif subjectivisé en raison de la détermination de son objet par rapport à la situation individuelle en cause devant le juge *a quo* »²⁹.

Par ailleurs, la vérité oblige à dire qu'un défaut supplémentaire pèse encore sur la question d'inconstitutionnalité, défaut qui, en matière de détention, prend un relief tout particulier, puisqu'il est question de privation de liberté, et qui la disqualifie presque définitivement : son délai d'examen. À cet égard, le retard mis à statuer par le Tribunal constitutionnel espagnol n'est pas un secret. Et si ce retard n'est pas propre à la procédure de la question d'inconstitutionnalité, l'allongement gênant des délais étant ici moins stigmatisé que dans le cas du recours d'inconstitutionnalité, il n'en est pas moins préoccupant, d'autant plus peut-être qu'il est aléatoire. J'en prends pour preuve l'impossibilité du Tribunal à établir des statistiques précises sur ce point. Cela explique, en grande partie, l'attitude du Tribunal suprême espagnol qui prend bien soin de ne poser que de façon rarissime une question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel³⁰. Sans doute certains voudront-ils y voir l'expression d'une défiance, voire d'une réminiscence des tensions qui ont, à une époque, caractérisé les relations du Tribunal suprême et du juge constitutionnel³¹.

Pourtant, l'essentiel n'est pas là puisqu'il y a plus ennuyeux dans la mesure, on le sait, où le renvoi de la question entraîne la suspension du procès devant le juge *a quo* jusqu'à ce que la décision du juge constitutionnel intervienne. Mécaniquement, cela retarde le règlement de l'affaire ; dans le cas du juge constitutionnel espagnol, c'est particulièrement vrai puisqu'il faut alors raisonner au mieux

26 J. M. LÓPEZ ULLA, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 89.

27 Le droit constitutionnel espagnol utilise l'expression *admisión*, ce qui est en réalité un peu plus large : à ce stade, le juge constitutionnel vérifie que l'argumentation contenue dans l'ordonnance de renvoi est, en apparence, pertinente, ce qui signifie qu'une question d'inconstitutionnalité ne peut être écartée à ce stade qu'en présence de « lourdes évidences » (arrêt n° 17/1981, FJ 1), ou lorsque de manière évidente et sans nécessité de procéder à une analyse de fond, le Tribunal constitutionnel constate que la norme en cause n'est pas applicable au litige. C'est la cohérence de la motivation qui est ici examinée.

28 Le Tribunal a eu plusieurs fois l'occasion de le souligner ; par exemple, arrêt n° 161/1997, FJ 2 ou ordonnance n° 1316/1988, FJ 2 et 4.

29 J. A. XIOL RÍOS, « Un supuesto de inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por deficiente motivación de la providencia de remisión (Comentario a la Sentencia del Tribunal constitucional de Italia de 13 de marzo de 1980, núm. 27) », *Revista española de derecho constitucional*, 1981, n° 1, p. 280.

30 Une seule en 2011, comme en 2010, 3 en 2012, 2 en 2013, 5 en 2014, 5 en 2015, 8 en 2016, 2 en 2017 et 5 en 2018. Si le renvoi par le Tribunal suprême n'a pas totalement disparu, l'une des raisons est à rechercher du côté de la forme de l'organisation territoriale espagnole, le juge suprême pouvant par cette voie contester la conformité à la Constitution de lois adoptées par des Communautés autonomes.

31 On se souvient qu'elles avaient atteint leur paroxysme avec la mise en cause de la responsabilité des magistrats du Tribunal constitutionnel, et leur condamnation à une amende, par le Tribunal suprême lui-même ; cf. P. BON, « Sur les rapports entre juge constitutionnel et juge ordinaire – Quelques précisions sur le cas espagnol », in *Constitution et finances publiques, Études en l'honneur de L. Philip*, Paris, Economica, 2005, p. 43.

en mois, au pire en années³². En matière de détention, une telle situation est inacceptable. Elle est inacceptable pour le Tribunal suprême, dès lors que le renvoi d'une question d'inconstitutionnalité n'entraîne pas la suspension de la mesure discutée. Elle est inacceptable, surtout et avant tout, pour le juge de premier ressort, le *juez de vigilancia penitenciaria*, qui se refuse purement et simplement systématiquement à poser une telle question au Tribunal constitutionnel, d'autant plus que le délai mis à statuer sur une question d'inconstitutionnalité est long mais aussi totalement aléatoire, donc imprévisible³³. À l'occasion d'une recherche menée en 2012, nous avons interrogé les membres du Tribunal constitutionnel à ce sujet. De leur aveu même, impossible d'établir alors le délai moyen de résolution des questions d'inconstitutionnalité car celui-ci dépend de circonstances fort diverses. Bien qu'en général les questions soient examinées par ordre chronologique, il n'en va pas toujours ainsi. Pour se faire une idée de la difficulté à déterminer un tel délai, constatons qu'au cours de l'année 2018 ont été rendus des arrêts qui traitent de questions d'inconstitutionnalité présentées en avril³⁴, en octobre³⁵ et en novembre 2017³⁶, mais aussi en avril 2018³⁷ et, bien plus surprenant, fâcheux et préoccupant, en novembre 2016³⁸, ou en mai³⁹ et en novembre 2015⁴⁰.

Est-il bien utile d'ajouter encore aux raisons de la disqualification des questions d'inconstitutionnalité ? Une encore, plus spécifique aux détenus, et pour tâcher d'être complet : pour les personnes privées de liberté, ce n'est le plus souvent pas de la loi mais de l'acte juridictionnel ou de l'acte administratif que vient le danger. Si la voie de la question d'inconstitutionnalité est empruntée, il faut alors démontrer que la décision de l'autorité judiciaire ou de l'administration pénitentiaire viole un droit ou une liberté car la loi sur laquelle cette décision se fonde est elle-même contraire à la Constitution. L'effort argumentatif est alors double : démontrer la violation du droit fondamental par la décision et démontrer que cette violation est le résultat d'une atteinte à ce même droit par la loi⁴¹. Dans le cadre du recours d'*amparo*, l'effort est réduit : la seule démonstration à construire est celle de la violation du droit par l'acte juridictionnel ou administratif, rien de plus. Le constat est d'autant plus vrai pour les détenus condamnés dans la mesure où la plupart des décisions qui

32 J. GARCÍA ROCA, « El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad : el caso del juez civil », in *Principios constitucionales en el proceso civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 355.

33 En 2018, 42 questions d'inconstitutionnalité ont été renvoyées au Tribunal constitutionnel, tandis que 19 ont été tranchées, que 13 restaient à régler au 31 décembre et qu'à cette date le Tribunal devait encore de se prononcer sur la recevabilité de 5 questions. Les questions d'inconstitutionnalité peuvent être tranchées soit par des arrêts, soit par des *autos*, c'est-à-dire des ordonnances. Ces dernières sont des décisions par lesquelles, ici au stade de la phase d'admission, le Tribunal peut rejeter, après avoir entendu seulement le Procureur général de l'État (plus haut responsable du Ministère public), la question ; l'*auto* est motivé (art. 37 LOTC), à la différence des *providencias* (art. 86 LOTC).

34 Arrêt n° 50/2018 du 10 mai.

35 Arrêt n° 51/2018 du 10 mai.

36 Arrêt n° 128/2018 du 29 novembre.

37 Arrêt n° 72/2018 du 21 juin.

38 Arrêt n° 121/2018 du 31 octobre.

39 Arrêt n° 1/2018 du 11 janvier.

40 Arrêt n° 120/2018 du 31 octobre.

41 À ce propos, il peut être utile de rappeler les différents textes qui peuvent ainsi se trouver soumis au Tribunal constitutionnel, en particulier pour mentionner le cas des « décrets législatifs » (articles 82 à 85 de la Constitution), équivalents aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution française : ces dispositions, adoptées sur le fondement d'une délégation législative, ont force de loi et la question d'inconstitutionnalité est donc ouverte à leur rencontre, sauf si c'est le périmètre de l'habilitation qui est en cause car, dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal suprême, faute de respect dudit périmètre, la disposition n'a pas valeur législative et relève donc de sa seule compétence, alors même pourtant que, formellement, il s'agit d'une loi (en effet, le Tribunal suprême espagnol est seul compétent pour contrôler un décret législatif qui aurait violé l'habilitation parlementaire).

affectent l'exercice de leurs droits fondamentaux sont prises par les responsables du centre pénitentiaire dans lequel ils sont détenus.

Ce constat – et les explications qui peuvent lui être attachées⁴² – est d'autant plus remarquable qu'il contraste avec ce qui s'est produit pour la garde à vue⁴³ et qu'un véritable statut constitutionnel des détenus a pourtant bien été construit, en Espagne, mais par la voie de l'*amparo* constitutionnel. En effet, de nombreuses questions ont été envisagées⁴⁴ : droit à l'assistance d'un avocat pendant la détention provisoire, modalités de désignation de l'avocat commis d'office pendant la détention provisoire, effets de la détention au secret en lien avec les cas de terrorisme, information du détenu à propos de ses droits, conseils aux détenus, assistance médicale, surveillance des communications de détenus, communication avec les membres de la famille, communication entre détenu et avocat, relations intimes, droit à la correspondance, permission de sortie, droit à un travail rémunéré, grève de la faim, ou fourniture de méthadone, pour ne citer que quelques exemples. Et bien que les problèmes liés aux droits des détenus n'aient été envisagés que par la voie du recours d'*amparo*, il n'est pas inutile de relever les dispositions constitutionnelles qui les ont le plus souvent fondées. Comme c'est le plus souvent le cas en matière de recours d'*amparo*, c'est le droit à une protection juridictionnelle effective, consacré par l'article 24 de la Constitution, qui est, de loin, le plus souvent invoqué, suivi par le principe d'égalité (article 14 de la Constitution) et le droit au respect de l'intimité (article 18), tant pour garantir le maintien de relations intimes pour le détenu que pour garantir l'inviolabilité de ses communications, en particulier écrites. La liberté de réunion et la dignité de la personne humaine ont, plus rarement, été invoquées, comme l'article 25.2 de la Constitution qui définit les buts de la détention, les caractères qui doivent être ceux des peines privatives de liberté et des mesures de sécurité orientées vers la rééducation et la réinsertion au sein de la société du détenu, mais qui encadre aussi les actions de l'administration pénitentiaire.

En ce sens, les efforts pour améliorer la situation des détenus en Espagne ont été réels. Des questions aussi diverses que celles de la rationalisation, à partir de critères sociaux et familiaux, du transfert des prisonniers, de leurs communications, du droit au respect de l'intimité dans les centres pénitentiaires (fouilles et relations affectives), de la prise en charge médicale, ou du travail des détenus n'ont pas été ignorées. D'ailleurs, la Constitution espagnole reconnaît également que le détenu doit pouvoir jouir de ses droits fondamentaux à l'exception de ceux qui font l'objet d'une restriction spécifique dans le dispositif de la décision de condamnation, ou pour tenir compte du sens de la peine et de la loi pénitentiaire. Même le régime pénitentiaire le plus restrictif et sévère, réservé aux détenus de grade un selon la terminologie espagnole, ne peut méconnaître le principe constitutionnel de resocialisation de la détention.

Reste, toutefois, que toutes les critiques ne se sont pas tues autour du statut des détenus qui apparaissent souvent, en Espagne aussi, comme des citoyens de seconde zone. Des questions demeurent

42 La question d'inconstitutionnalité présente, toutefois, cet avantage supplémentaire d'être une procédure ouverte de façon permanente.

43 La garde à vue a, quant à elle au contraire, suscité des questions d'inconstitutionnalité dès l'entrée en fonction du Tribunal constitutionnel.

44 Comme en témoignent les occurrences dans les tables analytiques du Tribunal constitutionnel.

non réglées ou non envisagées par le juge constitutionnel espagnol, le tout alimentant les critiques à l'égard des prisons, de leur état général et de leur faible pouvoir de resocialisation (pour ne pas dire leur pouvoir de désocialisation). La jurisprudence (en *amparo*), ces dernières années, a porté non seulement sur les droits fondamentaux de nature procédurale des personnes privées de liberté mais aussi sur des droits plus substantiels. Du côté de la procédure, elle a particulièrement envisagé la question de la preuve du bon comportement du détenu lors d'une demande de permission de sortie ou d'aménagement de sa peine. À cette occasion, l'obtention d'éléments de preuve par l'administration pénitentiaire, au moyen d'interception des correspondances ou de la fouille de la cellule, a été critiquée par le Tribunal constitutionnel. De la même façon, le juge constitutionnel espagnol est très attentif à la qualité de la motivation du juge qui aurait à envisager la régularité d'une mesure décidée par l'administration pénitentiaire et supposément attentatoire à un droit ou une liberté constitutionnels, en particulier lorsqu'il s'agit d'une sanction. Du côté des droits substantiels, enfin, plusieurs questions reviennent régulièrement devant le prétoire du juge constitutionnel espagnol : principe d'égalité, liberté religieuse, interdiction des traitements inhumains et dégradants, ou encore le droit au respect de l'intimité et la possibilité d'exercer dignement une activité salariée.

I DIRITTI DEI DETENUTI NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA*

Marco RUOTOLO¹

I. Premessa

Per esaminare lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo ventennio in tema di diritti dei detenuti saranno necessari alcuni riferimenti a decisioni precedenti il periodo oggetto di studio (2000-2019), a partire dalla nota affermazione per cui il recluso «conserva» un«residuo» di libertà, che è «tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Con l'importante precisazione per cui «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione» (Corte cost., sent. n. 349 del 1993). In linea con quanto stabilito nella legge 26 luglio 1975, n. 354 (recante l'ordinamento penitenziario, d'ora in poi O.P.), che tra l'altro sancisce che il detenuto è titolare di diritti e di aspettative (art. 4)², la Corte ha poi affermato che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti» (sent. n. 26 del 1999)³.

* Il presente testo riprende, con un significativo sforzo di sintesi e con gli aggiornamenti necessari, i contenuti di una relazione da me tenuta presso la Corte costituzionale italiana nel 2016: M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno scientifico svoltosi a Roma, Palazzo del Quirinale – Palazzo della Consulta, nei giorni 19 e 20 maggio 2016, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 527-592 (contributo pubblicato anche in «Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», www.rivistaaic.it, fasc. 3/2016, pp. 1-38).

¹ Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre.

² I commi terzo e quarto dell'art. 1 O.P. sono stati di recente integrati con la riforma operata dal decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123. In essi troviamo oggi sancito che: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno» (terzo comma); «negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma).

³ Tali affermazioni giurisprudenziali costituiscono ormai premesse indispensabili nello studio dei diritti dei detenuti. Al riguardo rinvio a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002 (tradotto in lingua spagnola con il titolo *Derechos de los detenidos y Constitución*, Buenos Aires, Ad-hoc 2004, a cura di P. Eiroa, con Prefazione del Procurador Penitenziario Francisco Miguel Mugnolo e Introduzione del Prof. Marcos Salt), e ID., *Dignità e carcere*, II ed. con prefazione di V. Onida, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014. Significativo risalto all'apporto della giurisprudenza costituzionale sul tema dei diritti dei detenuti è dato ora da S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, con prefazione di M. Palma, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Si veda, altresì, M. RUOTOLO – S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Le affermazioni giurisprudenziali ora richiamate s'innestano su alcuni punti fermi che vorrei porre come premesse (non sviluppate) di questo mio contributo: a) il principio della massima espansione delle libertà⁴ deve valere anche in carcere, con la conseguenza che non sono ammissibili limitazioni all'esercizio dei diritti che non siano puntualmente giustificate dalle esigenze proprie della vita detentiva (in particolare dalle esigenze di «ordine e sicurezza», strettamente intese)⁵; b) «ogni intervento legislativo o giurisdizionale che incide, anche in vista di una maggiore tutela, su un diritto fondamentale, deve essere valutato alla luce dell'effetto complessivo sull'intero sistema dei diritti che compone, sul piano sostanziale, il profilo giuridico della dignità umana»⁶; c) il principio del minor sacrificio necessario della libertà personale, tante volte evocato dalla Corte nella sua giurisprudenza, impone di guardare al carcere come *extrema ratio*⁷, privilegiando pene a esso alternative, sia in vista di un più efficace percorso di risocializzazione, come i dati ampiamente dimostrano, sia per assicurare maggiormente l'esigenza di un trattamento che non sia contrario al senso di umanità (non a caso l'art. 27, terzo comma, Cost., declina il termine “pena” al plurale).

Ovviamente le premesse ora poste sono il frutto di un processo giurisprudenziale graduale, che s'innesta peraltro su una lettura evolutiva dello stesso concetto di rieducazione⁸ e, più in generale, sul progressivo assestamento della riflessione in ordine ai rapporti tra le diverse finalità delle pene. Un assestamento reso complesso dalle stesse formule adoperate dal Costituente nell'art. 27, terzo comma, frutto della precisa volontà di evitare di prendere parte nella polemica tra pena retributiva (idea propria della Scuola classica) e pena preventiva (idea propria della Scuola positiva)⁹.

Ma la “novità” implicata dalle affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene, inserite nel contesto di una trama costituzionale che si incentra sul primato della persona e dei suoi diritti, non fu subito colta nel nostro ordinamento. Ciò anche in ragione del fatto che il sistema normativo e amministrativo continuava a essere costruito attorno alla disciplina recata nel Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931 (Regio decreto 18 giugno 1931, n. 787).

Il sistema penitenziario delineato dal Regolamento del 1931 si articolava, infatti, in una serie di strumenti rivolti ad ottenere, anche attraverso punizioni e privilegi, «un'adesione coatta alle regole e alla ideologia del trattamento e ad atomizzare i singoli detenuti»¹⁰, con una costante violazione delle più elementari regole del rispetto della dignità della persona¹¹.

4 Ricavato dalla lettura delle disposizioni costituzionali in tema di diritti da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 41.

5 Sul punto si veda il nuovo quarto comma dell'art. 1 O.P. riportato nella nota 2.

6 Così G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 182.

7 Sulla più generale esigenza di minimizzazione della risposta penale si veda soprattutto L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in «*Dei delitti e delle pene*», 1985, 3, 493 ss.

8 La “rieducazione” non può identificarsi con l'obbligatorietà del pentimento o con pratiche di indottrinamento morale del condannato, assumendo la fisionomia di un eterogeneo concetto di relazione, rapportabile al reinserimento della persona nel consesso sociale, divenendo così sinonimo di “risocializzazione”, termine più volte utilizzato anche dalla giurisprudenza costituzionale.

9 Si veda R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in «*Iustitia*», 1963, 264.

10 G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in «*Pol. Dir.*», 1973, 90.

11 Va peraltro ricordato che il Regolamento si inseriva in un contesto normativo segnato da una visione fortemente “carcerocentrica” anche sotto il profilo del diritto penale sostanziale, della quale era (ed è ancora) espressione il Codice penale del 1930 (noto come codice Rocco).

La svolta politico-culturale segnata dai sopravvenuti principi costituzionali non poteva trovare terreno fertile per attecchire in un contesto normativo e di prassi amministrative che segnava la condizione del recluso nei termini della separazione-segregazione, finendo per privilegiare una lettura restrittiva del principio della “rieducazione”, il quale, d’altra parte, si presta a diverse interpretazioni per l’ambiguità della sua stessa radice, che può essere *docere* ma anche *ducere*, condurre verso una meta¹².

Non deve troppo meravigliare, pertanto, che in una nota sentenza della Corte costituzionale della metà degli anni Sessanta (sent. n. 12 del 1966), la rieducazione fosse ancora riguardata come momento del «trattamento penale vero e proprio» e non come principio generale del sistema¹³. La radicale svolta giurisprudenziale avutasi nel 1990 con la sent. n. 313 si situa non a caso in un momento successivo all’entrata in vigore della già citata legge n. 354 del 1975, a dimostrazione, peraltro, di quanto lo sviluppo legislativo possa incidere positivamente sulla stessa interpretazione dei disposti costituzionali (la legge penitenziaria si informa, infatti, a principi opposti a quelli del Regolamento del 1931, ponendo al centro del discorso sull’esecuzione della pena la figura del detenuto).

In questo contesto si inserisce la sent. n. 313 del 1990, nella quale si legge che nella pregressa giurisprudenza costituzionale si era giunti a riconoscere la natura polifunzionale della pena¹⁴, «trascurando il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa», «ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario». Il ripensamento della Corte appare radicale e può essere riassunto nelle seguenti affermazioni: a) «in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena»; b) la «tendenza» a rieducare è «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico»; c) il principio della rieducazione «è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea; d) «il precetto di cui al terzo comma dell’art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie» (sent. n. 313 del 1990).

Il che dovrebbe implicare, tra le altre cose, l’affermazione di un onere in capo allo stesso legislatore di valutare *ex ante*, nel contesto dell’ormai radicata analisi di impatto della legislazione, le conseguenze “carcerogene” derivanti dall’introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, proprio considerando che l’aumento della “carcerizzazione” porta con sé il rischio del sovraffollamento, fenomeno che come è noto osta all’individualizzazione del trattamento (e dunque a un percorso potenzialmente idoneo alla risocializzazione del reo) e determina una situazione lesiva dei diritti fondamentali e della dignità stessa dei soggetti destinatari della sanzione. Si tratta di profilo parzialmente sviluppato nella giurisprudenza successiva, con riguardo alla definizione di un limite, se non alla individuazione di un divieto, per le «previsioni sanzionatorie rigide» e per i c.d. automatismi legislativi. Il punto fermo di questa giurisprudenza, ricavato non solo dall’art. 27, terzo comma, ma anche, e forse

12 Come rilevato da F. CARNELUTTI, *La pena dell’ergastolo è costituzionale?*, in «Riv. Dir. Proc.», 1956, 1.

13 Possono richiamarsi anche le sentt. nn. 264 del 1974 e 282 del 1989.

14 Sulla teoria polifunzionale della pena è d’obbligo il rinvio a G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), ora in ID., *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, Giuffrè, 1997, 1361 ss

soprattutto, dall'art. 3 Cost. può dirsi il seguente: «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona – quale il diritto alla libertà personale – violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (sent. n. 198 del 2014).

La ragionevolezza entra così in modo pervasivo anche nelle valutazioni sulle scelte legislative riguardanti l'esecuzione penale, in quanto tra le «finalità che la Costituzione assegna alla pena [...] non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta» (sent. n. 306 del 1993). «L'opzione repressiva» – per ciò che qui più interessa – non può mai «relegare nell'ombra il profilo rieducativo» (sent. n. 257 del 2006).

II. I diritti dei detenuti, tra svolgimenti legislativi della Costituzione e interventi della giurisprudenza costituzionale

La sent. n. 313 del 1990 ha costituito senz'altro una tappa importante nel processo di emersione dei diritti dei detenuti, finendo per valorizzazione non solo «il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa» ma anche, e di riflesso, le importanti novità introdotte dalla legge penitenziaria del 1975. La rieducazione stessa è riguardata come diritto che mai può essere negato, come si desume anche dall'assolutezza del divieto della pena di morte (art. 27, quarto comma, Cost.), che ha riflessi pure sul tema della compatibilità costituzionale dell'ergastolo, il quale ha trovato una prima risposta, dal mio punto di vista non persuasiva, nella nota e risalente sent. n. 264 del 1974¹⁵. È un diritto – quello alla rieducazione – che si affianca o precede le altre situazioni giuridiche soggettive delle quali il detenuto è titolare e per le quali deve essere sempre assicurata un'adeguata tutela giurisdizionale.

Dagli interventi “integrativi” del legislatore, finalmente compiuti in sede di attuazione e svolgimento dei principi costituzionali in tema di esecuzione della pena (legge penitenziaria del 1975, ulteriormente “concretizzata” con il nuovo Regolamento di esecuzione del 30 giugno 2000, n. 230), si passa all'opera maieutica della Corte costituzionale, destinata a far risaltare dal dettato normativo una “verità ordinamentale” che spesso trascende le specifiche formule legislative, traducendosi persino in attività “creativa”, orientata all'emersione di diritti per l'innanzi non riconosciuti nell'ambito della normativa penitenziaria.

15 Nella sentenza si legge che «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile» e che l'art. 27 Cost. «non ha proscritto la pena dell'ergastolo [...], quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole». La Corte ha così “salvato” la previsione dell'ergastolo, valorizzando la presenza nel sistema dell'istituto della liberazione condizionale, che «consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile». Tale argomentazione è stata di recente autorevolmente criticata da G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in «Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», www.rivistaaic.it, fasc. 2/2015, 8, proprio in quanto rivolta a considerare ammissibile *de facto*, nell'esecuzione, una pena ritenuta inammissibile *de iure*, nella proclamazione: «una pena incostituzionale perché perpetua nella sua comminatoria, diventa tollerabile perché non è perpetua nella sua esecuzione». Flick ritiene che sia necessario eliminare «l'ipocrisia di un simile paradosso», considerando anche che la «perpetuità della pena rimane comunque per coloro – molti o pochi o addirittura uno solo – che non possano o non vogliano guadagnarsi la liberazione condizionale».

È proprio al tema del consolidamento e dell'emersione dei diritti dei detenuti che vorrei ora volgere l'attenzione, innestando le mie riflessioni nel quadro sinora proposto.

Eviterò di fornire una mera rassegna giurisprudenziale suddivisa per singoli diritti, cercando piuttosto di individuare quelli che mi sembrano essere gli indirizzi prevalenti della nostra Corte, con l'ambizione di delineare il ruolo in concreto svolto da essa nel portare avanti le lancette dell'orologio del diritto penitenziario, per molti aspetti ferme alla riforma del 1975. Si tratta di un ruolo che cercherò di definire basandomi principalmente sulle tecniche decisorie impiegate e sul grado di incisività dell'intervento giurisprudenziale, ponendo su diversi piani i casi in cui la Corte si è limitata a interpretare o a proporre una integrazione "blanda" del dettato normativo, quelli nei quali ha realizzato una vera e propria integrazione dei testi sottoposti al suo giudizio e, infine, quelli nei quali ha dovuto arrestarsi all'esercizio di una funzione "monitoria". Nel far ciò rinuncerò alla pretesa della completezza, privilegiando inevitabilmente la trattazione di alcuni casi, per lo più recenti, ritenuti "esemplari".

III. Gli interventi giurisprudenziali di tipo interpretativo (o rivolti a una "integrazione blanda" del dettato normativo)

Seguendo l'ordine preannunciato richiamerò, anzitutto, tre note decisioni, rispettivamente ascrivibili alle tipologie delle sentenze "interpretative di rigetto", delle "additive di principio" e delle decisioni di inammissibilità, fondate sulla possibilità di ricavare in via interpretativa dalla disposizione censurata una norma conforme a Costituzione.

A. La sentenza n. 526 del 2000

Per le prime – interpretative di rigetto – il riferimento è alla sent. n. 526 del 2000, in tema di perquisizioni nei confronti dei detenuti.

Il giudice rimettente lamentava la mancata previsione nella disposizione censurata di un obbligo di motivazione gravante sull'amministrazione penitenziaria, traducendosi questa omissione in una preclusione per un effettivo controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti dei detenuti suscettibili di essere incisi dalle perquisizioni. La Corte costituzionale ha colmato in via interpretativa la denunciata lacuna, affermando che deve ritenersi che «sia sempre necessaria ed imposta, proprio per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione». Tale affermazione è motivata in base «ai principi generali dell'attività amministrativa», i quali impongono che l'atto, «specie se incidente su posizioni individuali tutelate», debba essere motivato.

Insomma – e sul punto viene in rilievo la natura strettamente "interpretativa" della decisione – sussiste (perché non può che sussistere) un obbligo di motivazione e documentazione dell'attività dell'amministrazione penitenziaria anche con riferimento alle perquisizioni nei confronti dei detenuti, essendo ciò implicato dall'esigenza di una interpretazione del sistema normativo in conformità a

Costituzione. A queste condizioni («nei sensi di cui in motivazione») la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 O.P. non risulta fondata¹⁶.

Le perplessità adombrate in dottrina circa l'efficacia della tecnica decisoria prescelta sono state in parte superate dal sollecito séguito dato alla pronuncia dall'amministrazione penitenziaria che con una propria circolare ha disciplinato le modalità concrete per l'esecuzione delle perquisizioni. Peraltro, non può sottovalutarsi l'indicazione fornita dalla Corte per cui, anche in ordine ai «modi della perquisizione», «vale anzitutto il principio per cui i provvedimenti dell'amministrazione [...] rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine, anzitutto, al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art. 24)». Un modo per porre in luce la centralità del quarto comma dell'art. 13 Cost. che, con una “forza verbale” che non trova pari nella trama della nostra Costituzione, sembra imporre una specifica disciplina rivolta a sanzionare qualsiasi abuso nei confronti di persone soggette a limitazione della libertà personale¹⁷.

B. La sentenza n. 26 del 1999 (con un cenno decisione n. 135 del 2013)

Strettamente connessa alla pronuncia appena richiamata, anzi suo puntuale precedente specifico, è la nota sentenza “additiva di principio” n. 26 del 1999, riguardante la mancata previsione nell'ordinamento penitenziario di forme di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti¹⁸.

Non potendo individuare una norma e una procedura giurisdizionale da estendere e generalizzare per rimediare a tale difetto, alla Corte, anche per il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, non restava che «dichiarare l'incostituzionalità della omissione e contestualmente chiamare il legislatore all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione».

La soluzione offerta dalla Corte, che definisco come forma di “integrazione blanda” – in quanto non auto-applicativa – del dettato normativo, non forniva alcuna certezza rispetto al procedimento da seguire per i reclami aventi ad oggetto la lesione dei diritti dei detenuti. Per risolvere tale situazione di incertezza sarebbe stato necessario un sollecito intervento legislativo, in assenza del quale la stessa opzione per il procedimento da seguire finiva per essere rimessa al singolo giudice. Nel perdurare dell'inerzia legislativa, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto applicabile il rito semplificato di cui all'art. 14 *ter* O.P. (sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, ric. Gianni), procedimento seguito sino al più che tardivo intervento del legislatore, il quale, con il d.l. n. 146 del dicembre 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 2014, ha introdotto nell'ordinamento penitenziario

¹⁶ Per una compiuta descrizione della questione sottoposta all'esame della Corte rinvio a M. RUOTOLO, *L'effettività «rinneante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in «Giur. Cost.», 2000, 4127 ss.

¹⁷ Sul punto è stato anticipato come tale principio sia stato trasposto nella nuova formulazione del terzo comma dell'art. 1 O.P. a seguito della riforma penitenziaria del 2018: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno».

¹⁸ Per un commento di questa importante pronuncia si rinvia a M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, «Giur. Cost.», 1999, 203 ss.

il “nuovo” rimedio del reclamo giurisdizionale (art. 35-*bis* O.P.), optando – anche per consentire all’amministrazione penitenziaria di essere a pieno titolo parte del giudizio – per l’applicazione della procedura più marcatamente giurisdizionale di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.

Sullo sfondo della decisione della Corte costituzionale v’è l’antico principio *ubi ius, ibi remedium*: «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento della possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale». L’azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è, d’altra parte, essa stessa il contenuto di un diritto costituzionale inviolabile, caratterizzante lo stato democratico di diritto: «un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss’anche ad autorità appartenenti all’ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l’impugnabilità con ricorso per cassazione».

Si fornisce, in tal modo, anche una chiave interpretativa per la lettura delle previsioni che riguardano la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, uno dei cui corollari può trovarsi nel conflitto di attribuzioni deciso con la sent. n. 135 del 2013, ove si afferma che l’amministrazione deve ottemperare alle disposizioni del magistrato di sorveglianza, essendo queste vincolanti; non, appunto, meri consigli, suggerimenti o inviti¹⁹. Ed è proprio a seguito di quest’ultima pronuncia, ma soprattutto sotto la spinta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (sul noto caso *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013), che il legislatore, circa quindici anni dopo la sent. n. 26 del 1999, ha finalmente previsto, sempre nel corpo del “nuovo” art. 35-*bis* o.p., uno specifico rimedio giurisdizionale per assicurare l’ottemperanza alle decisioni assunte dal magistrato di sorveglianza.

C. La sentenza n. 190 del 2010

Per quanto riguarda il tentativo di veicolare interpretazioni conformi a Costituzione della legislazione penitenziaria attraverso pronunce di inammissibilità, considero esemplare la sent. n. 190 del 2010, riguardante la presunta mancata previsione di un controllo di legalità del Tribunale di sorveglianza sui contenuti del provvedimento ministeriale di sospensione delle regole trattamentali di cui all’art. 41-*bis* O.P. (regime speciale applicato al ricorrere di specifiche situazioni di emergenza e, in particolare, ai detenuti facenti parte di organizzazioni criminali mafiose), riferito nella specie, tra l’altro, alla parte in cui limita la permanenza all’aperto del detenuto ad un massimo di due ore al giorno.

La Corte precisa che la «riduzione del limite massimo di due ore decisa con i provvedimenti applicativi può essere sempre oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza, da parte di singoli detenuti, per violazione di un diritto soggettivo (quale, ad esempio, il diritto alla salute), nell’ambito del perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti». In breve la questione è inammissibile

¹⁹ Si veda M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in «Giur. Cost.», 2013, 2084 ss.

perché, anzitutto, il giudice *a quo*, non avendo operato una ricostruzione sistematica del quadro normativo, ha trascurato «un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata», peraltro sottovalutando che, nella specie, non si tratterebbe di consentire «un controllo sulla “congruità” del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza», ma l'«accertamento della eventuale lesione di un diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare caso per caso».

IV. Gli interventi giurisprudenziali di tipo integrativo

Ma la Corte costituzionale non ha solo fornito soluzioni strettamente “interpretative” o “proposto” integrazioni “blande” della disciplina penitenziaria. È anche intervenuta introducendo “regole” mancanti, colmando cioè omissioni legislative con sentenze additive “classiche”, o colpendo parti di testi che non consentivano l'emersione di un diritto o ne producevano una compressione intollerabile (sentenze di accoglimento parziale, volte a colpire disposizioni nella parte in cui prevedono un qualcosa che non dovrebbero prevedere). A questo ulteriore “ruolo” svolto dalla Corte si farà ora riferimento, richiamando pronunce che hanno riguardato taluni diritti fondamentali non riconosciuti o irragionevolmente compressi nei confronti delle persone in esecuzione penale.

A. La sentenza n. 158 del 2001 (e la sentenza. n. 341 del 2006 come suo ideale “seguito”)

Esempio importante di impiego della tecnica decisoria di tipo “additivo” si trova nella sent. n. 158 del 2001, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'omessa previsione nel corpo dell'art. 20, comma 17, O.P., del riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria. La Corte precisa che la “specificità” del rapporto di lavoro penitenziario non vale «ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato». Ovviamente, il godimento del diritto alle ferie annuali retribuite deve essere assicurato con gli adattamenti che si rendono necessari, sotto il profilo delle modalità (di forme e di tempo), per assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione.

Come si vede, altro è sostenere l'esigenza di una «differenziazione di modalità» nella fruizione di un diritto in ragione dello stato detentivo del suo titolare, altro è non garantire un diritto, pur riconosciuto dalla Costituzione «senza distinzioni di sorta», per il solo fatto della sussistenza dello stato detentivo. Il Giudice delle leggi ha, opportunamente, indicato la prima via come la sola costituzionalmente percorribile.

Le nette affermazioni della Corte, portate a sostegno di una sentenza “additiva di regola”, hanno senz'altro inciso su una successiva pronuncia riguardante la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti lavoratori (sent. n. 341 del 2006). In quest'ultimo caso la Corte ha ritenuto che l'attribuzione al magistrato di sorveglianza della competenza a decidere sulle controversie di lavoro dei detenuti,

implicando il ricorso ad una procedura semplificata qual è quella del richiamato art. 14-ter o.p., presentasse profili di incostituzionalità in quanto raffrontata al rito particolarmente garantistico applicabile per le ordinarie controversie di lavoro. La Corte ha pertanto accolto la questione sollevata sull'art. 69, comma 6, lett. a), o.p., per violazione degli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3, primo comma, Cost., ribadendo così, tra l'altro, la illegittimità di ogni «irrazionale ingiustificata discriminazione», con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini.

B. La sentenza n. 143 del 2013 (e la decisione n. 186 del 2018)

Altra importante pronuncia nel percorso giurisprudenziale di emersione dei diritti dei detenuti è la più recente sent. n. 143 del 2013. In questa decisione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), O.P., nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi del medesimo art. 41-bis.

La persuasiva motivazione della sentenza si articola su almeno tre punti essenziali che meritano di essere richiamati: a) l'esercizio del diritto di difesa può subire limitazioni nel bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, ma non oltre il punto che ne comprometta l'effettività; b) l'eventualità che gli avvocati si prestino a fungere da tramite tra il detenuto e altri membri dell'organizzazione criminale, se non può escludersi a priori, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in un enunciato normativo, c) «l'operazione normativa considerata viene [...] a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»²⁰.

Quest'ultimo passaggio è fondamentale nella definizione degli schemi di giudizio riguardanti le operazioni di bilanciamento compiute dal legislatore, che si va ad aggiungere alla nota considerazione, tratta proprio dalla lettura della giurisprudenza costituzionale, per cui «nel bilanciamento» il singolo diritto «potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti (e secondo lo schema o struttura assiologica già delineata in Costituzione) fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere»²¹.

Nella specie, il sensibile (qui non «totale») sacrificio del diritto di difesa imposto dalla disciplina censurata è incostituzionale in quanto incongruo rispetto allo stesso fine che l'intervento normativo si proponeva.

20 Per un più ampio esame della decisione rinvio a M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in «Giur. Cost.», 2013, 2176 ss.

21 F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 101.

In analogia direzione – di censura del regime di cui all’art. 41-*bis* O.P., nella parte in cui impone limitazioni non dirette ad apprestare tutela alle esigenze di sicurezza e ad impedire i contatti con l’esterno – si pone la più recente sent. n.186 del 2018, in cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera f) in riferimento al divieto di cuocere cibi.

In tale decisione i giudici costituzionali hanno specificato che «non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l’esistenza di un “diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella”, [...] si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell’art. 41-*bis* ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale».

C. La sentenza n. 239 del 2014

Ultimo caso che vorrei richiamare brevemente in questa parte dedicata alle “integrazioni” del dettato normativo in ambito penitenziario è quello della sent. n. 239 del 2014, nella quale la Corte ha rilevato l’irragionevolezza della disposizione censurata nella parte in cui non escludeva le detenute madri condannate per particolari delitti (quelli di cui all’art. 4-*bis*, comma 1, O.P.) e con prole di età non superiore ai dieci anni, dal divieto di concessione della misura della detenzione domiciliare speciale, estendendo, in via consequenziale, la dichiarazione di incostituzionalità anche alla preclusione all’accesso alla detenzione domiciliare “ordinaria” (*ex art. 47-ter* O.P.).

Come precisato con particolare riguardo alla detenzione domiciliare speciale, nell’economia dell’istituto assume «un rilievo del tutto prioritario l’interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età, ad instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo».

La pronuncia si fonda sul valore preminente rappresentato dalla tutela dell’interesse del minore, coinvolgendo così il delicato tema del diritto del detenuto al mantenimento dei rapporti familiari e, in specie, genitoriali. A imporsi è sempre l’esigenza di un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti – quello di difesa sociale, sotteso al perseguimento del contrasto alla criminalità organizzata, e quello inerente alla tutela del minore – da operarsi non già in via astratta, sulla base di presunzioni cristallizzate nel dettato normativo, bensì in concreto: è il giudice che deve verificare l’eventuale presenza, nella specifica situazione sottoposta al proprio vaglio, di ragioni ostative alla concessione della misura della detenzione domiciliare, da rinvenirsi nella concreta sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata²².

²² In analogia direzione muove la più recente sent. n. 76 del 2017 ancora in riferimento alla detenzione domiciliare speciale. Il rimettente dubitava della legittimità costituzionale dell’art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* O.P., nella parte in cui impediva alle madri condannate per i delitti di cui all’art. 4-*bis* O.P. l’accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste così vanificando la *ratio* della detenzione domiciliare speciale volta, come specificato nella sentenza n. 239 del 2014, a mantenere vivo il legame tra madri detenute e figli. La Corte ritiene la questione fondata: «affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni». Nella disposizione censurata il legislatore «ha escluso in assoluto dall’accesso

V. Gli interventi giurisprudenziali di tipo “monitorio”

Non meno importanti sono quelle pronunce nelle quali la Corte, pur ricorrendo a decisioni di inammissibilità, ha inteso esprimere moniti più o meno forti nei confronti del legislatore. Su una di esse mi soffermerò ora, pur consapevole che la funzione “monitoria” è esercitata dal nostro giudice costituzionale anche in altri tipi di decisioni, al fine di sollecitare, in spirito di leale collaborazione e con l’obiettivo di garantire una più compiuta attuazione della Costituzione, l’attivazione dei suoi principali interlocutori istituzionali (legislatore, giudici e amministrazione).

A. La sentenza n. 301 del 2012

Di sicuro interesse in questo ambito è la sent. n.301 del 2012, decisione di inammissibilità riguardante la questione del mancato riconoscimento nel nostro ordinamento del diritto alla sessualità dei detenuti.

Il rimettente chiedeva, nello specifico, la rimozione dell’ostacolo normativo costituito da quella parte dell’art. 18 O.P. che prevede il controllo a vista della polizia penitenziaria in occasione dei colloqui dei detenuti. «Risulta, tuttavia, evidente – afferma la Corte – come un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui – quale quello in apparenza richiesto dal giudice a quo, alla luce della formulazione letterale del *petitum* – si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo».

Il controllo a vista del personale di polizia penitenziaria persegue, in effetti, «finalità generali di tutela dell’ordine e della sicurezza all’interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati», determinandosi come conseguenza solo indiretta un ostacolo all’esplicazione del «diritto alla sessualità».

Ma la Corte costituzionale non si ferma qui, specificando che pur rilevando che l’esigenza evocata nell’ordinanza di rimessione è «reale e fortemente avvertita», ponendo un «problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente e dell’esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria».

Ed è qui che la pronuncia assume valenza monitoria, inserendosi nel contesto di un dibattito, le cui origini sono invero risalenti nel tempo, che tende in modo sempre più puntuale a rivendicare l’esigenza di una proiezione normativa del bisogno della sessualità-intimità, non già quale strumento per migliorare il benessere del detenuto (e del suo *partner*) ma come diritto il cui esercizio non può essere disconosciuto in quanto in sé non incompatibile con lo stato di reclusione. Ciò richiede, come precisa la Corte costituzionale, la determinazione di «misure organizzative» specifiche, la cui adozione dovrebbe ritenersi non più procrastinabile in quanto, in assenza di esse, il diritto del detenuto non è

ad un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall’aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l’art. 4-bis o.p.) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sentenza n. 32 del 2016)». Si vedano anche sentt. nn. 174 e 211 del 2018, 187 del 2019.

limitato nelle sue possibilità di esercizio (come è logico che sia, in ambiente carcerario) ma negato in radice, disconosciuto, anziché riconosciuto come vorrebbe l'art. 2 Cost.

B. La sentenza n. 279 del 2013

Più incisivo è stato il monito utilizzato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 279 del 2013.

In questo caso, il Giudice delle leggi era stata investito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 cod. pen. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati [presentazione di domanda di grazia, grave infermità fisica o madre di prole di età inferiore a 3 anni], l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità».

La Corte, pur ritenendo sussistente il *vulnus* denunciato dai rimettenti, ha dichiarato la questione inammissibile, rilevando l'esistenza di una pluralità di soluzioni normative, di rimedi «preventivi» che sarebbero idonei a realizzare lo scopo.

Non sarebbe tuttavia «tollerabile» – precisano i giudici – «il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». Ove il legislatore non si attivi tempestivamente, la Corte, se investita in eventuale successivo procedimento di questioni analoghe, non potrà che «adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità».

Non può essere esclusa, insomma, ove si determini ancora una situazione di sovraffollamento, l'ipotesi di una futura pronuncia nel merito della Corte costituzionale, sollecitata dalla magistratura di sorveglianza magari su una delle norme che disciplinano le misure alternative alla detenzione o perfino, di nuovo, sullo stesso art. 147 cod. pen. Non si farebbe altro che seguire soluzioni praticate o indicate come possibili da altre Alte Corti, affermando la necessità della rinuncia alla (o del rinvio della) esecuzione della pena carceraria quando, nelle condizioni date di sovraffollamento, questa certamente si tradurrà in un trattamento inumano.

A imporlo sarebbe, ancora una volta, la necessità di assicurare il rispetto della dignità in carcere, ossia di un valore che non tollera riduzioni e che esclude la possibilità stessa dell'impiego dell'argomento – spesso evocato in materia – della inesigibilità della pretesa ove, appunto, riferito al fondamentale «diritto a un'esecuzione della pena non disumana». Un diritto, quest'ultimo, alla cui più completa emersione ha dato senz'altro un contributo importante la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 CEDU, ma che è, a mio giudizio, già agevolmente ricavabile dagli artt. 27 e 13, quarto comma, 2 e 3 della Costituzione italiana. Ed è proprio interpretando le predette disposizioni costituzionali, anche alla luce degli apporti della CEDU e della sua Corte, che può altrettanto agevolmente ricavarsi l'esigenza non solo del riconoscimento ma anche di un'effettiva tutela di quel diritto. Sul punto, forse, la nostra Corte avrebbe potuto – e sicuramente potrà fare – di più²³.

²³ Rinvio al riguardo a M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in «Giur. Cost.», 2013, 4549.

D'altra parte, come ha riconosciuto Gaetano Silvestri – all'epoca Presidente della Corte costituzionale – la sent. n. 279 del 2013 è stata una decisione «sofferta», un «estremo atto di deferenza verso il legislatore e le autorità politiche»²⁴, che ben giustifica il pressante invito a intervenire, proprio perché a venire in gioco è il rispetto della dignità delle persone.

Come ha scritto ancora Silvestri, «quando la *judicial deference* finisce per privare i diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*»²⁵.

VI. Quando il monito non basta più e l'inerzia del legislatore diventa costituzionalmente intollerabile

Di notevole interesse, nella più recente giurisprudenza, appare la sent. n. 99 del 2019, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-ter, comma 1-ter, O.P., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta nel corso dell'esecuzione della pena, il Tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare c.d. in deroga (a limiti di pena e ostatività del titolo di reato), sinora riguardante l'ipotesi di grave infermità fisica sopravvenuta.

Partendo dalla premessa che «il diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost., di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica», l'intervento additivo della Corte consente così al giudice, anche per il caso di grave infermità psichica sopravvenuta nel corso dell'esecuzione della pena, di applicare l'istituto della detenzione domiciliare, specificando che la stessa ben può essere modellata al fine di assicurare le esigenze di difesa della collettività, essendo accompagnata da prescrizioni limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento dei servizi sociali. Peraltro, «grazie a una attenta individuazione del luogo di detenzione [che potrebbe anche essere un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza], possono perseguirsi finalità terapeutiche e di protezione, senza trascurare le esigenze dei suoi familiari e assicurando, al tempo stesso, la sicurezza della collettività». Fermo restando che l'assegnazione a un luogo esterno al carcere non potrà comunque essere disposta ove il giudice ritenga prevalenti, nel singolo caso, le esigenze della sicurezza pubblica.

La Corte fornisce così un ennesimo, positivo, contributo “integrativo” del dettato normativo penitenziario, colmando una lacuna che impediva ai giudici di poter garantire efficacemente il fondamentale diritto alla salute del condannato. E l'intervento manipolativo, così operato, è dichiaratamente svolto ancorché non esistesse un'unica soluzione costituzionalmente obbligata per colmare la lacuna. Un intervento manipolativo che, come già precisato dalla Corte nella sent. n. 222 del 2018, lascia pur sempre ferma «la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento

²⁴ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 185.

²⁵ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 186.

a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione [...] purché rispettosa dei principi costituzionali».

La discrezionalità legislativa finisce così per divenire limite relativo al sindacato nel merito della Corte costituzionale²⁶, superabile quando siano presenti nell'ordinamento una o più soluzioni «costituzionalmente adeguate», che «si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore». A maggior ragione ove sia riscontrabile, rispetto alla disciplina sindacata, una cronica inerzia del legislatore nell'adempiere al compito di svolgere e di attuare la Costituzione. Nella sent. n. 99 del 2019 ne abbiamo un preciso riscontro, nel passo in cui si richiama la sent. n. 111 del 1996, pronuncia di inammissibilità nella quale la Corte, preso atto del «non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta» alla condanna, ha richiesto al legislatore di «trovare una equilibrata soluzione» che garantisca ai condannati affetti da patologie psichiche «la cura della salute mentale – tutelata dall'art. 32 della Costituzione – senza che sia eluso il trattamento penale». Scrive ora la Corte che, «a distanza di tanti anni, tale richiamo è rimasto inascoltato», rendendo ormai indifferibile il suo intervento rivolto a ripristinare la legalità costituzionale. Perché attendere ancora, rifugiandosi in uno sterile *non possumus*? Per quanti anni ancora sarebbe rimasto inascoltato un nuovo monito inserito in una pur possibile pronuncia di inammissibilità²⁷?

VII. Una breve conclusione: un “criterio di orientamento” per giudici e legislatore e un’indicazione di politica criminale, entrambi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti

Il rapido e non esaustivo quadro che ho offerto sulla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti porta a rilevare un pericoloso e preoccupante vuoto sul piano delle decisioni politiche, al quale la Corte – che pure ha manifestato particolare attenzione alla condizione detentiva anche nello svolgimento di importanti attività extra funzionali, quali il *Viaggio nelle carceri*²⁸ – può soltanto parzialmente sopperire.

Dalla giurisprudenza esaminata credo sia almeno possibile ricavare un fondamentale criterio di orientamento, estrapolandolo da un passo della sent. n. 135 del 2013, che ha risolto un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Magistratura di sorveglianza nei confronti del Ministro della Giustizia: «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può [...] subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la

26 Per più approfondite considerazioni sul punto v. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in «Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», www.rivistaaic.it, fasc. n. 2/2019,

27 Rinvio al riguardo a M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il “reo folle”*, in «Giur. Cost.», 2019, 1103 ss

28 Il riferimento è all'iniziativa del *Viaggio nelle carceri della Corte costituzionale*, di cui ho avuto l'onore di curare il coordinamento scientifico, svoltosi a partire dal 4 ottobre 2018 e proseguito nell'anno 2019. Diversi giudici costituzionali si sono recati negli Istituti penitenziari, svolgendo lezioni a partire da un “frammento” del testo della nostra Costituzione per poi ricevere domande dai detenuti presenti. Si tratta di un'iniziativa unica nella storia repubblicana italiana e a quanto mi consta senza precedenti in altri Paesi. Di essa è data testimonianza nel docu-film realizzato da Fabio Cavalli e intitolato *Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri*, disponibile nella piattaforma Rai Play.

limitazione acquisterebbe un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione». Quello indicato è senz'altro un criterio di giudizio che la Corte utilizza per valutare anche le questioni di legittimità costituzionale, ma deve essere pure un metro di valutazione per il giudice della sorveglianza e, ancora prima, un elemento condizionante le scelte dell'Amministrazione. Ed è pure un esempio di come, attraverso l'attività "maieutica" esercitata dalla nostra Corte avvalendosi di un ormai ricco "armamentario decisorio", sia possibile ricavare, dalle formule costituzionali e dalle talora lacunose disposizioni legislative, "principi" idonei a illuminare l'operato dei diversi soggetti istituzionali che concorrono all'attuazione della Carta fondamentale, nonché, come abbiamo visto in altri casi qui trattati, "regole" indispensabili per assicurare una maggiore conformità del sistema normativo a Costituzione. Se quei "principi" non sono svolti, se quelle "regole" non sono poste, ben si giustifica un'attività "maieutica" dell'organo di giustizia costituzionale, specie in un settore, qual è quello penitenziario, ove lo "stato di quiete" della politica raggiunge apici oggettivamente imbarazzanti²⁹.

Ma la Corte non ha mancato, nel più recente periodo, di fornire una fondamentale indicazione di politica criminale. Mi riferisco, *in primis*, alla sent. n. 149 del 2018, riguardante l'accesso alle misure alternative³⁰. Scrive significativamente il Giudice delle leggi: «La personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». È una prospettiva – come ancora scrive la Corte – che non soltanto «chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità», ma impone una «correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società».

Ancora nella direzione della massima valorizzazione dell'ideale rieducativo, nel senso della sua irrinunciabilità costituzionale, il Giudice delle leggi ha recentemente adottato una storica decisione riguardante la possibilità di concessione dei permessi premio a favore di condannati per reati di criminalità organizzata (sent. n. 253 del 2019). La Corte ha dichiarato incostituzionale l'articolo 4-*bis*, comma 1, O.P. nella parte in cui non prevede la possibilità di concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, «allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti». Secondo la Corte, non è irragionevole presumere il mantenimento dei collegamenti

29 Molte speranze erano state riposte in Italia nella iniziativa degli «Stati generali sull'esecuzione penale», promossa dal Ministero della Giustizia nel 2015, con un coinvolgimento di oltre 200 esperti articolato su 18 Tavoli tematici (il *Documento finale*, così come le *Relazioni* dei 18 Tavoli tematici sono disponibili sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it). Le speranze sono state in buona parte tradite dall'inidoneo seguito legislativo dell'iniziativa, che avevo peraltro presagito nella pur positiva valutazione di questa esperienza, alla quale ho avuto l'onore di partecipare quale componente del Comitato di esperti che ha coordinato le attività dei Tavoli e redatto il Documento finale: M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in «Diritto penale contemporaneo», www.penalecontemporaneo.it, 11 marzo 2016; Id., *Gli Stati generali sull'esecuzione penale*, in «Libro dell'anno del diritto Treccani» 2017, Roma, Treccani, 2017, 664 ss.

30 Più di recente, nella stessa linea, si veda anche la sent. n. 229 del 2019.

con l'organizzazione criminale da parte del condannato non collaborante; è irragionevole, piuttosto, pretendere che la presunzione «non possa essere vinta da prova contraria» (c.d. presunzione assoluta). L'incostituzionalità sta soltanto nell'assolutezza della presunzione, per le sue «conseguenze afflittive ulteriori» poste a carico del detenuto non collaborante, per l'impossibilità così sancita di «valutare il percorso carcerario del condannato»³¹, per l'esclusione della possibilità stessa di una «specificata e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza», la quale dovrà a tale fine acquisire dettagliate informazioni da Procura nazionale antimafia, Procura distrettuale e Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza.

La presunzione, dunque, non può che essere relativa³². Anche se, a leggere non superficialmente la decisione della Corte, si comprende subito che la introdotta relatività renderà comunque sia ben difficile la concessione del permesso premio al condannato per delitti di mafia. Si precisa, infatti, che la presunzione non potrà essere contraddetta «in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi». Devono infatti esservi elementi tali da escludere sia l'«attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» sia «il pericolo di un loro ripristino». E di tali elementi «grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione», con una sostanziale inversione dell'onere probatorio in ordine alla rescissione dei rapporti con l'organizzazione criminale: è il detenuto a dover dimostrare di essere una persona diversa da quella che era al momento del commesso reato³³.

Dalla lettura congiunta delle decisioni del giudice delle leggi emerge un'indicazione chiara, che riassumerei conclusivamente nei seguenti termini: la Costituzione italiana ammette una pluralità di sanzioni (di pene, prima ancora che di misure, diverse dal carcere), ma non tollera la spersonalizzazione di chi ne sia destinatario. Semmai richiede una responsabilizzazione del destinatario della sanzione. È su questo terreno – che rimanda all'idea della flessibilità della pena – che si può cercare una conciliazione tra la sicurezza dei diritti e la funzione rieducativa. Una conciliazione che si basa su un'idea piuttosto semplice che però incontra sempre difficoltà a tradursi in pratica: se la pena offre reali possibilità di reinserimento sociale – anche e soprattutto garantendo un'effettiva possibilità di esercizio dei diritti formalmente riconosciuti, consentendo a ciascuno di esprimere la propria personalità – si restituisce molto di più in termini di “sicurezza pubblica”, essendo minori le possibilità di ricaduta nel reato. Tuttavia è molto importante – direi decisivo – non sottovalutare quella che può essere definita come “richiesta sociale di effettività”. A tale richiesta occorre rispondere prefigurando misure alternative, o ancor meglio pene non detentive da irrogare direttamente in sentenza di condanna, che siano

31 Su questo punto può rinvenirsi una certa consonanza con quanto affermato di recente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu, sent. 13 giugno 2019, Viola contro Italia), che ha più in generale rilevato come il regime del c.d. ergastolo ostativo limiti «eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di revisione della pena», in violazione dell'art. 3 CEDU.

32 Come deciso nella successiva sent. n. 263 del 2019, la presunzione cade integralmente (cioè non può esprimersi nemmeno in forma “relativa”) per l'ordinamento penitenziario minorile, non potendo in tale ambito essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta sia con riguardo ai benefici penitenziari sia con riferimento alle misure alternative.

33 Sul punto si rinvia a M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, Audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere (Roma, Senato della Repubblica, 10 dicembre 2019), testo pubblicato in «Sistema penale», www.sistemapenale.it, 12 dicembre 2019.

percepite come vere sanzioni. Altrimenti l'equazione pena=carcere, così radicata nella percezione sociale, non si spezzerà mai e l'unico o il principale modo per rispondere al delitto e affermare il diritto sarà, o meglio continuerà ad essere, la sanzione detentiva.

CHAPITRE 3

L'ACCÈS DES PERSONNES VULNÉRABLES AU JUGE ORDINAIRE EN QPC

**LES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ
ET LE FILTRAGE DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ
DES COURS D'APPEL CIVILES
(2010-2019)**

Nicolas PAUTHE¹

L'objectif initial de cette contribution était d'étudier, sur la période allant de mars 2010 à juin 2019, la manière dont le juge judiciaire évoluant au stade de l'appel s'est approprié le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), spécifiquement lorsque les affaires qu'il a à connaître intéressent des personnes en situation de vulnérabilité.

Cette étude est transversale, parce qu'elle traite de l'ensemble des catégories de personnes en situation de vulnérabilité étudiées dans le cadre du projet de recherche collective dans lequel elle s'inscrit. Il a donc fallu faire un tri, afin de sélectionner lesquelles des décisions rendues par les cours d'appel françaises allaient faire l'objet d'une telle étude, en identifiant celles qui concernaient au premier chef les personnes en situation de vulnérabilité, et en excluant les autres. Le choix a été de se focaliser sur les décisions de non-renvoi des QPC, parce qu'il s'agissait là du révélateur d'un obstacle évident à ce que la cause de ces personnes soit entendue par le Conseil constitutionnel. Les décisions des cours d'appel n'étant pas en libre accès sur internet, il a été nécessaire d'effectuer un déplacement à la Cour de cassation afin de pouvoir utiliser un logiciel interne aux juridictions judiciaires (le logiciel *JuriCA*). Ce déplacement a permis, à la toute fin du mois de juin 2019, de réaliser une extraction des décisions susceptibles d'être pertinentes. Au stade de cette introduction, il sera analysé la méthodologie suivie (I), avant de présenter la manière dont a été délimité l'objet de cette étude (II).

¹ Docteur en droit public (qualification MCF section 02), Enseignant-chercheur contractuel à l'Université Clermont Auvergne, Membre du CMH EA 4232.

Méthodologie de la recherche

Présentation de la méthode de recherche appliquée

Sur les plusieurs centaines de milliers² de décisions rendues par les cours d'appel qui ont été intégrées au logiciel *JuriCA*, l'utilisation du mot-clé « question prioritaire de constitutionnalité » a permis d'isoler près de 5 000 décisions. Il a fallu ensuite affiner la recherche en ne retenant que celles des décisions qui concernaient les personnes en situation de vulnérabilité, en respectant le cadre qui avait été fixé au sein du projet de recherche collective. La démarche aurait dû se faire en trois temps. Tout d'abord, isoler parmi toutes ces décisions celles intéressant chacune des catégories de personnes vulnérables définies. Puis, identifier parmi elles les décisions de non-renvoi de QPC. Enfin, sélectionner les décisions dans lesquelles ces personnes étaient effectivement en situation de vulnérabilité.

Dès lors, s'agissant du premier temps de la démarche, 8 requêtes principales ont été effectuées afin d'isoler ces décisions, en raisonnant par catégories de personnes vulnérables à ce stade de la recherche. Ces requêtes ont donné des résultats parcellaires, compte tenu des restrictions dont fait l'objet le logiciel *JuriCA*. Il est très vite apparu qu'il ne serait pas possible de traiter de manière exhaustive et égalitaire l'ensemble des catégories définies dans le cadre du projet de recherche collective. Ces requêtes ont conduit aux résultats présentés dans le **tableau 1** suivant.

	Requêtes	Nombre de décisions concernées
1	« étranger », « nationalité »	463 décisions
2	« enfant », « mineur »	149 décisions
3	« gens du voyage »	3 décisions
4	« travail », « travailleur », « salarié »	740 décisions
5	« handicap »	136 décisions
6	« hospitalisation »	105 décisions
7	« maladie », « malade »	1 384 décisions
8	« chômage »	235 décisions
Total	Sans compter les doublons, le nombre total de décisions extraites a ainsi été de 3 215 décisions	

Tableau 1 – Synthèse des résultats obtenus par mots-clés dans le logiciel *JuriCA*.

Certaines requêtes n'ont pas été autorisées par la Cour de cassation. Il n'a, par exemple, pas été possible d'accéder aux décisions intervenues dans le domaine pénal, compte tenu de l'absence d'anonymisation de ces décisions et du caractère sensible des affaires concernées. La catégorie « **détenus** » n'a donc pas pu être traitée. Nous avons appris plus tard, au cours de la recherche, qu'étaient également exclues de la base de données une grande partie des décisions intéressant le droit de la famille, notamment s'agissant des divorces, mais également celles relatives à l'essentiel du droit des mineurs.

² Bertrand Louvel faisait état de 1 500 000 arrêts motivés rendus par les cours d'appel civiles, en 2016. Voir B. LOUVEL, « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data », discours du 14 octobre 2016 : [https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/jurisprudence_mouvement_open_data_35268.html].

D'autres requêtes ont, quant à elles, rendu impossible une étude systématique de la manière de filtrer les QPC pour la catégorie de personnes vulnérables intéressée, compte tenu du trop faible nombre de décisions pertinentes auxquelles la recherche a abouti. Cela a pu être le cas, par exemple, de la catégorie « gens du voyage », qui n'a comporté que trois décisions. Certaines autres requêtes ont été presque impossibles à réaliser. Il en va ainsi de la catégorie « mineur » ou « enfant », puisque, compte tenu des restrictions inhérentes au logiciel *JuriCA*, les décisions pertinentes de non-renvoi des QPC dont il a été possible d'avoir accès concernaient généralement un conflit entre les deux parents de l'enfant pour en obtenir la garde. Ce genre de procédure a semblé extérieur au sujet traité puisque le mineur n'était pas l'auteur même de la QPC. La situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve était, certes, au cœur du litige opposant ses deux parents, mais le lien entre la question posée et cette situation est apparu trop distendu. Les deux catégories (« gens du voyage » et « mineurs ») n'ont donc pas pu non plus être traitées.

Comme on pouvait s'y attendre, les requêtes « maladie » et « malade » ont conduit à la difficulté opposée, puisque près d'un millier de décisions étaient concernées. Ce chiffre est en soi une information quant à la pratique de la QPC, dans la mesure où, devant les cours d'appel civiles, près d'un cinquième des décisions rendues en la matière comportent le terme « maladie », du moins dans celles dont nous avons pu avoir accès. Lors du déplacement à la Cour de cassation, il est apparu difficile de définir des mots-clés opérationnels pour embrasser la réalité des personnes vulnérables que l'on cherchait à identifier en voulant appréhender les personnes malades. D'abord, il pouvait peut-être arriver que les termes « malade » ou « maladie » n'apparaissent pas dans toutes les décisions. Dans ce cas de figure, seul le nom de la maladie serait indiqué, ce qui rendrait inopérante la méthode des mots-clés utilisée, sauf à rentrer la totalité des maladies existantes. Les requêtes « malade » ou « maladie » avaient toutefois pour mérite de ratisser suffisamment large pour ne pas perdre en route un trop grand nombre de décisions importantes. Un conflit juridique intéressant l'Assurance maladie avait, par exemple, de grandes chances d'être lié à une maladie, et, si tel n'était pas le cas, le tri qui s'en suivrait permettrait d'évincer les décisions manquant d'intérêt sur ce point.

Bien que déjà considérable, il apparaît que le panorama ayant servi de base à ce travail de recherche se révèle partiel. Il n'est ainsi pas possible de faire un véritable parallèle avec le filtrage effectué par les juridictions administratives. On l'a dit, la raison principale tient au fait qu'il n'a été possible d'étudier qu'une portion des décisions rendues par les cours d'appel françaises. Ce travail ne saurait donc être représentatif de l'ensemble du filtrage effectué par le juge judiciaire. Il en donne toutefois un aperçu non négligeable.

Il a ensuite fallu faire de véritables concessions avec l'objectif initial de ce travail de recherche. Il est apparu, tout d'abord, difficile de toujours pouvoir interpréter les résultats obtenus. Les juridictions étudiées ont été nombreuses, et n'ont pas obéi aux mêmes tendances rédactionnelles. Il faut compter également sur le fait que la pratique de la QPC a pu évoluer avec le temps au sein d'une même juridiction, sans que l'on puisse vraiment apprécier cette évolution. Pour une même cour d'appel, une décision de

refus de transmission d'une QPC rendue en 2010 n'est pas forcément représentative à elle seule de la manière dont cette cour d'appel refuserait la transmission d'une QPC en 2019. De la même manière, il est difficile d'apprécier la spécificité de la non-transmission des QPC impliquant précisément des personnes en situation de vulnérabilité, puisqu'il n'était pas question ici d'étudier le filtrage général par les cours d'appel françaises des QPC. Les résultats d'une telle étude mis en relation avec ceux de celle-ci, focalisée sur les personnes en situation de vulnérabilité, auraient sans doute permis de dégager des spécificités plus aiguës. Notons, enfin, que la méthode utilisée ici a permis de retenir près des deux tiers des décisions dans lesquelles était évoqué le mécanisme de la QPC. Toutefois, la recherche par mots-clés a abouti à retenir au départ les décisions dans lesquelles le mécanisme était simplement évoqué, par exemple lorsque le juge faisait mention d'une décision rendue par la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel, ou encore lorsqu'il prenait acte du désistement d'une partie face à la QPC qu'elle avait formulée au préalable. La nécessité d'un tri s'est donc très vite révélée.

Ainsi, une grande partie des décisions invoquant le mécanisme de la QPC devant les cours d'appel françaises concernent de près ou de loin des personnes qui entrent dans les catégories de personnes vulnérables arrêtées dans le projet collectif. Si plusieurs interprétations peuvent être données d'une telle statistique, le questionnement reste à ce stade ouvert. Au terme de ce travail de recherche, on peut affirmer qu'il paraissait difficile de procéder autrement que par mots-clés face à la quantité de décisions et au délai imparti pour réaliser une telle analyse. Nul doute qu'un tel travail puisse faire l'objet d'une étude plus approfondie, par exemple sous un format doctoral. En outre, une étude statistique plus élaborée, notamment par catégorie, n'a malheureusement pas été possible au regard du temps imparti. Cette étude transversale a donc vocation à livrer des enseignements généraux quant à la manière des cours d'appel de filtrer les QPC lorsque celles-ci intéressent au premier chef des personnes entrant dans la catégorie de personnes vulnérables. Notons toutefois qu'il n'a pas été possible d'aller jusqu'au deuxième niveau d'analyse, celui consistant à affiner la démarche en ne retenant que les décisions dans lesquelles les personnes intéressées étaient effectivement en situation de vulnérabilité. C'est alors sur la base d'un travail effectué à partir des catégories et non des situations que la réflexion a été menée. Ainsi, ce sont surtout des tendances qui sont ici mises en exergue. Cet objectif-là se trouve renforcé par certaines caractéristiques propres à cette étude. Même si cette situation semble minoritaire, il arrive que les décisions de refus de transmission ne soient pas explicites quant à l'explication des raisons d'un tel refus, ce qui empêche de rendre la systématisation recherchée optimale.

Une restriction du champ de l'étude menée aux non-transmissions des QPC

Par respect pour la cohérence du travail mené en collectif, n'ont pas été abordées les QPC transmises à la Cour de cassation. Il est vrai que ces questions allaient pouvoir être traitées par les autres membres du groupe de travail s'occupant d'une catégorie particulière de personnes en situation de vulnérabilité, au moment d'analyser les décisions rendues par la Cour de cassation.

Pourtant, la transmission d'une QPC peut être défavorable à une personne vulnérable, même si celle-ci en a fait elle-même la demande. Ainsi, les justiciables subissent les lenteurs de la justice. C'est d'ailleurs souvent cette considération-là qui les dissuade d'utiliser le mécanisme institué en 2008. De même, la transmission d'une QPC à la Cour de cassation, voire au Conseil constitutionnel, n'est pas toujours synonyme de renforcement des droits fondamentaux, y compris pour les personnes en situation de vulnérabilité. Il peut arriver que le Conseil constitutionnel ait une interprétation restrictive d'un droit fondamental dont bénéficie une personne en situation de vulnérabilité, allant à l'encontre d'une interprétation plus favorable venant de la Cour de cassation. Dans cette hypothèse, la non-transmission d'une QPC peut parfois être le gage d'une meilleure protection des droits et libertés que la Constitution garantit si le juge *a quo* utilise la méthode de l'interprétation conforme des lois à la Constitution. Il refuse alors la transmission de la QPC en réglant lui-même le différend interprétatif de la disposition législative contestée.

D'une part, elle permet au justiciable de ne pas perdre quelques mois précieux dans la procédure. Il ne faut pas prendre le problème par le prisme de ces quelques mois-là, mais par celui de la durée globale de l'affaire, à partir du moment où elle est portée à la connaissance de la justice, jusqu'à celui où une décision définitive est prise. À partir de ce point de vue là, il arrive souvent, dans des affaires relatives par exemple à des questions de partage d'indivision, qu'il faille plus d'une dizaine d'années avant qu'une solution définitive ne soit rendue. Entre-temps, les familles se déchirent, certaines personnes décèdent, des immeubles déperissent en l'attente d'un dénouement. Il est du devoir des chercheurs de s'interroger à la manière d'améliorer chaque temps de la procédure, pour chaque élément de procédure contradictoire, et donc aussi pour chaque utilisation d'un mécanisme préjudiciel ou apparenté comme tel.

D'autre part, il en va de la cohérence globale du mécanisme de la QPC. Puisqu'il s'agit là d'une collaboration des interprètes, chacun d'eux se doit d'assumer la part de responsabilité qui est la sienne en matière d'interprétation constitutionnelle. Une transmission sans doute effective d'une QPC à la Cour de cassation ou au Conseil constitutionnel ne semble pas toujours être le gage d'une optimisation achevée du système d'interprétation constitutionnelle. C'est, par exemple, le cas lorsque le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur une interprétation d'un droit constitutionnel, qui rencontre différentes concrétisations législatives très proches les unes des autres. Pourquoi saisir à chaque fois le Conseil constitutionnel qui toujours applique le même raisonnement et aboutit à la même solution tendant à déclarer la loi conforme à la Constitution ?³

En outre, il va sans dire qu'une QPC formulée par une partie adverse à une personne en situation de vulnérabilité pourrait être hostile à cette dernière. Inclure ce cas de figure dans une telle étude reviendrait toutefois à détourner le sujet initial, puisqu'il est avant tout question ici de savoir si une personne en situation de vulnérabilité peut bénéficier efficacement, de sa propre initiative, du mécanisme institué par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

³ Pour un développement de tous ces éléments, voir : N. PAUTHE, *L'interprétation conforme des lois à la Constitution. Étude franco-espagnole*, 2017, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 630 p.

Il convient, enfin, de préciser qu'il n'était pas possible d'obtenir la totalité des décisions comportant l'expression « question prioritaire de constitutionnalité ». La Cour de cassation impose, en effet, qu'un filtre soit effectué, compte tenu du contenu de la convention passée avec elle, qui lie le chercheur pour le reste de son travail, à partir du moment où il se déplace à la Cour de cassation. Il est toutefois toujours possible d'organiser un deuxième déplacement pour affiner la recherche. La très grande quantité des décisions obtenues lors du déplacement de juin nous a toutefois dissuadés de procéder à une extraction additionnelle.

Toutes ces considérations justifient le choix qui a été fait de se limiter aux cas des non-renvois des QPC, en vue de voir si les personnes en situation de vulnérabilité rencontraient des obstacles dans l'utilisation du mécanisme institué en 2008.

Une difficulté, très concrète, rencontrée à ce stade mérite toutefois d'être présentée. Les décisions nous ont été transmises dans deux dossiers virtuels distincts. Dans le premier, figuraient 8 dossiers, eux-mêmes comportant la totalité des décisions obtenues pour chaque requête effectuée. Il a alors été tenté de commencer à parcourir chaque décision de chaque dossier. Un premier tri avait été effectué par catégories de personnes vulnérables, alors il n'y avait plus qu'à procéder à un second tri pour ne retenir que les décisions de non-renvoi des QPC. On mettrait ainsi à l'écart celles dans lesquelles l'expression « question prioritaire de constitutionnalité » était seulement évoquée, par exemple lorsque le juge faisait une référence à une décision prise par le Conseil constitutionnel. Cela étant, ce travail assez simple dans sa réalisation n'en demeure pas moins long et fastidieux. En cours de route, il s'est avéré que ce n'était pas la bonne manière de procéder, nous n'aurions pas dû céder à la tentation que la répartition thématique effectuée à la Cour de cassation avait constituée pour nous.

Il a été fait le choix d'utiliser le deuxième dossier, dans lequel figurait l'ensemble des décisions, mais non triés en fonction des requêtes effectuées dans le logiciel *JuriCA*. La première manière de faire avait en effet un problème de taille : beaucoup de décisions se retrouvaient dans deux, trois, voire quatre dossiers à la fois, pour un total avoisinant les 5 000 décisions. L'isolement des décisions comportant les mots-clés recherchés avait été d'une utilité certaine. En revanche, leur classement par dossiers n'était en fin de compte pas vraiment utile, puisque, de toute manière, il n'empêcherait pas de faire une lecture attentive de chaque décision pour apprécier la réalité des situations de vulnérabilité dans chacune d'elles.

Dès lors, le dossier qui comportait la totalité des 3 215 décisions (sans les doublons) s'est avéré plus facile à manier, à partir du logiciel *Acrobat Reader* (puisque les fichiers nous ont été confiés en format pdf). Or, ce logiciel a semblé comporter lui aussi des limites, à moins que celles-ci ne correspondent à nos compétences en matière d'informatique. Ce logiciel ne semble pas permettre d'aller au-delà de 500 résultats pour une seule et même requête. En d'autres termes, lorsque l'on recherchait le terme « malade » ou « travail » parmi les 3 215 décisions, le résultat de 500 décisions que l'on obtenait était faux. Pour y remédier, il a fallu répartir les 3 215 décisions par groupes de 500 décisions dans des dossiers spécifiques, procéder à la recherche dans chaque dossier, et additionner les résultats obtenus, pour obtenir les résultats déjà présentés dans le **tableau 1**. Si un seul résultat de 500 décisions avait

été obtenu, nous ne nous en serions sans doute pas aperçus, mais le fait de trouver ce résultat aussi singulier pour deux requêtes a permis de déceler la difficulté. Ces précautions prises, le logiciel *Acrobat Reader* est apparu tout à fait approprié pour faire des recherches par mots-clés sur l'ensemble des décisions mises à notre disposition.

Présentation de l'objectif poursuivi

L'étude des décisions de non-renvoi

Le non-renvoi des QPC se fonde la plupart du temps sur l'absence de caractère sérieux de la question posée. Dans ce cas de figure, le juge n'a pas trouvé matière à douter de la constitutionnalité de la ou des disposition(s) législative(s) contestée(s). Au contraire de ce qui se passe lorsque la QPC est posée pour la première fois devant la Cour de cassation, le requérant sait, au stade de la procédure dans lequel il se trouve devant le juge d'appel, que sa cause pourra être défendue en cas de cassation devant la Haute juridiction judiciaire. Cela implique deux conséquences notables.

Premièrement, la décision de non-renvoi de la QPC peut être affectée d'un caractère précaire, dans le sens où un recours en cassation pourrait très bien aboutir à déjuger la cour d'appel, dans le fond de la décision comme dans l'appréciation par le juge d'appel du caractère sérieux dénié à la question posée. Il incombe ainsi au juge d'appel de prendre en compte la possibilité d'une cassation pour motiver sa décision de non-renvoi de la QPC. Une nouvelle QPC pourrait ainsi être posée devant la Cour de cassation en cas de pourvoi en cassation, cette dernière pouvant indirectement déjuger l'appréciation rendue par la cour d'appel. Si le filtre effectué par la Cour de cassation est bien plus sévère que celui des juges du fond, on perçoit bien le désaveu que peut être, pour une cour d'appel, la décision de transmission prise par la Cour de cassation d'une QPC qui aurait été en l'état rejetée par cette cour d'appel.

Deuxièmement, la Cour de cassation peut également connaître des QPC lorsque les cours d'appel les lui transmettent. Si le nombre de transmissions de QPC est plus faible que celui des non-renvois, y compris devant les cours d'appel, la Haute juridiction judiciaire procède à un nouveau filtrage lui-même plus rigoureux. La rigidité de ce nouveau filtrage dépend d'abord des conditions arrêtées par le législateur organique, plus strictes au niveau du deuxième filtre. Ensuite, cette rigidité renforcée s'explique par le rôle suprême joué au sein de l'ordre juridictionnel judiciaire de la Cour de cassation. Celle-ci doit livrer un arbitrage interprétatif entre les différentes positions exprimées par les cours d'appel. Dès lors, le non-renvoi d'une QPC n'est certainement pas favorable à son auteur. Toutefois, cette question peut très bien revenir lors d'une nouvelle instance, au sein d'une autre cour d'appel, qui livrera alors une interprétation plus souple du problème de constitutionnalité et décidera de renvoyer la QPC. La Cour de cassation sera alors en position d'arbitrer le différend interprétatif entre les cours d'appel concernées, en décidant de transmettre elle-même la QPC au Conseil constitutionnel, en refusant un tel renvoi, et/ou en utilisant la technique de l'interprétation conforme. Le droit constitutionnel progresse alors, même si le premier justiciable à avoir soulevé la question n'en bénéficie pas forcément, si l'instance est terminée au moment où le Conseil constitutionnel finit par rendre sa décision.

La restriction aux personnes en situation de vulnérabilité

La question de la vulnérabilité est difficile à appréhender sous cette aune. Si la vulnérabilité est bien une situation de fragilité dans laquelle se trouve un justiciable donné, cette situation est appréciée de manière objective au moment d'évaluer la difficulté constitutionnelle motivant le renvoi ou non de la question posée. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois nécessite, en effet, que le juge en fasse une appréciation objective. Dès lors, ce ne sont pas les conditions particulières de telle ou telle espèce qui incitent le juge à transmettre ou non une QPC donnée. La vulnérabilité est donc ici une situation particulière, appréciée de manière objective. Cela doit être un atout au moment d'étudier la manière dont les cours d'appel filtrent les QPC. Cela signifie ainsi que les juges ne doivent pas prendre en compte les caractéristiques de l'espèce au moment précis de se pencher sur le problème de constitutionnalité. C'est cet aspect-là du système juridique qui rend possible son étude dans le cadre qui est le nôtre. Sans cela, il serait beaucoup plus délicat de définir des tendances.

Toutefois, chaque situation de vulnérabilité n'est pas assimilable, ce qui brouille le champ de la lecture. Cela est, certes, vrai entre les différentes catégories considérées (une personne en situation de handicap ne subit pas un degré de vulnérabilité équivalant à une personne bien portante qui ne bénéficie pas de la nationalité française). Cela se vérifie également au sein même des catégories définies, jusqu'au plus petit niveau de précision retenu. Deux personnes en situation de handicap qui sont impliquées dans des affaires en tous points identiques peuvent par exemple se situer à un niveau de vulnérabilité différent, selon, par exemple, le degré de handicap qu'elles subissent toutes les deux. Possible, parce que située à un niveau objectif, cette étude se doit toutefois d'être assez générale.

La problématisation du sujet implique donc de s'éloigner quelque peu des prétentions originelles. Le **premier renoncement** concerne l'étude par catégorie de personnes en situation de vulnérabilité. Les données obtenues sont beaucoup trop disparates pour donner des indications pertinentes. D'une part, certaines de ces données sont restées inaccessibles. D'autre part, lorsque cela n'était pas le cas, les données récoltées n'ont pas toujours permis de définir une ligne de conduite spécifique à chaque catégorie considérée.

Le **second renoncement** est presque un aveu d'échec. La majorité des décisions relatives aux QPC concernent en définitive les personnes en situation de vulnérabilité, si l'on s'en tient à l'utilisation des mots-clés. De ce constat découlent deux remarques. Tout d'abord, il faut peut-être reconnaître que l'utilisation des mots-clés ne conduit pas forcément à une utilisation optimale des données de recherche. La question qui se pose ici est de savoir si des décisions de non-renvoi concernant des personnes en situation de vulnérabilité ont pu échapper à notre étude. C'est une possibilité à envisager, mais il semble que le risque soit relatif, le juge ayant une propension à utiliser lui-même des termes clairement identifiables pour mener à bien son raisonnement. Il est peu probable qu'un handicap ne soit pas désigné par le terme « handicap » dans une décision dans laquelle celui-ci aurait ne serait-ce qu'une faible importance. Ensuite, s'agissant de la question de savoir si des décisions retenues auraient pu être écartées, la réponse est de toute évidence positive. Cela étant, le tri effectué au début de ce travail visait à ne sélectionner que les décisions pertinentes, cela ne devrait donc pas avoir eu d'incidence sur le résultat final.

Il est ensuite évident qu'une telle étude aurait pu constituer un travail doctoral, par définition plus approfondi et plus abouti. Celui-ci aurait sans doute permis d'approfondir les problématiques abordées, et de demander à consulter d'autres documents, comme les conclusions du Ministère public.

Enfin, une fois cette étude menée à son terme, **il semble impossible d'affirmer qu'elle a permis de dégager des spécificités dans le traitement par le juge judiciaire des QPC intéressant des personnes en situation de vulnérabilité.** Les remarques formulées ici, bien qu'étant verbalisées à partir de l'étude particulière de ces catégories si singulières de justiciables, semblent pouvoir être reprises pour la plupart des justiciables, c'est-à-dire ceux qui n'entrent dans aucune des catégories prédéfinies pour cette étude.

La question se pose ensuite de l'addition des situations de vulnérabilité, par exemple lorsqu'un justiciable est un travailleur étranger pour lequel il faut déplorer un mauvais état de santé. Le cumul de ces trois critères de vulnérabilité a-t-il un impact sur le traitement par le juge des QPC ? Là aussi, il paraissait bien délicat de se diriger vers cette voie-là. D'une part, il aurait parfois fallu lire entre les lignes pour décrypter la propension du juge à prendre en compte des éléments subjectifs pour livrer un contrôle qui est par essence objectif. Dans ce cas-là, il aurait été parfois impossible de savoir si telle ou telle situation de vulnérabilité a eu plus d'impact qu'une autre. D'autre part, là encore, des questions de méthode se seraient posées avec une acuité renforcée, et sans doute aurait-il fallu inscrire ce travail dans une perspective beaucoup plus étalée dans le temps.

La présente analyse s'articule autour de plusieurs pistes de réflexion. Il existe différents degrés dans les relations qu'entretiennent les personnes en situation de vulnérabilité avec la QPC (I). Il en va de même dans l'intervention du juge au moment de filtrer les QPC (II). Ensuite, l'exemple de l'hospitalisation d'office peut être utilisé pour illustrer les deux gradations présentées (III).

I. Le degré variable de prise en compte de la situation de vulnérabilité par les cours d'appel dans le traitement des QPC

L'étude transversale de la non-transmission des QPC formulées par les personnes en situation de vulnérabilité peut conduire à dégager une gradation des rapports que ces deux objets d'étude entretiennent. Comme c'est le cas pour tout justiciable, la personne en situation de vulnérabilité utilise le mécanisme institué en 2008 pour défendre un droit ou une liberté que la Constitution lui garantit. Aussi, tout le problème est de savoir si l'auteur de la QPC agit au nom de la spécificité qui est la sienne et qui découle de la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve. La détermination d'une gradation a pour intérêt de distinguer les cas de figure dans lesquels une personne en situation de vulnérabilité utilise la QPC. Au premier stade, nommé ici « **relation optimale** », l'auteur de la QPC cherche à défendre un droit ou une liberté que la Constitution garantit, avec pour spécificité le fait que ce droit ou cette liberté est par essence lié à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve ce justiciable. C'est par exemple le cas pour un justiciable de nationalité étrangère qui chercherait

à bénéficier du regroupement familial. Ce droit a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme un principe constitutionnel, dans une décision du 13 août 1993. Ainsi, un tel droit invoqué au moyen d'une QPC serait par essence lié à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve la personne étrangère.

À un degré plus réduit, que l'on nommera ici « **relation productive** », le justiciable utilise la QPC pour protéger un droit ou une liberté, dont la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve renforce le champ d'application. Tous les individus jouissent des mêmes droits et libertés constitutionnellement garantis. Cela étant, certaines situations révèlent la concrétisation du droit ou de la liberté en question. Tout individu bénéficie du droit de ne pas être enfermé arbitrairement, mais c'est bien une fois enfermé, ou menacé d'être enfermé, que l'intérêt à agir surgit et permet de contester une disposition législative qui viendrait contrevenir à l'interdiction d'être enfermé arbitrairement. Cette considération est une application de l'article 66 de la Constitution qui consacre la liberté individuelle, et la compétence du juge judiciaire en matière de privation de liberté. La « relation productive » est donc celle qui permet au justiciable d'utiliser de manière effective la QPC pour défendre un droit ou une liberté fragilisé par la situation de vulnérabilité. Dans le cadre de la relation optimale, le justiciable ne bénéficie pas forcément du droit, dès lors qu'il n'est pas dans la situation de vulnérabilité ouvrant le droit considéré. Un Français, s'il n'a pas d'autre nationalité, ne peut jamais être déchu de sa nationalité française, et ne peut donc jamais bénéficier du droit au regroupement familial. Cela ne signifie pas que sa famille ne peut pas rester avec lui, dans l'hypothèse où son conjoint ou ses enfants seraient eux-mêmes de nationalité étrangère. Cela veut dire que d'autres biais juridiques seront utilisés pour y parvenir. Dans la « relation productive », chacun peut bien bénéficier du droit ou de la liberté, mais la situation de vulnérabilité fait naître un intérêt à agir pour contester une disposition législative en vigueur. C'est une manifestation classique de l'intérêt à agir que l'on retrouve dans n'importe quel contentieux.

À un niveau encore moindre de la gradation présentée, on trouve le stade 3, nommé ici « **relation neutre** ». Dans ce cas de figure, le justiciable est bien en situation de vulnérabilité. Il utilise la QPC pour défendre un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Cela étant, la situation de vulnérabilité qui est la sienne est sans incidence sur la QPC posée. Cette indifférence de la situation de vulnérabilité se vérifie au niveau de l'existence du droit ou de la liberté considéré. En d'autres termes, ce droit ou cette liberté existerait même si la personne n'était pas en situation de vulnérabilité. Au niveau de son champ d'application, cette situation de vulnérabilité est également sans incidence. Le niveau de protection est donc, sur ce point aussi, indifférent à la situation de vulnérabilité. C'est par exemple le cas d'une personne en situation de handicap qui formerait une QPC pour contester une disposition législative contrevenant à son droit de propriété.

Au stade 4, celui de la « **relation contreproductive** », le justiciable utilise la QPC, mais la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve vient restreindre le champ d'application du droit ou de la liberté invoqué. Cette restriction n'est pas une oppression de l'individu concerné. Elle est au contraire destinée à le protéger du fait de sa situation de vulnérabilité. Cette relation entre la personne et la QPC est dite ici « contreproductive », dans la mesure où cette personne ne va pas

obtenir l'effet escompté. Elle va, au contraire, se voir opposer une protection constitutionnelle à sa situation de vulnérabilité qui va mettre en échec sa demande.

Enfin, au stade 5, la « **relation défavorable** » voit la logique du stade 4 poussée à son paroxysme, puisque le droit ou la liberté constitutionnellement garanti va purement et simplement être nié à la personne en situation de vulnérabilité. C'est par exemple le cas avec les droits civiques, qui font défaut aux mineurs ou aux adultes frappés d'incapacité. Cette relation est précaire puisqu'elle ne dure qu'aussi longtemps que perdure la situation de vulnérabilité.

Cette diversité relationnelle permet d'appréhender le champ des possibles. La présentation qui en résulte montre que c'est la relation productive (stade 2) qui est surtout au cœur de cette étude. Les situations relatives au stade 1 sont rares, et l'exemple donné relève d'ailleurs de la compétence du juge administratif et non du juge judiciaire. Les stades 4 et 5 n'entrent pas dans le champ de cette étude, puisque les restrictions opposées cherchent à protéger la personne de la situation de vulnérabilité dans laquelle elle se trouve. Il s'agit donc surtout ici de faire le départ entre les stades 2 et 3, ce qui a constitué l'essentiel du travail de tri des décisions obtenues. Le **tableau 2** suivant récapitule l'ensemble de ces considérations.

II. Le degré variable d'intervention du juge civil de l'appel dans le filtrage des QPC posées par les personnes en situation de vulnérabilité

Le refus de transmettre une QPC signifie pour la cour d'appel qu'elle n'a pas trouvé matière à douter de la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse à la lecture de l'argumentation défendue par l'auteur de la question de constitutionnalité. L'étude de près de dix années de filtrage laisse une impression insoupçonnée d'assister à une certaine constance dans les difficultés mises en exergue par les juges du fond lors du filtrage des QPC. Là aussi, une gradation peut être présentée, dont la ligne directrice est la liberté interprétative que s'autorise à avoir le juge lorsqu'il intervient, au moment de refuser la transmission de la QPC à la Cour de cassation.

Au premier stade interventionniste, nommé ici « **stade d'évidence** », le juge se borne à constater l'impossibilité de transmettre la QPC à la Cour de cassation, parce que cette question ne respecte pas les exigences formelles ou procédurales requises par les textes. Il en va notamment de la QPC qui serait déposée hors des délais requis, par exemple pendant le délibéré, ou encore de celle qui serait fondée sur une disposition conventionnelle, alors, bien sûr, qu'une QPC doit avoir pour finalité de défendre exclusivement un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Confronté à de tels cas de figure, il n'est pas difficile pour le juge de se prononcer de manière objective sur la recevabilité de la QPC posée. S'il peut être compréhensible de constater de telles défaillances lors des premières QPC posées, à cause du manque d'expérience notamment des conseils, il est beaucoup plus surprenant de voir que de telles erreurs persistent encore près de dix ans après l'entrée en vigueur du mécanisme constitutionnel. Cela révèle peut-être que la QPC ne rythme pas le quotidien de tous les avocats, et que certains découvriraient de manière inopinée l'opportunité d'utiliser un tel mécanisme.

Gradation des stades relationnels	Contenu	Exemple illustratif
Stade relationnel 1 (relation optimale)	Le justiciable utilise la QPC pour protéger un droit ou une liberté dont l'essence dépend de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve ce justiciable.	Le droit au regroupement familial ou encore le droit d'asile sont par essence rattachés à la nationalité étrangère de celui qui peut en bénéficier.
Stade relationnel 2 (relation productive)	Le justiciable utilise la QPC pour protéger un droit ou une liberté. La situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve vient renforcer le champ d'application de ce droit ou de cette liberté.	On peut prendre l'exemple de la liberté individuelle, dont le juge judiciaire reste le gardien. On ne recherche son intervention dans une procédure d'enfermement que lorsqu'on est soi-même confronté à cette procédure.
Stade relationnel 3 (relation neutre)	Le justiciable utilise la QPC pour protéger un droit ou une liberté, sans que la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve n'ait une quelconque influence sur le champ d'application du droit ou de la liberté considéré.	La personne en situation de vulnérabilité utilise la QPC pour défendre son droit de propriété, sans que cette situation de vulnérabilité soit prise en compte dans le raisonnement mené.
Stade relationnel 4 (relation contreproductive)	Le justiciable utilise la QPC pour protéger un droit ou une liberté, mais la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve vient au contraire restreindre le champ d'application du droit ou de la liberté concerné.	Alinéa 10 du Préambule 1946 : droit de mener une vie familiale normale : interdit à l'État d'intervenir dans la vie familiale, sauf mise en danger manifeste de l'enfant.
Stade relationnel 5 (relation défavorable)	Le justiciable utilise la QPC pour protéger un droit ou une liberté, mais la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve le prive de ce droit ou de cette liberté reconnu aux justiciables qui ne sont pas dans une telle situation.	Les droits civiques et politiques d'un individu font partie de sa citoyenneté, qui font défaut aux mineurs. Il en va de même des personnes frappées d'incapacité, notamment pour cause de maladie.

Tableau 2 – Stades relationnels : gradation des relations entre la situation de vulnérabilité de l'auteur de la QPC et la QPC posée.

Une étude empirique de la pratique ressentie auprès de tous les avocats évoluant au sein d'un même secteur territorial ou juridictionnel serait sans doute intéressante pour tenter de trouver une explication. On ne peut toutefois pas exclure que, dans bon nombre d'hypothèses, l'utilisation de la QPC reste une manœuvre dilatoire, à l'égard de laquelle l'avocat n'a pas concentré beaucoup d'efforts, et qui vient se heurter au travail de filtre effectué par le juge.

Au deuxième stade, baptisé ici « **stade d'appréciation** », on constate que les juges de la cour d'appel peuvent user davantage de leur pouvoir d'interprétation pour décider de ne pas transmettre la QPC à la Cour de cassation. C'est le cas notamment lorsque le problème de constitutionnalité n'est pas expliqué, ou ne l'est pas de manière suffisante. Le cas de figure est difficile à appréhender à la lecture des décisions étudiées. Il faut généralement faire confiance à ce que la rédaction de l'arrêt rend visible. Les juges se bornent souvent à affirmer que le problème de constitutionnalité n'est pas expliqué. Or, il n'est pas certain qu'il faille voir ici dans chaque cas une absence totale d'argumentation. Il y a par essence ici une appréciation qui est portée par le juge quant à la pertinence d'une argumentation, aussi minime soit-elle. Certes, lorsque l'argumentation est absente, on serait tenté de rapprocher ce cas de figure au stade de l'évidence, puisqu'une exigence en apparence formelle n'est pas respectée. Or, c'est bien ici une condition de fond qui n'est pas remplie. Celles-ci sont au nombre de trois (la disposition législative doit être applicable au litige ; elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; et elle doit présenter un caractère sérieux). La cour d'appel opère, au stade d'appréciation, une première évaluation du caractère sérieux de la question posée. Il peut apparaître que l'argumentation est jugée insuffisante, ce qui déplace ici le curseur à un niveau qui confine au subjectif pour évaluer une situation censée être objective. Cette subjectivité ne tient pas du fait que le juge va apprécier la conformité constitutionnelle à l'aune du cas d'espèce qui se présente face à lui. Elle consiste, en fin de compte, pour le juge, à être tantôt souple, tantôt strict, vis-à-vis d'une difficulté constitutionnelle donnée plutôt qu'une autre. Partant de ce constat, il peut donc arriver que deux cours d'appel n'aient pas le même niveau de sévérité, ni même que deux juges siégeant au sein d'une même juridiction d'appel se situent au même niveau. Le manque de précision dans la rédaction de certaines décisions empêche toutefois de bien appréhender une telle situation.

Quant au troisième stade interventionniste de cette gradation, nommé ici « **stade interprétatif** », il regroupe les cas dans lesquels la cour d'appel va apprécier la réalité du caractère sérieux de la QPC posée. Ce stade correspond donc, pour le juge, à s'interroger sur l'existence d'un doute quant à la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse. Il a, à ce stade, considéré que l'explication du problème de constitutionnalité était bien suffisamment expliquée, et va alors s'interroger sur le fond de ce problème. C'est au stade interprétatif qu'il va recourir à un véritable contrôle négatif de constitutionnalité de la loi, qui nécessairement l'amène à endosser sa part de responsabilité en matière d'interprétation constitutionnelle. L'interprétation est un degré supérieur d'investissement de la part du juge, par rapport à la simple appréciation. L'interprétation lui permet de donner du sens aux dispositions législatives et constitutionnelles confrontées, là où l'appréciation le conduit à simplement considérer si oui ou non l'explication du problème de constitutionnalité est suffisante ou ne l'est pas. En d'autres termes, au stade d'interprétation, le juge s'autorise à donner un sens normatif aux dispositions en présence, ce qu'il ne fait pas au stade d'appréciation. Le **tableau 3** suivant récapitule l'ensemble de ces éléments, en donnant des exemples permettant d'illustrer le propos.

Stade	Difficulté soulevée	Exemple de décisions	Résumé des décisions
stade interventionniste 1 : stade d'évidence	Dépôt hors délai de la QPC	C.A. Nouméa, 12 avril 2018, n° 17/00387	Déposée après la clôture des débats
	Fondement non-constitutionnel de la QPC	C.A. Paris, 14 nov. 2016, n° 16/00472	Art. 6-1 de la conv. européenne des droits de l'homme
	QPC non présentée dans un mémoire distinct	C.A. Rennes, 4 avril 2012, n° 10/07515	Non présentée dans un mémoire distinct
	Absence de fondement constitutionnel de la QPC	C.A. Paris, 13 oct. 2014, n° 14/00348	Aucun principe de valeur constitutionnelle invoqué ni aucun article de la Constitution
	La disposition législative litigieuse n'est pas désignée avec précision dans la QPC	C.A. Orléans, 2 décembre 2010, n° 10/03168	La loi est indiquée mais pas l'article ni le passage pertinent de cette loi
	Ce n'est pas la disposition législative qui pose la règle contestée par la QPC		La règle contestée était en fait édictée par une décision de l'A.G. des copropriétaires
	La disposition législative contestée par la QPC a déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel	C.A. Nîmes, 1 ^{er} décembre 2014, n° 14/00358	Décisions du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010 et du 20 avril 2012
stade interventionniste 2 : stade d'appréciation	Problème de constitutionnalité non-expliqué (vis-à-vis de la disposition législative, ou vis-à-vis de l'interprétation jurisprudentielle constante de la disposition législative)	C.A. Lyon, 2 juin 2017, n° 16/03747	Pas d'explication de la différence de traitement supposée et de la rupture d'égalité prétendue
	Disposition législative non applicable au litige	C.A. Paris, 27 oct. 2011, n° 11/14601	L'auteur n'était plus en situation d'hospitalisation d'office, la disposition législative ne lui était plus applicable.
stade interventionniste 3 : stade d'interprétation	Interprétation de la situation constitutionnelle dénoncée par l'auteur de la QPC, déjugé par la cour d'appel.	C.A. Paris, 12 octobre 2010, n° 10/19243	Le juge judiciaire intervient bel et bien à tous les stades de la procédure (art. 66 C°)

Tableau 3 – Panorama des lacunes relevées dans les QPC par les juges d'appel dans les décisions étudiées.

Le stade d'évidence ne laisse pas beaucoup de marge de manœuvre au juge, qui doit alors agir avec un certain raisonnement automatique, que l'auteur de la QPC soit en situation de vulnérabilité ou non. S'agissant du stade d'appréciation, il est difficile, voire impossible, de faire le départ entre les décisions dans lesquelles le juge aura retenu une appréciation plus stricte qu'un autre, ou bien que le juge aura apprécié sévèrement la situation qui s'offrait à lui, dans la mesure où il n'est généralement pas possible d'évaluer son travail à la lecture des arrêts. Le manque d'information empêche la plupart du temps de connaître le véritable niveau de sévérité du juge. Il reste, enfin, le stade d'interprétation, qui doit, quant à lui, faire l'objet d'une évaluation plus élaborée, lorsque le juge explique bel et bien pourquoi, à son sens, la QPC ne présente pas de doute sérieux.

III. Application de la grille de lecture utilisée au cas particulier de l'hospitalisation d'office

Pour la seule requête « hospitalisation », la méthode de tri utilisée a permis de passer de 105 décisions à 8 décisions pertinentes. Il s'agissait à chaque fois de décisions relatives à l'hospitalisation d'office. Le **tableau 4** suivant récapitule les informations récoltées dans ces huit décisions, en réutilisant les informations présentées dans les deux tableaux précédents.

1. Dans son arrêt du **12 octobre 2010**, la **cour d'appel de Paris** avait considéré la QPC comme étant dépourvue de caractère sérieux. La requérante contestait la conformité des dispositions des articles L. 3211-3, L. 3211-12, L. 3213-1 et L. 3213-4 du code de la santé publique, issus de la loi du 27 juin 1990, sur le fondement desquels reposait son hospitalisation d'office dont elle faisait l'objet, à l'article 66 de la Constitution. Il s'agissait bien ici du **stade relationnel productif**, dans la mesure où la requérante présentait un intérêt à agir au regard de sa situation de vulnérabilité, pour défendre un droit constitutionnel garanti à n'importe quel justiciable. Le niveau d'intervention auquel se situe l'action du juge est ici le **stade d'interprétation**, puisque la cour d'appel évalue le caractère sérieux ou non de la question posée. À cet égard, elle considère, tout d'abord, à titre liminaire, que l'hospitalisation d'office dont il était ici question avait été faite à la demande d'un tiers, et que, dès lors, « l'atteinte portée à des droits protégés par l'autorité administrative n'est pas contraire à la Constitution dès lors qu'elle répond à la nécessité de sauvegarder l'ordre public, d'une part, que d'autre part, la décision administrative portant cette atteinte peut faire l'objet d'un référé-suspension ». Ensuite, la cour d'appel détaille les éléments de l'article L. 3211-12 du code de la santé publique, avant de conclure que ce texte prévoit bien un recours au « juge des libertés et de la détention à tout moment du processus d'hospitalisation de la personne concernée dans des conditions de saisine particulièrement larges, et alors même que celle-ci dispose également en application de l'article L. 3211-3 du code de la santé publique de la faculté de communiquer avec le juge du tribunal de grande instance ou le président du tribunal de grande instance territorialement compétents ». L'interprétation avancée par l'auteur de la QPC se heurte donc ici à celle retenue par la cour d'appel.

	Références des décisions pertinentes	Niveau de relation QPC-vulnérabilité : Stade relationnel	Niveau d'intervention du juge : Stade interventionniste	Lacunes identifiées dans la QPC
1	C.A. Paris, 12 octobre 2010, n° 10/19243	stade relationnel productif	stade interventionniste d'interprétation	interprétation du requérant déjugée par le juge
2	C.A. Paris, 27 octobre 2010, n° 11/14601	stade relationnel productif	stade interventionniste d'évidence	dispositions législatives non applicables
3	C.A. Rouen, 9 novembre 2011, n° 11/5089	stade relationnel productif	stade interventionniste d'interprétation	interprétation du requérant déjugée par le juge
4	C.A. Aix-en-Provence, 2 décembre 2011, n° 11/00053	stade relationnel productif indirect	stade interventionniste d'évidence	l'association n'était pas présente à l'audience pour soutenir sa demande
5	C.A. Toulouse, 19 septembre 2013, n° 13/0039	stade relationnel productif	stade interventionniste d'évidence (mais avec tentation d'interprétation)	dispositions législatives non applicables
6	C.A. Nîmes, 1 ^{er} décembre 2014, n° 14/00358	stade relationnel productif	stade interventionniste d'évidence	disposition déjà déclarée conforme par le Conseil constitutionnel
7	C.A. Paris, 13 octobre 2014, n° 14/00348	stade relationnel productif	stade interventionniste d'évidence	aucune disposition constitutionnelle invoquée et question pas liée au cas d'espèce
8	C.A. Paris, 14 novembre 2016, n° 16/00472	stade relationnel productif	stade interventionniste d'évidence	une QPC ne peut être fondée sur une disposition conventionnelle

Tableau 4 – Le non-renvoi par les cours d'appel civiles des QPC formulées par les personnes en situation de vulnérabilité : l'exemple des décisions pertinentes en matière d'hospitalisation d'office.

2. Dans son arrêt du 27 octobre 2010, cette même cour d'appel de Paris a connu d'une situation similaire. Là encore, la requérante présentait ici le même intérêt à agir et visait à parvenir aux mêmes fins que lors du précédent arrêt présenté. Il s'agissait bien ici du stade relationnel productif⁴.

⁴ Il en va de même pour les autres décisions, ce qui est normal, puisque ces huit décisions concernent le même cas de figure de l'hospitalisation d'office.

Cela étant, le stade interventionniste de la cour d'appel diffère ici sensiblement. La requérante n'est, cette fois-ci, plus en situation d'hospitalisation complète. Dès lors, la cour d'appel considère que l'article 18 de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, qui fixe « les conditions et délais dans lesquels le juge des libertés et de la détention se prononce sur le maintien en hospitalisation complète des personnes faisant l'objet, au 1^{er} août 2011, de soins psychiatriques en application des décisions administratives prises avant cette date, n'est pas applicable au litige. Il en est de même de l'article L.3211-12-1 du code de la santé publique, qui détermine les conditions dans lesquelles l'hospitalisation complète d'un patient peut se poursuivre ». On identifie donc ici le **stade interventionniste d'évidence**.

3. Dans son arrêt du 9 novembre 2011, la cour d'appel de Rouen a considéré que « toute personne ayant accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues à quelque titre que ce soit par des professionnels ou établissements de santé ». Ainsi, le requérant pouvait « à tout moment saisir le juge des libertés et de la détention indépendamment de la saisine de ce magistrat aux fins de contrôle de plein droit, qu'ainsi qu'il est en mesure de produire aux débats tous éléments utiles de son dossier médical qu'il aura préalablement obtenus en application des principes généraux relatifs à l'information des usagers du système de santé, édictés notamment à l'article L. 1111-7 du code de la santé publique ». « Par ailleurs, l'article R. 3211-11 du code susvisé énumère l'ensemble des pièces utiles au débat devant le juge des libertés et de la détention, garantissant ainsi le respect du droit de la personne hospitalisée ». Il est toutefois notable qu'ici, la cour d'appel s'appuie sur des dispositions réglementaires pour justifier sa décision de non-renvoi de la QPC.

4. Dans son arrêt du 2 décembre 2011, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait vu une association se déclarer intervenante volontaire à titre principal et à titre accessoire. C'est cette même association qui avait ensuite demandé de transmettre à la Cour de cassation une QPC concernant l'article 18 de la loi du 5 juillet 2011. Or, ladite association ne s'est pas présentée et ne s'est pas fait représenter à l'audience pour défendre la QPC. Ainsi, la QPC est jugée irrecevable.

5. Dans son arrêt du 19 septembre 2013, la cour d'appel de Toulouse a rejeté la QPC au motif que la disposition législative contestée n'était pas applicable au litige. Pour la cour d'appel, les contestations élevées dans l'instance portent en réalité sur la poursuite ou la mainlevée des soins psychiatriques sous la forme de l'hospitalisation complète de la requérante à la suite de la décision du préfet. Dans la mesure où la requérante remettait en cause son hospitalisation complète et non sa seule admission dans une unité pour malades difficiles, le juge considère que le requérant ne sollicitait pas son orientation dans un autre établissement psychiatrique, mais seulement la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète. La cour précise qu'« en l'état de ces éléments les questions posées, si elles ne semblent pas dépourvues de caractère sérieux, ne sont pas applicables au litige ». La cour d'appel investit donc le stade interventionniste d'interprétation sans que cela n'ait une quelconque influence sur la décision finale, puisqu'elle se doit d'arrêter son raisonnement au stade interventionniste d'évidence, en l'occurrence, ici, l'irrecevabilité de la QPC. Cette considération interprétative semble donc, ici, superflète.

6. L'arrêt rendu le 1^{er} décembre 2014 par la cour d'appel de Nîmes relève lui aussi du stade interventionniste d'évidence. L'auteur de la QPC contestait l'article L. 3211-12 du code de la santé publique. Or, la cour d'appel rappelle que le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé à deux reprises sur la constitutionnalité d'un tel article, dans une décision du 26 novembre 2010, et dans une autre du 20 avril 2012. Cet arrêt montre que les refus de transmission opposés en 2010 par les deux arrêts de la cour d'appel de Paris ont été surmontés par d'autres cours d'appel, peut-être même la cour d'appel de Paris elle-même.

7. Dans son arrêt du 13 octobre 2014, la cour d'appel de Paris considère que « la question posée ne peut être qualifiée de sérieuse en ce qu'elle n'est pas directement liée au cas d'espèce, à savoir l'appel d'une décision d'un juge des libertés et de la détention légalement compétent en matière d'hospitalisation sous contrainte, que le magistrat statuant en cause d'appel est délégué du premier président selon une ordonnance de roulement conforme aux dispositions du code de l'organisation judiciaire ; qu'aucun article de la Constitution, ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'est invoqué au soutien de ladite question prioritaire de constitutionnalité ». Dès lors, l'applicabilité à l'espèce de la QPC relève bien ici, pour la cour d'appel, de l'interprétation du caractère sérieux ou non du problème soulevé.

8. Dans son arrêt du 14 novembre 2016, la cour d'appel de Paris considère que « la question posée ne peut être qualifiée de sérieuse en ce que la convention européenne des droits de l'homme en son article 6-1, seule norme invoquée au soutien de la demande de transmission, n'est pas une norme constitutionnelle susceptible d'être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ». L'auteur de la question entendait par là contester le caractère non contradictoire de la procédure d'hospitalisation.

PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ ET JUGE ADMINISTRATIF DU PREMIER FILTRE

Annabelle PENA¹

Convaincre le juge du fond de la pertinence d'une question de constitutionnalité constitue la première marche à gravir pour atteindre aujourd'hui le prétoire du Conseil constitutionnel. Le rôle des juridictions du premier et du second degré de juridictions a en effet évolué depuis l'introduction du recours incident de constitutionnalité. La pratique contentieuse montre qu'elles se sont détachées rapidement de la lettre des textes qui définissent pourtant strictement la nature et l'étendue de leur contrôle. Sous le contrôle de leur Cour suprême respective, elles sont devenues aujourd'hui des acteurs à part entière du procès constitutionnel. Dans le même temps, que des personnes soient plus vulnérables que d'autres est une réalité naturelle qui envahit progressivement la sphère juridique sans que l'on puisse toutefois déterminer dans quelle mesure la situation de vulnérabilité du justiciable fait partie des variables susceptibles d'influencer positivement le juge du premier filtre. À l'aune des décisions rendues par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, la présente contribution entend livrer au-delà des constats, des pistes de réflexion et de proposition pour garantir une égalité entre les justifiants qui ne soit pas exclusivement formelle en ce qui concerne l'accès au juge constitutionnel.

L'objet de cette étude est d'analyser, sur une période allant de mars 2010 à décembre 2019, la jurisprudence rendue par le juge administratif du premier filtre en application des dispositions des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance n° 58-067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cette contribution s'inscrit dans le cadre du projet de recherche collective sélectionné par le Conseil constitutionnel et portant sur le sujet suivant : « **La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?** ». Elle ne poursuit donc pas l'ambition de livrer une analyse générale sur la portée du contrôle du premier filtre, mais uniquement de s'interroger sur l'effectivité de la procédure de la QPC lorsqu'elle est menée par des personnes en situation de vulnérabilité. Là encore, le champ de l'étude ne se veut pas exhaustif puisqu'il ne couvre pas l'ensemble des personnes pouvant potentiellement être en situation de vulnérabilité comme peuvent l'être notamment les personnes âgées. Seules sont concernées les catégories de personnes entrant dans le cadre du présent projet collaboratif, porté par les Professeurs Hubert Alcaraz et Caterina Severino.

¹ Professeur de droit public à l'Université de Toulon, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC-JCE, Toulon, France.

Encore convient-il de préciser que les investigations ont été menées à l'aune d'une double approche de la notion de vulnérabilité. La première a assimilé la notion de vulnérabilité à un état temporaire ou définitif caractérisant intrinsèquement une personne. Ce qui a permis de contenir dans une même catégorie les personnes malades, les personnes handicapées, les enfants, etc. La seconde, complémentaire de la première, envisage la notion de vulnérabilité comme un état subi à raison de l'intervention de facteurs exogènes plaçant les personnes dans une situation de vulnérabilité. En ce sens, les étrangers ne sont pas, en tant que tels, dans une situation de vulnérabilité mais peuvent le devenir en raison du statut que leur applique la législation nationale. Il en est de même des personnes placées en détention ainsi que des gens du voyage faisant l'objet d'un statut administratif dérogatoire au droit commun.

I. Méthodologie de la recherche

La qualité du logiciel d'extraction que constitue *Ariane*, bien plus complet que son homologue *Arianeweb* disponible en accès libre sur le site du Conseil d'État, a permis de cibler la recherche avec un degré de précision relativement satisfaisant. On se doit, à cet égard, de remercier vivement le Conseil d'État pour nous avoir permis d'utiliser librement, et sans la moindre restriction, un logiciel dont l'usage est exclusivement réservé aux magistrats administratifs. En pratique, cet outil s'est révélé précieux dans la mesure où il centralise un nombre d'arrêts et de jugements bien plus important que ceux que le Conseil d'État met à disposition du public à travers le logiciel *Arianeweb*. Il permet par ailleurs de cibler la recherche par mots-clés tout en autorisant le chercheur à affiner sa demande soit par l'exclusion de termes (sauf) soit par l'intégration des déclinaisons d'un même terme ou d'une expression (**).

En dépit de sa qualité, le logiciel a cependant peiné à satisfaire toutes les attentes du chercheur compte tenu de ses limites intrinsèques.

Première limite, les ordonnances QPC, qui constituent le support privilégié des décisions du juge du premier filtre en application des dispositions de l'article R. 771-7 du code de justice administrative, ne sont pas systématiquement versées dans la base de données. Leur recensement demeure néanmoins possible dès lors qu'elles apparaissent normalement dans les visas des décisions rendues au fond. En revanche, l'absence d'accès à leur contenu est de nature à priver le chercheur d'indications précieuses sur la manière dont les juridictions administratives de premier et second degrés exercent leur mission de filtre.

Deuxième limite, si le moteur de recherche permet d'extraire, avec une marge d'erreur réduite, l'ensemble des décisions QPC du juge du premier filtre, il ne permet pas en revanche d'identifier avec précision les décisions de non-transmission. De telles décisions ne présentent en effet aucun signe particulier sur le plan formel qui permette de les distinguer des autres décisions QPC. De même, l'absence d'harmonisation rédactionnelle de leur dispositif selon les juridictions administratives limite également les potentialités d'une recherche par mots-clés.

Troisième limite, la recherche a éprouvé les plus grandes difficultés à extraire les décisions rendues par les cours administratives d'appel sur une contestation de refus de transmission. Une recherche ciblée n'a en effet permis d'identifier qu'une douzaine d'ordonnances pour l'ensemble de l'activité des cours administratives d'appel (hors matière fiscale) depuis 2010 ! Or, s'il est acquis que l'appel des décisions de refus de transmission des tribunaux administratifs reste rare, ce résultat ne saurait être représentatif, du moins nous l'espérons, de l'ensemble du contrôle exercé par les cours administratives d'appel sur les décisions QPC rendues par le premier filtre. Il convient de noter que le rapport d'activité du Conseil d'État n'apporte sur ce point aucune indication particulière dans la mesure où il intègre comme données brutes les décisions rendues par les cours administratives d'appel sans faire le départ entre les mémoires QPC introduits en contestation d'un refus de transmission et les questions de constitutionnalité présentées pour la première fois devant elles.

Il convient enfin de nuancer le taux de refus de transmission des questions de constitutionnalité par les juridictions administratives de premier et second degrés dès lors qu'il intègre les refus de transmission pris sur le fondement de l'article R.* 776-1 du code de justice administrative, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel est en cours d'instruction d'une question prioritaire de constitutionnalité similaire mettant en cause pour les mêmes motifs la disposition législative critiquée.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, les résultats de l'étude doivent donc être lus avec mesure et précaution, car s'ils permettent d'apporter un éclairage sur la manière dont les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel exercent leur rôle de juge du premier filtre sur les questions prioritaires de constitutionnalité, ils ne sauraient toutefois, sans une étude complémentaire, servir de fondement à toute forme de systématisation.

II. Les chiffres

L'utilisation du logiciel Ariane a permis de recenser **8 861 QPC introduites devant les tribunaux administratifs (6 521) et cours administratives d'appel (2 340) jusqu'en décembre 2019. Aucune ne vise précisément les « personnes vulnérables » ou les « personnes en situation de vulnérabilité ».** Ces chiffres sont supérieurs à ceux produits dans le rapport annuel du Conseil d'État et de la juridiction administrative réalisé par la section du rapport et des études (SRE) qui reprend notamment l'activité des juridictions administratives au cours de l'année écoulée. Cela tient au fait que la recherche brute sur le mot-clé « question prioritaire de constitutionnalité » recense toutes les décisions dans lesquelles apparaît l'expression. En conséquence, elle intègre également les jugements et arrêts rendus au fond portant dans leurs visas mention des décisions QPC. À l'issue de l'année 2018, le Conseil d'État recensait 5 000 QPC enregistrées par les juridictions administratives depuis les débuts de la procédure : **3 728 QPC devant les tribunaux administratifs et 1 284 QPC devant les cours administratives d'appel. Le cap des 6 000 QPC est désormais dépassé.** L'année 2019 a en effet été une année exceptionnelle puisqu'elle a engrangé à elle seule 1 000 QPC supplémentaires devant les juridictions administratives du 1^{er} et second degré. Il s'agit là d'un record historique ; même à ses

débuts, alors qu'elle bénéficiait de l'engouement de la nouveauté, la procédure de la QPC n'a pas donné lieu à un taux de saisine aussi spectaculaire (732 en 2010 et 593 en 2011). En raison de l'effet levier des premières années d'exercice, le taux moyen de transmission à la Haute juridiction administrative est de 10 % pour la période de 2010 à 2019. Au vu de ces dernières années, il sied toutefois de rabaisser le curseur dans une fourchette de 5 à 7 %. **En fin de compte, ce sont une trentaine de QPC qui sont transmises en moyenne chaque année au Conseil d'État par les tribunaux administratifs et moins d'une dizaine par les cours administratives d'appel. Parmi elles, peu concernent les personnes en situation de vulnérabilité.**

Dans une seconde étape, du volume global des requêtes QPC ont été écartées toutes les questions de constitutionnalité portant sur le droit fiscal, le droit de l'environnement ainsi que le droit de l'urbanisme et de la construction. **Il a ainsi été ramené à un volume de 896 QPC présentées devant les tribunaux administratifs et de 656 QPC pour les cours administratives d'appel, soit 1 552 QPC toutes juridictions confondues.** Toutes ces décisions ne concernent évidemment pas les personnes en situation de vulnérabilité, mais le nombre est tout de même significatif puisque **37,6 % des QPC devant les tribunaux administratifs et 36,89 % des QPC devant les cours administratives d'appel concernent des personnes en situation de vulnérabilité.** Encore convient-il de préciser que la quasi-totalité des QPC recensées implique les étrangers. Ce qui n'a en soi rien de surprenant à partir du moment où le contentieux du droit des étrangers est également celui qui pèse aussi le plus lourdement sur l'activité des juridictions administratives puisqu'il représente à lui seul 37,5 % de l'activité des tribunaux administratifs et 49,4 % de celle des cours administratives d'appel pour l'année 2018.

Dans une dernière étape qui a consisté à réserver les QPC portant sur le droit des étrangers, on a pu observer que **le nombre des QPC concernant les personnes en situation de vulnérabilité se réduit alors à peau de chagrin avec une vingtaine de QPC seulement.** Ce qui est finalement très peu. C'est pourquoi ce résultat a été mis à l'épreuve de l'activité d'une juridiction administrative en particulier, le tribunal administratif de Toulon. On soulignera que cette démarche n'aurait pu être couronnée de succès sans l'intervention bienveillante de son président, M. Michel Lascar, qui a ouvert les portes des archives de la juridiction toulonnaise et mis à notre disposition l'ensemble des QPC introduites devant elle. **Ainsi, ce sont 35 QPC qu'a eu à connaître le tribunal administratif de Toulon depuis les débuts de la procédure QPC avec un taux de transmission de 5,7 %** (ce qui est conforme au taux moyen de transmission des tribunaux administratifs). La moitié des QPC introduites portent sur questions d'ordre fiscal ou financier, le reste se répartit entre la fonction publique et le droit de l'urbanisme et de la construction. **Une seule s'inscrit le cadre de notre étude puisqu'elle concerne une personne hospitalisée.** Ces résultats tendent donc à accréditer ceux précédemment dégagés dans le cadre d'une démarche plus globale.

III. Dans le registre des constats et des pistes de réflexion

L'analyse approfondie de la jurisprudence administrative ainsi sélectionnée appelle une série de constats et d'observations.

A. La situation de vulnérabilité ne facilite pas l'accès au prétoire du juge constitutionnel

La part relativement faible des questions de constitutionnalité soulevées par des personnes en situation de vulnérabilité, en dehors du cas particulier des étrangers, montre que l'accès à la **juridiction constitutionnelle reste encore difficile**. C'est au demeurant moins le mécanisme de la QPC qui est en cause que la faculté même des personnes vulnérables à faire appel au juge, qu'il soit constitutionnel ou non. De surcroît, peu importe également que la situation de vulnérabilité soit une caractéristique intrinsèque de la personne concernée ou qu'elle soit la conséquence d'une législation qui place l'individu dans une situation de vulnérabilité, le constat reste le même : la situation de vulnérabilité se répercute dans la mise en œuvre du droit d'accès au juge par les personnes concernées. Si cette considération dépasse largement la seule question de l'accès au prétoire constitutionnel, il y a lieu, à tout le moins, de relever que les personnes en situation de vulnérabilité n'ont manifestement pas développé un « réflexe constitutionnel ».

Il est à cet égard frappant de constater, par exemple, que l'application de la loi du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe n'a donné qu'à très peu de décisions du Conseil d'État en près d'un demi-siècle. Il est tout aussi frappant de constater qu'aucun recours incident de constitutionnalité n'a été introduit devant le juge administratif du premier degré pour en contester la constitutionnalité et qu'il a fallu attendre 2012 pour que le Conseil d'État soit directement saisi de la constitutionnalité du régime de circulation des gens du voyage². Les difficultés à s'assurer les services d'un avocat en l'absence d'ancrage territorial alors que leur illettrisme les empêche bien souvent de s'en dispenser constituent autant d'éléments qui peuvent expliquer la faible activation des voies de recours juridictionnels par les gens du voyage. La situation de fragilité dans laquelle peuvent se retrouver des individus les détourne bien souvent des solutions contentieuses que pourrait envisager plus naturellement tout autre justiciable. Ce qui tendrait à expliquer, dans un autre registre, pourquoi la question de l'autonomie des personnes handicapées a été abordée sous l'angle particulier de la compensation financière des départements³ et qu'elle n'a jamais été portée par les premières personnes concernées au regard, par exemple, des conditions permettant à des personnes handicapées de bénéficier de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA).

² CE, 17 juillet 2012, *M. J.-C. Peillex*, n° 359223.

³ TA, Rennes, ord., 3 mars 2011, Département des Côtes-d'Armor, n°1005307 QPC ; TA, Rennes, 3 mars 2011, département d'Ille-et-Vilaine, n° 1005128 QPC ; TA, Montreuil, 28 janvier 2011, Département de la Seine-Saint-Denis, n° 1006740.

De surcroît, il apparaît que, lorsqu'elle est initiée, **la procédure de la QPC n'est pas forcément menée avec l'assistance d'un avocat**. Il n'y a donc rien de surprenant à constater que la question de constitutionnalité se heurte fatalement aux conditions de recevabilité soit du recours au fond soit du recours incident de constitutionnalité. Par exemple, pour la seule question de constitutionnalité répertoriée dans le **domaine de l'hospitalisation des malades**, le tribunal administratif de Toulon a prononcé une décision de refus de transmission en raison de « l'imprécision des dispositions législatives critiquées et de celles de valeur constitutionnelle qui seraient méconnues ainsi que la nature des moyens invoqués »⁴. Cette conclusion n'est guère contestable au regard de la question de constitutionnalité soutenant que « la loi 83-25 dite "forfait journalier et autres" sont contraires aux dispositions de protection sanitaire et sociale résultant de la Constitution, des droits de l'homme, ainsi que la charte du patient hospitalisé et du serment d'Hippocrate » au motif que « le montant du forfait hospitalier de seize euros par jour doit être assimilé à un vol, eu égard au coût d'un panier-repas n'excédant pas cinq euros, et que le prix de journée réclamé lors d'une hospitalisation doit être assimilé à un vol ». En revanche, plus convaincante pouvait apparaître la question de la constitutionnalité soulevée par le père d'un **enfant handicapé faisant l'objet d'un placement d'office de déscolarisation** au motif qu'en instaurant un dualisme juridictionnel en fonction de l'âge de la personne, les dispositions de l'article L. 241-9 du Code de l'action sociale et des familles étaient contraires à la Constitution et notamment au principe d'égalité devant la loi. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a toutefois refusé d'exercer son contrôle du filtre après avoir relevé que le litige échappait à la compétence du juge administratif⁵.

B. La situation de vulnérabilité n'exerce aucune influence sur le contrôle opéré par le juge administratif du premier filtre

Nous sommes encore loin de la situation qui caractérise le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme qui intègre, de manière concrète, dans son examen la situation de vulnérabilité des personnes concernées. Rien de tel devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel qui assument leur rôle de filtre sans tenir compte de la situation de fragilité dans laquelle pourrait se trouver l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité. **Les questions de constitutionnalité intéressant les personnes en situation de vulnérabilité sont traitées au même titre que toutes les autres**. Les conditions de vie ou le statut ne sont donc pas de nature à inciter le juge du filtre à lever les dernières réticences pouvant subsister à la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État.

⁴ TA, Toulon, ord., 15 avril 2011, *M. L.*, n° 1100848.

⁵ CAA, Bordeaux, ord., 25 février 2013, *M. J.C. O.*, n° 13BX00157.

C. La cause des personnes en situation de vulnérabilité est mieux défendue lorsqu'elle est portée par la voie associative

Les chances d'accéder au prétoire du Conseil constitutionnel augmentent considérablement lorsque la défense des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité est portée par des associations. Cela se vérifie en matière de protection des droits des détenus puisque la grande majorité des décisions rendues sur le sujet par le Conseil constitutionnel l'ont été à la suite des questions de constitutionnalité soulevées par la Section française de l'observatoire international des prisons⁶. Ce constat se vérifie également concernant les questions de constitutionnalité intéressant les gens du voyage, portées principalement par l'Union de défense des forains ou individuellement par son président⁷. Inversement, on note que la protection des droits fondamentaux des autres catégories de personnes vulnérables pâtit de l'absence d'implication des associations pour porter leur voix et défendre leurs droits devant le juge.

D. L'examen de la condition d'applicabilité des dispositions législatives au litige est de nature à bloquer le cheminement de la QPC

Le contrôle d'une telle condition conduit en effet le juge *a quo* à aller jusqu'à vérifier que la personne vulnérable se trouve réellement affectée dans ses droits. Ce qui signifie qu'il ne suffit pas que les dispositions législatives soient applicables au litige, il faut également que l'application des dispositions législatives critiquées exerce une influence sur la situation personnelle de l'auteur de la QPC dans l'exercice concret de ses droits fondamentaux.

Dans cette logique d'appréciation concrète de la violation des droits fondamentaux, la cour administrative d'appel de Lyon a ainsi confirmé le refus de transmission, opposé par le juge du filtre du premier degré, de la question de constitutionnalité portant sur les dispositions du IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) dans sa rédaction issue de l'article 27 de la loi du 7 mars 2016 après avoir relevé que :

« en admettant que les dispositions législatives en cause soient contraires aux principes à valeur constitutionnelle invoqués par M. A., la déclaration de leur inconstitutionnalité serait sans effet sur le litige qu'il a soumis au tribunal administratif de Lyon, puis par voie de l'appel, à la cour administrative de Lyon, dès lors qu'il est constant qu'il a été en mesure de saisir le tribunal administratif de Lyon dans le délai imparti par ces dispositions et que sa demande a, en conséquence, été examinée au fond et non rejetée pour tardiveté ; qu'il suit de là que cette question prioritaire de constitutionnalité qui au demeurant est dépourvue de caractère sérieux, ne peut être regardée comme se rapportant à des dispositions législatives applicables au litige eu

⁶ Décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019 ; décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 ; décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016.

⁷ Décision n° 2019-805 QPC du 27 septembre 2019 ; décision n° 2019805 QPC du 27 septembre 2019 ; décision n° 2012279 QPC du 5 octobre 2012.

sens et pour la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article 23-2 de l'ordonnance susvisée du 7 novembre 1958 modifiée⁸. »

L'absence d'affectation concrète des droits fondamentaux du requérant a donc abouti au refus de transmission alors que la question de constitutionnalité était pour le moins sérieuse à lire la décision rendue quelques mois plus tard par le Conseil constitutionnel et prononçant la censure des dispositions législatives critiquées⁹.

Il incombe donc au plaideur de démontrer l'inconstitutionnalité de la loi au moment de son application et d'inscrire sa contestation dans une perspective résolument concrète. C'est pourquoi la même question de constitutionnalité a pu en revanche prospérer lorsqu'elle a été soulevée par un étranger détenu faisant appel du jugement rejetant comme tardif le recours qu'il avait introduit contre l'obligation de quitter le territoire français dont il faisait l'objet¹⁰.

E. Le juge administratif du premier filtre s'est libéré des conditions posées par la loi organique pour opérer un contrôle positif de constitutionnalité des dispositions législatives critiquées

La pratique de la QPC au sein des juridictions administratives a évolué avec le temps et, en définitive, beaucoup plus rapidement qu'on aurait pu le penser puisque les juridictions administratives se sont éloignées, dès 2010, d'une interprétation stricte des dispositions de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 pour s'en détacher complètement à partir de 2013. Cette tendance se confirme dans le domaine de la protection des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité. Force est en effet de constater que les ordonnances de transmission fondées sur le caractère non dénué de sérieux de la question de constitutionnalité sont non seulement rares mais également concentrées sur les premières d'années de mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008¹¹. Désormais, lorsque le contrôle de la recevabilité atteint le stade de la troisième condition posée par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la tendance durablement ancrée au sein des juridictions administratives est bien d'opérer un contrôle du caractère sérieux de la question. **Il en résulte que la première marche vers l'accès de la QPC au prétoire du Conseil constitutionnel passe désormais par le contrôle indéfectible du caractère sérieux de la question de constitutionnalité**, le juge du filtre passant, dans tous les cas, la question de constitutionnalité au tamis de la jurisprudence constitutionnelle pour apprécier l'opportunité juridique de la transmettre à la Cour suprême dont il relève.

Si les juridictions administratives se sont familiarisées avec cette procédure, il sied toutefois de relever que le degré d'appropriation de la matière constitutionnelle reste variable selon les magistrats administratifs sans qu'il soit possible de mesurer l'amplitude exacte de ces variations.

⁸ CAA, Lyon, 17 octobre 2017, *M. A. A.*, n° 17LY03360, 17LY03361.

⁹ Décision n°2017-709 QC du 1^{er} juin 2018.

¹⁰ CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603.

¹¹ TA, Strasbourg, 23 mai 2013, *M^{me} Minela Alieva*, n° 1202463 ; TA, Melun, 20 juin 2013, *M. Azdine Abdoulwahad*, n° 133180/4.

Une illustration pourra être donnée ici à travers l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Strasbourg refusant de transmettre au Conseil d'État la question de la conformité à la Constitution des dispositions du paragraphe IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France. Si l'activation du mécanisme de la QPC apparaît rétrospectivement légitime au vu de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2018-709 QPC du 1^{er} juin 2018, force est en revanche de relever que le juge du premier filtre est parvenu à une conclusion inverse au vu d'un raisonnement qu'il importe de livrer ici en l'état :

« Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 7 mars 2016 que les dispositions législatives contestées, non envisagées par le projet de loi, ont été introduites au cours des débats pour permettre que le magistrat désigné par le président du tribunal administratif statue dans les 72 heures sur les recours exercés par des personnes détenues contre l'obligation de quitter le territoire qui leur est faite ; qu'il ressort également des débats que le législateur a, en raison de la brièveté du délai de recours de 48 heures et des obstacles que peuvent rencontrer les personnes détenues pour être assistées dans leurs démarches contentieuses, introduit l'obligation d'informer le détenu de ses droits de faire appel à un interprète et à un conseil : que cette obligation d'information imposée lors de la notification de l'obligation de quitter le territoire français est de nature, contrairement à ce que soutient M. Bathily, à garantir le caractère effectif du droit à un recours juridictionnel découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; que, par suite, il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct présenté par M. Bathily, que le moyen tiré de ce que la durée du délai de recours contentieux prévue par les dispositions précitées du IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile porte une atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif pose une question dépourvue de caractère sérieux au sens du 3° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel »¹².

Cette position a été démentie par la cour appel de Douai qui a transmis la question de constitutionnalité au Conseil d'État¹³. Il en découle qu'en l'absence d'appel, le contrôle au fond du premier filtre peut s'avérer bloquant.

12 TA, Strasbourg, 2 mars 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 1700586.

13 CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603.

F. Le contrôle du caractère sérieux de la question de constitutionnalité peut se révéler bloquant

À l'issue des investigations menées par la présente étude, le refus de transmission décidé par le premier filtre en raison de l'absence de caractère sérieux de la question de constitutionnalité posée n'apparaît pas toujours justifié. Force est en effet de relever que certaines décisions du Conseil constitutionnel intéressant les droits des personnes en situation de vulnérabilité sont venues répondre à des moyens d'inconstitutionnalité précédemment enterrés par le juge du filtre dans le cadre d'un autre procès. Cette situation a pu se vérifier à plusieurs reprises. On en citera un exemple concernant la constitutionnalité de la loi Besson du 5 avril 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage dans sa rédaction issue des lois du 7 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté et du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites. Le contrôle exercé par le premier filtre a eu pour effet d'interrompre, à deux reprises, le parcours contentieux d'une question de constitutionnalité dont le caractère sérieux a été postérieurement reconnu par le Conseil d'État¹⁴.

TA, Besançon, ord., 4 juin 2019, M^{me} Prud'homme et M. Renard¹⁵ : l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 9 de la loi Besson du 5 juillet 2000, dans leur rédaction issue de la loi Carle du 7 novembre 2018, a été soulevée devant le tribunal administratif de Besançon à l'occasion de la contestation d'une décision préfectorale de mise en demeure de quitter les lieux. Les requérants invoquaient, en particulier, l'inconstitutionnalité du paragraphe III de l'article 9 dans la mesure où il autorise les maires de communes qui ne sont pas membres d'un établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'accueil des gens du voyage à recourir à la procédure d'évacuation forcée à l'encontre de gens du voyage installés sur des terrains leur appartenant.

Alors que, quelques mois plus tard, le moyen tiré de la violation du droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, va justifier aux yeux du Conseil d'État le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et entraîner la censure partielle de la loi¹⁶, le juge administratif de Besançon l'a considéré, quant à lui, la question dépourvue « de tout caractère sérieux » après avoir estimé que : « il ne ressort pas de l'analyse de la loi du 5 juillet 2000 que les dispositions législatives contestées instituent une distinction entre les propriétaires du terrain sur lequel stationne leur résidence mobile selon qu'il s'agisse de "français itinérants" ou non ». Le raisonnement retenu par le juge du filtre est d'autant plus surprenant que la spécificité du champ d'application de la loi critiquée ressort de son intitulé même. Au bout du compte, la question de constitutionnalité n'a pas été transmise au Conseil d'État.

14 Conseil d'État, *Union de défense active des forains et autres*, n° 430064.

15 N° 1900932.

16 Décision n° 2019805 QPC du 27 septembre 2019.

TA, Lyon, ord., 22 mai 2019, *M. Clément*¹⁷ : La question de la conformité à la Constitution des récentes modifications apportées à l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 a également été soulevée devant le tribunal administratif de Lyon. Saisi au fond de la légalité de l'arrêté du préfet du Rhône mettant en demeure un groupe de gens du voyage de quitter les lieux illicitement occupés, le juge *a quo* a estimé qu'il n'avait pas à se prononcer sur la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité à partir du moment où était prononcé l'annulation de l'acte administratif contesté 16. Le contrôle du filtre n'a donc pas été exercé. De surcroît, seuls les visas de l'ordonnance permettent d'établir qu'une question prioritaire de constitutionnalité a bien été soulevée lors du procès principal puisque le dispositif de l'ordonnance du juge administratif ne comporte ainsi aucun article propre à la procédure QPC. Dans cette affaire, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité n'a donc pas été respecté par le juge *a quo* en méconnaissance des dispositions pertinentes du code de justice administrative.

Il n'est pas possible de déterminer si ces deux ordonnances sont le reflet d'une pratique récurrente des juridictions administratives. En revanche, leur existence montre que le mécanisme du premier filtre peut buter non seulement sur l'interprétation constitutionnelle à laquelle le juge se livre parfois de manière hasardeuse, mais également, sur l'application qu'il peut faire de règles procédurales détachant le procès constitutionnel du litige principal. Le résultat s'avère, dans le cadre de ces deux affaires, d'autant plus fâcheux que les prétentions des requérants se sont finalement révélées constitutionnellement légitimes aux yeux du Conseil constitutionnel.

G. Le refus de transmission du juge du premier filtre met généralement un terme définitif à la procédure de la QPC

Les ordonnances de refus de transmission font rarement l'objet d'une contestation devant les cours administratives d'appel, ce constat n'épargne pas les refus de transmission des questions de constitutionnalité soulevées par les personnes en situation de vulnérabilité. En effet, seulement deux cas de contestation d'une ordonnance de refus de transmission au Conseil d'État d'une question de constitutionnalité soulevée par une personne en situation de vulnérabilité ont pu être identifiés dans le cadre de la présente étude. Le fait qu'ils portent tous deux sur la constitutionnalité des mêmes dispositions législatives est particulièrement intéressant. Dans les deux affaires était en cause le refus de transmission de la question de constitutionnalité mettant en cause les dispositions du IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans sa rédaction issue de l'article 27 de la loi du 7 mars 2016. Pourtant, le dispositif des décisions rendues a été différent.

CAA, Lyon, 17 octobre 2017, *M. Abdelkader Amri*¹⁸ : la Cour administrative de Lyon a confirmé le refus de transmission après avoir relevé que : « en admettant que les dispositions législatives en cause soient contraires aux principes à valeur constitutionnelle invoqués par M. A., la déclaration de leur inconstitutionnalité serait sans effet sur le litige qu'il a soumis au tribunal administratif de Lyon,

17 N° 1903933.

18 N° 17LY03360, 17LY03361.

puis par la voie de l'appel, à la cour administrative de Lyon, dès lors qu'il est constant qu'il a été en mesure de saisir le tribunal administratif de Lyon dans le délai imparti par ces dispositions et que sa demande a, en conséquence, été examinée au fond et non rejetée pour tardiveté ; qu'il suit de là que *cette question prioritaire de constitutionnalité qui au demeurant est dépourvue de caractère sérieux*, ne peut être regardée comme se rapportant à des dispositions législatives applicables au litige eu sens et pour la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article 23-2 de l'ordonnance susvisée du 7 novembre 1958 modifiée ».

Quelques mois plus tard, la Cour administrative d'appel de Douai va quant à elle décider de transmettre la question au Conseil d'État estimant fondé le doute sur la constitutionnalité de dispositions législatives limitant sensiblement les délais de recours au regard du droit au recours des étrangers détenus en prison¹⁹.

Il est à l'heure actuelle impossible d'évaluer la place comme l'influence réelle de la voie de l'appel dans la procédure de la QPC, car le flux contentieux reste difficilement identifiable. Néanmoins, tout porte à croire que la voie de l'appel peine ici à jouer pleinement son rôle. Il n'y a guère lieu de douter que les conditions de recevabilité des recours introduits contre les ordonnances de refus de transmission ne facilitent pas la tâche des plaideurs à partir du moment où la contestation du refus de transmission d'une QPC ne suit pas devant le juge administratif d'appel la même procédure que celle suivie lorsque la question de constitutionnalité est soulevée pour la première fois. La position retenue par le Conseil d'État consiste en effet à privilégier les dispositions de droit commun de la procédure d'appel. Cette absence de particularisme procédural devant le juge administratif a probablement pour conséquence d'amplifier le caractère diffus du contrôle en diluant artificiellement le moyen d'inconstitutionnalité dans le procès ordinaire. La QPC perd ainsi la spécificité qui la caractérise en première instance tant au regard de l'instruction que du délai imparti au juge du filtre pour se prononcer. Ce qui constitue une source de confusion pour les plaideurs qui en oublient de déposer devant la cour administrative d'appel un mémoire distinct.

En définitive, cette voie de recours, pourtant essentielle, apparaît globalement peu efficace ou délaissée par des plaideurs découragés par la lenteur du traitement des recours contestant l'appréciation constitutionnelle du juge administratif du premier degré. Ce délaissement de la voie de l'appel a inévitablement pour effet de renforcer la portée du contrôle exercé par les tribunaux administratifs, qui prend ainsi les allures d'un contrôle décentralisé de fait puisque, à raison des irrecevabilités formelles ou de l'absence d'opportunité pour le justiciable à le contester, le refus de transmission échappe dans la grande majorité des cas à toute forme de contrôle juridictionnel. Ce qui n'est pas une bonne chose.

¹⁹ CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603.

H. La pratique des recours « construits » se développe pour contourner un filtre perçu comme bloquant par les plaideurs

Certains plaideurs cherchent à contourner le contrôle du premier filtre en créant artificiellement un litige devant le Conseil d'État. Ce qui fait que le litige principal ne trouve alors plus sa source dans l'application de la loi, mais dans le refus du pouvoir réglementaire d'abroger le décret d'application de la loi critiquée. La contestation des articles législatifs visés par la QPC constitue la véritable raison d'être du recours contre le refus d'abrogation du décret d'application d'une loi, qui, pour le reste, comporte essentiellement un moyen d'inconventionnalité. Relevons que cette construction n'est toutefois pas inédite dans le contentieux administratif dans la mesure où il ne s'agit en fait que de la transposition sur le terrain de la constitutionnalité de ce que le Conseil d'État admet depuis longtemps sur le terrain de l'inconventionnalité de la loi. Ce type de « recours construit » n'est donc rien d'autre qu'un « contentieux Alitalia »²⁰ dont le mérite est de jouer un effet de levier remarquable puisqu'il permet de former, sans limitation de délai, un recours contre tout refus d'abrogation d'un acte réglementaire se trouvant dans le champ d'une disposition législative et de fabriquer ainsi artificiellement un litige sans lequel la Constitution interdit qu'une QPC soit posée²¹.

Entre mai 2010 et septembre 2019, plus de 60 questions prioritaires de constitutionnalité ont ainsi été introduites, en dehors de la matière fiscale, devant le Conseil d'État à la suite d'un refus d'abrogation d'un décret d'application. Il est intéressant de constater que dans plus de 60 % des cas, le mécanisme de l'abrogation du décret d'application a été utilisé par des associations, des syndicats ou des organisations d'ordre professionnel pour camper le procès constitutionnel hors du champ des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Initiée dès 2010²², cette pratique tend au demeurant à s'ancrer dans la pratique, surtout auprès des associations de défense des droits fondamentaux²³. Il est vrai que si ce procédé présente l'avantage de contourner un éventuel refus de transmission du juge du premier filtre tout en limitant les coûts de procédure, il permet surtout de ne pas à avoir à attendre que se noue un litige dans lequel poser une question de constitutionnalité. Il sied de relever également au titre des avantages du recours « construit » qu'il permet au demeurant d'éviter les inconvénients de l'appel en cas de refus de transmission, le plaideur préférant opter pour un nouveau contentieux devant le Conseil d'État plutôt que de s'en remettre à l'appréciation d'une cour administrative d'appel. Il est, dans ces conditions, remarquable de constater que la Haute juridiction administrative assume sans réserve la justiciabilité d'« actes prétextes » là où le juge administratif du premier filtre tend à multiplier les obstacles au cheminement de la QPC. Au titre des recommandations

20 CE, Assemblée, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052.

21 Conclusions du rapporteur A. BRETONNEAU sous CE, 13 avril 2016, *Cimade et autres*, n° 394114.

22 CE, 2 février 2012, *M^{me} L...*, n° 355137.

23 Voir, entre autres, CE, 5 octobre 2012, *M. Peillex*, n° 359223 ; CE, 24 février 2016, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 395126 ; CE, 27 septembre 2019, *Union de défense active des forains et autres*, n° 430064.

Le procès incident de constitutionnalité s'est imposé dans le paysage juridique français sans qu'il soit à l'heure actuelle pleinement possible de mesurer la pleine portée du rôle joué par les juges du premier filtre. Or, la pleine appréhension de l'effectivité du recours incident de constitutionnalité passe nécessairement par une étude plus approfondie des ordonnances prises par ces mêmes juges. Le fait qu'il ne soit pas totalement possible d'extraire le substrat jurisprudentiel constitue à cet égard un obstacle qu'il importe, avant tout autre chose, de lever.

I. Une harmonisation formelle de la jurisprudence QPC des juridictions administratives du premier et second degré

Une série de mesures simples pourraient aisément être mises en œuvre pour assurer une meilleure lisibilité du contentieux QPC devant le juge administratif du premier filtre.

- **Archivage systématique** des ordonnances rendues par le juge du filtre dans la base de données « Ariane » ;
- Mise en lumière des décisions QPC par une **mention spécifique**. Certaines juridictions ajoutent déjà à la numérotation traditionnelle de leurs décisions la mention « QPC », il serait de bienvenu de généraliser cette pratique à l'ensemble des juridictions administratives ;
- **Distinction formelle** des décisions de transmission et de refus de transmission ;
- **Harmonisation rédactionnelle** du dispositif des décisions QPC entre les différentes juridictions administratives.

Au niveau des cours administratives d'appel, il serait opportun d'assurer l'identification des ordonnances rendues sur contestation d'un refus de transmission prononcé par le juge du premier degré à travers la mise en place d'une double exigence :

- **Mention particulière** des décisions QPC rendues à la suite de la contestation d'un refus de transmission
- **Harmonisation rédactionnelle** faisant apparaître, dans le corps des décisions intervenant dans le même temps au fond, des conclusions clairement identifiées à travers la formule « *en ce qui concerne ou sur la contestation du refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité* ».

Ces recommandations qui intéressent au premier chef le chercheur seraient de nature à affiner également le degré de précision des statistiques établies par les services du Conseil d'État comme du Conseil constitutionnel.

Cette amélioration de la présentation formelle des jugements et des ordonnances du premier filtre n'est pas une fin en soi. Afin de rapprocher davantage la Constitution du justiciable comme du plaideur, il importe également de faciliter l'accès au prétoire constitutionnel des personnes en situation de vulnérabilité.

J. Propositions de réforme de la procédure de la QPC pour une meilleure prise en compte de la vulnérabilité de certaines catégories de justiciables

Des améliorations, d'ampleur variable, seraient à l'évidence de nature à assurer une plus grande fluidité dans le cheminement des QPC sans pour autant altérer la rigueur et la portée du filtrage qu'impose l'encadrement de leur flux. Si la première des propositions suggérées préconise l'ouverture de la procédure de la QPC au Défenseur des droits, les deux autres propositions, axées sur le cheminement contentieux des décisions du juge administratif du premier filtre, suggèrent, d'un côté, la suppression du double filtrage à l'égard des *décisions de transmission* et, de l'autre, une modification de la procédure d'appel applicable aux *décisions de non-transmission*.

1. Faire du Défenseur des droits un acteur dans le procès constitutionnel

Si la question prioritaire de constitutionnalité constitue un instrument démocratique permettant au justiciable de s'approprier la Constitution, le mécanisme procédural qui l'entoure reste complexe, trop technique, voire insaisissable, pour certaines catégories de justiciables plus fragiles. Sans le secours des associations, la démarche n'est le plus souvent pas lancée individuellement. Pour assurer pleinement l'effectivité du droit d'accès au juge constitutionnel des personnes vulnérables, il serait des plus opportuns de reconnaître au Défenseur des droits un rôle dans le procès constitutionnel. Il serait même temps que le Défenseur des droits puisse saisir directement le Conseil constitutionnel ou, qu'à tout le moins, son rôle ne soit plus limité à celui d'un simple intervenant. Au-delà de sa portée démocratique, il s'agirait là d'une garantie fondamentale pour assurer l'effectivité du droit au juge constitutionnel lorsque sont notamment concernées les justiciables les plus fragiles. Un tel élargissement du cercle des requérants constitutionnels ne serait pas constitutif d'une source d'inflation du contentieux constitutionnel si l'on en juge par la pratique des pays voisins du nôtre. Le temps du débat est dépassé, l'heure est venue de mener une réflexion sur les modalités d'une participation active du Défenseur des droits dans la procédure de la QPC. S'interroger sur la pertinence du maintien d'un filtrage à double détente à l'égard des décisions de transmission.

La proposition est indiscutablement audacieuse mais la question mérite cependant d'être posée au vu de l'évolution de la pratique contentieuse devant les juridictions du fond. Il ne semble plus possible de continuer d'appliquer une telle procédure en faisant fi de la place qu'occupe le juge du premier filtre dans le contrôle de constitutionnalité de la loi. L'accession du juge du premier filtre au rang d'interprète positif de la Constitution draine en effet dans son sillage de redoutables questions : si le refus de transmission ne peut se concevoir sans l'existence d'un contrôle en appel, est-il encore nécessaire que le doute sérieux retenu par le premier filtre à propos de la constitutionnalité d'une disposition législative soit confirmé par le Conseil d'État? Un tel contrôle s'imposait clairement dans l'esprit du législateur lorsque le contrôle du premier filtre se limitait au « caractère non dénué de sérieux » de la question de constitutionnalité posée. Ne doit-il pas aujourd'hui être partiellement remis en question ou, à tout le moins, discuté à partir du moment où le plaideur doit désormais convaincre non pas une fois, mais à deux reprises, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité qu'il

soulève. Il y a d'ailleurs ici un paradoxe. De deux choses l'une, ou bien le rôle du premier filtre en tant que juge constitutionnel positif est légitimé, auquel cas le contrôle « doublon » du Conseil d'État n'a plus vraiment de sens, ou bien, dans le cas contraire, c'est-à-dire si le contrôle de constitutionnalité du premier juge se conçoit de manière exclusivement déconcentrée, il faut alors en tirer la conséquence qui s'impose, à savoir qu'il ne peut incomber qu'à la Cour suprême d'apprécier le caractère sérieux de toute question de constitutionnalité. Une chose est cependant certaine, à user le justiciable par le jeu d'un filtrage à répétition, le risque est en effet grand que la procédure de la QPC se transforme en un contentieux d'élites, de moins en moins accessible pour les justiciables les plus vulnérables.

Si une telle proposition ne devait pas être retenue, il ne serait alors pas inutile non plus **d'accompagner davantage les juridictions administratives du premier et du second degré dans leur contrôle du caractère sérieux des QPC** qu'elles ont à connaître, la disparité des pratiques étant parfois déroutante. Car, si elles ont incontestablement progressé, les juridictions administratives ne marchent pas comme un seul homme. Aussi, si leur rôle d'interprète positif de la **Constitution** devait se confirmer, il ne serait pas alors inutile de leur donner l'ensemble des moyens indispensables à l'accomplissement de leur mission.

2. Repenser la procédure d'appel des décisions de non-transmission

Il semblerait également opportun de s'interroger sur la **pertinence des conditions procédurales entourant actuellement la contestation des refus de transmission devant les cours administratives d'appel**. L'élargissement du contrôle du juge du premier filtre au caractère sérieux de la question de constitutionnalité mériterait en effet d'être contrebalancé par une plus grande fluidité de la procédure d'appel des décisions de non-transmission devant les juridictions administratives. Il conviendrait, à cet égard, de faciliter la contestation des décisions de refus de transmission en alignant notamment les règles procédurales applicables devant les cours administratives d'appel sur celles retenues devant les cours d'appel de l'ordre judiciaire.

LE RÔLE DES ASSOCIATIONS DANS LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES EN QPC

Anna-Maria LECIS COCCO ORTU¹

Face à des violations perpétrées de manière individuelle à l'encontre d'un grand nombre de personnes, chaque individu peut se trouver, selon la métaphore utilisée par Cappelletti, dans le rôle de Don Quichotte qui se bat contre des moulins à vent². Cela est d'autant plus vrai s'agissant de personnes en situation de vulnérabilité. Ces dernières, en effet, le plus souvent ne se trouvent pas dans les meilleures conditions pour faire valoir leurs droits face à une violation, que ce soit à cause d'un manque d'information et de connaissance, à cause de la faiblesse de leurs moyens financiers ou encore en raison des conditions pratiques pour former un recours dans un certain délai.

Pour surmonter ces obstacles, ces personnes peuvent parfois compter sur le soutien d'associations qui ont fait de la protection judiciaire des droits l'un de leurs domaines d'action. Dans le cadre de ce projet, nous avons dès lors décidé d'analyser le rôle que ces associations peuvent jouer dans la protection des droits des personnes vulnérables par la voie de la QPC. Au cours de ces dix ans, les associations se sont révélées des acteurs incontournables de la nouvelle procédure, qu'ont peu à peu appris à exploiter dans ses différentes potentialités. Aux fins de cette étude, nous avons ainsi analysé l'impact des associations sur le contentieux QPC concernant les catégories des personnes se trouvant dans les situations de vulnérabilité sélectionnées. La méthodologie utilisée combine une analyse à la fois quantitative et qualitative, s'inspirant des méthodes développées dans de récentes études juridiques comparatives³, avec une étude de terrain par le biais d'entretiens avec des représentants des associations⁴. Le but est d'abord de mesurer, à l'aide d'indicateurs quantitatifs, la présence des associations dans le contentieux QPC dans les domaines concernés par ce projet, pour essayer ensuite d'appréhender le contexte d'origine de cette participation et son effective influence sur le contentieux, à l'aide d'indicateurs à la fois quantitatifs et qualitatifs ainsi que des entretiens.

¹ Maître de conférences en Droit public, Sciences Po Bordeaux, Membre associée, CDPC J.-C. Escarras, Univ. Toulon, Aix-Marseille Univ., Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Toulon, France.

² M. CAPPELLETTI, « Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile », *Riv. Dir. Proc.*, 1975, p. 374.

³ A. JAKAB, A. DYEVE , G. ITZCOVICH (dir.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, 2017 ; T. GROPPI, M.-C. PONTHEOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013. Sur l'utilité de mobiliser des méthodes empruntées des autres sciences sociales, et notamment de la sociologie, dans les études juridiques, voir aussi R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, *op. cit.* et ID., « From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies », *I-Con*, Vol. 11, n° 1, 2013, p. 1.

⁴ Selon celle qui a été définie une « perspective “user-based” » : voir V. ROUSSEL, « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droit et société*, Vol. n° 56-57, n° 1, 2004, p. 52 ; E. DESMET, « Analysing Users' Trajectories in Human Rights. A Conceptual Exploration and Research Agenda », *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 8, n° 2, 2014, p. 121.

En ce qui concerne l'analyse quantitative, tout d'abord, la recherche a été effectuée sur la totalité des QPC publiées jusqu'au 30 septembre 2019, afin de mettre en évidence : le nombre d'affaires concernant les catégories sélectionnées dans lesquelles des associations ont participé en tant que requérant ou tiers intervenant ; le nombre de décision de conformité et de non-conformité totale ou partielle ; les domaines concernés ; les associations intervenues. Dans cette phase, il n'y a eu ni de *case selection*, ni de délimitation temporelle de la recherche : toutes les QPC publiées au cours de ces dix ans ont été considérées. Uniquement pour les associations sélectionnées, nous avons également pris en compte les décisions de non-renvoi des QPC soulevées par elles devant le Conseil d'État. En raison des difficultés d'accès aux données concernant les juridictions de première instance et d'appel, nous ne disposons pas, en revanche, de données concernant les recours devant ces juridictions, même si ces informations ont été partiellement comblées par les entretiens⁵.

Ensuite, l'impact ne pouvant pas se mesurer seulement de manière quantitative par la présence et le taux de réussite, nous avons procédé à une analyse qualitative sur les stratégies contentieuses adoptées et sur la teneur des observations présentées par les associations, notamment par les trois associations choisies aux fins de ce projet. Dans cette phase nous avons dès lors procédé à une sélection des matériaux portant sur différentes sources : les décisions QPC sélectionnées lors de la première étape, les enregistrements des audiences publiques, des documents publiés par certaines associations, les documents et les informations mises à disposition par certaines associations. Cette analyse a été complétée à travers des entretiens directifs et semi-directifs et des questionnaires écrits.

Les associations choisies, toutes impliquées de manière plus ou moins directe dans la protection des droits des personnes se trouvant dans au moins une des situations de vulnérabilité sélectionnées pour le projet, sont : la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP), La Cimade et la section française de la Ligue des droits de l'homme (LDH), association de défense des droits à vocation générale, mais qui a souvent participé à la protection des droits concernés par ce projet, notamment vis-à-vis des étrangers ou des détenus⁶.

Une dernière précision méthodologique, nécessaire dans le cadre d'un projet se fondant sur le recours au droit comparé, concerne l'absence de comparaison pour cette partie du projet. Elle porte, en effet, uniquement sur l'expérience française, sans qu'une étude correspondant pour l'Espagne et l'Italie ne soit prévue. Cela est dû au fait qu'un premier regard sur la participation au contrôle de constitutionnalité incident dans les trois pays montre que le rôle des associations est moins considérable dans les deux autres contentieux, pour des raisons concernant les règles sur l'accès et le degré de concrétisation de la procédure notamment⁷. Ce rôle des associations constitue, dès lors,

5 Voir *infra* par. I.B et annexe n° 3.

6 Les personnes auditionnées, auxquelles je renouvelle mes remerciements les plus sincères, sont : Nicolas Ferran, responsable du pôle contentieux de la section française de l'OIP ; Gérard Sadik, responsable national du pôle asile de La Cimade, spécialisé en contentieux réglementaire ; Michel Tubiana, ancien Président et Président d'honneur de la LDH.

7 Voir les considérations que nous avons pu tirer dans notre étude, A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs. Étude sur l'élargissement du débat contradictoire dans un contrôle de constitutionnalité concret et objectif*, Paris, LGDJ, 2018.

une spécificité de la QPC qui mérite d'être préservée et renforcée, et qui est regardée avec intérêt notamment par la Cour constitutionnelle italienne⁸.

Nous allons dès lors analyser la présence des associations dans le contentieux QPC dans les domaines concernés par ce projet (I), pour essayer ensuite d'appréhender le contexte d'origine de cette participation et son effective influence sur le contentieux, à l'aide d'indicateurs à la fois quantitatifs et qualitatifs ainsi que des entretiens (II).

I. Les associations, acteurs incontournables de la QPC en matière de droits des personnes vulnérables

Les associations peuvent participer au contrôle de constitutionnalité des lois touchant aux droits des personnes vulnérables par des voies différentes (A), comme le montre l'analyse empirique des décisions (B).

A. Les différentes formes de participation des associations au contentieux QPC et l'importance du « litige stratégique »

Si en France les associations avaient déjà commencé depuis longtemps à exploiter la voie judiciaire dans les procès civil, pénal et surtout administratif, le contentieux constitutionnel est resté longtemps fermé aux groupes issus de la société civile⁹.

L'introduction de la QPC a changé la donne en ce qu'elle a ouvert la voie du contentieux constitutionnel non seulement à tout justiciable estimant qu'une disposition législative porte atteinte à ses droits et libertés garantis par la Constitution, mais aussi aux associations, qui ont progressivement intégré le « réflexe constitutionnel » en ajoutant l'argumentaire de l'inconstitutionnalité de la loi à leur arsenal juridique. La constitutionnalisation des branches du droit chère au Doyen Favoreu¹⁰ est ainsi devenue une constitutionnalisation des procédures, des contentieux, des stratégies judiciaires.

Les associations peuvent désormais participer au contentieux constitutionnel en défense des droits des personnes vulnérables de différentes manières.

⁸ Voir A.-M. LECIS COCCO ORTU, « *Amici curiae* et contrôle de constitutionnalité : la Cour constitutionnelle italienne relance le débat », *La lettre d'Italie*, n° 13-14/2019, p. 14. Voir aussi les Actes de la Journée d'étude organisée par la Cour constitutionnelle italienne à Rome, Palais de la Consulte, 18 décembre 2018 : *Interventi di terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre corti nazionali e sovranazionali*, Milan, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, et notamment la contribution par T. GROPPI, « Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia », p. 7, ainsi que notre contribution sur l'expérience française, p. 149.

Mise à jour : par une décision du 8 janvier 2020, la Cour constitutionnelle italienne a modifié son règlement intérieur pour introduire la possibilité pour des formations sociales sans but lucratif de présenter des *amicus curiae* brief ainsi que la faculté pour la Cour d'auditionner des experts. On peut dès lors s'attendre à une évolution du rôle des associations devant le juge constitutionnel italien dans les mois et ans prochains.

⁹ La pratique des « portes étroites », constituant la voie d'intervention officieuse au contrôle de constitutionnalité préventif, était peu exploitée par les associations pour plusieurs raisons, qui vont des délais courts du contrôle *a priori*, à l'absence de transparence de la procédure, à l'inexistence d'un « réflexe constitutionnel », etc. Tous ces facteurs avaient pour effet, en pratique, de réserver essentiellement cette voie de participation aux parlementaires et aux groupes déjà impliqués dans les activités de pression sur la prise de la décision politique qui, habitués à une activité de *lobbying* sur les institutions politiques, « prolongeaient » cette activité devant le Conseil constitutionnel.

¹⁰ L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in AA.VV., *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235, spéc. p. 244 ; voir aussi ID., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, 13, p. 17 et « La constitutionnalisation du droit », in AA.VV., *L'unité du droit, Mélanges R. Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25.

a) **Recours et soulèvement de la QPC.** Tout d'abord, elles peuvent être à l'origine d'un recours, notamment d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, et soulever une QPC. Elles peuvent aussi soulever la QPC ou présenter des observations à l'appui du renvoi de la QPC en tant que tiers intervenus dans le litige au fond initié par un autre requérant, que ce soit devant le juge judiciaire ou administratif, même si les régimes de l'habilitation à agir ou à intervenir font du contentieux administratif la voie privilégiée par les associations.

b) **Tierce intervention.** Ensuite, elles peuvent participer au contentieux constitutionnel par la voie de la tierce intervention devant le Conseil constitutionnel. En réalité, lors de l'introduction de la QPC, les interventions des tiers n'avaient pas été prévues. Dans le silence de la loi organique, le Conseil avait initialement décidé de ne pas mentionner les interventions dans son règlement intérieur non pas parce qu'il ignorait ou voulait exclure cette procédure, mais parce qu'il voulait laisser sa réglementation à la pratique jurisprudentielle¹¹. Dès les premiers mois, le Conseil constitutionnel a ainsi commencé à admettre des observations en intervention sur un fondement jurisprudentiel et, au bout de huit mois de pratique, il a modifié son règlement intérieur pour y inscrire les interventions¹².

Pendant ces années, des observations en intervention ont pu être présentées par des personnes physiques ainsi que des personnes morales – et notamment par des entreprises, des associations, des syndicats, des collectivités territoriales – dont « l'intérêt spécial » se basait sur des fondements très variés¹³. C'est sur la base d'« un intérêt très spécifique, souvent au niveau national, au maintien ou à l'abrogation de la loi »¹⁴ que les associations ont pu intervenir, en défense des droits touchés par les effets généraux de l'abrogation ou du maintien en vigueur de la norme censurée. Bien qu'en l'absence de critères de recevabilité bien définis, l'approche du Conseil à ce type d'interventions par des associations a été très ouvert. Ainsi, nous verrons que dans les catégories sélectionnées pour ce projet, le taux de participation des associations par voie d'intervention est plus important que celui de la participation par voie de recours, à travers le soulèvement des questions¹⁵.

c) **Sponsorship.** Enfin, même en l'absence d'une participation formelle, les associations peuvent participer au contentieux de manière indirecte en offrant leur assistance à la partie ayant soulevé une QPC, à travers celle qui a été dénommée *sponsorship*. Cette stratégie judiciaire, qui trouve son origine

11 M. GUILLAUME, « La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », in J.-B. PERRIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 125.

12 CC, Décision n° 2011-120 ORGA du 21 juin 2011. L'article 6 du règlement dispose qu'« une personne justifiant d'un intérêt spécial » peut adresser des observations en intervention relatives à une QPC. Néanmoins, les critères qui qualifient de « spécial » l'intérêt d'un tiers ne sont pas précisés. Dans sa jurisprudence, le Conseil n'en dit pas beaucoup plus, puisque les décisions de recevabilité ou de rejet des interventions, communiquées par voie télématique et confidentielle aux intervenants, ne sont pas motivées. Le Règlement intérieur dispose tout simplement que le Conseil décide de la recevabilité des interventions (art. 6 al. 2) et que lorsqu'elles ne sont pas admises, le Conseil constitutionnel doit en informer l'intéressé (art. 6 al. 5). Dans quelques cas, l'irrecevabilité des interventions a été mentionnée dans les motifs de la décision.

13 Pour des classifications des tiers intervenants voir M. DISANT, *Droit de la QPC*, Paris, Lamy, 2011, p. 282-283 ; M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, mis à jour de janvier 2013, par. 183-189 ; A.M. LECIS COCCO ORTU, « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, n° 104, 2015, p. 863.

14 M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *op. cit.*, par. 183-189.

15 Voir *infra*, par. I.B. et annexes n° 1 et n° 2.

à l'aube de la *Civil Rights Revolution* aux États-Unis¹⁶, consiste à offrir assistance juridique, financière, informative, etc. aux parties à des litiges déjà en cours, en raison de l'intérêt que la question juridique revêt pour les buts de l'association. Cette dernière voie étant impossible à déceler à la lecture de la jurisprudence, nous concentrerons notre analyse sur les deux premières. Néanmoins, nos échanges avec les représentants des associations nous ont confirmé que, si le recours à cette pratique n'est pas fréquent, il n'est pas non plus inexistant et se concrétise parfois lorsqu'un justiciable est représenté par un des avocats qui collaborent le plus souvent avec des associations. Il peut arriver par exemple que l'association s'intéresse et « suive de loin » l'affaire devant le juge de première instance, en se réservant la faculté d'intervenir dans des phases suivantes de la procédure ou bien devant le Conseil constitutionnel lorsqu'une QPC est renvoyée.

Cette participation des organismes associatifs se manifeste souvent dans le cadre de litiges stratégiques, qui multiplient les chances de parvenir à une décision – et, qui plus est, à une décision favorable – du juge du dernier ressort.

Dans ses études des années 1970 sur l'accès à la justice¹⁷, Cappelletti indiquait la capacité de comprendre l'importance juridique d'une affaire et la possibilité de former des demandes multiples comme des facteurs déterminant l'effectivité du droit au juge¹⁸. Or cette possibilité est normalement inaccessible aux particuliers, tandis que les associations ont la capacité concrète de bien choisir les affaires susceptibles d'amener à un résultat favorable, voire de mobiliser plusieurs justiciables devant différents prétoires pour multiplier leurs chances de parvenir à un résultat favorable.

Cette technique judiciaire a fait son apparition aux États-Unis dans les années 1950, lorsque les associations de lutte pour les droits civils cherchaient une voie d'accès au juge dans le respect des règles sur le droit d'ester en justice, qui exigent l'existence d'un conflit réel portant une atteinte concrète aux droits d'une personne¹⁹. Si parfois une seule affaire bien choisie peut permettre de parvenir à l'objectif souhaité de modification du droit, dans d'autres cas de nombreuses tentatives et plusieurs litiges peuvent être nécessaires pour parvenir à des résultats appréciables. Pour donner de l'ampleur aux effets recherchés du litige, la stratégie prévoit donc souvent le déclenchement de plusieurs affaires-pilotes. Il arrive ainsi qu'une association cherche des personnes se trouvant dans

16 Un exemple majeur est constitué par la participation de la NAACP dans une affaire de discrimination raciale et de garantie de la clause du *due process of law*. L'association avait donné son soutien à douze paysans noirs, condamnés à la peine capitale pour le meurtre de cinq hommes blancs pendant une émeute qui a vu l'opposition entre blancs et noirs dans une petite ville de l'Arkansas. La NAACP, après avoir entendu de l'instruction sommaire de l'affaire, en violation des principes du procès équitable, avait mené sa propre enquête sur les événements, en parvenant à la conclusion que l'identification des coupables avait été absolument arbitraire. L'association avait alors décidé, sans intervenir formellement dans le litige, de « sponsoriser » le recours en appel, qui avait conduit par la suite à une annulation de la condamnation par la Cour suprême pour violation de la clause du *due process* : voir la déc. *Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86, 1923. Sur cette affaire et sur le rôle de la NAACP, voir R.C. CORTNER, *A Mob Intent on Death: the NAACP and the Arkansas Riot Cases*, Middletown, Wesleyan University Press, 1988.

17 *Florence Acces to Justice Project* sous la direction de M. CAPPELLETTI, 4 volumes, Leiden-Boston et Milan, Sijthoff-Giuffrè, 1978-1979.

18 L'effectivité de l'accès à la justice, selon l'auteur, dépend fortement de la « capacité des parties », qui est à son tour le résultat d'un ensemble de facteurs comprenant : les compétences stratégiques (la capacité de comprendre l'existence et l'importance d'une question juridique), les ressources économiques, le nombre d'affaires qui peuvent concrètement être déclenchées : M. CAPPELLETTI, B.G. GARTH, « Acces to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Mouvement to Make Rights Effective », *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978, p. 181, à ce propos spéc. 193.

19 La première affaire célèbre fruit d'une telle stratégie a été *Brown v. Board of Education*, promue par la NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), qui a conduit à une décision majeure de la Cour suprême des États-Unis en matière de ségrégation raciale (347 US 483, 1954). Sur l'influence des litiges stratégiques dans la jurisprudence américaine, voir notamment C.R. EPP, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, spéc. p. 44 sq.

une même situation d'atteinte à un droit, pour leur proposer d'initier un litige. Dans d'autres cas, il arrive qu'une association prépare en amont une affaire, dans l'attente de trouver la bonne occasion, le cas d'espèce qui lui permet de la mettre en place. Dans les deux cas, le but est de porter devant les cours la question plus générale dont les cas choisis constituent l'exemple. Comme nous le verrons, cette pratique est primordiale dans l'activité des associations.

Par toutes ces voies, les associations ont fait évoluer la jurisprudence constitutionnelle, à la fois d'un point de vue procédural et substantiel. En outre, même lorsque l'activité juridictionnelle des associations n'a pas été fructueuse, elle a pu avoir des effets au-delà du résultat processuel individuellement considéré, en faisant avancer le débat public ou en préparant le terrain pour d'autres batailles judiciaires. C'est le principe du litige stratégique, ou du litige d'intérêt public (*public interest litigation*), pour emprunter une autre définition couramment employée dans le contexte judiciaire anglo-saxon²⁰.

En passant maintenant à l'analyse empirique, nous essayerons de broser un cadre de l'impact de la participation des associations dans le contentieux de la QPC au cours de ces dix ans.

B. Le constat empirique de la participation des associations au contentieux

La présence des associations et, plus en général, des groupes porteurs d'intérêts collectifs est très importante dans le contentieux QPC. Sur les 716 décisions QPC prononcées au 30 septembre 2019, 110 ont pour origine des QPC soulevées par des associations ou des syndicats, à savoir le 15 %²¹. L'approche libérale du Conseil constitutionnel vis-à-vis des tierces interventions²², ensuite, a permis que cette voie soit largement empruntée par les associations et les autres groupes : 119 décisions visent les observations en intervention présentées par des associations ou d'autres personnes morales porteuses d'intérêts collectifs, c'est-à-dire le 16,5 % du total des décisions²³. L'importance majeure de ce genre d'interventions est évidente si l'on regarde ensuite le nombre de décisions visant ces interventions par rapport au nombre total de décisions QPC dans lesquelles des interventions ont été admises, 194, dont les 119 avec interventions par des groupements constituent le 61 %²⁴ (avec par ailleurs une légère baisse du pourcentage, parce que ce pourcentage, à la fin du 2017, s'élevait au 65 %)²⁵.

20 Sur la notion de *Public Interest Litigation* voir M. CAPPELLETTI « Public Interest Parties » in M. CAPPELLETTI, J.A. JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milan, Giuffrè, 1975 ; A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harvard Law Review*, Vol. 89, n° 7, 1976, p. 1282. Voir aussi les définitions citées par L. Van Den Eynde, selon lesquelles les litiges d'intérêt public sont motivés « less by the outcome of a particular case than by the legal principles applied to resolve one or more of the issues that are raised by the case » (S. HANNETT, « Third Party Intervention: in the Public Interest? », *Public law* n° 1/2003, p. 131) ou « designed to reach beyond the individual case and the immediate client » (E. REKOSH, K. BUCHKO et al. (dir.), *Pursuing the Public Interest. A Handbook for Legal Professionals and Activists*, Public Interest Law Initiative, Columbia Law School, New York, 2001, p. 81) : L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively. Comparative Arguments in Public Interest Litigants' Briefs on Fundamental Rights Issues*, thèse soutenue à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, 2015, en accès libre à l'adresse <http://droit-public.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2015/12/introductorychapterthesisLVDE.pdf>, p. 7.

21 Source : A.M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, op. cit., dont les chiffres ont été mis à jour pour la présente étude.

22 *Ibidem*, p. 266 et 399. Voir aussi les données statistiques présentées par N. BELLOUBET, « L'« intérêt à agir » devant le Conseil constitutionnel », in C. TEITGEN-COLLY, *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, LGDJ, Paris, 2016, p. 69, ainsi que le rapport d'octobre 2014 sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/octobre-2014-les-interventions-en-qpc-de-2010-au-31-aout-2014>. Cette approche libérale ne lui empêche pourtant pas de considérer irrecevables certaines de ces interventions quand bon lui semble.

23 Source : A.M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, op. cit., dont les chiffres ont été mis à jour pour la présente étude.

24 *Ibidem*.

25 Au 31 octobre 2017, nous avons recensé 144 décisions visant des interventions. Parmi celles-ci, 94 visent des interventions présentées (aussi ou exclusivement) par des tiers porteurs d'intérêts collectifs, ce qui correspond au 65% : voir *ibidem*, p. 266.

Cette donnée ne témoigne pas seulement de l'intérêt des associations et des syndicats pour la QPC, mais aussi de l'intérêt spéculaire porté par les juges constitutionnels à l'égard de leurs interventions. En effet, il semble que le Conseil constitutionnel soit particulièrement bienveillant envers les observations provenant des groupes engagés dans la protection des intérêts collectifs liés à la question. Celles-ci sont en effet plus largement admises et, d'après ce que l'on peut déduire nonobstant l'absence de motivation explicite des décisions de recevabilité, selon des critères de recevabilité moins stricts. Leur recevabilité est ainsi laissée à la libre appréciation du Conseil constitutionnel, qui décide selon des critères variables et le plus souvent implicites. À ce propos, plusieurs membres ou anciens membres du Conseil ont manifesté leur appréciation pour ce genre d'interventions, qui sont en mesure d'apporter des informations très utiles aux fins de la décision²⁶, tels des *amici curiae* de la tradition processuelle anglo-saxonne. Ainsi, un ancien membre de la Haute institution a observé que « les interventions d'*amicus curiae* sont naturelles dans un débat devant une juridiction constitutionnelle, car elle est saisie d'un débat objectif sur la constitutionnalité de la loi » et que l'ouverture du Conseil constitutionnel à l'égard de ce type d'interventions « a largement fait avancer le débat constitutionnel »²⁷.

Néanmoins, lorsqu'on passe du regard général sur la participation des associations aux données concernant spécifiquement les matières concernées par ce projet, le constat est plus mitigé.

Le nombre de QPC soulevées par des associations dans les matières concernant les catégories sélectionnées s'élève à 19 (auxquelles s'ajoute une décision soulevée par un individu, mais avec les associations intervenues devant le Conseil d'État en soutien du renvoi), à savoir un peu plus de 2,5 % du total²⁸. Le nombre de décisions en ces mêmes matières dans lesquelles des interventions ont été effectuées par des associations est de 45, à savoir un peu plus de 6 %²⁹. Il faut néanmoins souligner que ce chiffre représente presque 38 % des décisions dans lesquelles on a eu des interventions par des groupes, ce qui témoigne de l'importance de l'intervention des associations dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité (d'autant plus que toutes les situations de vulnérabilité n'ont pas été prises en compte dans cette analyse).

Il ne s'agit pas de chiffres éclatants, mais négligeables non plus, notamment si l'on regarde le pourcentage non pas par rapport au total des QPC, mais à la lumière des données concernant les décisions du Conseil constitutionnel dans les matières touchant aux catégories sélectionnées. Dans les rapports provisoires de mes collègues, 46 décisions ont été sélectionnées concernant les mineurs, les malades et les personnes avec handicap, les gens du voyage et les travailleurs précaires³⁰. À celles-ci il faut ajouter les décisions concernant les détenus et les étrangers, qui n'ont pas fait l'objet de rapports

26 Voir les propos recueillis in A.M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, op. cit., p. 280-281. Sur la contribution juridique et factuelle des associations, voir *infra* II.B.

27 Propos tenus par Guy Canivet in J. ARRIGHI DE CASANOVA, G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *Revue du droit d'Assas*, n° 6, 2012, p. 88 sq. L'auteur porte en guise d'exemples les questions portant sur le régime de la garde à vue et de l'hospitalisation d'office.

28 Voir annexe n° 1.

29 Voir annexe n° 2.

30 Les rapports provisoires ne prennent pas tous en compte la même période. Ce chiffre est donc fourni à titre purement indicatif et non pas statistique.

provisaires, qui selon mon calcul sont au nombre de 24 et 19 respectivement au 30 septembre 2019. On se rend alors compte que les associations participent presque systématiquement au contentieux QPC dès que les droits qu'elles protègent sont en jeu. Un regard sur les expériences des trois associations qui ont fait l'objet de l'étude empirique est éclairant à ce sujet.

a) La participation des trois associations sélectionnées au contentieux QPC devant le Conseil constitutionnel. Les trois associations analysées pour cette étude ont été à l'origine de plusieurs QPC. Sur les 19 décisions sélectionnées³¹, 9 trouvent leur origine dans une QPC soulevée par une ou deux de ces associations, auxquelles s'ajoute une QPC soulevée par un autre requérant, mais avec l'appui de deux associations intervenues devant le Conseil d'État en soutien du renvoi de la QPC³². Concernant la voie de la tierce intervention, les trois associations examinées sont intervenues dans 20 des décisions sélectionnées³³.

b) L'accès des trois associations sélectionnées au contentieux QPC devant les autres juridictions. Nous ne disposons pas de données complètes concernant les QPC soulevées par les associations devant les juges du litige et non renvoyées. Nous avons limité la recherche sur les bases de données aux décisions de renvoi des QPC soulevées devant le Conseil d'État. Par les entretiens, nous avons ensuite essayé d'acquérir des informations sur l'activité des trois associations devant le juge administratif de première instance ou d'appel. Nous avons ainsi découvert que, en principe, il est rare qu'elles participent au litige devant les tribunaux administratifs ou les cours administratives d'appel. De même, il n'est pas fréquent qu'elles participent au contentieux devant le juge judiciaire, la Cassation adoptant une notion très restrictive d'habilitation à agir³⁴.

Lorsque les associations « créent » leurs litiges afin de soulever une QPC, le plus souvent elles utilisent la voie du recours en excès de pouvoir contre un décret³⁵ ou contre un silence de l'administration à l'égard de leur demande de retrait ou d'abrogation d'un acte, en demandant l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre³⁶ ou l'un des ministres³⁷ sur une demande tendant à l'abrogation des articles.

Parfois elles empruntent la voie du recours en annulation devant le tribunal administratif et ensuite, le cas échéant, devant la Cour administrative d'appel contre d'autres actes administratifs³⁸. Les entretiens ont révélé qu'il arrive aussi qu'elles utilisent la voie de l'intervention dans le litige d'un

31 À savoir, les décisions, du 1^{er} mars 2010 au 30 septembre 2019, dans lesquelles des QPC concernant les catégories de personnes vulnérables concernées par le projet ont été soulevées par des associations : voir annexe n° 1.

32 Voir annexe n° 1. Dans deux cas les QPC ont été soulevées conjointement par deux des associations.

33 Voir annexe n° 2. Dans 5 procédures sont intervenues deux des associations.

34 Une jurisprudence constante de la Cour de cassation a toujours fermement affirmé qu'il existe une différence entre les syndicats et les groupements professionnels, d'une part, et les associations, d'autre part. Contrairement aux syndicats et aux groupements professionnels, les associations ne sont pas investies d'une mission de représentation, par conséquent elles ne sont pas titulaires d'une habilitation automatique à la représentation des intérêts dont elles sont porteuses. à défaut d'habilitation législative expresse ou de respect des conditions requises par le droit commun pour l'intérêt à agir.

35 Voir CE, n° 323930.

36 Voir CE, 10^e-9^e ch. réunies, n° 424970 ; CE, 10^e - 9^e ch. réunies, n° 417244 ; CE, 2^e-7^e ch. réunies, n° 416737 ; CE, n° 427252.

37 CE, 10^e / 9^e SSR, n° 395126 ; CE, 1^e/4^e chambres réunies, n° 428478.

38 Voir CAA Paris, ord. n° 19PA02385, 11 octobre 2019.

justiciable (souvent devant le juge des référés pour ce qui concerne les domaines de compétences des associations traitées ici), mais rarement en premier ressort. Elles ont également essayé le recours ou la constitution de partie civile devant le juge judiciaire, mais se heurtant à l'approche stricte de la Cassation en matière d'intérêt à agir. Lors du deuxième filtre devant le Conseil d'État pour le renvoi de la QPC les associations, en principe, ne sont pas admises à intervenir uniquement en soutien de la QPC³⁹.

Sauf exception, c'est donc surtout devant le Conseil d'État que les associations soulèvent des QPC⁴⁰.

Au-delà des chiffres, une analyse qualitative de la participation des associations dans ce domaine est nécessaire pour comprendre d'une part, quelles sont les stratégies et les difficultés concernant l'accès qui justifient ces chiffres et, d'autre part, quelle est la contribution qu'elles peuvent concrètement donner à la décision, et donc à la protection des droits touchés par les questions soulevées.

II. La contribution des associations entre protection des droits et évolution du droit des personnes vulnérables

La contribution des associations en QPC peut se révéler un instrument au service des justiciables directement concernés par une affaire (A) et/ou au service d'une cause plus générale (B). Sur cette bipartition va donc se fonder l'organisation en deux étapes de cette partie consacrée à l'expérience des trois associations étudiées, pourvu qu'on tienne en compte qu'il ne s'agit aucunement d'une opposition, car ces deux fonctions ne sont jamais alternatives, mais complémentaires.

L'autoévaluation de la fonction de l'association, entre soutien à la partie et évolution du droit, le confirme : lors de nos entretiens et dans les réponses au questionnaire, les représentants des associations ont tous affirmé que les deux fonctions sont présentes et se combinent dans leur activité, même si l'une peut prévaloir par rapport à l'autre.

A. La contribution au service des personnes concernées par le cas d'espèce

Il est intéressant de voir en quoi consiste cette contribution au cas d'espèce, mais surtout comment est-elle mise en place.

39 Voir entre autres CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, n° 346164, 21/03/2011, dans lequel l'intervention de la Cimade n'a pas été admise, et CE, 2^e – 7^e chambres réunies, n° 407230, 29 mars 2017, dans lequel le principe est bien rappelé : « Sur l'intervention de la Ligue des droits de l'homme : Considérant qu'eu égard au caractère accessoire, par rapport au litige principal, d'une question prioritaire de constitutionnalité, une intervention, aussi bien en demande qu'en défense, n'est recevable à l'appui du mémoire par lequel il est demandé au Conseil d'État de renvoyer une telle question au Conseil constitutionnel qu'à la condition que son auteur soit également intervenu dans le cadre de l'action principale ; que la Ligue des droits de l'homme se borne à intervenir au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. B. sans être intervenue au soutien de la demande présentée par l'intéressé devant le tribunal administratif tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 27 juin 2016 du préfet de police ; qu'ainsi, son intervention est irrecevable ».

40 Pour plus d'informations sur le rôle des associations étudiées devant les autres juridictions administratives et judiciaires, voir le compte rendu en annexe.

1. *Le soutien aux justiciables*

Lorsque la QPC est soulevée dans un contentieux « subjectif »⁴¹, dans la plupart des cas les associations participent en soutien d'un ou plusieurs justiciables, que ce soit lorsqu'elles sont aussi parties à une instance et soulèvent une QPC, ou bien qu'elles interviennent en soutien de la partie.

a. *Le soutien argumentaire constaté dans les moyens soulevés*

Dans les décisions QPC l'on retrouve ainsi une formule récurrente (notamment depuis un certain temps, car avant le Conseil constitutionnel ne mentionnait pas systématiquement les arguments des tiers intervenants dans ses motivations) selon laquelle « le requérant, rejoint par la partie intervenante, soutient que ». L'association peut ainsi renforcer l'argumentaire du justiciable, pour des raisons pratiques (la possibilité de fournir des informations statistiques ou factuelles utiles à la décision dont la partie privée ne dispose pas) et pour des raisons procédurales, parce que, si l'association participe au contentieux en qualité de tiers intervenant, elle peut soulever des moyens nouveaux, alors que cette possibilité est interdite aux parties.

b. *Le soutien constaté dans la solution de l'affaire : le taux de réussite*

Dans la plupart des cas, les associations demandent une déclaration d'inconstitutionnalité. L'analyse des dispositifs constitue ainsi un premier indicateur formel pour l'évaluation du « taux de réussite » de leur stratégie judiciaire.

Taux de réussite. Les dispositifs :

Parmi les décisions des QPC soulevées par les associations⁴² :

- Non-conformité totale : 2
- Non-conformité totale avec effet différé : 3 dont 1 avec réserve transitoire
- Non-conformité partielle : 5 dont 1 avec réserve
- Non-conformité partielle avec effet différé : 3
- Conformité : 6 dont 1 avec réserve
- Non-lieu à statuer : 1

Parmi les décisions avec des interventions de la part des associations⁴³ :

- Non-conformité totale : 8
- Non-conformité totale avec effet différé : 4
- Non-conformité partielle : 3 dont 1 avec réserve
- Non-conformité partielle avec effet différé : 6 dont 2 avec réserve
- Conformité : 24 dont 3 avec réserve

41 Tandis que bien évidemment dans les recours pour excès de pouvoir il n'y a pas d'individus directement concernés, mais il y a quand-même des personnes directement touchées par les effets de la décision.

42 Voir annexe n° 1.

43 Voir annexe n° 2.

Certes, le dispositif n'est qu'un indicateur formel du taux de réussite. Pour pouvoir effectivement « mesurer » le taux de réussite et l'influence du *lobbying* des associations sur le contentieux QPC concernant les personnes vulnérables, il faudrait mobiliser d'autres indicateurs qualitatifs, pour comparer leurs arguments au raisonnement judiciaire et ainsi vérifier si et dans quelle mesure les moyens retenus se fondent sur les arguments des associations.

Néanmoins, de grandes difficultés se posent quant à la mise en place de cette analyse. Les premiers obstacles concernent la non-accessibilité de l'ensemble des documents (mémoires et observations présentées) et surtout le style de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel, qui ne permet ni de connaître l'ensemble des arguments présentés, ni de savoir lesquels ont été pris en compte. Dans les motifs de la décision, les arguments des requérants et des intervenants sont indiqués uniquement de façon très synthétique en guise de rappel procédural des moyens invoqués, et jamais expressément indiqués comme fondement des moyens retenus. Ils constituent donc tout au plus de « références implicites », à savoir des sources prises en compte dans le raisonnement juridique mais non expressément indiquées dans la motivation.

De ces premières difficultés en découle une autre, qui est l'impossibilité de savoir, à défaut d'accès aux délibérations⁴⁴, si l'éventuelle analogie entre le contenu des mémoires reçus et le fond d'une décision est effectivement le résultat d'une prise en compte des premiers ou si elle est davantage imputable à une coïncidence de raisonnement et d'arguments juridiques. On se retrouve alors confronté à une limite inhérente à toute recherche sur les références implicites d'une décision⁴⁵.

c. Le soutien à la situation du justiciable en dehors du contentieux QPC

Au-delà du succès de la QPC individuellement considérée, la participation de l'association traduit parfois un soutien au justiciable dans la situation processuelle globalement considérée dans le cadre d'une stratégie judiciaire pour parvenir à des résultats favorables dans le litige *a quo*. Ainsi, par exemple, les représentants des associations nous ont avoué que la QPC est parfois soulevée avec d'autres finalités que la déclaration d'inconstitutionnalité, par exemple pour obtenir une audience dans des plus brefs délais ou pour retarder une procédure.

M. Sadik nous a porté des exemples de QPC soulevées par ou avec le soutien de La Cimade, pour accélérer l'instruction d'une affaire. Dans un cas, il s'agissait d'un demandeur d'asile qui avait été assigné à résidence, ce qui avait porté atteinte à l'exercice de son droit d'asile. Pour accélérer l'instruction de son recours contre l'assignation à résidence, ils avaient alors décidé, en concertation avec l'avocat du requérant, de soulever un mémoire distinct de QPC, qui est traité de façon prioritaire. La QPC a été renvoyée au Conseil d'État, mais n'a pas passé le second filtrage⁴⁶.

⁴⁴ Sur la prise en compte des portes étroites au cours des délibérations à partir de 1974, voir B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, Paris, Dalloz, II^e éd. 2014, notamment p. 13, p. 263 et p. 467.

⁴⁵ Sur la méthode (et ses difficultés) pour mesurer l'influence des *amici curiae*, en l'occurrence dans une étude comparée portant sur la Cour suprême des États-Unis, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, voir la thèse de L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively. Comparative Arguments in Public Interest Litigants' Briefs on Fundamental Rights Issues*, *op. cit.*, p. 101 sq.

⁴⁶ Conseil d'État, n° 340250 (le CE n'a pas renvoyé mais a déclaré pour la première fois recevable une QPC en référé). NB : La Cimade n'apparaît pas formellement, il s'agit donc d'un exemple de *sponsorship*.

2. *La mise en place de la relation avec le justiciable*

Les entretiens ont révélé plusieurs cas de figure, pouvant être regroupés dans les hypothèses suivantes :

- a) La personne s'estimant lésée contacte l'association pour solliciter son aide ;
- b) Des membres de l'association fréquentent les lieux où se manifestent des violations ;
- c) Des études de terrain menées par l'association (ou par d'autres institutions) sur les conditions des personnes se trouvant dans la situation de vulnérabilité révèlent une violation ;
- d) Des avocats qui entretiennent des relations régulières avec l'association et qui sont spécialisés dans le domaine (et dans les QPC) signalent des affaires en proposant une action conjointe.

Concernant la première hypothèse, dans les expériences que j'ai étudiées, c'est très rare que la mise en relation commence par une prise de contact de la victime qui s'adresse à l'association. En ce qui concerne l'expérience de La Cimade, M. Sadik affirme que, bien que théoriquement l'association soit ouverte aux plaintes et demandes d'assistance par des migrants en état de besoin d'assistance judiciaire, dans la pratique il est très rare qu'ils s'adressent spontanément à l'association : ce sont plutôt les membres de l'association ou des avocats qui signalent les situations des personnes dont les droits sont bafoués. Concernant la LDH, M. Tubiana a déclaré que la sélection des affaires « est inspirée d'une vision purement pragmatique » selon laquelle ils choisissent les cas d'espèce les plus intéressants en vue de la protection globale des droits, parmi ceux qui leur sont signalés par des avocats ou des membres de l'association. Seulement s'agissant de l'OIP, M. Ferran nous a dit que, même si ce n'est pas le cas de figure le plus commun, il arrive souvent que des détenus saisissent eux-mêmes l'association. Néanmoins, il a également ajouté que, depuis que l'association s'est spécialisée dans la voie judiciaire, il lui arrive de plus en plus de « fabriquer » les contentieux par des techniques de litige stratégique.

S'agissant de l'hypothèse des bénévoles de l'association qui découvrent des violations sur les lieux où elles se manifestent, c'est surtout l'OIP qui évoque ce moyen de mise en relation avec les justiciables. Néanmoins, cette hypothèse est évoquée aussi par La Cimade et la LDH, notamment en ce qui concerne les conditions de détention.

Dans l'expérience des trois associations, il est fréquent que l'initiative judiciaire et la prise de contact avec les victimes trouvent leur origine dans des études de terrain de l'association (ou d'autres institutions) sur les conditions des personnes se trouvant dans la situation de vulnérabilité montrant une violation. Cette hypothèse est évoquée surtout par l'OIP, mais aussi par La Cimade et la LDH. Enfin, dans l'expérience des trois associations, il arrive que des avocats qui entretiennent des relations régulières avec l'association suggèrent une stratégie judiciaire commune. Si cette possibilité a été révélée par les représentants des trois associations, c'est surtout La Cimade qui a insisté sur le rôle de l'avocat (et notamment d'un avocat avec lequel l'association collabore très souvent) dans la « confection » des QPC. Le plus souvent ce sont donc les associations qui vont vers le justiciable, et le font avec cette double mission de protection des droits subjectifs des personnes vulnérables, d'une part, et de promotion de l'évolution du droit des personnes vulnérables, d'autre part. Le choix des litiges stratégiques s'avère alors crucial pour la poursuite de ce double objectif.

B. Le litige stratégique : la fonction des cas d'espèces au service des autres personnes en la même situation

Comme il a été rappelé plus haut, lors de nos entretiens et dans les réponses aux questionnaires, les représentants des trois associations consultées ont tous affirmé que les deux fonctions – de protection de la personne et de promotion d'une cause – sont présentes et se combinent dans leurs activités, mais à des degrés variables.

Ainsi, M. Sadik, en qualité de responsable du pôle asile de La Cimade spécialisé en contentieux réglementaire, nous a dit que dans son activité la fonction de promotion de l'évolution du droit est sans doute prééminente par rapport à la fonction de protection des droits subjectifs des personnes dans le cas d'espèce ; néanmoins, il a pris soin de préciser que ses collègues spécialisés dans le contentieux individuel seraient peut-être d'avis contraire. Concernant l'activité de la LDH, M. Tubiana rappelle que depuis son origine lors de l'affaire *Dreyfus*, l'objectif de la Ligue est de promouvoir la garantie des droits de l'homme tout en assurant en premier ressort la garantie des droits des personnes directement concernées par les affaires dans lesquelles l'association s'engage. De même, pour l'OIP la situation concrète des personnes détenues est toujours au cœur des actions menées par l'association, qui au même temps œuvre pour une évolution des conditions normatives et concrètes de détention. De toute façon, il s'agit d'associations qui ont pour but principal la protection des droits, mais non pas uniquement à travers la défense judiciaire des droits des personnes⁴⁷.

La stratégie judiciaire des associations, à la croisée entre cas d'espèce et perspective générale dans la protection des droits, se reflète aussi dans la teneur des arguments présentés. En effet, par rapport aux requérants ou intervenants particuliers, les associations sont plus en mesure de fournir aux juges constitutionnels des arguments à la fois juridiques et factuels⁴⁸ pour passer du particulier au général.

Interrogés sur le fait de savoir s'ils présentent des arguments à la fois juridiques et factuels, les représentants de La Cimade et de la LDH ont affirmé de « jouer le jeu » demandé par les règles du contrôle de constitutionnalité des lois et de se borner donc principalement à la présentation d'arguments juridiques, mais souvent enrichis de données statistiques. M. Ferran reconnaît, en revanche, que dans les mémoires de l'OIP les arguments factuels sont très présents, pour la simple raison que l'association a une tradition de l'enquête sur les conditions concrètes de détention, ce qui constitue la méthode principale et la véritable raison d'être de l'association. Cette mission de l'OIP se fonde sur le constat permanent d'une large méconnaissance par les juges des conditions concrètes de la détention en prison. Par conséquent, dans la plupart des dossiers il y a une large partie qui est consacrée à ces informations factuelles de nature générale. La source de ces informations se revient surtout dans les enquêtes menées directement par l'OIP, mais aussi dans des documents et rapports

47 Voir annexe n° 4.

48 Il s'agit de ceux que la doctrine étatsunienne dénomme « *legislative facts* » : voir K.-C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in Administrative Process », *Harv. Law Review*, n° 5, 1942, p. 364. Sur cette contribution des associations, il soit permis de renvoyer aux réflexions illustrées in A.M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, op. cit., p. 312 sq.

rédigés par d'autres organismes de contrôle, dans des questionnaires soumis aux avocats et aux détenus, dans l'analyse des statistiques des décisions judiciaires⁴⁹.

L'analyse qualitative des observations et des audiences confirme effectivement que les avocats des associations se conforment le plus souvent aux consignes et se tiennent donc principalement au récit d'arguments juridiques, notamment dans le temps imparti lors de l'audience ; néanmoins, des arguments factuels concernant non pas le cas d'espèce, mais le contexte général d'application de la disposition contestée sont aussi très présents, notamment dans les observations écrites. Ainsi, dans les observations en intervention présentées dans l'affaire 2018-709 QPC, l'OIP, La Cimade et une autre association soulignent que « pour établir le bien-fondé des griefs formulés, les requérants estiment nécessaire *d'exposer dans le détail les conditions concrètes* dans lesquelles les ordres de quitter le territoire français (OQTF) sont notifiés en détention ainsi que les règles *et pratiques pénitentiaires* susceptibles de faire obstacle à la formation d'un recours dans le délai de quarante-huit heures »⁵⁰. À l'appui de ces éléments factuels, elles attachent à leurs observations une vingtaine de pièces reproduisant les rapports, recommandations, courriers, entretiens et questionnaires de différents organismes, associations et personnes physiques. Même si la décision de non-conformité partielle qui s'en est suivie ne fait pas référence à ces éléments factuels, on peut vraisemblablement estimer qu'ils ont eu un certain poids dans le raisonnement des juges constitutionnels ; preuve en est que, lors de l'audience publique, certains membres du Conseil ont demandé au gouvernement un complément d'information sur les statistiques en matière de recours contre les OQTF et sur leurs suivis. Cela montre que les associations peuvent jouer un rôle incontournable dans la concrétisation du contentieux constitutionnel en matière des droits et libertés, grâce à leur capacité de mettre les « faits » au centre du syllogisme « Constitution - disposition législative – décision ».

III. Annexes

Annexe n° 1 : QPC soulevées par des associations

Décisions du CC, du 1^{er} mars 2010 au 30 septembre 2019, dans lesquelles des QPC concernant les catégories de personnes vulnérables concernées par le projet ont été soulevées par des associations.

En gras les QPC soulevées par les trois associations sélectionnées pour l'étude empirique.

⁴⁹ Par exemple, l'association a mis en évidence que 68 % des demandes de recours contre un ordre de quitter le territoire français (OQTF) sont présentées hors-délai, dont 20% déclarées irrecevables pour d'autres raisons que le dépassement du délai car le juge avait « accepté » la justification du retard. Cette statistique met en évidence un problème d'accès à un recours effectif, lié aux contraintes et aux obstacles découlant de facteurs pratiques de disfonctionnement du système des prisons, qui n'ont pas de fondement juridique ou théorique.

⁵⁰ Observations en intervention par La Cimade, l'OIP et le GISTI sur l'affaire n° 2018-709 QPC, publiées sur le site www.gisti.org.

Décision	Requérant	Dispositif
2010-9 QPC	Section française de l'Observatoire international des prisons – OIP	Non lieu à statuer
2010-93 QPC	Comité Harkis et Vérité	Non-conformité partielle
2011-122 QPC	Syndicat CGT et autre	Conformité
2011-223 QPC	Ordre des avocats au Barreau de Bastia	Non-conformité totale
2012-235 QPC	Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie	Non-conformité partielle – effet différé
2015-460 QPC	Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin et syndicat national des frontaliers de France	Conformité – réserve – non-lieu à statuer
2016-536 QPC	Ligue des droits de l'homme	Non-conformité partielle
2016-543 QPC	Section française de l'OIP	Non-conformité totale – effet différé
2016-569 QPC	Syndicat de la magistrature et syndicat des avocats de France	Non-conformité partielle – réserve
2017-632 QPC	Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés	Conformité – réserve
2017-677 QPC	Ligue des droits de l'Homme	Non-conformité totale – effet différé
2017-684 QPC	Associations La cabane juridique et Le réveil voyageur	Non-conformité totale
2018-709 QPC	Section française de l'OIP, La Cimade et le Gisti	Non-conformité partielle
2018-715 QPC	Section française de l'OIP	Non-conformité partielle – effet différé
2018-741 QPC	Section française de l'OIP, La Cimade, Gisti (intervenues devant le CE à l'appui de la QPC)	Conformité
2018-761 QPC	Association Médecins du monde et les associations Syndicat du travail sexuel, Aides, Fédération parapluie rouge, Les amis du bus des femmes et autres	Conformité
2018-763 QPC	Section française de l'OIP	Non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire
2019-791 QPC	Section française de l'OIP	Non-conformité partielle
2019-797 QPC	Unicef France, Convention nationale des associations de protection de l'enfance, Défense des enfants international – France, Médecins du monde, Médecins sans frontières, La Cimade , Gisti, Fédération des associations de solidarité avec tous les immigrés, Ligue des droits de l'homme , Avocats pour la défense des droits des étrangers, syndicat de la magistrature et autres	Conformité
2019-805 QPC	Union de défense active des forains, France liberté voyage, la fédération nationale des associations solidaires d'action avec les Tsiganes et gens du voyage et l'Association nationale des gens du voyage citoyens	Non-conformité partielle – effet différé

Annexe n° 2 : Décision QPC avec interventions par des associations

Décisions du CC, du 1^{er} mars 2010 au 30 septembre 2019, dans lesquelles le CC a reçu et déclaré recevables des interventions par des associations sur des QPC concernant les catégories de personnes vulnérables concernées par le projet.

En gras les décisions avec des **interventions par les trois associations sélectionnées pour l'étude empirique.**

Décision	Tiers intervenant(s)	Dispositif
2010-71 QPC	Groupe information asiles	Non-conformité partielle – effet différé – réserve
2011-120 QPC	La Cimade	Conformité
2011-122 QPC	Association de Médiation Sociale	Conformité
2011-135/140 QPC	Groupe d'information asile	Non-conformité totale – effet différé
2011-174 QPC	Groupe information asiles	Non-conformité totale – effet différé
2011-191/194/195/196/197 QPC	Syndicat des avocats de France et Fédération nationale des unions des jeunes avocats	Conformité – réserve
2011-213 QPC	Union syndicale de défense des Intérêts des Français repliés d'Algérie, d'Outre-mer, populations déplacées contre leur gré, USDIFRA	Non-conformité totale
2011-217 QPC	La Cimade, SOS soutien ô sans papiers, Groupe d'information et de soutien des immigrés et Comité Inter-Mouvements Auprès des Évacués	Conformité
2011-223 QPC	Syndicat des avocats de France	Non-conformité totale
2012-227 QPC	SOS ô sans papiers	Conformité – réserve
2012-235 QPC	Groupe information asiles	Non-conformité partielle – effet différé
2012-240 QPC	Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail	Non-conformité totale
2012-279 QPC	France liberté voyage	Non-conformité partielle
2013-302 QPC	Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP), SOS soutien ô sans papiers et Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA)	Conformité
2013-320/321 QPC	Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP)	Conformité
2013-354 QPC	SOS soutien ô sans papiers	Conformité
2013-358 QPC	SOS soutien ô sans papiers, La Cimade	Conformité
2013-360 QPC	SOS soutien ô sans papiers	Non-conformité partielle
2013-367 QPC	Association Cercle de Réflexion et de Proposition d'Action sur la psychiatrie	Conformité
2014-408 QPC	Section française de l'OIP	Conformité
2014-428 QPC	Ordre des avocats au barreau de Marseille	Conformité
2014-439 QPC	SOS soutien ô sans papiers	Conformité
2015-458 QPC	Union Nationale des Associations Citoyennes de Santé	Conformité

2015-485 QPC	Section française de l'OIP	Conformité
2015-501 QPC	Groupe d'information et de soutien des immigrés	Conformité
2015-527 QPC	Ligue des Droits de l'Homme	Conformité
2015-512 QPC	Association pour la Neutralité de l'Enseignement de l'Histoire Turque dans les Programmes Scolaires (ANEHTPS) ; Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA) et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP)	Conformité
2016-567/568 QPC	Ligue des droits de l'Homme	Non-conformité totale
2016-580 QPC	La Cimade et Ligue des droits de l'Homme	Conformité
2016-606/607 QPC	Syndicat des Avocats de France, association Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s et association Avocats pour la défense des droits des étrangers	Conformité – réserve
2016-608 QPC	Section française de l'OIP	Non-conformité totale
2017-624 QPC	Ligue des droits de l'homme	Non-conformité partielle – réserve
2017-635 QPC	Ligue des droits de l'homme	Non-conformité totale – effet différé
2017-674 QPC	Ligue des droits de l'homme	Non-conformité partielle – effet différé – réserve
2017-682 QPC	Ligue des droits de l'homme, La Quadrature du Net	Non-conformité totale
2017-684 QPC	GISTI, Ligue des droits de l'homme , Syndicat des avocats de France	Non-conformité totale
2017-691 QPC	Ligue des droits de l'homme	Non-conformité partielle – effet différé – réserve
2018-709 QPC	Syndicat des avocats de France, Union des jeunes avocats à la cour de Paris, Fédération nationale des unions des jeunes avocats, SOS Soutien Ô sans papiers	Non-conformité partielle
2018-717/718 QPC	Ligue des droits de l'homme , SOS Soutien ô sans papiers, La Cimade et onze autres parties intervenantes	Non-conformité partielle – effet différé – réserve
2018-741 QPC CE, 6 ^e et 5 ^e chambres réunies, 18/07/2018, 409630, Inédit au recueil Lebon	Section française de l'OIP, La Cimade, Gisti (intervenues devant le CE à l'appui de la QPC), SOS Soutien Ô Sans-papiers	Conformité
2018-761 QPC	Entre autres, des associations de défense des malades et des femmes dans le travail : La maison des femmes de Paris, Mémoire traumatique et victimologie, Équipes d'action contre le proxénétisme et d'aide aux victimes, association Agir Conseiller Travailler Unifier Protéger Sud-Ouest, l'association européenne contre les violences faites aux femmes au travail, Élus locaux contre le sida, Sidaction	Conformité

2018-768 QPC	La Cimade, Ligue des droits de l'homme , Groupe d'information et de soutien des immigrés, Médecins du monde, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, Avocats sans frontières France, le Secours catholique et pour le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature, l'association Avocats pour la défense des droits des étrangers	Conformité
2019-797 QPC	Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne, Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples, association Hors la rue, La quadrature du net	Conformité
2019-799/800 QPC	Ligue des droits de l'homme	Non-conformité totale – effet différé
2019-802 QPC	Syndicat des avocats de France, syndicat de la magistrature, LDH, Section française de l'OIP	Non-conformité totale
2019-805 QPC	Romeurope et l'association de développement et de promotion des fêtes foraines en France	Non-conformité partielle – effet différé

Annexe n° 3 : L'accès des trois associations sélectionnées au contentieux devant les autres juridictions – Compte-rendu des entretiens⁵¹

LDH. Selon les propos de M. Tubiana, la LDH intervient aussi en premier ressort si l'affaire a un intérêt de principe considérable, notamment dans des affaires de discrimination. Toutefois, nous ne disposons pas de données concernant des QPC soulevées en première instance. En ce qui concerne la participation aux litiges devant le juge judiciaire, la jurisprudence de la Cassation en matière d'habilitation à agir limite *de facto* la participation contentieuse de la LDH aux affaires de discrimination et racisme, et parfois de liberté d'expression, en l'excluant de tous les autres domaines. Par exemple, la Cour de cassation n'a jamais reconnu l'intérêt de la LDH à agir ou à intervenir dans des affaires de violences policières, malgré les requêtes systématiques présentées par l'association⁵².

En ce qui concerne le contentieux administratif, l'arrêt du Conseil d'État *La Madeleine* a marqué un tournant dans l'activité contentieuse de l'association, reconnaissant son intérêt à agir contre l'interdiction de la mendicité et de la fouille des poubelles. À partir de là, la LDH a pu être déclarée recevable à agir ou à intervenir dans des affaires portant sur l'interdiction de la mendicité, le couvre-feu, la laïcité, la condition de domiciliation des étrangers. En effet, devant le juge administratif l'habilitation des associations à agir ou à intervenir est interprétée de manière beaucoup plus souple.

⁵¹ L'enquête auprès des trois associations a donné lieu à des retranscriptions intégrales des entretiens et des réponses aux questionnaires écrits. Dans l'impossibilité d'intégrer dans la contribution l'ensemble de ces documents, pour les exigences rédactionnelles de la publication, nous avons choisi d'inclure, dans cette annexe et dans la suivante, des comptes-rendus résumant les éléments que nous estimons les plus utiles à l'analyse du sujet.

⁵² Qui, malgré ces rejets, continue à intervenir dans ces affaires pour des raisons de stratégie contentieuse, car le juge pénal décide de la recevabilité des interventions à la fin de la procédure et donc, jusqu'à ce moment, l'association est en mesure d'y prendre part dans l'attente de la décision sur la recevabilité de son intervention.

Ainsi, c'est surtout devant le Conseil d'État que la LDH a soulevé des QPC qui ont été renvoyées au Conseil constitutionnel. Dans 3 cas le Conseil d'État n'a pas renvoyé la QPC⁵³ et dans un autre il a déclaré irrecevable le mémoire présenté par un requérant avant le 1^{er} mars 2010, avec le soutien de la LDH intervenue à l'appui du renvoi de la QPC⁵⁴.

Parfois la LDH assure une assistance aux justiciables dans la forme de la *sponsorship*, sans intervenir formellement dans le contentieux, notamment dans des affaires concernant les droits des étrangers.

OIP. Selon le propos de M. Ferran, l'OIP ne sollicite pas souvent les prétoires des juges de première instance et réserve en principe sa participation à des affaires devant le Conseil d'État (statuant en premier ou en dernier ressort). Ainsi, l'OIP a été à l'origine de QPC surtout à la suite de recours ou d'interventions devant le Conseil d'État. Exceptionnellement, il est arrivé que l'association soit intervenue devant le juge administratif de première instance à l'appui du renvoi de la QPC soulevée par un requérant, mais la procédure s'est arrêtée lors du deuxième filtrage devant le CE avec une décision de non-renvoi⁵⁵. Presque toutes les QPC soulevées par l'association devant le Conseil d'État ont été renvoyées, sauf 2⁵⁶. L'OIP ne participe quasiment jamais au contentieux devant la Cassation.

La Cimade. L'association La Cimade a soulevé 7 QPC devant le CE, dont seulement 2 ont été renvoyées. À celles-ci s'ajoute 1 QPC soulevée par un autre requérant mais soutenu par La Cimade, intervenue devant le CE à l'appui de la QPC⁵⁷. Une QPC, la première à laquelle l'association a participé en tant qu'intervenant devant le Conseil constitutionnel, a été soulevée devant le CNDA⁵⁸ et renvoyée par la Cour de cassation⁵⁹. 5 QPC n'ont pas été renvoyées⁶⁰.

D'après les propos de M. Sadik, il est très rare que La Cimade intervienne devant une juridiction de première instance. Parfois ils interviennent devant la CNDA⁶¹, mais je n'ai pas de données sur des QPC éventuellement soulevées par l'association à cette occasion et, lors des entretiens, je n'ai pas eu plus d'informations en ce sens. En revanche, devant la CNDA a été soulevée la première QPC à laquelle La Cimade a participé, mais en tant que tiers intervenant devant le Conseil constitutionnel. La QPC

53 CE 10^e – 9^e chambres réunies n° 414827, 21 02 2018, Mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 10^e / 9^e SSR, N° 394114, Inédit au recueil Lebon, 13 avril 2016 non-renvoi question soulevée par LDH et GISTI ; CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, n° 334188, 2010 12 17, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

54 CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, n° 317182, 2010 07 19 Publié au recueil Lebon, LDH intervenant.

55 CE, 10^e / 9^e SSR, n° 389324, QPC soulevée devant le TA de Poitiers.

56 CE, 10^e – 9^e chambres réunies, n° 417471 du 11 avril 2018 ; CE, 2^e – 7^e chambres réunies, N° 402420, 2017 02 08, Inédit au recueil Lebon.

57 Voir annexes n° 1 et n° 2.

58 QPC sur le recours devant la CNDA, contre le caractère non suspensif d'une reconduite à la frontière, soulevée par Maître Spinosi (CC n° 2011-120 QPC),

59 Cass, 1^{ère} ch.civ., n° de pourvoi : 10-40059, 9 février 2011.

60 CE 10^e / 9^e SSR, 13/04/2016, 394114, Inédit au recueil Lebon (La Cimade requérant) ; CE Juge des référés, 19/02/2014, 375256, Inédit au recueil Lebon (La Cimade intervenue devant le CE) ; CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 21/03/2011, 346164 (La Cimade intervenue devant le CE) ; CE, 18/02/2014, 375403, Inédit au recueil Lebon (La Cimade intervenue devant le CE) ; CE, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 19/05/2010, 323758 (Cimade requérant).

61 À ce propos, M. Sadik nous rappelle que La Cimade a été à l'origine du revirement jurisprudentiel de la CNDA en matière d'intervention volontaire en plein contentieux, grâce notamment à l'obstination et à l'insouciance d'un service juridique composé de non-juristes (l'association compte 9 personnes affectées au contentieux au niveau national, mais aucune d'elles n'est avocat ou juriste de formation). En vertu de la jurisprudence *Casino de Royen*, seuls les intéressés pouvaient intervenir. Une décision de section a renversé cette jurisprudence, suivie ensuite par une décision d'assemblée CE, 13 novembre 2013, CIMADE – M. B., n° 349735, 349736.

avait été soulevée par l'avocat du requérant, Maître Spinosi, qui avait discuté de son intention et de sa stratégie contentieuse avec l'association. Sans participer formellement au soulèvement de la QPC, l'association avait ainsi suivi la procédure et était ensuite intervenue devant le Conseil constitutionnel une fois que la QPC avait été renvoyée. Dans l'affaire *Cédric Herrou*⁶², au lendemain de la décision de la CA d'Aix-en-Provence, La Cimade et d'autres associations ont discuté avec Maître Spinosi de la stratégie contentieuse à suivre. Ils ont ainsi décidé d'intervenir devant la Cour de cassation, mais sans succès, la Cassation adoptant une approche très restrictive en matière d'intervention dans le procès pénal. Ainsi, ne pouvant pas intervenir plus tôt, ils sont intervenus devant le Conseil constitutionnel, mais dans le cadre d'une stratégie judiciaire partagée avec les justiciables et leur avocat déjà en amont.

Récemment, ils ont formé (avec LDH, GISTI, Amnesty, MSF, Migreurop, l'association italienne ASGI et Avocats sans frontières) un recours en annulation contre la décision du ministre des Armées d'acheter six embarcations rapides au profit des garde-côtes libyens pour faire face au « problème de l'immigration clandestine ». Le recours ayant été rejeté par le TA de Paris, ils ont formé un appel à l'occasion duquel une QPC a été soulevée⁶³, mais la CAA de Paris ne l'a pas renvoyée s'estimant incompétente en matière de « décision non détachable de la conduite des relations internationales de la France »⁶⁴.

Devant le Conseil d'État ils ont soulevé des QPC à de nombreuses reprises, mais se sont souvent heurtés aux critères de filtrage⁶⁵, notamment à cause du brevet de constitutionnalité des lois déjà contrôlées, puisque toutes les lois asile et immigration sont systématiquement renvoyées au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*.

Annexe n° 4 : La place du contentieux au sein des activités des associations étudiées – Compte-rendu des entretiens

1. Question : « le contentieux est votre moyen d'action principal ou l'un parmi d'autres ? »

LDH : Concernant les activités de la LDH, M. Tubiana a répondu que le droit étant une arme pour défendre les droits, le contentieux est un moyen d'action incontournable, malgré toutes les contraintes et les obstacles législatifs et jurisprudentiels qui s'opposent à la participation des associations au contentieux.

62 CC, n° 2018-717/718 QPC.

63 https://www.gisti.org/IMG/pdf/requete_qpc_caa_bateaux_libye.pdf

64 CAA Paris, ord. n° 19PA02385, 11 octobre 2019, publié sur le site du GISTI : https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_caa_paris_2019-10-11_rejet_qpc.pdf.

65 Voir *supra*, note 60.

OIP : Dans l'activité de l'OIP, selon les propos de M. Ferran, le contentieux est loin d'être la branche principale, mais il a tout de même un poids considérable. Les autres domaines d'activité de l'association sont les rapports d'informations, la communication publique, le *lobbying* politique sur les institutions, les enquêtes sur les conditions de détention, le signalement de situations individuelles de violation (activités qui sont souvent à l'origine d'un litige stratégique ou qui constituent la source d'arguments et informations utiles pour la stratégie contentieuse lors d'un litige).

La Cimade : Lors de sa création, La Cimade privilégiait d'autres champs d'action, mais au début des années 2000 il y a eu celle que M. Sadik a défini une « reconversion juridique contentieuse » par effet de trois facteurs majeurs. Premièrement, il y a eu l'adoption des premiers textes européens en matière d'immigration qui ont permis de développer l'argument de la « unionité » ou « européenité » ; deuxièmement, il y a eu la découverte de la constitutionnalité, déjà dans le contentieux administratif avant l'introduction de la QPC (en conséquence de ces deux premiers facteurs, ils ont été pionniers du contentieux réglementaire) ; troisièmement, il y a eu l'introduction du référé-liberté, qui a rendu plus intéressant la voie contentieuse, auparavant écartée en raison des longs délais de jugement.

2. Question : « Le litige stratégique est-il l'un de vos moyens d'action ? »

Les trois représentants des associations interrogés ont répondu de manière affirmative, reconnaissant de se servir de la technique du litige stratégique pour obtenir des résultats appréciables au-delà de l'issue juridique de l'affaire individuellement considérée.

3. (Si la réponse à la question précédente a été affirmative), Question : « Quelles sont les modalités de mise en œuvre des litiges stratégique ? »

La Cimade : Selon les propos de M. Sadik, en plus des voies déjà évoquées plus haut pour la mise en relation avec des victimes, parfois le choix de participer à un litige dont les enjeux sont intéressants pour l'association se fait de manière presque aléatoire et fortuite : par exemple, dans l'affaire n° 2019-810 QPC sur la responsabilité des transporteurs pour l'entrée irrégulière des étrangers (QPC renvoyée par le Conseil d'État le 31 juillet 2019), M. Sadik est venu à connaissance de l'affaire au cours de sa veille sur les décisions du CE. La Cimade a alors décidé de contacter l'association Anafé (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers) pour discuter la stratégie contentieuse devant le Conseil constitutionnel, bien que sans y participer formellement⁶⁶.

66 CC, n° 2019-810 QPC.

Souvent, ils préparent et gardent des QPC « en stock » dans l'attente de la bonne occasion pour les mettre en place. Parfois, il s'agit d'un cas d'espèce, qui permet d'aller du particulier au général, parfois ils attaquent directement un article d'un règlement. Si le délai est déjà passé, ils cherchent des étrangers dont la situation pourrait faire l'objet d'un recours ou alors contactent des justiciables (ou leurs avocats) ayant des recours en instance et leur proposent de soulever une QPC. Cependant, cette proposition fait souvent peur aux avocats moins entraînés aux hautes juridictions et aux QPC, surtout en première instance (ce qui est l'un des facteurs qui expliquent pourquoi, même si en principe tous les avocats peuvent soulever une QPC, le contentieux devant le Conseil constitutionnel reste largement l'apanage des avocats au Conseil, et notamment de certains avocats habitués ; d'où un autre facteur d'obstacle pour les personnes vulnérables dans l'accès à la QPC). Dans un autre cas, ils visaient à affirmer le principe de la recevabilité des QPC en référé. La Cimade a ainsi participé à la rédaction d'une QPC soulevée en référé par un demandeur d'asile qui avait fait l'objet d'un rejet du séjour et d'une assignation à résidence⁶⁷. Le but était moins de voir déclarer inconstitutionnelle la disposition contestée que de parvenir au Conseil d'État pour qu'il affirme la recevabilité de la QPC dans le cadre d'une procédure d'urgence.

LDH : Concernant la LDH, M. Tubiana a déclaré que la sélection des affaires est inspirée d'une vision purement pragmatique selon laquelle ils choisissent les cas d'espèce les plus intéressants en vue de la protection globale des droits, parmi ceux qui leur sont signalés par des avocats ou des membres de l'association.

OIP : L'OIP agit souvent par la voie du recours pour excès de pouvoir pour soulever une QPC, mais dans certains cas le cas d'espèce est plus utile pour attaquer non pas uniquement un texte, mais un ensemble de dispositions dans le cadre d'une question systématique. Ou encore, parfois la QPC s'insère dans le cadre d'une stratégie plus large : par exemple, sur le statut des travailleurs détenus, le Conseil constitutionnel n'ayant pas retenu le moyen de l'incompétence négative, l'association a alors saisi le pouvoir réglementaire pour demander l'édiction d'un statut.

Comme on l'a vu pour La Cimade, l'OIP aussi prépare souvent des QPC en amont et choisit ensuite des litiges, notamment à la suite des rapports d'organismes de contrôle tels que le CGLPL – Contrôleur général des lieux de privation de liberté et le Défenseur des droits, pour demander la mise en œuvre judiciaire des exigences mises en évidence par ces rapports⁶⁸. Parfois, c'est l'association elle-même qui sollicite ces organismes. Ainsi, l'OIP a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation concernant le délai de recours d'une obligation de quitter le territoire français. Ensuite, l'OIP a soulevé une QPC⁶⁹ en faisant référence, entre autres, à la décision du Défenseur des droits qui, pour sa part, avait présenté des arguments devant le Conseil d'État en soutien du renvoi de la question⁷⁰.

67 CE, n° 340250. Le Conseil d'État n'a pas renvoyé mais a déclaré pour la première fois recevable une QPC en référé). La Cimade n'apparaît pas formellement, il s'agit donc d'un exemple de *sponsorship*.

68 Ils se définissent ainsi en quelque sorte le « bras judiciaire » de ces organismes de contrôle.

69 CC, n° 2018-709 QPC.

70 Décision du Défenseur des droits n° 2018-087 du 7 mars 2018.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	11
PRÉFACE	13
<i>Nicole MAESTRACCI</i>	
PROPOS INTRODUCTIFS	17
<i>Caterina SEVERINO, Hubert ALCARAZ</i>	
PARTIE I	
ÉTUDE COMPARÉE DE LA PROTECTION DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ PAR LES SYSTÈMES DE CONTRÔLE INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITÉ EN FRANCE, EN ITALIE ET EN ESPAGNE	
<i>Caterina SEVERINO, Hubert ALCARAZ</i>	
I. Le questionnement : la QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité?	21
A. Une recherche portant sur la protection des « personnes en situation de vulnérabilité »	22
B. Une recherche réalisée au prisme du droit comparé	24
1. <i>Le cadre de la comparaison</i>	25
2. <i>La pertinence de la comparaison</i>	28
II. Le(s) choix méthodologique(s) : la démarche comparatiste, outil performant d'évaluation de la QPC	29
A. Une recherche réalisée en deux temps	30
1. <i>Premier temps : études de droit étranger</i>	30
2. <i>Second temps : la comparaison entre systèmes</i>	31
B. Une recherche déclinée en trois rencontres	31
1. <i>La première rencontre, Toulon 22 novembre 2018</i>	32
2. <i>La deuxième rencontre, Rome 31 mai 2019</i>	33
3. <i>La troisième rencontre, Toulon 8 novembre 2019</i>	34

III. La Question prioritaire de constitutionnalité protège-t-elle réellement les personnes en situation de vulnérabilité? Perspective comparative	35
A. Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens	35
1. <i>Une notion mouvante</i>	35
2. <i>Une notion opératoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme</i>	37
3. <i>Une notion rare dans la jurisprudence constitutionnelle française et espagnole</i>	38
4. <i>Une notion promue dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne</i>	39
5. <i>Des interrogations opportunes</i>	41
B. La protection des mineurs	41
1. <i>Précisions méthodologiques et statistiques</i>	42
2. <i>La protection de la personne du mineur</i>	43
2.1. <i>La vie et la santé du mineur</i>	44
2.2. <i>La volonté du mineur</i>	45
2.2.1. <i>L'autodétermination du mineur</i>	45
2.2.2. <i>Le droit au respect de la vie privée et familiale</i>	45
2.2.3. <i>Le droit du mineur à être entendu</i>	47
2.3. <i>L'identité du mineur</i>	48
2.3.1. <i>Le droit de connaître ses propres origines</i>	48
2.3.2. <i>L'établissement de la paternité</i>	49
2.3.3. <i>L'attribution du nom de famille</i>	51
2.3.4. <i>La modification de la mention du sexe à l'état civil</i>	52
3. <i>La distinction entre filiations</i>	53
4. <i>Les mineurs étrangers</i>	55
5. <i>La défense pénale du mineur protégée constitutionnellement</i>	57
6. <i>Éléments de conclusion</i>	59
C. La protection des personnes malades et handicapées	60
1. <i>La protection des personnes malades</i>	60
1.1. <i>Éléments d'ordre statistique</i>	60
1.2. <i>Les prestations sociales en lien avec la santé</i>	61
1.3. <i>Les soins sans consentement</i>	63

1.3.1. Les hospitalisations sous contrainte.....	64
1.3.2 Les vaccinations obligatoires.....	67
1.3.3. Soins sans consentement et fin de vie.....	68
2. La protection des personnes handicapées.....	69
2.1. Un contentieux QPC d'un très faible apport.....	69
2.2. Une protection importante dans le recours par voie incidente.....	71
2.2.1 Le droit à l'instruction.....	72
2.2.2. Le droit de circuler librement.....	72
2.2.3. Le droit au travail.....	72
2.2.4. L'assistance aux personnes handicapées.....	73
2.2.5. Les droits sociaux reconnus aux étrangers handicapés.....	73
3. Quelques propos conclusifs.....	73
D. La protection des étrangers.....	74
1. Éléments d'ordre statistique.....	75
2. Les apports d'ordre processuel.....	78
2.1. La concurrence contentieuse et la législation contrôlée.....	78
2.1.1. Contrôle a priori et contrôle a posteriori.....	79
2.1.2. Contrôle par voie principale et contrôle par voie incidente.....	80
2.2. Le rôle joué par le droit supranational.....	82
2.2.1. L'écran des directives communautaires en QPC.....	82
2.2.2. La Convention européenne des droits de l'homme comme norme paramètre « interposée ».....	83
2.3. Le rôle des associations.....	84
3. Les apports d'ordre substantiel.....	84
3.1. Les droits-libertés.....	85
3.1.1. La jurisprudence relative à l'entrée de l'étranger sur le territoire national.....	86
3.1.2. La modulation du contrôle de constitutionnalité.....	86
3.1.3. Le contentieux de l'éloignement.....	88
3.2. Les droits sociaux.....	91
3.3. Les droits civils et politiques.....	92
4. Éléments conclusifs d'ordre comparatif.....	93
E. La protection des gens du voyage.....	94
1. Précisions d'ordre systémique et statistique.....	95
2. L'installation et le stationnement des gens du voyage.....	97

2.1.	<i>Un dispositif législatif dérogatoire validé par le Conseil constitutionnel</i>	97
2.2.	<i>La jurisprudence plus protectrice de la Cour européenne des droits de l'homme</i>	99
2.3.	<i>Quelques avancées concernant le dispositif d'installation et de stationnement des gens du voyage</i>	101
3.	<i>Le statut et le traitement spécifiques des gens du voyage</i>	103
3.1.	<i>L'inconstitutionnalité partielle du statut dérogatoire</i>	103
3.2.	<i>La sauvegarde du principe de non-discrimination</i>	105
4.	<i>Quelques propos conclusifs</i>	107
F.	La protection des travailleurs précaires et des chômeurs	108
1.	<i>Éléments méthodologiques et statistiques</i>	109
2.	<i>L'égalité femmes-hommes dans l'emploi</i>	111
3.	<i>L'identification de catégories de « travailleurs vulnérables »</i>	112
3.1.	<i>Les travailleurs à temps partiel</i>	112
3.2.	<i>Les travailleurs intérimaires et travailleurs à durée déterminée</i>	113
3.3.	<i>Les travailleurs employés de nuit</i>	115
3.4.	<i>Les travailleurs invalides</i>	115
3.5.	<i>Les travailleurs retraités</i>	116
4.	<i>L'examen des mesures de lutte contre la crise économique de 2008</i>	116
5.	<i>La confrontation de l'emploi et de la maternité en Italie</i>	119
6.	<i>Éléments conclusifs</i>	121
G.	La protection des personnes détenues	123
1.	<i>Précisions méthodologiques et statistiques</i>	123
1.1.	<i>Les ordres juridiques face aux détenus</i>	123
1.2.	<i>La disparité quantitative espagnole</i>	125
2.	<i>Le sens général de la peine privative de liberté</i>	127
3.	<i>Les droits des détenus</i>	130
3.1.	<i>Droit au recours et droits liés à la procédure pénale</i>	131
3.2.	<i>Droit au respect de la vie privée</i>	134
3.3.	<i>Droit de communiquer</i>	135
3.4.	<i>Sanctions disciplinaires et aménagements de peine</i>	137
3.4.1.	<i>Sanctions disciplinaires</i>	137
3.4.2.	<i>Aménagements de peine</i>	138
3.5.	<i>Détenus salariés</i>	139
4.	<i>Éléments de conclusion</i>	141

H. L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC.....	143
1. <i>Essai de modélisation du filtrage des QPC formées par les personnes en situation de vulnérabilité devant les cours d'appel civiles (2010-2019).....</i>	143
1.1. <i>Précisions méthodologiques.....</i>	143
1.2. <i>Le degré variable de prise en compte de la situation de vulnérabilité par les cours d'appel dans le traitement des QPC.....</i>	145
2. <i>Les personnes en situation de vulnérabilité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.....</i>	146
2.1 <i>Précisions méthodologiques et données statistiques.....</i>	146
2.2 <i>Les difficultés d'accès des personnes en situation de vulnérabilité au prétoire du Conseil constitutionnel.....</i>	148
3. <i>Le rôle des associations dans la protection des personnes vulnérables en QPC.....</i>	151
3.1. <i>Précisions d'ordre méthodologique.....</i>	151
3.2. <i>La présence des associations dans le contentieux QPC relatif aux personnes en situation de vulnérabilité.....</i>	153
3.3. <i>Le rôle des associations: entre défense des droits dans le cas d'espèce et pression sur le législateur pour l'évolution du droit....</i>	156
IV. QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé: bilan et perspectives.....	157
BIBLIOGRAPHIE.....	161
Ouvrages.....	161
Rapports.....	163

PARTIE II

ÉTUDE DES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLES NATIONALES CONSACRÉES À LA PROTECTION DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ

VULNERABILITÀ, SOGGETTI “DEBOLI” E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE.....	167
Giovanni SERGES	

CHAPITRE 1. LA VULNÉRABILITÉ DEVANT LES JUGES CONSTITUTIONNELS FRANÇAIS, ESPAGNOL ET ITALIEN	175
VULNÉRABILITÉ ET CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	177
Gaëlle LICHARDOS	
I. La prise en compte par le juge national de catégories d'individus dans le cadre de la protection des personnes vulnérables	180
A. L'utilisation persistante par la Cour de cassation et le Conseil d'État des catégories de personnes vulnérables	180
B. Une prise en compte directe de la vulnérabilité amoindrie du Conseil Constitutionnel.....	182
II. L'évolution des jurisprudences vers la prise en compte d'individus en situation de vulnérabilité	184
A. L'admission progressive d'hypothèses transcendant la vulnérabilité classique par les juges nationaux	184
B. Le rôle majeur des cours européennes en matière de développement de la prise en compte des situations de vulnérabilité.....	190
LA PROTECTION DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ EN ESPAGNE	195
Marco BERARDI	
I. Analyse statistique des décisions rendues en matière de <i>cuestión de inconstitucionalidad</i>	197
A. Bilan statistique transversal de la jurisprudence.....	197
1. <i>Analyse de l'ensemble des décisions sélectionnées</i>	197
2. <i>Analyse des arrêts ayant une portée directe sur les catégories de sujets étudiées</i>	200
B. Analyse par catégories de sujets en situation de vulnérabilité	201
1. <i>Personnes détenues</i>	201
2. <i>Étrangers</i>	201
3. <i>Gens du voyage</i>	202
4. <i>Personnes atteintes par un handicap ou des troubles psychiques</i> ..	202
5. <i>Mineurs</i>	202
6. <i>Travailleurs précaires et personnes sans emploi</i>	204
II. La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence du <i>Tribunal Constitucional</i>	206
III. La notion de vulnérabilité dans la doctrine espagnole	208

LA NOTION DE « PERSONNE EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ » DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE.....	213
Giuliano SERGES	
I. La <i>questione di legittimità in via incidentale</i> et la notion de « personne en situation de vulnérabilité » (en guise d'introduction).....	213
II. Des « <i>persone vulnerabili</i> » aux « <i>soggetti deboli</i> » : les expressions utilisées par la Cour constitutionnelle pour identifier les personnes en situation de vulnérabilité.....	215
A. L'expression « personne en situation de vulnérabilité » dans les décisions de la Cour constitutionnelle.....	215
B. De la « vulnérabilité » à la « faiblesse »	217
C. La notion de vulnérabilité dans les décisions du juge des lois italien.	218
D. Les « <i>soggetti deboli</i> » devant la Cour constitutionnelle.....	218
E. Personnes vulnérables et « <i>categorie deboli</i> »	223
III. Cour constitutionnelle et vulnérabilité : quelques remarques conclusives	225
 CHAPITRE 2. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES PERSONNES VULNÉRABLES EN FRANCE, EN ESPAGNE ET EN ITALIE	229
 SECTION 1. LA PROTECTION DES MINEURS	231
 QUELLE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE L'ENFANCE ? LES QPC RELATIVES AUX MINEURS	233
Mélina DOUCHY-LOUDOT	
Introduction	233
I. La constitutionnalisation de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	234
A. La délimitation d'un domaine de protection : la minorité	234
1. <i>L'enfant en tant que mineur</i>	234
2. <i>L'intérêt supérieur de l'enfant</i>	234
3. <i>Un intérêt réservé au seul mineur</i>	236
B. L'appui à l'évaluation de la minorité : le fichier des mineurs non accompagnés (MNA).....	237
II. La protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux du mineur	239

A.	La personne du mineur protégée constitutionnellement.....	239
1.	<i>La vie et la santé du mineur</i>	239
2.	<i>La proportion dans la conciliation des droits</i>	241
B.	La défense pénale du mineur protégée constitutionnellement.....	243
1.	<i>La justice des mineurs protégée au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République</i>	243
2.	<i>Le respect des droits fondamentaux de la procédure au-delà de la protection pénale différenciée des mineurs</i>	245
EL ACCESO DE LOS MENORES A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL S. XXI.....		
249		
<i>Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ</i>		
I.	La accesibilidad al sistema de justicia constitucional en España. Especial atención a los menores de edad	249
A.	Algunas ideas generales sobre la accesibilidad al sistema de justicia constitucional español.....	249
B.	Los menores como titulares de derechos fundamentales.....	251
II.	Veinte años de acceso de los menores a la jurisdicción constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad	253
A.	Los derechos de los menores.....	254
B.	Los derechos de los adultos que repercuten en los derechos de los menores a su cargo.....	258
III.	Algunas conclusiones sobre la garantía de los derechos de los menores a través de la cuestión de inconstitucionalidad	262
UNA RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SULLO STATUS COSTITUZIONALE DEI MINORI (2000-2019).....		
265		
<i>Paolo PASSAGLIA</i>		
I.	La tutela del nascituro	265
II.	Il preminente interesse del minore	267
III.	L'identità del minore	271
A.	Il diritto di conoscere le proprie origini e la tutela dell'anonimato della madre.....	271
B.	La ricerca della paternità.....	272
C.	L'attribuzione del cognome al figlio.....	273
IV.	Filiazione legittima e filiazione naturale	274

V. L'autodeterminazione del minore	277
VI. Le problematiche specifiche di tutela per i minori stranieri	278
A. La tutela dell'unità familiare.....	278
B. La tutela del minore straniero.....	279
C. L'indennità di frequenza.....	279
VII. Le tutele approntate in favore della famiglia	280
SECTION 2. LA PROTECTION DES PERSONNES MALADES ET HANDICAPÉES ...	283
DIX ANS DE JURISPRUDENCE QPC SUR LA MALADIE ET LE HANDICAP ...	285
Laurence GAY	
I. Un renouvellement partiel des thématiques liées à la maladie et au handicap par la QPC	288
A. Des situations encore largement perçues par le prisme des politiques sociales.....	289
1. <i>L'égal accès aux prestations sociales</i>	289
2. <i>L'indemnisation des maladies professionnelles et accidents du travail et le principe constitutionnel de responsabilité</i>	292
B. Une nouvelle thématique majeure : les soins sans consentement .	294
II. Les obstacles à la prise en compte de la vulnérabilité liée aux situations de maladie et handicap dans le contentieux QPC	298
A. Un obstacle majeur : la faible prise en compte des faits dans les décisions QPC.....	298
1. <i>Les faits liés au contexte d'application de la loi</i>	299
2. <i>Les effets concrets produits par la loi</i>	301
B. Les autres obstacles.....	303
CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 2000-2018 RELACIONADAS CON EL INGRESO HOSPITALARIO DE PERSONAS QUE PADECEN TRASTORNOS PSÍQUICOS	309
Francisco Javier MATIA PORTILLA	
I. Acotaciones previas	309
II. El internamiento decretado en el marco de un proceso penal	311
A. Evolución normativa.....	311
B. La jurisprudencia constitucional.....	313

1. <i>La cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 8.1 CPC1973: la STC 24/1993</i>	313
2. <i>Las recientes resoluciones de amparo</i>	314
III. El internamiento decretado en el ámbito civil	315
A. <i>Evolución normativa</i>	315
B. <i>La Sentencia piloto: La cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 211, segundo párrafo, CC (STC 129/1999)</i>	317
C. <i>La cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 211, párrafo primero, CC (STC 131/2010)</i>	320
D. <i>La cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 763 LEC (STC 132/2010)</i>	322
IV. Algunas consideraciones conclusivas	324

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI DISABILI E TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI (TSO).....327

Marina CALAMO SPECCHIA

I. Il campo di indagine del progetto QPC 2020: i disabili e i TSO	327
II. I disabili	328
III. I trattamenti sanitari obbligatori	332
IV. Alcuni dati statistici	338
V. Le tecniche decisorie adottate	339

SECTION 3. LA PROTECTION DES ÉTRANGERS..... 343

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET ÉTRANGERS.....345

Olivier LECUCQ

I. Les apports d'ordre contentieux	348
A. <i>La législation contrôlée</i>	348
B. <i>Le rôle des associations</i>	349
C. <i>Les conditions de recevabilité de la question et des articles de loi contestés</i>	349
D. <i>L'écran des directives communautaires</i>	350
E. <i>Le contrôle à double détente</i>	351
F. <i>Les degrés de contrôle</i>	352
G. <i>Le contrôle de la jurisprudence</i>	354
H. <i>La modulation des effets des décisions</i>	355
II. Les apports au fond	355

A. La protection des mineurs étrangers	356
B. Les droits sociaux	357
C. Le contrôle d'identité et de séjour	357
D. Le contentieux de l'éloignement	358
« QUESTIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ ET ÉTRANGERS »	363
Olivier LECUCQ	
I DIRITTI DEGLI STRANIERI DI FRONTE AL GIUDICE COSTITUZIONALE ITALIANO	365
Laura MONTANARI, Francesco Emanuele GRISOSTOLO	
I. Premessa	365
II. Norme parametro maggiormente utilizzate o comunque rilevanti per la categoria	366
III. Alcuni dati statistici	367
IV. Il ruolo del giudizio in via principale	369
V. I principali orientamenti giurisprudenziali	372
A. Diritti di libertà e garanzie processuali	372
B. Diritti sociali	374
C. Diritti e doveri politici	376
VI. La Cedu come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità a livello nazionale e criterio di controllo sull'azione dello Stato a livello internazionale	376
Brevi considerazioni conclusive	380
SECTION 4. LA PROTECTION DES GENS DU VOYAGE	383
QPC ET PERSONNES VULNÉRABLES : LE CAS DES GENS DU VOYAGE EN FRANCE	385
Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI	
I. La non-remise en cause du dispositif relatif à l'accueil et au stationnement des gens du voyage	387
A. Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, Monsieur Orient O. et autres	387
B. Décision 2019-805 QPC du 27 septembre 2019, <i>Union de défense active des forains et autres</i>	391

II. L'inconstitutionnalité partielle du statut dérogatoire des gens du voyage	395
Décision n° 2012-279 DC du 5 octobre 2012 – Jean-Claude P.	395
DE NOMADAS A ASENTADOS	401
Fernando ALVAREZ-OSSORIO MICHEO	
I. De nómadas a asentados. Los problemas tienen también nacionalidad	401
A. Sobre asentamientos irregulares y doctrina del Tribunal Constitucional	403
II. Justicia Constitucional e infraviviendas. Un bien escaso	405
III. Un rayo de luz. El derecho a un techo en el voto particular a la STC 188/13	407
Breve conclusión	408
LA (SCARSA) RAPPRESENTATIVITÀ DEI SOGGETTI NOMADI E SENZA FISSA DIMORA NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DELLE LEGGI ITALIANO	409
Giovanna SPANÒ	
SECTION 5. LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS PRÉCAIRES ET DES CHÔMEURS	415
LA QPC ET LES PERSONNES VULNÉRABLES	417
Valérie BERNAUD	
I. Les décisions QPC relatives aux travailleurs précaires	418
A. Les décisions relatives aux titulaires de contrats « temporaires » ...	419
B. Les décisions relatives aux « mécanismes précarisants »	421
II. Les décisions QPC relatives aux personnes vulnérables qui travaillent	423
A. Une vulnérabilité liée aux caractéristiques personnelles des travailleurs peu prise en compte dans la jurisprudence constitutionnelle	423
B. Les personnes incarcérées bénéficient-elles d'une jurisprudence plus favorable ?	424

LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES VULNERABLES A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA	427
<i>Miguel PÉREZ-MONEO</i>	
I. El contexto de la cuestión de inconstitucionalidad	427
II. La selección de cuestiones de inconstitucionalidad relativas a trabajadores	428
III. Normas parámetro y objeto de control	430
IV. Procedimiento	431
V. Análisis de la jurisprudencia	432
A. La crisis económica	432
B. Profesores de religión católica	434
C. Farmacéuticos mayores de 65 años	435
D. Trabajadores en situación de vulnerabilidad	435
E. La protección de los trabajadores a través del recurso de amparo	439
1. <i>Protección frente a la discriminación</i>	439
2. <i>Protección de la garantía de indemnidad, contenido del derecho a la tutela judicial efectiva</i>	441
3. <i>Del trabajador frente a interpretación irrazonable del derecho a las vacaciones:</i>	441
4. <i>Intimidación en el lugar del trabajo</i>	441
F. La protección de los trabajadores a través del recurso de inconstitucionalidad	442
A modo de conclusión	442
LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA DEGLI ULTIMI VENT'ANNI (2000-2019)	445
<i>Daniele CHINNI</i>	
I. Avvertenza metodologica	445
II. «Fondata sul lavoro». Brevi ma necessarie premesse sul principio lavorista nella Costituzione repubblicana	446
III. Uno sguardo quantitativo sulla giurisprudenza costituzionale ...	448
IV. I temi più rilevanti nella giurisprudenza della Corte	450
A. La discrezionalità del legislatore nella garanzia del diritto al lavoro	450

B. La legittimità delle restrizioni del diritto al lavoro in presenza di altri interessi da tutelare.....	452
C. La parità tra uomo-lavoratore e donna-lavoratrice.....	454
D. Lavoratrici madri e genitorialità.....	455
E. L'adeguatezza della retribuzione.....	457
F. Le tutele del lavoratore nel rapporto di lavoro.....	458
G. La tutela dei diritti dei lavoratori pensionati.....	459
SECTION 6. LA PROTECTION DES PERSONNES DÉTENUES.....	461
QPC ET DÉTENUIS EN FRANCE.....	463
Hubert <i>ALCARAZ</i>	
I. Le cadre constitutionnel général de la détention.....	466
II. Des précisions en forme de progrès ponctuels.....	468
QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ ET DÉTENUIS EN ESPAGNE.....	477
Hubert <i>ALCARAZ</i>	
I. La consécration d'une voie d'accès direct au juge constitutionnel...479	479
II. La disqualification pratique de la question d'inconstitutionnalité pour les personnes détenues.....	480
I DIRITTI DEI DETENUTI NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA.....	487
Marco <i>RUOTOLO</i>	
I. Premessa.....	487
II. I diritti dei detenuti, tra svolgimenti legislativi della Costituzione e interventi della giurisprudenza costituzionale.....	490
III. Gli interventi giurisprudenziali di tipo interpretativo (o rivolti a una "integrazione blanda" del dettato normativo).....	491
A. La sentenza n. 526 del 2000.....	491
B. La sentenza n. 26 del 1999 (con un cenno decisione n. 135 del 2013) ..	492
C. La sentenza n. 190 del 2010.....	493
IV. Gli interventi giurisprudenziali di tipo integrativo.....	494
A. La sentenza n. 158 del 2001 (e la sentenza. n. 341 del 2006 come suo ideale "seguito").....	494
B. La sentenza n. 143 del 2013 (e la decisione n. 186 del 2018).....	495
C. La sentenza n. 239 del 2014.....	496

V. Gli interventi giurisprudenziali di tipo “monitorio”	497
A. La sentenza n. 301 del 2012.....	497
B. La sentenza n. 279 del 2013.....	498
VI. Quando il monito non basta più e l’inerzia del legislatore diventa costituzionalmente intollerabile	499
VII. Una breve conclusione: un “criterio di orientamento” per giudici e legislatore e un’indicazione di politica criminale, entrambi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti....	500
CHAPITRE 3. L’ACCÈS DES PERSONNES VULNÉRABLES AU JUGE ORDINAIRE EN QPC	505
LES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ ET LE FILTRAGE DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ DES COURS D’APPEL CIVILES (2010-2019).....	507
Nicolas PAUTHE	
Méthodologie de la recherche	508
Présentation de la méthode de recherche appliquée	508
Une restriction du champ de l’étude menée aux non-transmissions des QPC.....	510
Présentation de l’objectif poursuivi	513
L’étude des décisions de non-renvoi.....	513
La restriction aux personnes en situation de vulnérabilité.....	514
I. Le degré variable de prise en compte de la situation de vulnérabilité par les cours d’appel dans le traitement des QPC	515
II. Le degré variable d’intervention du juge civil de l’appel dans le filtrage des QPC posées par les personnes en situation de vulnérabilité	517
III. Application de la grille de lecture utilisée au cas particulier de l’hospitalisation d’office	521
PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ ET JUGE ADMINISTRATIF DU PREMIER FILTRE.....	525
Annabelle PENA	
I. Méthodologie de la recherche	526
II. Les chiffres	527
III. Dans le registre des constats et des pistes de réflexion.....	529

A.	La situation de vulnérabilité ne facilite pas l'accès au prétoire du juge constitutionnel	529
B.	La situation de vulnérabilité n'exerce aucune influence sur le contrôle opéré par le juge administratif du premier filtre	530
C.	La cause des personnes en situation de vulnérabilité est mieux défendue lorsqu'elle est portée par la voie associative.....	531
D.	L'examen de la condition d'applicabilité des dispositions législatives au litige est de nature à bloquer le cheminement de la QPC	531
E.	Le juge administratif du premier filtre s'est libéré des conditions posées par la loi organique pour opérer un contrôle positif de constitutionnalité des dispositions législatives critiquées	532
F.	Le contrôle du caractère sérieux de la question de constitutionnalité peut se révéler bloquant.....	534
G.	Le refus de transmission du juge du premier filtre met généralement un terme définitif à la procédure de la QPC.....	535
H.	La pratique des recours « construits » se développe pour contourner un filtre perçu comme bloquant par les plaideurs.....	537
I.	Une harmonisation formelle de la jurisprudence QPC des juridictions administratives du premier et second degré	538
J.	Propositions de réforme de la procédure de la QPC pour une meilleure prise en compte de la vulnérabilité de certaines catégories de justiciables.....	539
	1. <i>Faire du Défenseur des droits un acteur dans le procès constitutionnel</i>	539
	2. <i>Repenser la procédure d'appel des décisions de non-transmission</i> .	540

LE RÔLE DES ASSOCIATIONS DANS LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES EN QPC.....

541

Anna-Maria LECIS COCCO ORTU

I.	Les associations, acteurs incontournables de la QPC en matière de droits des personnes vulnérables	543
A.	Les différentes formes de participation des associations au contentieux QPC et l'importance du « litige stratégique ».....	543
B.	Le constat empirique de la participation des associations au contentieux.....	546
II.	La contribution des associations entre protection des droits et évolution du droit des personnes vulnérables	549

A. La contribution au service des personnes concernées par le cas d'espèce	549
1. <i>Le soutien aux justiciables</i>	550
a. <i>Le soutien argumentaire constaté dans les moyens soulevés</i>	550
b. <i>Le soutien constaté dans la solution de l'affaire : le taux de réussite</i> ..	550
c. <i>Le soutien à la situation du justiciable en dehors du contentieux QPC</i> ...	551
2. <i>La mise en place de la relation avec le justiciable</i>	552
B. Le litige stratégique : la fonction des cas d'espèces au service des autres personnes en la même situation	553
III. Annexes	554
Annexe n° 1 : QPC soulevées par des associations.....	554
Annexe n° 2 : Décision QPC avec interventions par des associations ..	556
Annexe n° 3 : L'accès des trois associations sélectionnées au contentieux devant les autres juridictions – Compte-rendu des entretiens.....	558
Annexe n° 4 : La place du contentieux au sein des activités des associations étudiées – Compte-rendu des entretiens	560
1. <i>Question : « le contentieux est votre moyen d'action principal ou l'un parmi d'autres ? »</i>	560
2. <i>Question : « Le litige stratégique est-il l'un de vos moyens d'action ? »</i>	561
3. <i>(Si la réponse à la question précédente a été affirmative), Question : « Quelles sont les modalités de mise en œuvre des litiges stratégique ? »</i>	561
Table des matières	563

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :

Cédric Hamel, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :

Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :

Donia Landoulsi

2^e trimestre 2021

Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité

Approche de droit comparé

Répondant à l'appel à projets « QPC 2020 » du Conseil constitutionnel, le travail de recherche collectif – dont les résultats sont publiés dans cet ouvrage – entend évaluer l'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité sous l'angle particulier de la protection des personnes en situation de vulnérabilité et selon une approche de droit comparé.

La recherche a ainsi eu pour ambition de dresser un bilan de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel pour ce qui concerne la protection des personnes vulnérables, en la confrontant avec les procédures similaires existant dans deux pays voisins : l'Italie et l'Espagne.

La protection effective des personnes qui en ont le plus besoin a semblé en effet être un point de vue particulièrement pertinent pour évaluer, de manière générale, l'efficacité du système de la QPC et pour vérifier s'il constitue un véritable progrès dans la défense des droits fondamentaux.

Pour rendre compte de la manière la plus fidèle possible des résultats de cette recherche, l'ouvrage présente, dans une première partie, le rapport de synthèse adressé au Conseil constitutionnel par les porteurs du projet, dans lequel est réalisée la comparaison proprement dite ; puis, dans une seconde partie, les études nationales concernant la jurisprudence constitutionnelle des trois pays étudiés, élaborées par les chercheurs participants au projet scientifique.



Caterina Severino, Professeur de droit public à l'Université de Toulon et Directrice du Master 2 « Pratique du droit des étrangers », consacre une grande partie de ses activités d'enseignement et de recherche au droit constitutionnel français et comparé ainsi qu'aux mécanismes de protection des droits fondamentaux. Elle a dirigé de nombreux ouvrages collectifs et publié plusieurs articles scientifiques dans ces domaines.



Hubert Alcaraz est Professeur de droit public à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, où il est également co-directeur du Master de Droit public. Spécialisé en droit comparé, justice constitutionnelle et droits fondamentaux, il est l'auteur de nombreux travaux scientifiques dans ces domaines.



est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).