La vulnérabilité, nouvel outil pour la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux ?

Laurence Gay, Laura Montanari, Caterina Severino

▶ **To cite this version:**

Laurence Gay, Laura Montanari, Caterina Severino. La vulnérabilité, nouvel outil pour la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux ?. 21.30, IERDJ - Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice. 2025, pp.216. ⟨hal-05163771⟩

HAL Id: hal-05163771

https://hal.science/hal-05163771v1

Submitted on 15 Jul 2025

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.

Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

Janvier 2025
RAPPORT N°21.30

Institut des Études
et de la Recherche
sur le Droit et la Justice

La vulnérabilité, nouvel outil pour la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux ?

Étude comparative de la jurisprudence des Cours européennes et des Cours nationales françaises et italiennes

Sous la direction de

Laurence GAY, Laura MONTANARI et Caterina SEVERINO

amU Faculté de droit et de science politique Aix Marseille Université

INSTITUT LOUIS FAVOREU AIX-EN-PROVENCE

UMR 7318 Droits International, Comparé et Européen

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE hic sunt futura
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

CDPC JEAN-CLAUDE ESCARRAS CNRS UMR DICE

RAPPORT DE RECHERCHE

Sous la direction de

Laurence GAY,
Directrice de recherche au CNRS

Laura MONTANARI,
Professeure à l'Université d'Udine

Caterina SEVERINO,
Professeure à Sciences Po Aix

Avec la contribution de

Odile De BEAUREGARD,
Professeure à l'Université de Toulon (CDPC-JCE, UMR 7318 DICE)

Mélina DOUCHY-OUDOT,
Professeure à l'Université de Toulon (CDPC-JCE, UMR 7318 DICE)

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI,
Directrice de recherche au CNRS (ILF-GERJC, UMR 7318 DICE)

Laurence GAY,
Directrice de recherches au CNRS (ILF-GERJC, UMR 7318 DICE)

Eloïse GENNET,
Professeure junior à Aix-Marseille Université (CERIC, UMR 7318 DICE)

Pauline MALLEJAC,
Doctorante contractuelle (ILF-GERJC, UMR 7318 DICE)

Laura ODASSO,
Enseignante-chercheuse contractuelle, CY Cergy Paris Université, EMA

Franck PETIT,
Professeur à Aix-Marseille Université (Centre de droit social)

Nathalie RUBIO,
Professeure à Aix-Marseille Université (CERIC, UMR 7318 DICE)

Caterina SEVERINO,
Professeure à Sciences Po Aix (ILF-GERJC, UMR 7318 DICE)

Catherine TZUTZUIANO,
Maîtresse de conférences à l'Université de Toulon (CDPC-JCE, UMR 7318 DICE)

Enrico AMATI,
Maître de conférences à l'Université d'Udine

Luca BARON,
Post-doc à l'Université d'Udine

Claudia CASTELLI,
Doctorante à l'Université d'Udine

Marco CHIARAMONTE,
Doctorant à l'Université de Bari

Pietro DUNN,
Doctorant à l'Université de Bologna et à l'Université du Luxembourg

Fausto CAGGIA,
Maître de conférences à l'Université d'Enna « Kore »

Marina CALAMO SPECCHIA,
Professeure à l'Université de Bari

Claudia CASCIONE,
Maîtresse de conférences à l'Université de Bari

Alessia OTTAVIA COZZI,
Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine

Sabrina EL SABI,
Doctorante à l'Université de Bari

Francesco EMANUELE GRISOSTOLO,
Enseignant-chercheur à l'Université d'Udine

Nicola MAFFEI,
Doctorant à l'Université de Bari

Laura MONTANARI,
Professeure à l'Université d'Udine

Savina OTTIERI,
Doctorante à l'Université d'Udine

Leonardo PACE,
Enseignant-chercheur à l'Université Roma Tre

Oreste POLLICINO,
Professeur à l'Université L. Bocconi de Milano

Giorgio RESTA,
Professeur à l'Université Roma Tre

Laura RESTUCCIA,
Doctorante à l'Université de Milano Bicocca

Paola FRANCESCA RIZZI,
Doctorante à l'Université de Bari

Natalia ROMBI,
Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine

Edoardo RUZZI,
Doctorant à l'Université Roma Tre

Giuliano SERGES,
Enseignant-chercheur à l'Université Roma Tre

Andrea SCELLA,
Professeur à l'Université d'Udine

Carla SPINELLI,
Professeure à l'Université de Bari

Camilla STORACE,
Docteur en droit de l'Université Roma Tre

Andrea VIOLANTE,
Doctorant à l'Université de Bari

REMERCIEMENTS

Les auteures du rapport tiennent à remercier l'IERDJ pour l'occasion qui leur a été donnée de réaliser cette recherche scientifique.

Elles remercient également le Centre de Droit et de Politiques Comparés-Jean-Claude Escarras, ainsi que l'Institut Louis Favoreu-GERJC, pour le soutien scientifique et l'apport logistique fournis tout au long de la réalisation de ce projet.

Un remerciement particulier est adressé à Raffaele Prettato et Alessandro Giovanni Masotti, doctorants de recherche à l'Université de Udine, pour leur aide dans la finalisation de la bibliographie.

Les auteures remercient très sincèrement Céline Maillafet, Docteur en droit et ingénieur d'études au CDPC-JCE, pour son soutien indéfectible lors de la réalisation de ce projet, ainsi que Charlotte Largeron, chargée de la communication à l'ILF-GERJC, pour son aide précieuse lors de la mise en forme du présent rapport.

Elles remercient enfin l'ensemble des enseignants-chercheurs ayant participé à cette recherche, pour leur implication, leur travail, leur précieuse contribution aux débats lors des séminaires, qui ont contribué de façon décisive au présent rapport final.

SOMMAIRE

Introduction
Section 1 – Diversité des approches des vulnérabilités : le contexte du projet
Section 2 – Une approche juridique unifiée de la vulnérabilité de la personne physique : l'objectif du projet

Chapitre I
Le recours contrasté à la notion de vulnérabilité par les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Section préliminaire
Section 1 – Les Cours européennes
Section 2 – L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Chapitre II
Le recours largement conditionné à la notion de vulnérabilité par les cours nationales
Section 1 – Les Cours constitutionnelles
Section 2 – Les Conseils d'État
Section 3 – Les Cours de cassation

Chapitre III
Le recours pragmatique à la notion de vulnérabilité par les Autorités administratives indépendantes
Section préliminaire – Présentation des Autorités administratives indépendantes
Section 1 – L'emploi du terme
Section 2 – Les conséquences de l'emploi du terme sur la protection des droits

Conclusion
§ 1 – Une définition implicite de la vulnérabilité de la personne physique par le droit
§ 2 – Des usages diversifiés de la notion de vulnérabilité de la personne physique par le juge

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Vulnérabilité d'un territoire au changement climatique ; vulnérabilité d'un système informatique aux cyber-attaques ; vulnérabilité de certaines personnes à la Covid ; vulnérabilité du jeune enfant dépendant des soins de ses parents ; vulnérabilité des écosystèmes à la pollution… Depuis quelques années, nous connaissons un « contexte d'extension vertigineuse du champ sémantique couvert par le mot »[1] vulnérabilité. Avant même d'envisager d'en donner une définition, on est frappé par la diversité des choses ou sujets susceptibles d'être qualifiées de vulnérables. À partir des exemples aléatoires précités, on peut procéder par couples de choses/sujets opposés. La vulnérabilité peut ainsi toucher des choses inanimées (vulnérabilité d'un système informatique), ce qui s'oppose à la vulnérabilité du vivant. Au sein du vivant, on distinguera la vulnérabilité du vivant non humain (vulnérabilité d'un écosystème à la pollution, vulnérabilité d'espèces protégées) et celle des humains. Au sein des êtres humains, on pourra enfin distinguer la vulnérabilité de groupes ou populations (vulnérabilité des personnes âgées ou atteintes de certaines pathologies à la Covid) et la vulnérabilité d'un individu en particulier. On peut ajouter, même si cela ne ressort plus de nos exemples, que la considération du sujet humain amène à opposer une vulnérabilité commune à tous et des vulnérabilités spécifiques à certaines ou certains. Cette diversité des objets/sujets qualifiés de vulnérables ne résulte pas seulement du langage commun, mais aussi du langage savant : la notion a en effet conquis un grand nombre de champs du savoir.

Selon la professeure Hélène Thomas, le terme « vulnérabilité » a percé dans les années 1970 dans la littérature psychiatrique, psychologique, pédiatrique et psychanalytique[2]. Cette auteure mentionne aussi les notions de fragilité ou faiblesse qui s'imposent alors en gériatrie (*frailty/frail elderly*) et qu'elle considère équivalentes, mais on verra que les deux termes sont, au contraire, considérés comme distincts par une majorité d'auteurs[3]. Hélène Thomas explique aussi que le terme se diffuse dans les années 1980, se répand massivement dans les années 1990. Dans ce domaine de la santé mentale, la vulnérabilité est en outre associée à d'autres notions, comme celle de résilience. Cette dernière est au départ un concept de physique défini comme « la valeur caractérisant la résistance au choc d'un métal »[4]. Transposée au domaine psychologique, la résilience désigne la résistance psychique, la capacité à faire face (*coping* en anglais) aux stress importants et aux événements traumatiques, avec l'idée d'un retour, si ce n'est à l'état antérieur, du moins à un certain état d'équilibre[5]. Pour ce qui nous intéresse, on notera que le terme introduit la

[1] E. FERRARESE, « Les vulnérables et le géomètre. Sur les usages du concept de vulnérabilité dans les sciences sociales », *Raison publique*, n° 14, Dossier Grammaires de la vulnérabilité, dir. S. LAUGIER et M. GAILLE, 2011 (en ligne : https://raison-publique.fr/698/)

[2] H. THOMAS, « Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. », *Recueil Alexandries*, Collections Esquisses, janvier 2008 (en ligne : http://www.reseau-terra.eu/article697.html).

[3] V. *infra*, section 1, § 4 de cette introduction.

[4] Dictionnaire Le Robert, en ligne : https://dictionnaire.lerobert.com/definition/resilience

[5] V. par ex. M. MANCIAUX, « La résilience. Un regard qui fait vivre », *Études*, 2001/10, t. 395, p. 321-330; M. ANAUT, « Le concept de résilience et ses applications cliniques », *Recherches en soins infirmiers*, 2005-3, n° 82,

question des ressources pouvant être mobilisées pour faire face aux risques auxquels le sujet vulnérable est exposé, thématique que l'on retrouvera dans de nombreuses disciplines.

En effet, la notion de vulnérabilité essaime, avec souvent les concepts liés comme celui de résilience. Selon Hélène Thomas, « C'est à partir des années 1980 que [ces] notions […] émergent avec celle de risques au niveau international dans le champ des sciences humaines et sociales ». Un *working paper* de 2001 produit au sein de la Banque mondiale se propose ainsi de faire état des conceptions de la vulnérabilité et des façons de la mesurer dans les disciplines suivantes : « l'économie, la sociologie et l'anthropologie, le management des catastrophes, les sciences environnementales, la santé et la nutrition »[6] : le spectre est large, et ne couvre au demeurant pas que des sciences sociales. Les auteurs relèvent que chacune des disciplines recensées tend à définir la vulnérabilité « d'une façon légèrement différente », puisque chacune s'occupe « de différentes sortes de risques »[7]. La vulnérabilité d'un groupe à la maladie n'est pas sa vulnérabilité à un risque naturel : leur analyse ne mobilise ni les mêmes facteurs de risque, ni les mêmes facteurs de résilience…. En outre, même en se cantonnant au champ des sciences humaines et sociales, on retrouve une diversité des objets ou sujets vulnérables. Il existe ainsi une importante littérature en géographie, sciences des risques et catastrophes naturelles, environnement et changement climatique, qui va prioritairement considérer la vulnérabilité de territoires, en lien avec celle des communautés humaines qui les habitent[8]. D'autres approches se centrent sur l'individu, le cas échéant considéré dans le cadre de ses interactions sociales : philosophie, sociologie, histoire, linguistique, anthropologie…. Pour trouver à être employée utilement à des situations si différentes, et aux disciplines tout aussi différentes qui les étudient, la notion de vulnérabilité présente une plasticité certaine, que met en lumière l'étymologie du terme.

Selon le site CNRTL[9], la définition première de l'adjectif vulnérable, qui se rapporte à une partie du corps, un être animé, est celle d'être « exposé aux blessures, aux coups » et, par extension, « exposé à la douleur physique, à la maladie ». Une deuxième acception, se rapportant aux objets inanimés, définit « vulnérable » comme « ce qui peut être attaqué, atteint facilement ». Enfin, selon une troisième sens, vulnérable désigne, s'agissant d'une « personne » ou d'un « aspect de sa personnalité », ce qui est « très sensible aux attaques morales, aux agressions ». Si l'on s'en tient à la personne, à l'individu – seul objet de cette recherche, on y reviendra –, la vulnérabilité est donc usuellement définie comme le risque

p. 4-11; M. ANAUT et B. CYRULNIK (dir.), *Résilience: de la recherche à la pratique*, Paris, Odile Jacob, 2014, 202 p.; J.-P. POURTOIS et H. DESMET, *Au cœur de la résilience. Quinze approches conceptuelles*, Paris, Odile Jacob, 2022, 411 p.

[6] J. ALWANG, P. B. SIEGEL et S.L. JORGENSEN, « Vulnerability : a view from different disciplines », n° 23304, juin 2001 (en ligne : https://documents1.worldbank.org/curated/en/636921468765021121/pdf/multi0page.pdf).

[7] *Ibid*., p. 4.

[8] V. par ex. B. BARROCA, M. DI NARDO et I. MBOUMOUA, « De la vulnérabilité à la résilience : mutation ou bouleversement ? », *EchoGéo*, 24 | 2013, 18 p. (en ligne : https://doi.org/10.4000/echogeo.13439) ; S. BECERRA, « Vulnérabilité, risques et environnement : l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 12 Numéro 1 | mai 2012, mis en ligne le 29 mai 2012, consulté le 19 mars 2024. URL : http://journals.openedition.org/vertigo/11988 ; DOI : https://doi.org/10.4000/vertigo.11988.

[9] https://www.cnrtl.fr/definition/vuln%C3%A9rable

d'une atteinte, d'une *blessure*, dont on constate – en vertu des significations 1 et 3 de l'adjectif vulnérable présentées ci-dessus – qu'elle peut être corporelle, ou non (morale, spirituelle, psychologique…).

Blessure : c'est en effet la première traduction du mot latin *vulnus,* dont sont issus les termes français « vulnérable » et « vulnérabilité ». Le vocable latin inclut déjà la double dimension, matérielle et figurée, de cette blessure potentielle[10]. Ainsi, selon le dictionnaire Gaffiot[11], *vulnus* se traduit par « blessure, plaie, coup porté ou reçu », mais aussi, dans un sens figuré, « atteinte, plaie, etc. » (« coup porté à l'ordre public » ou « les plaies de la guerre » dans des formules de Cicéron), « angoisse, douleur, peine » (chez Lucrèce) ou encore « blessure de l'amour » (chez Lucrèce, Virgile…). Le même dictionnaire fait aussi apparaître les entrées *vulnĕrāre* (« blesser, faire des blessures à quelqu'un par des paroles »), *vulnĕrātĭō* (« la blessure, la lésion »), *vulnĕrābĭlis* (« vulnérable » ou « qui blesse ») et vulnĕrārĭus (« relatif aux blessures »).

D'origine latine, les termes « vulnérable » et « vulnérabilité » ne sont employés couramment que de façon assez récente. Un historien, Jean-Marie Villela, a retracé leur généalogie dans la langue française[12]. L'auteur signale ainsi, dans le *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous les dialectes du IX^e^ siècle au XV^e^ siècle*, la présence des termes « vulneration/vulneracion » signifiant la blessure, mais aussi « vulnerer » (blesser) et « vulnifique » (qui cause une blessure »)[13]. Différentes éditions du *Dictionnaire de l'Académie française*, consultables en ligne à partir du site ATILF, font ressortir les données suivantes. Dans la première édition, datant de 1694[14], on trouve bien l'adjectif « vulnérable », défini comme ce « qui peut être blessé », mais il est noté qu'il n'a « point d'usage » ; en revanche, l'adjectif « invulnérable » est illustré par deux phrases et semble donc usité[15]. On ne trouve pas en revanche le substantif « vulnérabilité ». La quatrième édition du même dictionnaire, datant de 1762, donne la même définition - « Qui peut être blessé » - et précise « Invulnérable est plus en usage que Vulnérable »[16]. Enfin, la huitième édition, de 1935, ajoute à la définition précédente que vulnérable « signifie figurément "Qui peut être attaqué, qui offre prise" »[17]. En outre, l'entrée vulnérabilité apparaît[18], alors

[10] Sur cette double dimension et pour une analyse sémantique plus approfondie, v. G. MARAGNO, « Alle origine (terminologiche) della vulnerabilità : vulnerabilis, vulnus, vulnerare », *in* O. GIOLO et B. PASTORE (dir.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Rome, Carocci ed., 2018, p. 13-35.

[11] Entrée « *Vulnus* », in L. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, nouvelle édition revue et augmentée dite Gaffiot 2016, p. 1435.

[12] J.-M. VILLELA, « Vulnérabilité(s), un concept opératoire en histoire ? », De la Charité à la bientraitance. Les métamorphoses de la vulnérabilité, France 19^e^-21^e^ siècles, mis en ligne le 5 mars 2022 (https://metavulnera.hypotheses.org/1358) ; l'article est issu d'une communication orale du 25 février 2022, disponible dans son intégralité dans HAL : https://hal.univ-lorraine.fr/hal-03591162v1/document

[13] F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous les dialectes du IX° siècle au XV° siècle*, F. Vieweg (E. Bouillon), Paris, 1881-1902. Tome VIII, p. 318 ; cité par J.-M. VILLELA, « Vulnérabilité(s), un concept opératoire en histoire ? », préc.

[14] Également citée par J.-M. VILLELA ; consulté en ce qui nous concerne sur le site ATILF : https://artfl.atilf.fr/dictionnaires/ACADEMIE/PREMIERE/premiere.fr.html

[15]https://artfl.atilf.fr/cgibin/dico1look.pl?strippedhw=vulnerable&dicoid=ACAD1694&headword=&dicoid=ACAD1694

[16] https://academie.atilf.fr/4/consulter/VULN%C3%89RABLE?options=motExact

[17] https://academie.atilf.fr/8/consulter/VULN%C3%89RABLE?options=motExact

[18] https://academie.atilf.fr/8/consulter/VULN%C3%89RABILIT%C3%89?options=motExact

qu'elle n'existait pas dans la version de 1762. Jean-Marie Villela relève ainsi que « c'est en fait essentiellement au tournant du XXe siècle que l'adjectif vulnérable et le substantif vulnérabilité ont été plus largement utilisés »[19]. Alors que l'emploi du terme invulnérable stagne, « le XXe siècle apparaît donc comme celui de la diffusion du terme "vulnérable" dans les usages lexicaux »[20]. Cette progression résulte d'une multiplication des usages du terme, dans des champs de plus en plus diversifiés comme on l'a relevé à titre liminaire.

C'est ce contexte de pluralité des approches qui est à l'origine du présent projet de recherche. Cette pluralité des approches se vérifie entre disciplines, mais aussi souvent au sein d'une seule et même discipline, faute d'acception établie des termes vulnérable/vulnérabilité. À cet égard, et malgré les travaux existants, on peut faire pour le domaine du droit un constat dressé dans les années 1980 à propos de l'analyse des risques naturels : « l'analyse de la vulnérabilité manque encore de langages et d'outils opératoires. Le mot lui-même souffre d'un trop-plein sémantique, puisqu'il évoque aussi bien la dépendance ou la fragilité que l'insécurité, […] ou la faible résilience »[21]. Un des points de départ de la recherche était donc de ne pas se contenter du constat de flou ou de polysémie qui est généralement dressé à propos de la vulnérabilité, et d'éprouver la possibilité d'en faire une conceptualisation opératoire. Dès lors, il s'est agi d'analyser et comprendre comment le droit appréhende la vulnérabilité de la personne physique – cette limitation du champ de la recherche à la personne physique, on y reviendra, étant nécessaire pour se donner un objet d'étude cohérent. Avant de présenter plus avant cette recherche, il paraît cependant utile de revenir sur son contexte : celui d'une pluralité d'approches disciplinaires de la vulnérabilité. Nos développements à cet égard, cantonnés à des approches de la vulnérabilité de l'individu, ont pour objet une première appréhension de la notion, en même temps qu'un enrichissement des observations qui pourront être faites de l'analyse du droit positif.

Section 1 – Diversité des approches des vulnérabilités : le contexte du projet

On pourrait penser que l'appréhension de la vulnérabilité en médecine est une pure question de physiologie appliquée : il s'agirait d'analyser la plus ou grande exposition d'un organisme donné aux maladies, troubles et autres blessures physiques et psychiques potentielles. Or, si la dimension technique n'est pas absente, les choses sont plus subtiles et un aperçu de quelques questions suscitées par la notion de vulnérabilité dans le champ médical peut utilement compléter la présentation de l'approche de cette même notion par certaines sciences humaines et sociales. Nous étudierons donc respectivement ces champs – médecine, certaines sciences humaines et sociales – avant d'exposer la situation dans la science juridique et le droit positif français puis de clore ces premiers développements par quelques conclusions intermédiaires, visant à faire ressortir ce qui apparaît selon nous comme des invariants dans ces différentes approches de la vulnérabilité de la personne.

[19] J.-M. VILLELA, « Vulnérabilité(s), un concept opératoire en histoire ? », préc.
[20] *Ibid*.
[21] J. THEYS, « La société vulnérable », *in* J.-L. FABIANI et J. THEYS (dir.), *La société vulnérable. Évaluer et maîtriser les risques,* Paris, Presses de l'ENS, 1987, p. 21.

§ 1. Vulnérabilité et médecine

En tant qu'elle vise la possibilité de blessure, du corps ou de la *psychè*, la vulnérabilité en médecine est d'abord et avant tout celle du patient. Il est intéressant à cet égard de se référer aux définitions du *Dictionnaire médical* de l'Académie de médecine, lesquelles montrent que, en dépit du caractère technique de l'art médical, la vulnérabilité n'est pas appréhendée de façon univoque. En effet, ce terme est défini comme « l'état traduisant l'impossibilité pour une personne de répondre de façon adéquate à une quelconque modification homéostatique »[22]. On est bien ici dans la technique pure et l'on comprend, sans être spécialiste, que l'absence de réponse adéquate à une modification homéostatique va entraîner une dégradation de l'état de la personne, débouchant potentiellement sur la maladie. Toutefois, le même *Dictionnaire médical* donne deux définitions de l'adjectif vulnérable, qui sont les suivantes :

> « *1) Au sens général, état d'une personne qui, quel que soit son âge, est sans protection, et donc plus particulièrement exposée à des conditions délétères externes : alcool, drogues, tabac, infections, stress, agressions, abus ou maltraitance.*
> *2) En médecine gériatrique, état des malades le plus souvent les plus isolés, mal nourris, physiquement fragiles et limités sur le plan mental* »[23].

On note que la vulnérabilité renvoie ici à un *manque de protection* ; en outre, les risques auxquels elle expose la personne ne sont pas seulement physiologiques, comme le sont le stress ou les infections, mais aussi liés au comportement de cette personne (addictions) ou au comportement d'autrui (abus et maltraitance). On comprend donc que, même dans le domaine médical, la vulnérabilité n'est pas la simple exposition à la maladie et aux troubles de santé, mais renvoie à un ensemble de facteurs environnementaux et contextuels. On entre ainsi de plain-pied dans le champ social et relationnel, dont on voit que la médecine elle-même ne peut faire abstraction.

Par ailleurs, sur le terrain médical, la vulnérabilité peut être appréhendée au niveau d'un individu, ou au niveau d'un groupe donné selon une approche de santé publique. S'agissant de l'individu, la notion implique déjà un mélange complexe de facteurs intrinsèques, proprement physiologiques, et de facteurs sociétaux et environnementaux – comme les définitions ci-dessus l'ont montré. Quant à l'approche de santé publique consistant à identifier des catégories de personnes plus particulièrement exposées à un risque sanitaire, elle a été particulièrement mise en lumière par la pandémie de Covid. La vulnérabilité à la Covid de certaines personnes a pu amener dans certains cas à des recommandations particulières à leur endroit, comme observer un confinement strict, y compris en évitant les réunions familiales de fin d'année pour les personnes âgées. Dans d'autres cas, elle s'est traduite par des mesures juridiques spécifiques : il a par exemple été institué un dispositif de chômage partiel concernant principalement les salariés affectés à un poste de travail susceptible de les exposer à de fortes densités virales, ne pouvant pas recourir totalement au télétravail, ni bénéficier de certaines mesures de protection renforcées et, enfin, présentant un critère de vulnérabilité à la Covid[24]. La liste

[22] Académie de médecine, *Dictionnaire médical*, éd. 2024 (en ligne : https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=vuln%C3%A9rabilit%C3%A9)
[23] https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=vuln%C3%A9rable
[24] Dispositif mis en place par l'article 20 I de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificatives pour 2020 et précisé par décret.

de ces critères de vulnérabilité, tous liés à des pathologies définies ou à l'âge, a d'ailleurs donné lieu à un contentieux devant le Conseil d'État, qui a contraint le Gouvernement à revoir sa copie[25]. Toutefois, la littérature médicale a pu mettre en évidence, au-delà de ces critères liés à l'état physique de la personne, des vulnérabilités plus larges, souvent liées aux conditions socio-économiques des personnes. Par exemple, un article relevait le plus lourd tribut payé, en termes d'infections et de décès, par les Afro-Américains, les Latino-Américains et les Amérindiens aux États-Unis[26]. La chaîne de causalités de cette situation est complexe[27] mais la vulnérabilité des personnes concernées réside dans une « inégalité systémique »[28] dans les déterminants sociaux de la santé. Cet exemple rappelle une nouvelle fois la coexistence ou le cumul de facteurs de vulnérabilité, dans le domaine médical comme dans les autres. Il fait aussi ressortir que ces facteurs interagissent selon des mécanismes complexes, qu'il convient d'analyser pour mettre en œuvre une action publique pertinente.

En ce qui concerne le domaine médical, il importe aussi de rappeler que la notion de vulnérabilité revêt une importance toute particulière dans le contexte de la recherche clinique. L'éthique biomédicale impose à l'évidence des précautions particulières en cas de participation d'une personne vulnérable à une telle recherche. La mise en lumière de cette exigence éthique date du rapport dit Belmont de 1979, s'intitulant *Principes éthiques et directives concernant la protection de sujets humains dans le cadre de la recherche*[29]. Ce rapport a été publié par le département d'État américain de la santé et constitue une étape décisive de l'éthique biomédicale, après le Code Nuremberg. À l'inverse de ce dernier, il mentionne expressément la question des personnes vulnérables. En effet, le rapport intervient après le scandale de l'étude Tuskegee, qui avait consisté à étudier l'évolution de la syphilis chez des hommes de couleur de peau noire, issus d'un milieu rural défavorisé. Aucun participant n'avait reçu le traitement, pourtant efficace, afin d'observer l'évolution de la maladie jusqu'à son issue létale[30]. En réaction à ce scandale, le rapport Belmont pose les principes éthiques de la recherche : respect de la personne, bienfaisance et justice[31]. Il mentionne d'emblée que le respect de la personne se traduit par deux convictions éthiques : « premièrement, les personnes doivent être traitées comme des agents autonomes, deuxièmement, les personnes avec une autonomie diminuée ont droit à une protection »[32]. Un passage discute donc de l'évaluation de l'autonomie, de son caractère changeant et de l'étendue de la protection requise[33]. Le manque d'autonomie n'est toutefois pas la seule cause de vulnérabilité envisagée, puisqu'au titre de la justice, le rapport

[25] CE, ord., 15 octobre 2020, n° 444425, inédit.
[26] D. M. GRAY, A. ANYANE-YEBOA, S. BALZORA. *et al.,* « COVID-19 and the other pandemic: populations made vulnerable by systemic inequity », *Nat. Rev. Gastroenterol. Hepatol.,* sept. 2020*,* vol. 17, p. 520–522.
[27] V. le schéma explicatif dans l'article, *ibid*. p. 521.
[28] *Ibid*.
[29] The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, 18 avril 1979 (en ligne: https://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/the-belmont-report-508c_FINAL.pdf)
[30] V. M. ILLY, « Éthique et syphilis : l'affaire de Tuskegee », *in* Y. ARDAGNA et B. POUGET (dir.), *La syphilis. Itinéraires croisés en Méditerranée et au-delà. XVI^e – XXI^e siècles*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2021, p. 407-416.
[31] *Ibid*., pp. 4-6.
[32] *Ibid*., p. 4.
[33] *Ibid*.

mentionne les problèmes susceptibles de naître de l'implication systématique de sujets vulnérables – détenus, membres de minorités raciales ou ethniques ou encore personnes placées en institutions ; il appelle donc à la vigilance à cet égard[34]. La problématique est depuis devenue centrale dans la réflexion sur la recherche biomédicale en général et sur les essais cliniques en particulier.

Sans qu'il y ait lieu de rendre compte ici de cette problématique dans son ensemble, on signalera un débat intéressant quant à la définition de la vulnérabilité. Le constat de départ est celui d'un consensus : « les personnes vulnérables ont droit à une protection – ou une attention – particulière »[35], consensus doublé d'une interrogation : « qui est vulnérable et quelles sont les protections requises ? »[36]. La littérature souligne à cet égard le manque de définition des personnes vulnérables, qui peut nuire à leur protection[37]. Les instruments internationaux et nationaux dans ce domaine procèdent souvent par recensement de catégories de personnes vulnérables, à qui des règles spécifiques s'appliquent donc. Il en va ainsi de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de 1997, dite Convention d'Oviedo, traité phare du Conseil de l'Europe sur le sujet[38]. De même, s'agissant des recherches impliquant la personne humaine, le code de la santé publique français identifie des catégories qui ne peuvent y participer qu'à des conditions plus rigoureuses[39]. Or, les limites de cette approche par « listes de catégories vulnérables » sont connues. En effet, « une telle approche est souvent synonyme d'une protection standard dont l'inadaptation aux différents contextes est compensée par un allongement progressif des listes »[40]. Eloïse Gennet souligne qu'il en va de même avec une approche alternative, reposant sur des facteurs de vulnérabilité ; si cette méthode « permet une analyse plus circonstanciée distinguant par exemple entre facteurs sociaux-économiques et facteurs cognitifs », ses limites « sont en réalité similaires et les listes de facteurs s'allongent »[41]. C'est pourquoi les institutions comme la doctrine réclament une définition de la vulnérabilité qui s'extraie de cette approche catégorielle. Il conviendrait

[34] *Ibid*., p. 6 et p. 9 : « *One special instance of injustice results from the involvement of vulnerable subjects. Certain groups, suchas racial minorities, the economically disadvantaged, the very sick, and the institutionalized may continually be sought as research subjects, owing to their ready availability in settings where research is conducted. Given their dependent status and their frequently compromised capacity for free consent, they should be protected against the danger of being involved in research solely for administrative convenience, or because they are easy to manipulate as a result of their illness or socioeconomic condition* ».

[35] S. HURST, P. BODENMANN, H. WOLFF et C. MADRID, « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », *Revue médicale suisse*, vol. 386, 15 mai 2013, p. 1054.

[36] *Ibid*.

[37] V., par ex., W. ROGERS, C. MACKENZIE et S. DODDS, « Why bioethics needs a concept of vulnerability », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 5, No. 2, Special Issue on Vulnerability (Fall 2012), pp. 11-38 ; S. HURST, P. BODENMANN, H. WOLFF et C. MADRID, « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », préc. ; E. RACINE, D. BRACKEN-ROCHE, « Enriching the concept of vulnerability in research ethics: An integrative and functional account », *Bioethics*, 2019, 33:19-34. https://doi.org/10.1111/bioe.12471

[38] Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine dite Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997.

[39] V. article L. 1121-5 et s. du code de la santé publique.

[40] É. GENNET, « Vulnérabilité et essais cliniques. Réflexions en droit européen », *Revue générale de droit médical,* n° 74, mars 2020, p. 148. V. aussi la thèse de cette auteure : *Personnes vulnérables et essais cliniques. Réflexions en droit européen*, Bordeaux, LEH édition, Collection Thèses, vol. 28, 458 p.

[41] *Ibid*., p. 149.

de se diriger vers une « approche analytique (axée sur l'analyse des types et des sources de vulnérabilité) »[42]. Selon l'Agence européenne du médicament, « la vulnérabilité doit être considérée en termes d'état ou de situation affectant les personnes et les rendant vulnérables dans une situation particulière, plutôt que de considérer une population spécifique comme vulnérable (les personnes qui font partie d'une population spécifique considérée comme vulnérable peuvent être ou ne pas être vulnérables) »[43].

Deux dernières remarques d'intérêt pour notre recherche peuvent être faites s'agissant du domaine médical. D'une part, si l'on s'intéresse à la vulnérabilité dans la relation de soin et pas seulement à celle du patient, il a été souligné que la vulnérabilité est aussi celle du soignant[44]. Il y a là un « fonds commun d'humanité »[45], qui met l'accent sur une forme de vulnérabilité universelle, à l'opposé des vulnérabilités catégorielles ou circonstancielles. La vulnérabilité du soignant nous rappelle aussi que cette notion est étroitement liée à l'interrelation. D'autre part, si l'on poursuit l'approche philosophique de la relation de soin, on relèvera aussi la notion de vulnérabilité « capacitante » proposée par Cynthia Fleury. Cette dernière explique ainsi que « La vulnérabilité n'est pas qu'une faiblesse. Car dans l'adversité la plus intense, nous produisons des savoirs et des savoir-faire de l'ordre du soin, du souci de soi. Nous fabriquons sans même nous en rendre compte une expertise, des compétences qui vont nous permettre de nous en sortir »[46]. Les réflexions de la philosophe se réfèrent aux travaux sur les capabilités d'Amartya Sen et à l'éthique du *care*, laquelle « nous invite à fonder un concept d'autonomie qui ne soit pas découplé de celui de la vulnérabilité »[47]. De la considération de la vulnérabilité du patient à l'éthique de la relation de soin, et au *care* dans un sens plus général, on voit ainsi que la notion crée naturellement des ponts entre les disciplines. Cela nous amène donc à envisager l'approche des vulnérabilités par les sciences humaines et sociales.

§ 2. Vulnérabilités et sciences humaines et sociales : quelques exemples

Au sein d'une même discipline, il est usuel de rencontrer une pluralité de définitions ou d'approches de la vulnérabilité. Ainsi, un auteur signale que, s'agissant de la seule vulnérabilité sociétale aux aléas naturels, il a pu être dénombré 25 définitions différentes, six écoles théoriques, une vingtaine de manuels et plusieurs guides concernant son

[42] E. RACINE, D. BRACKEN-ROCHE, « Enriching the concept of vulnerability in research ethics: An integrative and functional account », *op. cit*., p. 19.
[43] AEM, *Reflection paper on ethical and GCP aspects of clinical trials of medicinal products for human use conducted outside of the EU/EEA and submitted in marketing authorisation applications to the EU Regulatory Authorities*, EMA/121340/2011, 16 April 2012, p. 24.
[44] A. ZIELINSKI, « La vulnérabilité dans la relation de soin "Fonds commun d'humanité" », *Cahiers philosophiques*, 2011/2, n° 125, pp. 89-106; v. aussi C. DOPCHIE, « Comme médecin, je réfléchis à comment vivre avec la vulnérabilité : la mienne, la sienne, la nôtre », *in* D. DOAT et L. RIZZERIO, *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, Toulouse, Érès, Collection Espace éthique, 2020, pp. 231-247.
[45] *Ibid*.
[46] C. FLEURY, « La vulnérabilité en partage », entretien des 22 mai et 3 juillet 2017, en ligne, p. 6 (https://www.solidarum.org/sante/cynthia-fleury-vulnerabilite-en-partage).
[47] C. FLEURY, « L'éthique du *Care* dans l'accompagnement des personnes vulnérables : un double regard philosophique et psychanalytique », *in* K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, *Protéger les majeurs vulnérables. Place à l'éthique !*, Presses de l'EHESP, Collection Regards croisés, 2019, p. 73.

évaluation[48]. L'on comprend donc que toute prétention à l'exhaustivité est vaine. Pour notre part, nous nous intéresserons à des disciplines qui ont fait porter leur réflexion sur la vulnérabilité de l'individu, en cohérence avec notre objet de recherche. Pour chaque discipline envisagée, il ne s'agira pas de faire une présentation complète des auteurs et de leurs thèses respectives sur la vulnérabilité mais plutôt d'envisager les principaux angles d'approche disciplinaires de la question et leur apport potentiel pour comprendre la façon dont le droit appréhende cette même question. Après quelques recherches, nous nous sommes arrêtées à trois disciplines : la philosophie, la sociologie et l'histoire. Pour chacune d'entre elles, l'équipe de recherche a bénéficié d'une conférence donnée – par zoom – par un spécialiste de la question : Silvia Dadà, philosophe et enseignante à l'Université de Pise[49] ; Marc-Henry Soulet, sociologue et professeur émérite à l'Université de Fribourg[50] ; Axelle Dolino-Brodiez, historienne, Directrice de recherche au CNRS (Centre Norbert Elias)[51].

A – Les approches de la vulnérabilité dans la philosophie morale et politique

La philosophie morale et politique s'est saisie de la question de la vulnérabilité à partir des années 1980, dans le monde anglo-saxon essentiellement. L'approche philosophique a naturellement tendance à porter sur la vulnérabilité commune, partagée par tous les êtres humains. Il reste que l'origine et les contours de cette vulnérabilité commune ne sont pas appréhendés de façon univoque. Quelles que soient les différences d'approche entre auteurs, il faut se déprendre de la tentation qui consisterait à placer la vulnérabilité universelle dans la seule finitude de l'être humain, alors que les autres formes de vulnérabilité seraient sociales et essentiellement traitées par les autres sciences humaines et sociales. En réalité, les philosophes montrent que la vulnérabilité commune n'est pas seulement liée à notre finitude ; elle revêt une pluralité de dimensions. Sans prétendre à un tour d'horizon complet, on peut le confirmer à travers quelques exemples.

Marie Garrau explique ainsi que, pour la philosophe américaine Martha Nussbaum, l'être humain est certes vulnérable « d'abord en raison des limites dont il est naturellement porteur et qui sont déterminées par son équipement biologique : l'être humain est mortel, sensible à la douleur et à la dégénérescence »[52] ; toutefois, « il l'est également au sens où il est en proie à des besoins qui ne peuvent être satisfaits sans la médiation de l'environnement naturel et social, et porteur de capacités spécifiques – telles que la raison pratique et la capacité à se lier – dont le développement requiert deux conditions : que l'environnement naturel le permette et que l'environnement social y contribue

[48] J. BIRKMANN, *Measuring vulnerability to natural hazard*, New-Delhi, Unu- Teri Press, 2006, cité par S. BECERRA, « Vulnérabilité, risques et environnement : l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain », préc., p. 2.

[49] La conférence de Madame Dadà a eu lieu le 23 mars 2023. Mme Dadà a également participé à la rencontre finale de clôture du projet de recherche qui s'est tenue à l'Université de Toulon les 25 et 26 mai 2023. Madame Dadà est l'auteure de l'ouvrage *Etica della vulnerabilità*, Brescia, Morcelliana, 2022.

[50] La conférence de Monsieur Soulet a eu lieu le 7 décembre 2021.

[51] La conférence de Madame Dolino-Brodiez a eu lieu le 25 janvier 2022.

[52] M. GARRAU, « Regards croisés sur la vulnérabilité. "Anthropologie conjonctive" et épistémologie du dialogue », *Tracés. Revue de sciences humaines*, 13/2013, Hors-série 2013 Philosophie et sciences sociales, p. 145.

effectivement »[53]. La vulnérabilité n'est donc pas, dans cette approche, purement corporelle ; elle est la condition de base de l'être humain, à partir de laquelle peuvent – ou non – se développer des capabilités de base. La perspective s'approfondit avec Axel Honneth. Ce dernier part d'une critique de l'autonomie libérale et individualiste conçue comme protection des interférences. Il propose au contraire une notion d'autonomie comme « capacité qui n'existe que dans le contexte des relations sociales qui la soutiennent et seulement en conjonction avec le sentiment interne d'être autonome »[54]. Dans cette perspective éminemment relationnelle, la vulnérabilité tient à ce que l'individu peut manquer d'amour (ou plus généralement de *care*), de respect ou d'estime ; la notion tient donc dans le déni d'une des trois formes de reconnaissance que Honneth juge nécessaires à l'individu et à l'épanouissement de ses capacités. À ces auteurs, il faut bien sûr ajouter les travaux développant l'éthique du *care*, aux États-Unis à partir de Caroll Gilligan[55] et Joan Tronto[56], puis en France à partir du milieu des années 2000[57]. Au sein des « hypothèses prioritaires » de ces études, figure celle qui consiste à définir le « sujet comme ontologiquement vulnérable »[58].

Nathalie Maillard[59] s'est efforcée de développer une approche englobante des différents facteurs de cette vulnérabilité qu'elle qualifie d'anthropologique. Ainsi, selon cette auteure, « Si l'homme est un être vulnérable. C'est parce qu'il est : 1. Un être corporel et temporel […] » [60] ; « 2. Un être relationnel […] »[61] ; « 3. Un être dont l'existence est conditionnée […] »[62]. Sur la première caractéristique, Nathalie Maillard rappelle que :

> « *Nous vivons dans le temps et sommes soumis à la maladie et aux accidents, comme nous sommes soumis à la maturation et à la dégénérescence. Nos capacités*

[53] *Ibid*. V. aussi, sur l'approche de la vulnérabilité de Martha Nussbaum : L. RIZZERIO, « Aristote et Marthe Nussbaum : leur contribution à une éthique de la vulnérabilité », *in* D. DOAT et L. RIZZERIO, *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, Toulouse, Érès, Collection Espace éthique, 2020, p. 121-149.

[54] J. ANDERSON et A. HONNETH, « Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice », *in* J. CHRISTMAN et J. ANDERSON (dir.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays*, Cambridge University Press, 2005, p. 129.

[55] Pour ne citer que son ouvrage fondateur : C. GILLIGAN, *Une voix différente : pour une éthique du care*, trad. A. KWIATEK revue par V. NUROCK, présentation par S. LAUGIER et P. PAPERMAN, Flammarion, Champs essais, 2008, 284 p. ; v. aussi la nouvelle éd. *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?,* présentation F. BRUGÈRE, Flammarion, Champs, 2019, 283 p.

[56] J. TRONTO, *Un monde vulnérable : pour une politique du care*, traduit de l'anglais par Hervé MAURY, 2009, La Découverte, 238 p.

[57] Selon C. IBOS (p. 184), l'acte fondateur de la réflexion sur le *care* en France est l'ouvrage de P. PAPERMAN et S. LAUGIER (dir.), *Le Souci des autres. Éthique et politique du care*, Paris, Éditions de l'EHESS, Collection Raisons pratiques, 1ère éd., 2006, 348 p. ; nous renvoyons à cet article pour une généalogie des travaux français sur le *care* : C. IBOS, « Éthiques et politiques du *care*. Cartographie d'une catégorie critique », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 49/2019, Travail de *care*, p. 187.

[58] C. IBOS, « Éthiques et politiques du *care*. Cartographie d'une catégorie critique », *op. cit.,* p. 187.

[59] N. MAILLARD, *La vulnérabilité, une nouvelle catégorie morale ?*, Genève, Labor et Fides, Collection Le champ éthique, 2011, 386 p.

[60] N. MAILLARD, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *in* D. DOAT et L. RIZZERIO, *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, Toulouse, Érès, Collection Espace éthique, 2020, p. 38.

[61] *Ibid*., p. 39.

[62] *Ibid*., p. 41.

humaines ne sont donc pas toujours disponibles et elles s'abîment, à des degrés divers, avec le temps. Elles peuvent aussi être confisquées par la maladie »[63].

Sur le terrain de la « relationnalité », selon elle,

« *les théoriciens de la vulnérabilité veulent construire une anthropologie fondée sur le lien à l'autre. Il s'agit ici d'insister non seulement sur le fait que la vie humaine peut être mise en danger, déstabilisée ou détruite par l'action d'autrui (ou par ses omissions, sur le plan affectif notamment) mais aussi sur le fait qu'elle ne peut se maintenir ni se développer sans la présence des autres personnes* »[64].

Enfin, notre existence est conditionnée car les vies humaines ont besoin, pour se développer,

« *de ce qui est hors d'elles ; un environnement naturel viable, des ressources matérielles (nourriture, abri), du travail, des soins médicaux, des relation pacifiées avec les autres. La présence de ces conditions rend la vie, en tant que vie humaine, possible. Leur absence est au contraire un facteur vulnérant* »[65].

À ce stade, il est utile de souligner deux conséquences, sur la représentation de l'homme, de cette considération d'une vulnérabilité partagée, commune, universelle, ontologique ou encore anthropologique. La première est qu'elle amène à penser cette caractéristique en termes de degrés, d'intensité – non seulement d'un sujet à l'autre mais aussi, pour un même sujet, d'un moment de sa vie à l'autre. La notion s'inscrit ainsi dans le cadre d'une anthropologie que Jean-Louis Genard a qualifiée de « conjonctive »[66], en opposition à l'anthropologie « disjonctive »[67] qui partageait les êtres en catégories antinomiques (capables/incapables ; responsables/irresponsables). Le passage de l'une à l'autre approche aurait débuté au tournant des XIX^e^ et XX^e^ siècle et se serait accentué dans les décennies récentes[68]. Ce nouveau regard amènerait à percevoir l'homme selon un « *continuum* anthropologique » : « Toujours vulnérable (et appelant donc attention et sollicitude), mais jamais totalement démuni (et exigeant donc rappel à la responsabilité et à la reprise en main de soi) »[69]. Par ailleurs, la prise en compte de la vulnérabilité anthropologique amène à distinguer les cas dans lesquels cette vulnérabilité reste une potentialité et les cas dans lesquelles elle devient « actuelle » ; Nathalie Maillard relève ainsi que si, « nous sommes tous, eu égard à la fragilité anthropologique, potentiellement vulnérables, certains d'entre nous vivent cependant des situations de vulnérabilité actuelles ou effectives : les personnes malades ou les très jeunes enfants, par exemple »[70]. Dans un registre proche, Marie Garrau évoque une « intensification »[71] de la vulnérabilité ; si l'on reprend l'approche d'Axel Honneth, l'être humain est vulnérable au déni de

[63] *Ibid*., p. 38
[64] *Ibid*., p. 39.
[65] *Ibid*., p. 41.
[66] J.-L. GENARD, « Une réflexion sur l'anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et la souffrance », *in* T. PÉRILLEUX et J. CULTIAUX (dir.), *Destins politiques de la souffrance*, Toulouse, Érès, Collection Sociologie clinique, 2009, p. 28.
[67] *Ibid*.
[68] *Ibid*., p. 33.
[69] *Ibid*., p. 36.
[70] N. MAILLARD, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit*., p. 37.
[71] M. GARRAU, « Regards croisés sur la vulnérabilité. "Anthropologie conjonctive" et épistémologie du dialogue », *op. cit*., p. 146.

reconnaissance ; un tel déni intervient-il que sa vulnérabilité en est intensifiée. La « blessure » est advenue, accroissant encore la vulnérabilité du sujet. On peut d'ores et déjà se demander si l'action du droit ne consistera pas précisément à essayer d'éviter une telle intensification de la vulnérabilité, qui résiderait dans la réalisation de la blessure.

Enfin, cette approche de la vulnérabilité anthropologique interpelle aussi les conceptions juridiques classiques en ce qu'elle amène à réévaluer la notion d'autonomie, centrale dans la théorie du sujet de droit[72]. La réflexion philosophique a mis en avant cette notion de vulnérabilité précisément en réaction au « sujet à la fois abstrait et arbitrairement supposé autonome, soit sans inscriptions sociales »[73] des éthiques morales et politiques classiques. Le caractère désincarné et en définitive illusoire de l'individu placé dans la position originelle du voile d'ignorance de John Rawls est particulièrement visé. On l'a vu, les éthiques du *care*, et les approches philosophiques de la vulnérabilité en général, invitent à repenser l'autonomie à la lumière de cette caractéristique humaine fondamentale. L'autonomie ne s'oppose plus à la vulnérabilité, mais doit se réaliser à partir d'elle, grâce au soutien apporté aux capacités/capabilités de chacune et chacun. Cette dimension a aussi été mise en avant par Silvia Dadà dans sa conférence pour l'équipe de recherche ; il convient selon cette auteure de ne pas faire une équation, erronée, entre autonomie et indépendance et de tenir compte de la dimension universelle de la vulnérabilité relationnelle. Une telle perspective amène à repenser le statut et les modalités de protection des personnes dites incapables en droit, comme plus généralement la liberté décisionnelle accordée à l'individu dans certaines situations de grande vulnérabilité. Par exemple, relève Nathalie Maillard, « Il n'y a pas […] de rapport simple et nécessaire qui irait de la prise en considération de la vulnérabilité à l'interdiction de l'euthanasie. Une demande de mort n'est pas nécessairement inauthentique parce que la personne qui la formule est affaiblie ou souffrante »[74]. Dans le cadre actuel, la société attend une solution de droit à ce type d'enjeu éthique, solution qu'elle sollicite le cas échéant du juge à défaut de prise de décision du législateur. On verra précisément que la Cour constitutionnelle italienne, saisie de cette question de l'aide à mourir, a mobilisé la catégorie de la vulnérabilité, pour y apporter une solution nuancée[75].

Pour compléter ces quelques remarques sur l'approche philosophique de la vulnérabilité, on mentionnera le travail de Marie Garrau. Cette auteure fait dialoguer les approches philosophique et sociologique de la notion, en vue d'un enrichissement réciproque. Des théories philosophiques, elle retient la possibilité d'« une théorie politique alternative au libéralisme rawlsien : une théorie politique fondée sur la reconnaissance de la vulnérabilité fondamentale des êtres humains et visant à y répondre »[76]. Elle relève cependant que les théories sociologiques permettent de tenir compte de l'inégale distribution de la vulnérabilité au sein de la société et des différenciations dans son vécu ;

[72] B. MELKEVIK, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », *Rev. Fac. Direito UFMG,* Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018, p. 153-186.
[73] C. IBOS, « Éthiques et politiques du *care*. Cartographie d'une catégorie critique », *op. cit*., p. 182.
[74] N. MAILLARD, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit,* p. 65.
[75] V. *infra*, chapitre 2, section 1.
[76] M. GARRAU, *Politiques de la vulnérabilité*, Paris, CNRS éd., 2018, 368 p. ; réed., CNRS éd., Collection Biblis, 2023, 505 p. (p. 47 de l'édition de 2023 pour la citation).

la considération de cette autre dimension est tout aussi indispensable à une théorie politique visant à répondre à la question des vulnérabilités. Marie Garrau est ainsi amenée à appréhender la vulnérabilité « sous ces deux aspects : a) comme une structure d'existence commune – nous dirons ici en tant que "vulnérabilité fondamentale" ; b) dont l'intensité peut s'accroître de manière inégalitaire dans certains contextes sociaux sous l'effet de processus sociaux spécifiques – nous parlerons alors de "vulnérabilités problématiques" »[77]. Cette perspective paraît particulièrement féconde et amène à présenter les approches sociologiques des vulnérabilités qualifiées par Marie Garrau de « problématiques ».

B – Les approches de la vulnérabilité en sociologie

Sans qu'il s'agisse d'un usage exclusif, la notion de vulnérabilité se retrouve particulièrement dans les travaux sur la protection sociale et la question sociale en général. Le terme tend à en supplanter d'autres, considérés comme n'étant pas/plus opérationnels, ceux de nouvelle pauvreté, de précarité ou surtout celui d'exclusion, qui avait été très en vogue à la fin des années 1980 et dans les années 1990. Il nous semble toutefois qu'il existe un décalage partiel entre les conceptions et le registre sémantique des auteurs de sociologie d'une part, et le langage de l'action publique dont dépend directement le langage du droit (positif) d'autre part. En effet, si les termes précités de précarité et d'exclusion semblent considérés comme dépassés dans le premier cas, on les rencontre encore assez fréquemment dans le langage politique et dans les textes juridiques. Pour ce qui est de la réflexion sociologique, la cause majeure du déclin de la notion d'exclusion semble avoir résidé dans le fait qu'elle fonctionne sur le mode de l'antinomie (inclus/exclus) ; autrement dit, elle présente ce caractère « disjonctif » de moins en moins en phase avec les « coordonnées anthropologiques »[78] du moment, selon la démonstration déjà évoquée de Genard. Pour le sociologue Marc-Henry Soulet, qui a donné une conférence sur le sujet à destination de l'équipe ayant conduit la présente recherche, le succès de la notion de vulnérabilité tiendrait alors dans trois ordres de raison complémentaire.

Tout d'abord, la réforme de l'État social dans les social-démocraties européennes et nord-américaines a fait émerger une solidarité de responsabilisation. Ce mode d'action publique correspond bien pour sa part au caractère conjonctif de la vulnérabilité, en ce qu'il tient compte des risques auxquels est exposé l'individu sans lui dénier pour autant toute capacité d'action. Ensuite, toujours selon M. Soulet, « il existe un lien fort entre le fait que la vulnérabilité se soit imposée comme grille de lecture dominante des situations sociales problématiques et le fait que la société contemporaine ait placé l'incertitude et le risque au centre de notre représentation du monde et de notre action sur celui-ci »[79]. Or, l'exposition au risque entraîne la vulnérabilité. Enfin, le sociologue avance un troisième

[77] *Ibid*., p. 49.
[78] J.-L. GENARD, « Une réflexion sur l'anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et la souffrance », *op. cit*., p. 27.
[79] M.-H. SOULET, « Les raisons d'un succès. La vulnérabilité comme analyseur des problèmes sociaux contemporains », *in* A. BRODIEZ-DOLINO, I. VON BUELTZINGSLOEWEN, B. EYRAUD, C. LAVAL et B. RAVON, *Vulnérabilités sanitaires et sociales. De l'histoire à la sociologie*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 60.

ordre de raison, à titre plus hypothétique, qui résiderait dans « un alliage (et non une alliance), […] , entre, d'une part, une vulnérabilité promue comme réalité intrinsèque du monde social appelant à reconnaître le *care* comme le fondement d'un nouvel ordonnancement politique et moral du monde […] et, d'autre part, la montée d'un registre compassionnel au sein de l'État social promoteur d'un nouvel ordre protectionnel en direction des plus fragiles socialement, fondant des politiques sociales de la décence dans lesquelles le prendre soin devient une référence nodale »[80].

Si les raisons du passage d'un paradigme à un autre sont plurielles, il reste à définir, celui, nouveau, de vulnérabilité. Dès lors que la vulnérabilité est l'exposition à un risque de blessure, la prédominance de son usage sociologique dans le champ des politiques sociales pourrait conduire à penser qu'elle se définit ici comme l'exposition au risque de pauvreté. On s'en doute, une telle approche est simpliste : elle ne tient pas compte de l'intrication des facteurs exposant à la pauvreté et, au-delà, à la désaffiliation. « Désaffiliation » : nous reprenons ici le terme promu par Robert Castel et défini par lui comme « rupture de lien sociétal »[81]. Castel est en effet l'un des sociologues français les plus souvent cités pour son approche de la vulnérabilité. Il a été l'un des premiers à questionner le terme d'exclusion, « mot-valise »[82] dépourvu selon lui de portée analytique en raison de « l'hétérogénéité de ses usages »[83]. En outre, dire de personnes qu'elles sont exclues renvoie à un « état », dissimulant que ces états sont « l'aboutissement de *trajectoires* différentes »[84], trajectoires faites « d'une série de décrochages par rapport à des états d'équilibre antérieurs plus ou moins stables, ou instables »[85]. Autrement, dit, la notion ne permet pas d'analyser l'essentiel, à savoir les processus à l'œuvre dans la désaffiliation. Enfin, l'exclusion clive : il y a les « in » et les « out » alors qu'« il importe de reconstruire le *continuum* des positions qui relient les "in" et les "out", et de ressaisir la logique à partir de laquelle les "in" produisent des "out" »[86].

Pour conduire cette nécessaire analyse, Castel met donc en avant deux axes complémentaires d'intégration des individus à la société : l'insertion par l'occupation d'un emploi stable salarié (avec les protections et droits progressivement arrimés à ce statut salarial au cours du XX^{e} siècle) d'une part, et l'insertion relationnelle (protection rapprochée liée à la famille, au voisinage, à la communauté…) d'autre part. En croisant les deux axes, on obtient les sphères de vie sociale qui sont l'intégration et la désaffiliation, ainsi que la vulnérabilité et l'assistance. Ainsi, « *la zone d'intégration signifie que l'on dispose des garanties d'un travail permanent et que l'on peut mobiliser des supports relationnels solides ; la zone de vulnérabilité associe précarité du travail et fragilité*

[80] *Ibid*., p. 63.
[81] R. CASTEL, « De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle », *in* J. DONZELOT (dir.), *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Esprit, 1991, p. 139.
[82] R. CASTEL, « Les pièges de l'exclusion », *Lien social et politiques*, n° 34, automne 1995, p. 13. V. aussi R. CASTEL, « Cadrer l'exclusion », in S. KARSZ (dir.), *L'exclusion, définir pour en finir*, Paris, Dunod, 2000, p. 35-60.
[83] R. CASTEL, « Les pièges de l'exclusion », *op. cit*., p. 13.
[84] *Ibid*., p. 14.
[85] *Ibid*., p. 15
[86] *Ibid*.

relationnelle ; la zone de désaffiliation conjugue absence de travail et isolement social »[87]. La zone d'assistance caractérise pour sa part des personnes éloignées de l'emploi stable, mais entourées de proches : elles sont dépendantes de l'assistance sans être isolées socialement. Si l'on en revient à la vulnérabilité, qui nous intéresse plus particulièrement, elle est une zone de fragilisation, précédant la potentielle désaffiliation – la « blessure » proprement dite, si l'on reprend cette image. Or, Castel décrit la montée d'une « vulnérabilité de masse », avec le chômage de masse et la précarisation des statuts d'emploi, privant l'individu des protections attachées au salariat. Critique des politiques de lutte contre l'exclusion, qui interviennent *a posteriori* sur des publics cibles, auxquels elles apportent des « bouffées d'oxygène » sans régler leur problème de déficit de protections, Castel préconise d'intervenir en amont, « puisque le sort des "exclus" se joue pour l'essentiel avant qu'ils ne basculent »[88].

Sans être exclusive, l'approche de Castel permet de mettre en avant l'intérêt des conceptions sociologiques de la vulnérabilité, en particulier ce en quoi elles vont concerner le droit : la vulnérabilité correspond à une nouvelle représentation de certaines phénomènes sociaux, laquelle doit influer sur les modalités d'action vis-à-vis de ces derniers. Autrement dit, elle devient une « catégorie de l'action publique »[89], et va donc se traduire par des réglementations – et des pratiques administratives. À cet égard, l'approche sociologique de la vulnérabilité fait ressortir la nécessité d'agir sur la diversité de ses causes et de ses dimensions. Elle implique aussi, on l'a vu avec Robert Castel, ce que Marc-Henry Soulet appelle un élargissement de « l'empan temporel »[90] de l'action publique. Si elle regarde l'individu vulnérable comme apte à agir lui-même contre le risque de désaffiliation, moyennant des soutiens, elle l'expose en revanche au risque d'une responsabilisation excessive en cas d'échec. Ce risque est unanimement souligné, et pointe l'ambivalence potentielle du discours sur l'autonomie de l'individu vulnérable, qui peut conduire à une minimisation de ses difficultés réelles. Les politiques dites d'activation, doivent ainsi véritablement apporter au sujet les soutiens indispensables à sa re-capacitation. On mentionnera en outre que, si de nombreux auteurs soulignent ce risque sans récuser la notion, la professeure Hélène Thomas en a fait au contraire une critique véhémente[91]. Dans son ouvrage *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, elle s'attache à « cerner l'espace sémantique de la vulnérabilité et des termes associés »[92] puis à montrer « que l'entrée dans les jargons experts et scientifiques de ces mots flous s'est opérée au moment même où la prise en charge des pauvres par les démocraties changeait de nature, de fondement et de visée »[93] ; pauvres qui feraient désormais « l'objet de

[87] R. CASTEL, « De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle », *op. cit*., p. 148.
[88] R. CASTEL, « Les pièges de l'exclusion », *op. cit*., p. 16.
[89] M.-H. SOULET, « La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique », *Pensée plurielle*, 2005, vol 2, n° 10, p. 49-59 ; A. BRODIEZ-DOLINO, « La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publiques », *Informations sociales,* 2015/2 (n° 188), p. 10-18.
[90] M.-H. SOULET, « Vulnérabilité et prévention : de quelques enjeux sociologiques », *in* M. Bonnefoy et *al*., *Quelle prévention universelle et ajustée à la vulnérabilité ?*, Toulouse, Érès, Collection 1001 et +, 2022, p. 15.
[91] H. THOMAS, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éd. du Croquant, Collection Terra, 2010, 254 p. ; *id*., « Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. », préc.
[92] H. THOMAS, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, *op. cit*., p. 245.
[93] *Ibid*., p. 245-246.

technologies disciplinaires, biopolitiques et de contrôle »[94]. S'il n'est pas utile ici d'entrer dans le détail des arguments de cette auteure[95], il fallait mentionner le rejet que suscitait aussi le paradigme de la vulnérabilité. Plus souvent considérée avec prudence[96], ou pleinement appropriée, cette notion de vulnérabilité a néanmoins acquis une place importante dans le champ sociologique, qui se penche préférentiellement sur les vulnérabilités dites problématiques par Marie Garrau, ou situationnelles et conjoncturelles. En cela, l'usage qui en est fait par les sociologues se rapproche de celui, moins généralisé toutefois, que l'on trouve aussi chez les historiens.

C – Les approches de la vulnérabilité en histoire

L'équipe de recherche a pu bénéficier, sur l'approche historique de la vulnérabilité, d'une conférence de Madame Axelle Brodiez-Dolino, Directrice de recherche au CNRS. Cette dernière a expliqué que les historiens utilisent la notion sans pour autant la revendiquer ou s'employer à la systématiser. Toutefois, un important article de 2005, publié dans les *Annales de démographie historique*, s'approprie le terme : il est intitulé « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? »[97]. Patrice Bourdelais y fait le constat d'une utilisation croissante de l'expression « populations vulnérables », concernant alternativement des populations menacées par des catastrophes naturelles et des populations menacées de maladies graves, notamment en raison de la pauvreté ; il fait remonter cet usage à deux décennies. Ce constat fait, Bourdelais se réfère à un article de 1758 de Süssmilch, article s'efforçant d'analyser les raisons de la mortalité exceptionnellement élevée de l'année 1757 dans les régions de Prusse et de Poméranie. Süssmilch y expose les maladies impliquées et les personnes frappées : souvent pauvres, exposées du fait de leur métier au froid, sans protection pour faire face à une augmentation des prix, touchées alors par un stress qui affaiblit encore leur état… Au terme de ce processus de fragilisation, « un petit coup renverse aussitôt la personne », explique l'auteur, formule éloquente reprise comme sous-titre de l'article de Bourdelais. On comprend par elle le rapprochement fait entre un terme d'usage récent et une situation du 18ème siècle : c'est que Süssmilch décrit précisément, remarque Bourdelais, « les principaux mécanismes de la vulnérabilité économique et sociale ainsi que les conséquences qu'ils entraînent »[98]. Peu après, en 2008, l'Agence nationale de la recherche publie un appel à projets sur le thème « Vulnérabilités : à l'articulation du sanitaire et du social ». Deux projets en histoire sont retenus[99], qui contribueront donc à ancrer en France la recherche historique sur la notion.

---

[94] *Ibid*., p. 247.
[95] Pour une présentation de cette critique et des objections à celle-ci, v. M. GARRAU, *Politiques de la vulnérabilité*, *op. cit*., p. 39-41.
[96] M.-H. SOULET, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », *in* L. BURGORGUE LARSEN (L.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 7-27.
[97] P. BOURDELAIS, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *A.D.H*., 2005/2, n° 110, p. 5-9.
[98] P. BOURDELAIS, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *op. cit*., p. 6.
[99] Projet « Les philanthropes en Europe et la vulnérabilité sociale (1880-1920) », coordonné par C. TOPALOV ; projet « Un siècle de vulnérabilités sociales et sanitaires : formes et traitement de la précarité à Lyon au XXe siècle », coordonné par Axelle BRODIEZ-DOLINO.

Sans entrer dans le détail de ces travaux, on peut faire trois remarques sur l'emploi des termes « vulnérable » et « vulnérabilité » par les historiens. Première remarque, les travaux en cause décrivent des processus à l'œuvre bien avant que ces termes ne soient à la mode – c'est toute la démonstration faite dans l'article de Patrice Bourdelais, quand il cite Süssmilch. Autrement dit, ils permettent de montrer que la chose y était, à défaut du mot. En cela, appliquer la notion à un contexte historique antérieur à son usage ne relève pas d'un anachronisme, lequel consisterait à attribuer à une époque ce qui appartient à une autre. L'on pouvait déjà au demeurant en faire le constat avec les travaux sociologiques. Si l'on reprend l'exemple des travaux de Robert Castel, ils montrent bien que les formes de protection de l'individu et de son intégration à la société ont varié depuis le Moyen-Âge, mais qu'en être éloigné a exposé au fil du temps à une même vulnérabilité. Les mécanismes de désaffiliation et leurs logiques ont évolué mais la vulnérabilité, quant à elle, est demeurée. Ce rappel de l'approche sociologique permet de souligner, au titre d'une deuxième remarque sur l'approche historique de la vulnérabilité, la proximité des populations et des phénomènes sociaux étudiés dans les deux cas. En effet, qu'il s'agisse d'histoire de la démographie, d'histoire de la santé ou d'histoire sociale, les thématiques sont proches de celles de la pauvreté, de la précarité, objets de prédilection des travaux sociologiques sur la vulnérabilité. Enfin, comme dans ces derniers, mais aussi comme dans l'approche philosophique dominante, il ressort de l'approche historique que « la vulnérabilité des personnes est rarement due à une caractéristique intrinsèque »[100]. Citant deux contributions sur la protection de l'enfance abandonnée, Patrice Bourdelais relève ainsi que « la vulnérabilité […] dépend du contexte social et culturel dans lequel ils vivent »[101]. On voit donc apparaître des invariants, dont il faudra se demander s'ils sont remis en cause ou confirmés par le droit au terme de notre recherche. À ce stade, il est nécessaire de faire une brève présentation de l'émergence de la thématique de la vulnérabilité dans ce champ juridique, dont la particularité implique de devoir distinguer le droit positif lui-même de la science juridique doctrinale.

§ 3. Vulnérabilité, droit positif français et science juridique

Dans le domaine du droit, Laurence Burgorgue Larsen mentionne « les études pionnières »[102] de l'Américaine Martha Fineman, qui a consacré au sujet un important article paru en 2008 [103], auquel fait suite un ouvrage dans lequel différents auteurs discutent sa thèse[104]. Car en effet, il s'agit bien d'une « thèse de la vulnérabilité » que défend Martha Fineman, à partir de laquelle elle propose de penser à nouveau l'État et les institutions. Son approche de la vulnérabilité est présentée comme alternative à la traditionnelle analyse en termes d'égale protection[105]. Elle commence donc par critiquer

[100] P. BOURDELAIS, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *op. cit*., p. 6.
[101] *Ibid*., p. 7.
[102] L. BURGORGUE LARSEN, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire », *in* L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 240.
[103] M. A. FINEMAN, « The Vulnerable subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, 2008, p. 8; *Emory Public Law Research Paper* No. 8-40 (nous citons cette version).
[104] M. A. FINEMAN, A. GREAR (dir.), *Vulnerability. Reflections for a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, Ashgate, 2013, 236 p.
[105] M. A. FINEMAN, « The Vulnerable subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.,* p. 1.

l'approche traditionnelle de l'égalité dans le droit américain, qu'elle qualifie de formelle[106], mais aussi la culture d'un État restreint ou bridé (*restrained State*)[107]. Notant ensuite que le qualificatif de vulnérable désigne usuellement des catégories stigmatisées, elle propose au contraire de penser la vulnérabilité comme une caractéristique commune, dont la prise en compte devrait justifier l'établissement d'un État plus (ré)actif (*responsive State*) et responsable[108]. Le travail de Fineman ne consiste donc en aucun cas en une analyse de l'utilisation de la vulnérabilité par le droit. Il s'agit d'une réflexion à l'intersection du droit et de la philosophie politique, raison pour laquelle il présente des proximités évidentes avec des travaux philosophiques déjà cités (l'auteure faisant elle-même référence à Martha Nussbaum[109], mais aussi à Judith Butler[110] – pour s'en distancier dans les deux cas) ; ces points communs résident dans la prise en compte d'une vulnérabilité ontologique et dans la volonté de penser les institutions à partir de l'individu vulnérable en lieu et place « du sujet autonome et indépendant affirmé par la tradition libérale »[111]. En cela, ce travail se différencie des recherches menées à ce jour sur la vulnérabilité en France.

Dans notre pays, en effet, les études sur la vulnérabilité semblent surtout consécutives à l'usage de la notion dans le droit positif. C'est dans le code pénal que cette dernière a d'abord été introduite, à l'occasion de sa réforme en 1992. Il a été noté que cette introduction correspond à un « bouleversement des valeurs »[112] au fondement du droit pénal, exprimé par Robert Badinter de la façon suivante : « Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau Code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les droits de l'homme »[113]. Ainsi, ce nouveau code pénal, entré en vigueur en 1994, se réfère à la vulnérabilité de la victime soit comme condition préalable à l'infraction, soit comme élément constitutif de celle-ci. On constate que pour certaines infractions, les causes de la vulnérabilité de la victime sont spécifiées. C'est par exemple le cas à l'article 223-15-2 du code pénal, qui vise « une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ». Dans d'autres cas, toutefois, de telles causes n'apparaissent pas, le législateur s'étant contenté de mentionner « une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur »[114].

Le terme a ensuite essaimé dans les textes législatifs, parfois d'ailleurs sous l'influence européenne. On retrouve cette situation dans la politique de l'asile de l'Union européenne. La directive dite « accueil » du 27 janvier 2003 consacrait ainsi un chapitre IV aux « personnes ayant des besoins particuliers », le premier article du chapitre précisant :

---

[106] *Ibid*., p. 2-5.
[107] *Ibid*., p. 5-8.
[108] *Ibid*., p. 8 et s.
[109] V. p. 14, note 39.
[110] V. p. 12 note 31.
[111] *Ibid*., p. 2.
[112] A. CERF-HOLLENDER, « Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 18/2020, p. 31.
[113] Cité par A. CERF-HOLLENDER, *ibid*.
[114] V. par ex. articles L 225-13 du code pénal, L. 225-14, L. 225-14-2.

« *Dans la législation nationale transposant les dispositions du chapitre II relatives aux conditions matérielles d'accueil et aux soins de santé, les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés de mineurs et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle* »[115].
Les trois autres articles du chapitre étaient consacrés respectivement aux mineurs, aux mineurs non accompagnés et aux victimes de tortures ou de violences, catégories vis-à-vis desquelles des obligations spécifiques sont donc posées. Si l'on synthétise, la directive établit donc une obligation d'identifier les demandeurs d'asile vulnérables, afin de tenir compte de leurs besoins particuliers en matière d'accueil et de soins de santé. Les obligations résultant de ces besoins particuliers ne sont pas spécifiées pour la généralité des cas, mais le sont toutefois vis-à-vis des trois catégories spécifiquement mentionnées par les articles 18, 19 et 20 du texte. Enfin, l'article 17 contient une liste indicative de personnes vulnérables, ce que traduit l'expression « telles que ». Ce schéma général est repris à l'occasion de la refonte du « Paquet asile » datant des années 2009/2013. Le chapitre IV de la nouvelle directive accueil de 2013, qui comprend les articles 21 à 25 s'intitule désormais « dispositions concernant les personnes vulnérables »[116], tandis que l'article 21 étend la liste des personnes vulnérables : il mentionne aussi désormais les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et, parmi celles ayant subi des formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, l'exemple des victimes de mutilation génitale féminine est désormais cité. Comme dans la première version de la directive, des obligations particulières sont spécifiées à l'égard des mineurs, mineurs non accompagnés et des victimes de tortures ou de violences[117]. En revanche, le texte établit une obligation d'évaluer la situation de tout demandeur d'asile pour identifier son éventuelle vulnérabilité[118], ce qui n'était qu'implicite dans la version de 2003 et avait donc donné lieu à des pratiques différenciées de la part des États membres[119]. La directive de 2013 a été transposée en France en 2015[120] et l'on verra que les références à la vulnérabilité qui en résulte dans la loi française sont sources d'une importante jurisprudence administrative[121].

La diffusion de la notion opère donc par différents canaux. Elle peut intervenir par réception du droit européen, comme dans le cas de l'asile, exemple auquel on pourrait ajouter la reprise par des juges internes de la notion de vulnérabilité largement employée

[115] Article 17, 1. de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres.
[116] Chapitre IV de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.
[117] Respectivement articles 23, 24 et 25 de la directive du 26 juin 2013.
[118] Article 22 de la directive du 26 juin 2013.
[119] V. L. DE BAUCHE, *La vulnérabilité en droit européen de l'asile : une conceptualisation en construction. Étude en matière d'accueil des demandeurs d'asile*, Bruxelles, Bruylant, Collection de la Faculté de droit de l'ULB, 2012, p. 3-4.
[120] Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile et décret n° 2015-1166 du 21 septembre 2015 pris pour l'application de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.
[121] V. *infra*, chapitre 2 du rapport.

par la Cour européenne des droits de l'homme[122]. Elle peut aussi intervenir par sédimentation interne, une première référence en appelant une autre, sous l'influence d'un climat intellectuel de plus en plus sensible à la notion. Le rôle légitimant de précédentes références a par exemple joué à l'occasion d'une réforme opérée par une loi du 24 juin 2016[123], qui a permis d'introduire dans la législation française un vingt-et-unième critère de discrimination, celui fondé sur la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique de la personne. Une telle évolution avait été préconisée par le monde associatif, en particulier par ATD Quart-Monde, qui avait constaté que des préjugés ancrés à l'encontre des personnes en situation de précarité se traduisaient fréquemment par des comportements discriminatoires (refus de location, de soins, d'inscription dans les cantines…)[124]. Il avait aussi été constaté que certains pays prohibaient déjà les discriminations fondées sur la fortune, l'origine sociale, ou la situation sociale[125]. La réforme française résulte d'une initiative législative sénatoriale, laquelle visait initialement les situations de « précarité sociale ». Cette notion a été considérée comme imprécise par le rapporteur de la loi, qui a proposé de lui substituer celle de vulnérabilité, en ce qu'elle était déjà connue du droit pénal spécial, lequel se réfère à la vulnérabilité à raison de la situation sociale ou économique[126] ; il a donc été suivi. Pour notre recherche, il est donc intéressant de voir se confirmer que le champ pénal est un domaine privilégié de référence à la vulnérabilité par la loi, et que la présence de la notion a une fonction de légitimation pour de nouvelles utilisations.

Le mouvement d'expansion de la notion dans les textes semble en tout état de cause se poursuivre. Par exemple, une étude de François-Xavier Roux-Demare datant de 2019 faisait ressortir la présence du mot « vulnérabilité » dans 129 articles de 23 codes différents[127]. L'actualisation de cette recherche en juillet 2024 fait cette fois apparaître le chiffre de 198 articles, toujours répartis dans 23 codes[128]. En 2019, la même recherche pour le terme « vulnérable » donnait 54 articles dans 16 codes ; en 2024, le chiffre monte à 93 articles dans 19 codes. Si l'on fait la même recherche dans les « textes consolidés »[129] en 2024, on trouve 311 articles avec le mot « vulnérabilité » dans 194 textes ; pour le mot « vulnérable », il y a 553 emplois dans 380 textes. On peut donc en conclure que les deux vocables sont devenus d'usage courant dans les principaux textes juridiques français – nous réservons à ce stade la question de leur usage jurisprudentiel, qui est précisément l'objet de la recherche.

[122] V. *infra*, chapitre 2 du rapport.
[123] Loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, *JO* n° 147 du 25 juin 2016, texte 1.
[124] ATD Quart Monde France et ISM Corum, *Discrimination et pauvreté. Livre blanc : analyse, testings et recommandations*, octobre 2013, 72 p.
[125] D. ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *Rec. D.*, n° 28, 2013, p. 1911-1918.
[126] Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Yannick VAUGRENARD et plusieurs de ses collègues visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, par M. Philippe KALTENBACH, Sénat, 10 juin 2015, p. 21-22.
[127] F.-X. ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, p. 620.
[128] Dernière mise à jour le 22 juillet 2024, recherche effectuée à partir du site Legifrance.
[129] La catégorie des « textes consolidés » sur lesquels la recherche a été faite sur Legifrance comprend les lois, ordonnances, décrets et arrêtés.

L'accroissement des occurrences de ces vocables ne peut que renforcer le constat déjà fait en 2019 par François-Xavier Roux-Demare, à savoir que « les situations ou les contextes de vulnérabilité sont divers et hétéroclites »[130]. La notion concerne d'abord, bien évidemment, la personne physique. Les facteurs de vulnérabilité sont, comme déjà signalé à propos du domaine pénal, parfois indéterminés, parfois spécifiés : le code de l'action sociale et des familles traite par exemple de la maltraitance « envers une personne majeure en situation de vulnérabilité du fait de son âge ou de son handicap »[131], ou envers les « enfants protégés ayant une double vulnérabilité en raison de leur handicap et de la protection de l'enfance »[132]. Toutefois, la personne physique est loin d'être la seule concernée, ce que démontrent les quelques exemples qui suivent. Ainsi, le code des assurances se réfère à la vulnérabilité d'un « bien ou d'une activité »[133] aux risques naturels ; le code de la consommation, à la « situation de vulnérabilité connues dans le logiciel ou le matériel »[134] à propos des contrats de fourniture de services de communication électroniques ; le code de la Défense, à la « vulnérabilité des populations ou des équipements principaux »[135] à propos de la mise en garde ; le code de l'énergie, au « niveau de vulnérabilité des consommateurs »[136] à propos des ordres de délestage en matière de consommation de gaz naturel ; le code forestier, à des « facteurs particuliers de vulnérabilité, tels que la sécheresse du climat, la violence des vents, etc. »[137] à propos des risques d'incendie ; le code des postes et des communications électroniques, à la « vulnérabilité des systèmes d'information »[138] à propos de la prévention des menaces affectant les systèmes d'information ; ou encore le code de l'environnement, à la « la vulnérabilité des habitats naturels et habitats d'espèces »[139] à propos des trames vertes et bleues ayant pour objectif d'enrayer la perte de biodiversité… Sans plus multiplier les exemples, on constate que le langage de la loi reflète la diversité de l'emploi du terme dans les différents champs du savoir, soulignée dans l'ouverture de cette introduction. Il semble malgré tout que le plus grand nombre de références à la vulnérabilité de la personne physique se trouve toujours dans le code pénal. En revanche, les termes vulnérable et vulnérabilité n'ont toujours pas fait leur entrée dans le code civil.

Cette absence du code civil contraste avec les usages doctrinaux. Il est en effet devenu courant de traiter la question des majeurs protégés en les qualifiant de personnes vulnérables, en l'absence, donc, de cette qualification dans la loi. Rappelons à cet égard que l'article 425 du code civil prévoit un régime de protection à l'égard de « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de

[130] F.-X. ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *op. cit.*, p. 622.
[131] Article L. 119-2 du CASF, issu de la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie.
[132] Article L. 312-4, 6° du CASF.
[133] Article L. 125-6 du code des assurances.
[134] Article D. 224-58, 4° du code de la consommation.
[135] Article L. 2141-1 al. 2 du code de la Défense.
[136] Article L. 434-2, al. 3 du code de l'énergie.
[137] Article R 132-1 du code forestier.
[138] Article R 9-12-4 du code des postes et des communications électroniques.
[139] Article L. 371-1, I, 1° du code de l'environnement.

nature à empêcher l'expression de sa volonté »[140]. Impossibilité de pourvoir à ses intérêts et/ou empêchement d'exprimer sa volonté : on est donc bien face à une atteinte à l'autonomie décisionnelle de la personne, qui constitue le champ privilégié de la vulnérabilité selon l'approche philosophique. Il n'est dès lors pas étonnant que ce nouveau paradigme soit considéré comme adéquat pour décrire les situations en cause, et par conséquent employé par les thèses, ouvrages[141] et rapports[142] les plus récents sur le sujet. La question était évidemment abordée dans l'étude du professeur Xavier Lagarde sur *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, parue dans le rapport d'activité 2009 de la Cour de cassation[143]. Cette recherche a fait date, compte tenu de son ampleur comme de sa publication au sein d'une source de doctrine « officielle », signalant l'intérêt de la Cour suprême concernée pour le sujet. Elle n'était cependant pas la première sur le sujet.

Un premier ouvrage intitulé *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit* paraît en effet dès 2000[144]. Il est vrai cependant que l'intérêt doctrinal pour la question s'intensifie nettement à partir des années 2010. On signalera en particulier les ouvrages *La vulnérabilité et le droit* de 2010[145] ; *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, de 2010 aussi[146] ; *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne* de 2014[147], ou encore *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, de la même année[148]. À côté de ces premières approches, qui restent générales, vont aussi paraître au cours de cette décennie 2010, des études plus spécifiques sur l'accès à la justice de la personne vulnérable[149], la vulnérabilité dans le contexte de la migration[150], ou encore sexe et vulnérabilité[151]. Quant aux thèses, elles tendent à privilégier une approche de la vulnérabilité par domaine du droit, comme celles précitées sur les majeurs protégés, à l'exception de la thèse soutenue par Gaëlle Lichardos en 2015 portant sur *Vulnérabilité et*

[140] Article 425 du code civil, dans sa rédaction en vigueur depuis le 1er janvier 2009 et résultant de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.
[141] M. BOUGARDIER, *La protection durable de la personne vulnérable en droit civil,* Toulon, Thèse Université de Toulon, 2017 ; E. PECQUEUR, L. PECAUT-RIVOLIER, *Protéger un majeur vulnérable,* Paris, Dalloz, 2018 ; G. RAOUL-CORMEIL, I. MARIA, M. REBOURC, *Majeurs protégés : bilan et perspectives,* Paris, LexisNexis, 2020 ; M. BOUDJEMAI, *Protéger le majeur vulnérable : tutelle, curatelle et autres mesures*, Paris, Éditions Sociales Françaises - E.S.F., 2021 ; J. DUGNE, *La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 216, 2023.
[142] A. CARON DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables,* Rapport de mission interministérielle, 2018, 108 p.
[143] Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation,* Rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2009, p. 73 et s.
[144] F. COHET-CORDET (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG, 2000.
[145] V. FORTIER et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *La vulnérabilité et le droit*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke (mai 2009), Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2010, 142 p.
[146] F. ROUVIÈRE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
[147] E. PAILLET et P. RICHARD (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
[148] L. BURGORGUE LARSEN (L.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*
[149] V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHNEIDER (B.) (dir.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Le Mans, Editions L'Epitoge, 2016.
[150] P. MBONGO, *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault, 2015.
[151] F.-X. ROUX-DEMARRE, *Sexe et vulnérabilité* [actes de la journée d'étude organisée par l'Université de Bretagne occidentale le 12 février 2016], Paris, Institut Varenne, 2017.

droit public : pour l'abandon de la catégorisation[152]. Pour finir ce tour d'horizon, non exhaustif, on peut signaler un certain nombre de dossiers parus dans des revues juridiques : *Vulnérabilités* [153]; *Vulnérabilité et droits fondamentaux*[154] ou encore *La vulnérabilité*[155].

La présente recherche entend donc poursuivre et compléter les recherches existantes sur la place de la vulnérabilité en droit. Un des points d'interrogation majeurs qui semblent subsister au terme de ces recherches est celle de la possibilité d'une définition unique de la notion. Une définition ou des définitions ne ressort/ressortent pas du droit en vigueur, qui se contente de lister des situations, contextes ou facteurs rendant la personne vulnérable : les textes dressent une liste, jamais close, « des mille et un visages de la vulnérabilité »[156], sans la définir. Laurence Burgorgue-Larsen le relevait aussi en 2014 : « si le concept a fleuri, sa conceptualisation quant à elle n'a pas suivi »[157]. Il en a paradoxalement été conclu que la vulnérabilité ne constituait pas une notion juridique. Selon Frédérique Cohet-Cordey, par exemple, « la vulnérabilité n'est pas, au sens technique du terme, une notion juridique et elle ne trouve dans le droit positif aucun pendant en donnant un reflet satisfaisant. […] En droit, là même où la notion est expressément employée par le législateur, elle n'est nullement par lui définie »[158]. Une sociologue et une juriste ont de même considéré que « la vulnérabilité est une notion a-juridique et hautement protéiforme »[159]. Il est vrai que la diversité des utilisations du terme, son application à des sujets/objets autres que la personne physique, et sa présence dans des champs du droit très différents, n'aident pas à la conceptualisation.

Or, et c'est un autre constat au point de départ de la recherche, les études sectorielles, par branches du droit, ont été à ce jour privilégiées ; de nombreuses études se basent ainsi sur la juxtaposition d'études plus spécifiques sur la vulnérabilité dans les différents champs du droit, ou à partir d'un sujet donné (vulnérabilité du consommateur, vulnérabilité du patient etc.). Il existe encore peu d'approche comparative du sujet, qu'il s'agisse de comparaison interne ou externe avec les droits étrangers. Pourtant, la montée en puissance de la notion de vulnérabilité se retrouve au-delà des frontières hexagonales et paraissait devoir rendre cette comparaison particulièrement féconde : cela explique le

[152] G. LICHARDOS, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse Toulouse, sous la direction de W. MASTOR, dactyl., 2015.
[153] Dossier Vulnérabilités, Les Cahiers de la justice, #2019/4.
[154] Actes du colloque des 19 et 20 avril à l'Université de la Réunion, *RDLF*, 2019 (en ligne : https://revuedlf.com/dossier/colloque-vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-19-20-avril-2018-universite-de-la-reunion/).
[155] *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020 (disponible en ligne : https://doi-org.lama.univ-amu.fr/10.4000/crdf.6382).
[156] S. MOULAY-LEROUX, « Le contentieux stratégique : une tribune pour la voix des personnes vulnérables ? », *in* C. BOYER-CAPELLE et E. CHEVALIER (dir.), *Contentieux stratégiques. Approches sectorielles*, Lexis-Nexis, 2021, p. 58.
[157] L. BURGORGUE LARSEN, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire », préc, p. 239.
[158] F. COHET-CORDET *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *op. cit.*, p. 9.
[159] S. BASCOUGNANO et S. BURDIN, « Vulnérabilité et capacité d'action du grand âge. Quelques points de réflexion sociologique et juridique », *Journée d'études sur le vieillissement*, Jan 2011, Rennes, citées par B. ENNUYER, « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, medicine, and public health*, vol. 3, issue 3, July/sept. 2017, p. 368.

choix fait d'une étude comparative, tenant compte des droits européens, mais aussi des apports d'un autre pays proche de la France à bien des égards : l'Italie. Il convient à présent d'exposer plus précisément les objectifs, méthodes et problématiques de la recherche, non sans avoir cependant tirer quelques conclusions intermédiaires des approches de la vulnérabilité présentées dans cette première section : il en ressort en effet d'ores et déjà quelques invariants.

§ 4. Conclusions intermédiaires : invariants des approches de la vulnérabilité de la personne humaine

Au terme de ces premières approches, on peut relever l'existence de termes connexes à celui de la vulnérabilité, qui entretiennent un lien plus ou moins étroit avec la notion : risque, dépendance, autonomie, résilience, capacités ou capabilités…. On l'a signalé au début de l'introduction, être vulnérable, c'est être exposé à une blessure, une atteinte, un coup, dans un sens propre ou figuré. La vulnérabilité renvoie donc d'abord et avant tout à un risque, dont la nature diffère selon le champ du savoir qui mobilise la notion : maladie physique ou mentale, défaut de reconnaissance de la part d'autrui, maltraitance, pauvreté et désaffiliation sociale, violation d'un droit etc. C'est alors qu'entrent en jeu des protections et soutiens, eux aussi variables selon le domaine considéré, qui vont permettre de potentialiser les capacités de résistance et résilience de l'individu ; l'approche en termes de capabilités, développée par Amartya Sen et reprise par Martha Nussbaum, se révèle donc particulièrement congruente avec la notion. La mise en lumière de la vulnérabilité amène à cet égard à reconsidérer l'autonomie de l'individu, qui n'est pas indépendance, isolement et absence d'interférence de la part d'autrui, mais se déploie au contraire en fonction des capabilités, dans la relation à l'autre.

Cette dimension relationnelle est décisive et permet de conclure que la vulnérabilité n'est pas une propriété ou une caractéristique intrinsèque du sujet, pas plus que d'un groupe humain ou d'une population. Là, passe la ligne de partage entre vulnérabilité et fragilité. La première est extrinsèque au sujet vulnérable, elle « porte la marque du rapport à l'autre »[160] alors que la seconde est intrinsèque. « On dira d'un cendrier qu'il est fragile, mais pas vulnérable », relève Nathalie Maillard[161] ; il est constitutivement fragile. Au contraire, « la vulnérabilité survient toujours dans une dynamique et dans l'interaction entre la personne et son environnement au sens large »[162]. En outre, certaines situations renvoient à un cumul de facteurs vulnérabilisants. En médecine, une approche en termes de strates (*layers*) a ainsi été proposée[163] : ces couches ou strates ne font pas que s'additionner, elles interagissent. Cette question du cumul des vulnérabilités est soulignée dans toutes les disciplines ; Axelle Dolino-Brodiez propose aussi la formule d'intrication des facteurs de vulnérabilité. Enfin, la vulnérabilité peut s'intensifier ou décroître en fonction de l'évolution de la situation de la personne, de l'apparition de nouveaux facteurs vulnérabilisants ou au contraire du gain de nouvelles

[160] B. ENNUYER, « La vulnérabilité en question ? », *op. cit*., p. 370.
[161] N. MAILLARD, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit.,* p. 35.
[162] B. ENNUYER, « La vulnérabilité en question ? », *op. cit*., p. 370.
[163] F. LUNA, « Identifying and evaluating layers of vulnerability - a way forward », *Developing World Bioeth*, 2019, 19, p. 86-95.

protections ou de nouveaux soutiens. La notion appelle donc une approche en termes de processus, de mécanismes, et par conséquent de possible réversibilité[164].

Tous ces éléments amènent en définitive à revenir sur la distinction, décisive quand la vulnérabilité désigne la personne humaine, entre vulnérabilité partagée/commune/universelle/ontologique/anthropologique et vulnérabilités spécifiques/situationnelles/contextuelles/problématiques. En réalité, les deux notions ne s'opposent pas mais sont au contraire complémentaires. En effet, la vulnérabilité anthropologique ne doit pas dissimuler une inégale répartition, dans la vie sociale, de l'expositions au(x) risque(s) ; certaines situations exposent donc plus à la blessure. Ce constat est à l'origine de l'approche par catégories : personnes malades ou handicapées, personnes âgées, mineurs etc. Pourtant, cette approche par catégories tend à être rejetée, on l'a vu, en médecine, en philosophie, en sociologie comme chez certains juristes[165] : en effet, elle essentialise ce qui ne doit pas l'être, tendant à faire de la vulnérabilité une caractéristique nécessaire d'une population donnée. L'appréhension de catégories supposément vulnérables néglige qu'à situations sociales égales, des protections différenciées des individus concernés les éloignent ou les rapprochent de la vulnérabilité et des risques auxquels elle expose. Le droit positif, lui, nomme parfois certaines catégories ; on a vu par exemple que la loi pénale peut viser une personne dont la particulière vulnérabilité est due à l'âge, à la maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique etc. Cela s'explique au moins en partie par la nécessité d'un droit précis, éloignant le risque d'arbitraire – exigence particulièrement forte au demeurant en droit pénal. Quoi qu'il en soit, il est évident que le droit s'intéresse aux vulnérabilités spécifiques ou situationnelles, la vulnérabilité anthropologique étant trop large et indéterminée pour être saisie par des normes juridiques. Ces vulnérabilités sont corrélées à un risque d'atteinte aux droits de la personne, ce qui explique le choix de cet angle dans le cadre de notre recherche, dont il convient maintenant de présenter le champ, la problématique et la méthode.

[164] C'est apparemment une des raisons pour lesquelles le terme de fragilité est préférée en gérontologie – le vieillissement étant un processus irréversible.
[165] G. LICHARDOS, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, préc. ; L. BURGORGUE LARSEN, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire », *op. cit*., p. 242.

Section 2 – Une approche juridique unifiée de la vulnérabilité de la personne physique : l'objectif du projet

Compte tenu de la diversité des usages faits de la vulnérabilité par le droit, il était indispensable de procéder à une délimitation permettant de disposer d'un objet de recherche cohérent. À cet égard, le choix fondamental a consisté à se concentrer sur la ***vulnérabilité de la seule personne physique***, telle qu'***appréhendée par les juges***. Il s'agissait en particulier d'approfondir le lien déjà établi entre la diffusion de la notion et la ***recherche d'effectivité des droits fondamentaux***.

§ 1. Le choix d'une étude jurisprudentielle sur les droits fondamentaux de la personne

On l'a signalé dès le début de cette introduction, les objets ou sujets qualifiés de vulnérables sont innombrables, et le système juridique n'échappe pas à cette tendance. Partir de toutes les occurrences des termes vulnérable/vulnérabilité dans la législation avait donc toutes les chances d'aboutir à une impasse ; traiter de la vulnérabilité d'habitats naturels dans le cadre de la préservation de la biodiversité et de la vulnérabilité des systèmes d'information face aux menaces d'attaques ne requiert ni les mêmes méthodes ni les mêmes outils, et une recherche trop englobante risquait d'empêcher toute conceptualisation opératoire. C'est pourquoi l'on a choisi de se limiter à la personne physique, qui constitue l'axe fondamental autour duquel s'articulent nos ordres juridiques libéraux. Le choix a aussi été fait de se consacrer à une analyse jurisprudentielle, pour deux raisons. D'une part, partir des occurrences de la vulnérabilité appliquée à la personne physique dans les textes aurait amené à reproduire les approches sectorielles déjà existantes, et risquait donc de limiter l'intérêt et l'originalité de la recherche. D'autre part, la décision de justice constitue un forum particulièrement adapté à la saisie de la vulnérabilité de la personne, en tant qu'elle traite les données factuelles qui la concernent[166]. Le professeur Azoulai l'avait déjà remarqué. Il soulignait que la jurisprudence de la vulnérabilité met en œuvre une double exigence, de « contextualisation »[167] d'une part, et de « particularisme et de singularisation »[168] d'autre part. Et d'ajouter que « cette double exigence […] fait des juges, au demeurant, du fait de leur position institutionnelle et de leur pouvoir singularisant, les acteurs privilégiés du droit de la vulnérabilité »[169].

La focale étant mise sur la seule personne physique, un lien se nouait naturellement avec la question de ses droits. Donnant quelques exemples de personnes qualifiées de vulnérables par la législation, Diane Roman soulignait que, « de cette liste, une caractéristique commune émerge : la vulnérabilité se caractérise comme l'état d'une personne qui, en raison de certaines circonstances, ne peut, en droit ou en fait, jouir de

[166] Réserve faite toutefois de certaines procédures devant le juge constitutionnel, essentiellement abstraites.
[167] L. AZOULAI, « Sensible droit », *in* L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 232.
[168] *Ibid*., p. 233.
[169] *Ibid*., p. 232.

l'autonomie suffisante pour exercer ses droits fondamentaux […] »[170]. L'absence d'exercice des droits expose donc à un risque d'ineffectivité de ces derniers. Dans le même sens, Elizabeth Paillet estimait que « la relation entre la vulnérabilité et le droit introduit inévitablement une nouvelle notion, celle d'effectivité »[171]. Elle ajoutait que « L'effectivité ou, plutôt, l'ineffectivité des droits est ainsi au cœur de la vulnérabilité. Elle est le critère qui transforme une fragilité en vulnérabilité »[172]. À cet égard, il n'est sans doute pas étonnant que, malgré l'absence de ce dernier terme dans la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg soit la juridiction qui s'est le plus appropriée la notion ; en effet, cette juridiction a affirmé de longue date que la Convention protège « des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets ou effectifs »[173]. En définitive, selon Xavier Lagarde, « Parce que les droits fondamentaux constituent désormais la boussole de nos systèmes juridiques, le législateur et le juge travaillent de concert à ce que les droits des individus ne demeurent à l'état de prérogatives théoriques. Selon le terme aujourd'hui consacré, ils veillent à l'effectivité des droits. La vulnérabilité ne saurait justifier que ceux-ci restent lettre morte. Au juge, il revient de donner un effet utile aux règles protectrices des personnes en situation de faiblesse »[174]. Dès lors, identifier et contextualiser un état de vulnérabilité doit permettre de mettre en lumière les mesures de nature à empêcher l'ineffectivité du droit au cas d'espèce. Vérifier cette assertion constituait donc la problématique centrale de la recherche, qu'il convient de préciser.

§ 2. Problématique de la recherche

Le projet proposé visait à analyser, selon une approche comparative, la notion de vulnérabilité, telle qu'elle résulte des décisions de justice relatives aux droits fondamentaux de la personne et rendues par les Cours suprêmes (Cour de cassation et Conseil d'État) et les Cours constitutionnelles françaises et italiennes, et par les Cours européennes. Il s'agissait de répondre aux interrogations suivantes : Quels sont les cas dans lesquelles la notion de vulnérabilité est mobilisée dans le raisonnement juridictionnel ? Une définition de la vulnérabilité plus précise ressort-elle de cette jurisprudence ? Ou n'a-t-on pas affaire à une notion essentiellement fonctionnelle, dont l'invocation servirait avant tout à déclencher un régime de protection renforcée – comme le suggère la Cour de Strasbourg quand elle affirme que, « *dans le cas des personnes vulnérables*, les autorités doivent faire *preuve d'une attention particulière* et doivent leur assurer *une protection accrue* »[175] ? Mais alors, ce renforcement de la protection est-il réel ou l'invocation de la vulnérabilité revêt-elle parfois un aspect purement rhétorique ?

En définitive, l'idée au fondement de notre projet était de savoir si, de l'analyse de la jurisprudence, se dégage une notion partagée de « vulnérabilité », avec des critères communs d'identification, et si ce concept est un levier permettant véritablement de

[170] D. ROMAN, « Rapport de synthèse », colloque *Vulnérabilité et droits fondamentaux* des 19 et 20 avril 2018 à l'Université de la Réunion, *RDLF,* 2019, chron. n° 19.
[171] E. PAILLET, « Avant-propos », *in* E. PAILLET et P. RICHARD, *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 2.
[172] *Ibid*., p. 4.
[173] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.
[174] X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2010, p. 56.
[175] CEDH, 21 janvier 2014, *Zhou c/ Italie*, § 58 (souligné par nous).

renforcer l'effectivité des droits fondamentaux. Il importe de préciser que ce projet s'inscrivait dans le prolongement d'une recherche collective réalisée dans le cadre de l'appel à projets « QPC 2020 », lancé par le Conseil constitutionnel à l'occasion des dix ans de la Question prioritaire de constitutionnalité. La recherche avait pour but d'évaluer l'efficacité de la QPC sous l'angle particulier de la protection des personnes en situation de vulnérabilité et selon une approche de droit comparé. Le travail, effectué par une équipe scientifique composée de chercheurs français, italiens et espagnols (parmi lesquels nombreux sont ceux qui ont également participé au présent projet), a ainsi permis de dresser un bilan de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel pour ce qui concerne la protection de certaines catégories – prédéfinies à l'avance – de personnes vulnérables, par la confrontation de la protection offerte par le système français de la QPC avec les procédures similaires existant en Italie et en Espagne[176].

Cette première recherche nous avait convaincues de la nécessité d'approfondir l'analyse à l'ensemble de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux, sans se cantonner à des catégories prédéfinies de personnes vulnérables. Il s'agit donc d'étudier de façon systématique la jurisprudence pour comprendre comment et avec quelles conséquences précises les juges mobilisent le concept de vulnérabilité. L'interrogation sous-jacente est en définitive de savoir pourquoi ce paradigme tend à s'imposer dans le champ de la protection des droits et libertés ou, comme l'écrit le professeur Azoulai, « Quelles sont […] les "ressources analytiques" de ce concept pour la pensée du droit ? Que conduit-il à voir que les moyens et les catégories classiques ne permettent pas de voir ? »[177]. Le caractère généralisé de cette évolution consistant en une invocation croissante de la vulnérabilité de certains bénéficiaires de droits et libertés appelait logiquement une recherche comparative, dont il s'agit maintenant de préciser le champ.

§ 3. Champ de la recherche

Pour répondre à ces questionnements, l'approche comparative, à la fois horizontale (comparaison France - Italie) et verticale (comparaison avec la jurisprudence des Cours européennes) nous a parue indispensable et particulièrement pertinente. Le choix d'analyser, dans un domaine comme celui de la vulnérabilité, les décisions rendues par les Cours européennes (CEDH et CJUE), allait de soi. Ces Cours sont en effet sensibles à la protection des droits des personnes vulnérables. De plus en plus souvent, elles se réfèrent (directement ou par le biais d'expressions voisines) aux situations de vulnérabilité, pour

[176] Une synthèse de la recherche a été publiée dans la revue *Titre VII* (« La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? », *Titre VII* [en ligne], octobre 2020, Hors-série (URL: https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-qpc-outil-efficace-de-protection-des-personnes-en-situation-devulnerabilite)). Le rapport final a été diffusé en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/projets-retenus-et-rapports-definitifs-qpc-2020. Une version enrichie des résultats a été publiée sous la forme d'un ouvrage en ligne : C. SEVERINO et H. ALCARAZ (dir.), *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, 579 p. (https://dice.univamu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits/ouvrages#numero14 ; également disponible à : https://books.openedition.org/dice/8184?lang=fr).

[177] L. AZOULAI, « Sensible droit », préc., p. 232.

imposer aux États des obligations positives spéciales de protection ou de prévention et donc pour considérer comme un facteur aggravant la violation de ces obligations[178].

Quant au choix de concentrer la comparaison horizontale sur le système juridique italien, il se fonde essentiellement sur deux raisons. Tout d'abord, la volonté de mener une analyse jurisprudentielle approfondie à l'échelle de toutes les juridictions supérieures (suprêmes et constitutionnelles) impliquait de limiter le nombre de pays retenus. Le choix a donc naturellement été fait de comparer la situation française à celle d'un autre pays dont nous avons une connaissance approfondie du système et avec lequel un réseau de recherche déjà établi pouvait être mobilisé, à savoir l'Italie. Ensuite, la recherche déjà mentionnée dans le cadre du projet « QPC 2020 » a confirmé la pertinence au fond de cette comparaison entre les deux États, qui présentent à la fois des points de convergence importants, mais aussi des points de divergence intéressants et significatifs.

Les convergences concernent, d'une part, la structure juridique et judiciaire de ces deux pays : il ne s'agit pas, en particulier, de systèmes fédéraux comme le système belge ou allemand, ni fortement autonomiques comme le système espagnol, avec toutes les différences qui en découlent. Les convergences concernent, d'autre part, les mécanismes de protection des droits fondamentaux mis en place, avec une prédominance de la saisine du juge constitutionnel par voie incidente (QPC en France et procès incident en Italie), à l'exclusion d'un mécanisme d'accès direct comme il en existe dans les systèmes belge, autrichien, allemand ou encore espagnol[179]. Ces modalités procédurales proches rendent particulièrement pertinente la comparaison au fond des jurisprudences rendues. Il n'en existe pas moins, entre la France et l'Italie, des différences réelles, dont la plus notable pour ce qui nous intéresse a trait au contrôle de conventionnalité des lois. Réalisé par les juges ordinaires en France, ce dernier est réalisé par la Cour constitutionnelle en Italie, par le biais de la « norme interposée » : la norme internationale (par exemple la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme) est considérée comme une « norme interposée » dont la violation, par la loi étatique, implique une violation de l'art. 117 de la Constitution italienne[180]. La jurisprudence européenne incitant fortement à la prise en compte de la vulnérabilité des personnes, il importera de rechercher si cette répartition différente des tâches impacte la réception de cette dernière dans les deux pays, et de mettre plus généralement en lumière les facteurs de différenciation des jurisprudences françaises et italiennes sur le sujet.

---

[178] Le constat est unanime. V. notamment S. BESSON, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2014, pp. 73 et s. ; M. ROTA, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020 (La vulnérabilité), pp. 39 et s. ; F.-X. ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit des jeunes*, 2015/5 n° 345-346, pp. 38 et s. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que les ordres juridiques conventionnel et européen ont eu un impact important sur le développement de la notion d'effectivité de la protection des droits fondamentaux (sur l'influence de la jurisprudence UE et CEDH sur la protection des droits fondamentaux dans l'époque contemporaine, v., en langue italienne, M. CARTABIA, « L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti" », *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, pp. 537-568).

[179] La recherche réalisée dans le cadre du projet « QPC 2020 » a précisément mis en lumière un écart important entre les résultats concernant le système espagnol et ceux concernant les systèmes italien et français, ces deux derniers se révélant beaucoup plus proches et, ainsi, véritablement comparables.

[180] Qui prévoit notamment que « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordonnancement communautaire et des obligations internationales ».

Précisons enfin que le choix a été fait de concentrer la recherche sur *la jurisprudence rendue à partir de l'année 2010*. Un créneau temporel plus large risquait de rendre le travail irréalisable ; plus restreint, celui retenu permettait en revanche de disposer d'un corpus jurisprudentiel significatif, portant en outre sur les données les plus récentes. L'année 2010 est au demeurant celle de l'entrée en vigueur de la QPC en France, tout comme l'année qui suit la fin de l'importante étude déjà citée, réalisée sous la direction du Professeur Xavier Lagarde, concernant les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation[181]. Bien évidemment, cette analyse de la jurisprudence plus récente n'exclut pas que des renvois à des solutions antérieures soient réalisés, lorsqu'ils sont pertinents pour la compréhension des décisions rendues depuis 2010 (par exemple lorsque l'on enregistre un changement de jurisprudence important ou lorsqu'une décision marquante a été rendue dans le passé et reste d'actualité). Nous devons également préciser que l'analyse jurisprudentielle relatives aux juridictions constitutionnelles est plus large que celle relative aux autres juridictions, compte tenu du faible nombre de décisions rendues par ces juges. Notre recherche porte ainsi sur toutes les décisions adoptées par les juges constitutionnels depuis le début de leur activité, à savoir de 1958 à 2023 pour le Conseil constitutionnel et de 1956 à 2023 pour la Cour constitutionnelle[182].

Au-delà de la recherche jurisprudentielle, qui constituait le cœur du projet, il a paru également pertinent d'enrichir l'analyse par une recherche sur les décisions rendues par les autorités indépendantes qui œuvrent, précisément, auprès de diverses personnes en situation de vulnérabilité et qui ont pour mission de contribuer à la protection de leurs droits et libertés. Ainsi, ont été étudiées, pour la France, les décisions du Défenseur des droits et du Contrôleur général des lieux de privation de libertés ; pour l'Italie, celles des deux autorités qui assurent des fonctions similaires à celles des autorités françaises retenues, à savoir l'*Autorità Garante Nazionale per l'infanzia e per l'adolescenza*[183] et le *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*[184]. Enfin, sur le plan européen, a été étudiée l'Agence des droits fondamentaux de l'UE (FRA)[185].

Au travers de l'analyse des décisions, avis et rapports de ces autorités indépendantes, il s'agissait de déceler les interactions entre ces documents et les décisions de justice dans le domaine qui nous occupe. Un des buts était de repérer les éventuels renvois opérés par les juges aux décisions provenant de ces autorités, pour éclairer les contours d'une situation de vulnérabilité par exemple, ou pour mobiliser un droit ou une liberté ; il s'agissait aussi d'évaluer l'impact que peuvent avoir les interventions de ces autorités au sein des procès. Une comparaison – inédite – a également été réalisée entre les autorités elles-mêmes, afin de repérer d'éventuelles convergences ou divergences en matière de reconnaissance et de protection de situations de vulnérabilité.

[181] X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*
[182] V. *infra*, chapitre 2, section 1.
[183] L'Autorité nationale de garantie pour l'enfance et l'adolescence (https://www.garanteinfanzia.org/).
[184] Le Garant national des droits des personnes privées de la liberté personnelle (https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/).
[185] https://fra.europa.eu/fr

§ 4. Méthode de la recherche

La recherche s'est fondée à titre principal sur une méthode analytique et comparative. Cette démarche a été complétée par une série d'entretiens.

A - Une méthode analytique et comparative

Le cœur de la recherche a été constitué par l'analyse de la jurisprudence rendue à partir de l'année 2010 par les deux Cours européennes ainsi que, pour l'Italie et la France, par les Cours suprêmes administrative et judiciaire, et à partir du début de leur activité par les Cours constitutionnelles. Il s'agissait de recenser les cas dans lesquels la juridiction recourt à la notion de "vulnérabilité"/"personne vulnérable", ou une notion proche, et d'en identifier les conséquences. Le but était donc de procéder à une étude jurisprudentielle ample, transversale et comparative, pour rechercher s'il s'en infère ou non une approche commune de la vulnérabilité. Compte tenu de l'ampleur de l'analyse jurisprudentielle, surtout pour ce qui concerne les Cours de cassation et les Conseils d'État italien et français, nous avons constitué des « pôles » disciplinaires : plusieurs chercheurs ont travaillé ensemble à l'analyse des décisions d'une chambre ou d'une juridiction. Notre équipe faisait ainsi appel à des spécialistes de toutes les disciplines juridiques (droit constitutionnel, administratif et européen, mais aussi droit civil, droit pénal et droit social). Précisons que le nombre de décisions étudiées pour chaque juridiction, ou pour chaque formation de jugement, sera précisé au fil des développements, quand la juridiction ou formation de jugement sera abordée. Précisons aussi que pour les juridictions constitutionnelles et européennes, tous les contentieux ont été abordés, alors que pour les juridictions nationales, seuls ont été retenus les contentieux essentiels en matière de protection des droits fondamentaux de la personne ; à nouveau, les explications détaillées sur ce pont seront à l'intérieur des chapitres, pour chaque juridiction abordée.

Cette équipe était aussi largement constituée de chercheurs coutumiers de la démarche comparative, centrale dans la méthode suivie. L'utilisation de cette méthode constitue en effet l'un des traits caractéristiques des équipes de recherche qui ont porté ce projet : le CDPC-Jean-Claude Escarras (Université de Toulon) ; l'ILF-GERJC (Aix-Marseille Université) ; le *Dipartimento di Scienze giuridiche* d'Udine et en particulier le Professeur Laura Montanari et son équipe, spécialisés dans l'analyse des systèmes de protection des droits fondamentaux, en particulier le système européen de la CEDH. Soulignons que plusieurs chercheurs de l'équipe, dont les trois porteuses du projet, sont familiers du système juridique du pays partenaire et ont rédigé des contributions scientifiques qui s'y rapportent : les chercheurs italiens sur la France, et vice-versa.
Cette connaissance réciproque des deux pays et la maîtrise de la méthode comparative ont facilité le travail dans ses deux principales étapes : celle du recueil des données propres à chaque système d'une part, celle de la mise en parallèle et de la comparaison proprement dite, d'autre part. Deux séminaires d'étape[186], portant l'un sur les jurisprudences des juridictions nationales, l'autre sur celle des juridictions européennes et sur les A.A.I. incluses dans l'étude, ont été les moments décisifs de mise en commun des données recueillies par chaque pôle. Ils ont permis de dresser les premières pistes de comparaison

[186] Les séminaires d'étape ont eu lieu respectivement le 20 mai 2022 à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence et le 10 juin 2022 à l'Université d'Udine.

pertinentes, et d'orienter le travail de l'année suivante. En 2023, un séminaire final de restitution[187] a permis d'échanger sur les résultats définitifs de la recherche et sur les idées force s'en dégageant.

Au-delà de son apport cognitif proprement dit, une recherche comparative présentait ainsi selon nous un double avantage, critique et conceptuel. Critique, car le recours au droit comparé permet de prendre de la distance par rapport à son droit national pour mieux en comprendre les fondements, le fonctionnement et les limites ; conceptuel, car il permet de tirer parti des expériences étrangères pour disposer d'outils analytiques pertinents de l'objet étudié. Plus généralement, le droit comparé peut permettre d'identifier les éventuels invariants caractérisant cet objet, mais aussi, par contraste, les éventuelles spécificités nationales. C'est dans cette double perspective, critique et conceptuelle, que le rapport final est rédigé sur la base des études menées par les différents pôles : il s'agira de comprendre les ressorts communs de la montée en puissance du paradigme de la vulnérabilité, comme la façon dont il se déploie selon les ordres juridiques, les juges, les domaines.

B - Des entretiens semi-directifs

L'analyse jurisprudentielle a été complétée par une série d'entretiens (de type semi-directif) auprès de juges et de représentants d'A.A.I. Pour cela, nous avons demandé à une collègue sociologue de faire partie de l'équipe de recherche : Laura Odasso, qui a soutenu en 2013 une thèse de sociologie en cotutelle auprès de l'Université de Strasbourg et de l'Université Ca' Foscari à Venise. Elle est spécialiste des migrations et occupe depuis 2019 un poste de chercheuse sur la Chaire « Migrations et sociétés » au Collège de France. Madame Odasso, de nationalité italienne, est en outre parfaitement bilingue français/italien, ce qui lui a permis de conduire les entretiens prévus auprès des institutions françaises aussi bien qu'italiennes. Il nous a paru en effet plus simple et cohérent de confier à une seule et même personne la totalité du volet sociologique de la recherche, complémentaire du volet juridique qui reste prédominant.

La démarche suivante a été arrêtée quant au volet sociologique de notre projet de recherche. Dans les premiers mois de la recherche, Mme Odasso a pris connaissance de la littérature juridique existante sur le sujet, afin de se familiariser avec son approche juridique. Parallèlement, l'ensemble des membres de l'équipe a pu lui faire remonter les questions que suscite leur recherche sur la jurisprudence ou l'action des A.A.I., et dont ils pensent qu'elles devraient être posées à ces institutions. Le but était de préparer une grille d'entretien qui a été le fruit d'un travail continu et d'échanges réguliers. Dans la même perspective, Laura Odasso a assisté aux deux séminaires d'étape, de façon à pouvoir disposer d'une vue d'ensemble des résultats intermédiaires de la recherche, et des interrogations qu'ils pouvaient susciter en termes sociologiques.

Les entretiens ont eu lieu à la suite de ces séminaires. Ils étaient de type semi-directif. Nous avons limité cette analyse aux juridictions et AAI nationales, en essayant d'interviewer au moins un représentant pour chaque juridiction. En définitive, ce sont

[187] Le séminaire final a eu lieu les 25 et 26 mai 2023 à la Faculté de droit de Toulon.

douze entretiens qui ont pu être conduits : six pour la France (un membre du Conseil constitutionnel ainsi que son secrétaire général ; un membre du Conseil d'État ; un membre de la Cour de cassation, la Défenseure des droits – qui était accompagnée de deux de ses conseillers - , ainsi que le CGLPL) ; et six pour l'Italie (un membre de la Cour constitutionnel, un du Conseil d'État, trois de la Cour de cassation et le *Garante dei luoghi di privazione di libertà*). Quant au principe des entretiens semi-directifs, il nous a paru en effet important de laisser un espace pour l'expression libre et spontanée des personnes interviewées, susceptible de faire surgir des orientations ou problématiques qui n'auraient pas été abordées dans la grille d'entretien. L'objet de ces entretiens était de procéder à une relecture pratique et critique des enseignements ressortant de l'analyse des sources de droit positif. Cette relecture a enrichi nos réflexions, conforté certaines hypothèses et en a fait surgir d'autres. Elle irrigue donc l'ensemble du travail, et des extraits de certains entretiens figurent dans le rapport. En outre, une annexe présente les principaux enseignements tirés par Madame Odasso de ces entretiens.

CHAPITRE I. LE RECOURS CONTRASTÉ À LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ PAR LES COURS EUROPÉENNES ET L'AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Le point de départ de notre analyse devait naturellement être constitué par la jurisprudence européenne sur la vulnérabilité. Cela devait permettre de prendre en compte ses répercussions au niveau national, dans le contexte de la « protection multi-niveaux » des droits. Il s'agit de la dimension verticale de notre comparaison, entre des systèmes opérant à différents niveaux : national, de l'Union Européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

L'analyse a porté sur les décisions des Cours européennes – la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne – dont la section préliminaire présentera les traits essentiels. En outre, il a été décidé de compléter l'étude de la jurisprudence (section 1) par celle des documents produits par l'Agence européenne des droits fondamentaux (FRA), créée par l'Union européenne par le règlement (CE) n° 168/2007[188]. Tout en remplissant – comme nous le verrons – une fonction de conseil, d'information et de promotion des droits fondamentaux, l'Agence offre un aperçu intéressant de l'utilisation de la notion de vulnérabilité sur le plan européen (section 2).

Comme nous le verrons dans la suite de l'analyse, un rôle particulier doit être reconnu à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui a largement contribué à l'émergence de la notion de vulnérabilité, avec des répercussions importantes au niveau national[189].

Section préliminaire

Ce chapitre examinera la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour de Strasbourg), qui veille au respect par les États de la Convention européenne, et de la Cour de justice (Cour de Luxembourg), qui est appelée à garantir l'interprétation uniforme et la validité du droit de l'Union européenne (UE). Pour bien en comprendre la portée, il importe de rappeler le cadre d'intervention et les compétences propres à chacune des deux juridictions. En effet,
il s'agit de juges opérant dans le cadre de systèmes différents et exerçant des tâches différentes, même si, avec l'évolution du processus d'intégration européenne, la Cour de justice est de plus en plus appelée à être le garant du respect des droits fondamentaux, qui, ainsi que l'indique l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, font partie du noyau fondateur de l'Union[190]. En outre, le nouveau rôle assigné à la Charte des droits

[188] Le cadre a ensuite été modifié par le règlement (UE) 2022/555. Pour les références précises, voir *infra* notes n° 285 et 286.

[189] On peut citer les remarques de Paolo Scarlatti selon lesquelles « la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au cours des dernières décennies est le premier lieu et le lieu privilégié pour la protection des droits des personnes vulnérables » : « Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale », *Rivista di Diritti comparati*, Special Issue V (2024), p. 68 et s., spec. 74 ; voir aussi Id., *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

[190] Comme on le sait, une vaste réflexion s'est développée ces dernières années sur le concept d'« identité constitutionnelle européenne », qui trouve maintenant un point de référence essentiel dans l'article 2 du TFUE. La

fondamentaux de l'Union européenne avec le Traité de Lisbonne fait que l'Union européenne dispose également de son propre *Bill of rights*. Dans cette perspective, il convient, à titre préliminaire, de rappeler brièvement les caractéristiques fondamentales des deux systèmes de référence et leurs relations avec le droit interne, en soulignant les différentes solutions adoptées dans les pays analysés, l'Italie et la France.

§ 1 – Les différents systèmes et leurs sources

La Convention européenne est un traité international multilatéral créé en 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe. Elle prévoit, d'une part, un catalogue de droits, inspiré de la Déclaration universelle de 1948, et, d'autre part, un système de garantie juridictionnelle. Ce deuxième aspect est la particularité qui en a fait un modèle pour d'autres systèmes régionaux de protection des droits : la possibilité accordée à l'individu de s'adresser directement à un juge international, la Cour de Strasbourg, pour faire constater la violation de ses droits conventionnels par l'un des États parties[191]. Le contenu de la Convention s'est enrichi au fil du temps, grâce aux Protocoles qui l'ont progressivement complétée et, surtout, grâce à la jurisprudence de la Cour, dont l'interprétation a permis de l'adapter à l'évolution de la société. En ratifiant la CEDH, les États assument une obligation de résultat : reconnaître à toutes les personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés définis par la Convention (article 1) ; l'intégration dans le droit interne ne serait donc pas nécessaire, même si tous les États l'ont fait, en adoptant toutefois des solutions différentes comme dans le cas des systèmes français et italien (infra § 3).

L'Union européenne, en revanche, est un ordre supranational avec ses propres organes et ses propres sources de droit, qui produisent leurs effets directement au niveau national. Les États membres, dans les matières relevant de la compétence de l'Union, opèrent un transfert de souveraineté qui les soustrait à la réglementation nationale ou les soumet à la mise en œuvre du droit de l'Union. Les relations avec les droits nationaux sont déjà définies au niveau européen par le principe de primauté et d'effet direct du droit de l'Union, qui prime sur le droit en contraste. La Cour de justice a pour mission d'assurer l'application uniforme du droit européen au sein de l'Union (article 19 TUE)[192].

§ 2 – Le rôle des juges

La différence entre les deux systèmes se reflète également sur le rôle des juridictions européennes. La Cour de Strasbourg a été créée en tant que Cour des droits, à laquelle,

Cour de justice elle-même, dans ses arrêts C-156/21 et C-157/21 du 16 février 2022, concernant le règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un système général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, fait des déclarations très fortes à cet égard : « Les valeurs contenues à l'article 2 TUE ont été identifiées et sont partagées par les États membres. Elles définissent l'identité même de l'Union en tant qu'ordre juridique commun. L'Union doit donc être en mesure, dans les limites des compétences qui lui sont conférées par les traités, de défendre ces valeurs » (pt. 127 de la décision C-156/21 ; de même, pt. 145 de la décision C-157/21).

[191] La discipline actuellement en vigueur, selon laquelle la ratification de la CEDH implique automatiquement la reconnaissance du droit de l'individu de faire appel à la Cour de Strasbourg, résulte du XI Protocole, en vigueur depuis 1998.

[192] Le premier alinéa de l'article 19 TUE dispose que « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

comme nous l'avons déjà mentionné, les individus s'adressent directement pour se plaindre de la violation de droits conventionnels par l'État dont ils relèvent[193]. La Cour de justice est appelée à assurer l'interprétation uniforme et la validité du droit de l'Union ; c'est à elle que doivent s'adresser les juridictions nationales par voie de renvoi préjudiciel. L'accès des particuliers à la Cour est, en revanche, très limité[194]. Si, à l'origine, le système de l'Union traitait essentiellement de questions économiques, progressivement, grâce aussi à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, les droits fondamentaux sont devenus partie intégrante du patrimoine commun qui constitue aujourd'hui l'« identité constitutionnelle » de l'Union européenne[195]. Comme il ressort de ces brèves indications, le mode de fonctionnement des deux Cours est différent : la Cour des droits de l'homme est le juge du fait, elle doit constater la violation des droits dans l'affaire soumise à son examen. La Cour de justice, quant à elle, interprète le droit de l'Union européenne, même si cela affecte l'application du droit national dans le litige à l'origine du renvoi.

Dans les deux systèmes, le juge national est le premier sujet appelé à appliquer le droit européen. Toutefois, alors que dans le système de l'Union européenne, le juge est en relation directe avec la Cour de Luxembourg, dans le cas de la CEDH il doit certainement prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg quand il interprète les droits conventionnels, mais c'est l'individu qui s'adresse aux juges européens. Récemment, le Protocole XVI a introduit la possibilité pour les cours suprêmes nationales de demander à la Cour européenne un avis non contraignant sur l'interprétation d'une disposition de la Convention qu'elles doivent appliquer. Toutefois, alors que la France a ratifié ce protocole et que la Cour de cassation a procédé à la première saisine en 2018, l'Italie ne l'a pas encore ratifié et les juges nationaux sont donc privés de cette voie de dialogue[196].

§ 3 – Les relations avec les systèmes juridiques nationaux

L'exemple du Protocole XVI que nous venons de citer constitue l'une des différences entre l'Italie et la France en ce qui concerne leurs relations avec la CEDH. Les deux pays adoptent des formes différentes d'adaptation au droit international conventionnel, mais surtout la solution au conflit éventuel des règles nationales avec la CEDH est différente. Dans le cas français, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel *IVG* de 1975, dans

[193] Le système conventionnel prévoit également la possibilité d'un recours par un autre État partie, mais les cas sont beaucoup plus limités (article 33 : « Affaires interétatiques »).

[194] Il s'agit de l'article 263, paragraphe 4, TFUE : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

[195] Pour quelques réflexions, voir W. SADURSKI, « *European Constitutional Identity? »*, *EUI Working Paper LAW*, n° 33, 2006 ; L. BURGORGUE LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011 ; P. FARAGUNA, « Constitutional Identity in the EU - A Shield or a Sword? *»*, *German Law Journal*, n° 7, 2017, A.-O. COZZI, L. MONTANARI, M. MILENKOVIĆ, I. RISTIĆ (dir.), *We, the People of the United Europe: Reflections on the European State of Mind*, Naples, Editoriale Scientifica, 2022.

[196] Le Protocole XVI est entré en vigueur le 1er aout 2018 à l'égard des États l'ayant signé et ratifié. Voir Cour de cassation, décision n° 638 du 5 octobre 2018 et Cour EDH, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n° P16-2018-001, du 10 avril 2019. Sur les répercussions de cette décision en Italie, voir A.-M. LECIS COCCO ORTU, « La prise en compte du premier avis de la Cour EDH par la Cour de cassation italienne : nouvelles perspectives pour le dialogue des juges en matière de droits fondamentaux dans l'espace européen », *La Revue des droits de l'homme*, 2020, disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/revdh/10477.

laquelle le juge constitutionnel a refusé d'examiner la compatibilité de la loi avec les conventions internationales[197], ce sont les tribunaux ordinaires qui effectuent ce contrôle de conventionnalité et dans le cas d'espèce n'appliquent pas la loi nationale dans le litige concret[198]. En Italie, en revanche, la Cour constitutionnelle a établi une forme de contrôle centralisé avec les arrêts 348 et 349 de 2007 : le juge ordinaire qui détecte un conflit avec la CEDH doit suspendre son jugement et soulever une question de constitutionnalité, en utilisant la norme conventionnelle comme une « norme interposée », en ce sens que sa violation détermine indirectement la violation de la Constitution. De cette manière, c'est la Cour constitutionnelle qui décide de la loi avec effet *erga omnes*[199].

En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, comme nous l'avons déjà mentionné, la définition de la relation entre les systèmes est établie par ce droit lui-même. Cependant, précisément en ce qui concerne les questions relatives à la protection des droits, la situation semble plus complexe. Il n'y a pas lieu d'approfondir ici ce point, mais il faut noter que dans les deux systèmes étatiques examinés, les Cours constitutionnelles revendiquent leur rôle. En France, c'est la réglementation de la QPC qui prévoit que le contrôle en cas de violation des droits est exercé en premier lieu par le Conseil constitutionnel, tandis qu'en Italie, c'est la Cour constitutionnelle qui, dans sa jurisprudence la plus récente, a adopté une position similaire, en particulier en ce qui concerne les cas dans lesquels la Charte des droits fondamentaux de l'Union entre en jeu[200].

C'est en tenant compte des différences qui viennent d'être mentionnées que nous avons analyserons simultanément les décisions des deux Cours, pour essayer de mettre en évidence les éléments communs qui définissent l'utilisation du concept de vulnérabilité au niveau européen. Le système de Strasbourg a certainement développé au fil du temps une vision particulière de ce thème, qui a indirectement facilité le parcours de la Cour de justice, même si, comme nous le verrons, la possibilité/le devoir de cette dernière de s'ancrer dans des textes normatifs rend son activité interprétative moins fructueuse. Cependant, il importait de rechercher un standard européen partagé, notamment pour les retombées qu'il peut avoir au niveau national. Dans cette perspective, l'analyse des

[197] Conseil constitutionnel, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*.
[198] Cour de cassation, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* ; Conseil d'État, Aet s., 20 octobre 1989, *Nicolo*.
[199] La réforme constitutionnelle de 2001 a introduit dans le premier paragraphe de l'art. 117 de la Constitution italienne la règle selon laquelle « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordonnancement communautaire et des obligations internationales ». La Cour constitutionnelle, dans les décisions de 2007 citées dans le texte, a affirmé que lorsqu'une loi viole une disposition de la CEDH, elle viole indirectement l'article 117 de la Constitution : les normes du droit international conventionnel sont donc qualifiées de « normes interposées » pour le contrôle de constitutionnalité, affirmant ainsi substantiellement leur primauté sur les lois ordinaires. Pour une reconstruction générale de ces problématiques, v. not. F. JAQUELOT, L. MONTANARI, « Les rapports de systèmes en Italie », *in* B. BONNET (dir.), *Les rapports entre ordre juridiques : bilan, enjeux, perspectives*, Paris, LDGJ, 2016, p. 1653-1675.
[200] La référence est à l'arrêt *Melki* de la Cour de justice, relatif comme on le sait à la discipline de la QPC, dans lequel les juges européens ont cherché un « accommodement » pour sauver la législation française contestée, tandis que pour l'Italie, il s'agit du « conflit » sur l'affaire *Taricco*, dans lequel la Cour constitutionnelle a menacé de faire valoir les « contre-limites » : voir N. PERLO, « *La voie italienne pour préserver la collaboration des juridictions dans l'Union européenne. Étude sur l'affaire Taricco* », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 53, 4/2017, p. 739 et s.

documents de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui sera effectuée dans la section suivante contribuera également à compléter le cadre de référence.

Section I – Les Cours européennes

Avant de commencer l'analyse, il convient de faire un bref rappel de la méthode de travail et des données examinées. La recherche a été effectuée par les équipes en charge à travers les moteurs de recherche présents sur les sites internet des deux Cours[201]. Comme pour l'ensemble des juridictions étudiées, la période 2010-2023 a été prise comme référence, en utilisant le mot-clé « vulnerab* ». En ce qui concerne la Cour de Luxembourg, Nathalie Rubio et Éloïse Gennet ont examiné 416 documents (arrêts, ordonnances, conclusions) pour 326 affaires. Seuls 161 ont été utiles à l'étude, qui s'est concentrée – comme il a été expliqué dans l'introduction – sur la question de l'individu/personne physique. Dans le cas de la Cour de Strasbourg, compte tenu des caractéristiques du système de la CEDH, les décisions examinées sont plus nombreuses. Si l'on considère uniquement les Chambres et la Grande Chambre, il y a eu plus de 500 décisions (plusieurs décisions peuvent correspondre à une affaire) dans la période considérée, et l'équipe formée par Marina Calamo Specchia, Laura Montanari, Francesco Emanuele Grisostolo, Nicola Maffei et Laura Restuccia a examiné environ 400 d'entre elles. Les données que nous venons de mentionner indiquent déjà, sur un plan purement quantitatif, une différence significative dans l'utilisation du terme vulnérabilité entre les deux Cours européennes. Dans un article de 2014, Edouard Dubout soulignait comment, face au renforcement de la référence à la vulnérabilité dans la réflexion juridique et les décisions de justice, « […] étrangement, le langage de la vulnérabilité n'est employé qu'avec parcimonie, voir méfiance, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, où le mot y est quasiment absent »[202]. La situation actuelle ne semble pas très différente. Il convient également d'ajouter que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, contrairement à celle de la Cour de justice, fait l'objet d'une riche doctrine, qui s'est avérée utile pour identifier certaines décisions « phares » qui ont aidé au départ le travail de classification[203].

§ 1 – L'emploi du terme

En ce qui concerne l'analyse de la jurisprudence, et en particulier l'utilisation du terme « vulnérabilité » par les Cours, il convient tout d'abord de rappeler l'impact des éléments examinés dans la section préliminaire. Les dispositions de la CEDH (et de ses Protocoles) ne font pas référence à la vulnérabilité. En ce qui concerne l'Union européenne, la même situation se produit pour le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tandis que le terme est utilisé dans plusieurs actes de droit dérivé, règlements et directives[204].

[201] Pour la Cour de justice, le formulaire sur son site web (curia.europa.eu) a été utilisé ; pour la Cour européenne des droits de l'homme, le moteur de recherche officiel HUDOC (https://www.echr.coe.int/hudoc-database).
[202] E. DUBOUT, « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », *in* L. BURGORGUE LARSEN, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 31 et s., spec. p. 32.
[203] Voir, parmi beaucoup d'autres, N. ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Université de Genéve, Schulthess Éditions Romandes, 2022 ; R. CHENAL, « La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *Ars interpretandi*, 2/2018 ; AL TAMINI Y., « The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights », *Journal européenne des droits de l'homme*, 5/2016.
[204] Dans certains cas, c'est le législateur européen lui-même qui établit la liste des personnes vulnérables ; voir l'exemple cité dans la note n° 219.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) ne contient pas non plus le terme de vulnérabilité, même si certaines de ses dispositions sont consacrées à des sujets qui – comme nous le verrons – appartiennent à des « catégories » généralement qualifiées de vulnérables : par exemple, les mineurs, les personnes âgées, les personnes handicapées. Par ailleurs, l'article 52 de la Charte, qui régit l'interprétation de cette Charte, prévoit que pour les droits correspondant à des droits également garantis par la CEDH, « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention », à moins que le droit de l'Union n'accorde une protection plus étendue[205]. Malgré la complexité des relations entre les deux Cours, comme en témoigne le rejet par la Cour de Justice du projet d'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH[206], le rôle assumé aujourd'hui par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confirme, à notre avis, la possibilité de dégager des tendances communes à propos du thème qui nous occupe : la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables.

Pour en revenir à l'analyse des deux systèmes, dans le cadre de la Convention européenne – à la lumière de ce qui vient d'être dit – le terme de vulnérabilité est apparu de manière spontanée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et a assumé un rôle de plus en plus important au fil du temps. Cela se traduit, quantitativement, par son utilisation dans de nombreuses décisions, bien que d'une manière et avec des résultats différents. La Cour EDH est un juge des faits, appelé à examiner la situation concrète du plaignant pour déterminer s'il y a eu violation des droits de la Convention par l'État. La vulnérabilité d'une personne est donc, dans la plupart des cas, liée aux particularités du cas concret, à la reconstruction duquel est consacrée une grande partie du raisonnement mis en œuvre dans la décision. Par ailleurs, il convient de rappeler que la Cour ne s'est pas arrêtée à une interprétation littérale ou « originaliste » de la Convention, mais a au contraire affirmé dès les premières décisions que « […] la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles »[207]. Par conséquent, la Cour cherche à élargir le plus possible le potentiel d'interprétation du texte juridique afin de répondre aux exigences de protection formulées par les plaignants[208].

L'utilisation du terme « vulnérabilité » s'inscrit certainement dans la boîte à outils argumentatifs que les juges européens utilisent à cette fin. On peut citer les propos tenus

[205] L'article 52, intitulé *Portée et interprétation des droits et des principes*, est libellé comme suit : « 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. 2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. 3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. 4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions ».

[206] La référence est l'avis n° 3/13 publié le 18 décembre 2014.

[207] Voir Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, pt. 31.

[208] G. LETSAS, « Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer », *The European Journal of International Law*, Vol. 21, 3/2010, p. 509 et s.

en 2022 par le professeur Robert Spano, alors président de la Cour européenne des droits de l'homme, dans une *Lectio magistralis* consacrée à *Droits de l'homme et personnes vulnérables*, où – bien que se concentrant principalement sur les personnes handicapées – il a déclaré que « la Cour a développé sa jurisprudence [...] à travers un fil conducteur : celui de la protection des personnes vulnérables dans un esprit de solidarité sociale » et encore « La prise en compte de la vulnérabilité dans notre jurisprudence fait partie du processus d'universalisation des droits fondamentaux »[209].

Comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, la qualification d'une personne comme vulnérable permet à la Cour une interprétation « renforcée » des dispositions conventionnelles pertinentes, dans certains cas même en esquissant des « obligations positives » de la part de l'État, qui peut être condamné pour ne pas avoir fait ce qui est nécessaire pour assurer la jouissance effective des droits[210] ou pour empêcher leur violation par des tiers[211].

Enfin, il convient de souligner que dans les décisions de la Cour de Strasbourg, l'utilisation du terme vulnérabilité est dans certains cas étayée par la citation de textes de *soft law* ou de *hard law*, au niveau national, de l'Union européenne ou au niveau international[212]. Ces deux dernières hypothèses sont particulièrement intéressantes, car elles peuvent contribuer à la recherche d'un sens partagé pas seulement au niveau européen, dans la perspective de « l'universalisation des droits fondamentaux » évoquée plus haut. Quant aux conventions internationales, elles sont pertinentes en référence à des catégories particulières de personnes vulnérables, contribuant à définir leur position et à renforcer leur garantie ; c'est le cas, par exemple, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence

[209] La *Lectio magistralis* du Prof. Robert Spano, *Droits de l'homme et personnes vulnérables*, a eu lieu à Rome le 22 avril 2022 et est disponible sur le lien suivant : https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/itervento_spano_20220503170732.pdf.
[210] Cour EDH, *Talpis c. Italie*, arrêt du 2 mars 2017 et Cour EDH, *Çam c. Turquie*, arrêt du 23 février 2016.
[211] Voir Cour EDH, *D.M.D. c. Romania*, arrêt du 3 octobre 2017.
[212] Les textes nationaux sont relativement peu nombreux par rapport à la jurisprudence analysée. Toujours à titre d'exemple, on peut rappeler pour la France l'article 222-12 (au moment des faits) du Code pénal rappelé dans l'arrêt *Darraj c. France* du 4 novembre 2010 et les articles 225-13, 225-14 (au moment des faits), 225-15-1 du Code pénal rappelés dans l'arrêt *C. N. et V. c. France* du 16 octobre 2012 ; pour le Royaume-Uni, l'article 189 (1) (c) du *Housing Act* 1996 visé dans l'arrêt *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011 ; pour la Belgique, le Rapport établi par le Médiateur fédéral belge à la suite de l'enquête sur le fonctionnement des centres fermés gérés par l'Office des étrangers de juin 2009, visé dans l'arrêt *Kanagaratnam et al. c. Belgique* du 13 décembre 2011.
Beaucoup plus nombreuses sont les références à des textes européens, adoptés tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne, ou internationaux : sans prétendre à l'exhaustivité, on citera par exemple, dans le cadre du Conseil de l'Europe, les Résolutions 1663 (2009), 1821/2011, 2225/2018 de l'Assemblée parlementaire ; le rapport 2019 du Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) ; la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains ; dans la sphère du droit de l'UE, les directives 2012/29/UE, 2008/115/CE, 2011/36/UE, 2003/9/CE, 2013/33/UE ; dans la sphère des Nations unies, l'article 6 de la recommandation générale n° 35 de 2013 sur la lutte contre le discours haineux adoptée par le Comité des Nations unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), le protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

domestique (Convention d'Istanbul)[213] et de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui affirme le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant[214].

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice, la référence au droit dérivé de l'Union européenne – règlements et directives – qui utilise le terme vulnérabilité, est prépondérante[215]. Entre autres, le fait que la reconnaissance soit présente dans le texte que la Cour est appelée à appliquer a comme conséquence que la référence à la vulnérabilité – issue de la recherche textuelle – ne joue pas toujours un rôle significatif dans le raisonnement. Les hypothèses de citation spontanée sont très limitées. Un outil intéressant pour comprendre l'émergence du terme vulnérabilité dans l'interprétation du droit de l'Union est l'analyse des conclusions des avocats généraux. On le retrouve dans un nombre important de conclusions par rapport au nombre de décisions examinées, bien que les références faites à la vulnérabilité ne soient pas toujours reprises par la Cour[216].

Des considérations similaires s'appliquent aux références faites par les avocats généraux à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. On peut citer, à titre d'exemple, l'affaire *I.S. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* concernant l'interprétation du règlement (UE) n° 604/2013 relatif aux critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale en ce qui concerne la situation d'un mineur non accompagné[217]. Au-delà des aspects substantiels, il convient de noter que, dans son argumentation, l'avocat général Nicholas Emiliou non seulement met en relation les dispositions de la CDFUE avec les dispositions correspondantes de la CEDH, réaffirmant ainsi les liens entre les deux systèmes de protection, mais, en qualifiant les mineurs non accompagnés de « personnes

[213] Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique a été adoptée le 11 mai 2011. La Convention fait référence à différents profils qui caractérisent la vulnérabilité des femmes et constitue pour la Cour européenne des droits de l'homme un outil utile pour renforcer l'interprétation des normes de la CEDH dans les affaires qui lui sont soumises, y compris en ce qui concerne les obligations positives de l'État. Il convient de noter qu'en 2023, l'Union européenne a également adhéré à la Convention. Pour une analyse de la jurisprudence la plus pertinente de la Cour EDH sur le thème de la violence à l'égard des femmes, voir M. BOSIO, *La violenza di genere al cospetto della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Key Editore s. r. l., 2020.

[214] La Convention internationale des droits de l'enfant a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt de la Cour EDH, Grande Chambre, *H.F. et autres c. France*, du 4 septembre 2022, ou dans son raisonnement la Cour – traitant d'une affaire très complexe – rappelle également cette Convention et les avis exprimés par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies pour qualifier la situation de vulnérabilité particulière des enfants concernés et la nécessité d'une protection renforcée. Pour un commentaire sur cette décision, voir L. RESTUCCIA, « I *foreign fighters* e il "diritto" al rimpatrio: alla ricerca di un difficile equilibrio nella sentenza *H.F. e altri c. Francia* », *DPCEonline*, 2/2023, p. 1623 et s.

[215] Les affaires examinées sont presque exclusivement – comme nous l'avons déjà mentionné – des conclusions, des arrêts et des ordonnances, plus un réexamen d'une décision (T-202/10) et un arrêt examinant une communication de la Commission (C-296/15). En général, sur la jurisprudence de la Cour de justice, voir A. DE GIULI, « Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di giustizia UE », *Diritto penale e uomo*, 21 octobre 2020, disponible à l'adresse https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/sul-concetto-di-vulnerabilita-secondo-la-corte-di-giustizia-ue/ ; E. DUBOUT, « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », cit.

[216] Voir, par exemple, l'affaire *Haqbin*, C-233/18, du 12 novembre 2019, concernant l'accueil des personnes demandant la protection internationale et la situation d'un mineur non accompagné, dans lequel la Cour de justice, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'une « personne vulnérable », au sens de l'article 21 de la directive 2013/33, a axé son raisonnement sur le respect de la dignité humaine et le principe de proportionnalité, plutôt que de suivre celui de l'avocat général axé sur la vulnérabilité du mineur.

[217] CJUE, Grande Chambre, *I.S. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, affaire C-19/21, du 1er août 2022.

particulièrement vulnérables », il se réfère expressément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, citant plusieurs arrêts en note de bas de page[218]. La Cour de justice, en revanche, dans sa décision, en ce qui concerne le profil en question, se contente de se référer au considérant 13 du règlement Dublin III, qui affirme également la « vulnérabilité particulière » des mineurs non accompagnés[219].

Une dernière réflexion sur le développement limité de la définition de la vulnérabilité par la Cour de justice peut être faite à la lumière du fonctionnement du système européen. Dans les renvois préjudiciels, qui sont prédominants dans les affaires analysées, les juges européens sont appelés à interpréter le droit de l'Union en relation avec les règles nationales de transposition, mais il revient toujours au juge de l'État de vérifier l'impact de l'arrêt sur la situation faisant l'objet du jugement et donc l'appréciation concrète de la vulnérabilité, comme signale Nathalie Rubio et Éloïse Gennet dans leur rapport.

§ 2 – Les contentieux intéressés

Avant de se concentrer sur certains aspects qui facilitent la comparaison des décisions des Cours européennes, il convient de souligner les liens entre le contentieux analysé et les caractéristiques des systèmes examinés.

La Cour de Strasbourg est appelée à vérifier le respect des droits conventionnels par les États, sans limites de domaines d'action. Cela explique la richesse de la jurisprudence relative à la protection des personnes vulnérables et ses répercussions au niveau national, tant dans l'interprétation des juges que dans l'action de l'État, notamment à la suite d'une condamnation. L'examen des arrêts permet de dégager des axes principaux qui seront exposés ci-après. Dans le cas de la Cour de justice, l'utilisation du terme « vulnérabilité » est presque toujours liée – comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent – à la législation européenne dont l'interprétation est demandée. D'ailleurs, dans de nombreux cas, ce sont les dispositions elles-mêmes qui identifient les personnes vulnérables en se référant à une réglementation spécifique[220]. Les caractéristiques du système de l'Union,

[218] Voir les conclusions de l'avocat général Nicholas Emiliou du 7 avril 2022. En particulier, le point 55 où il est indiqué que « En adoptant l'article 8, paragraphe 2, du règlement Dublin III, le législateur de l'Union me semble ainsi avoir reconnu, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH […], que les mineurs non accompagnés sont des personnes *particulièrement vulnérables* […], dont le bien-être dépend de la protection et des soins nécessaires des adultes et des conditions adéquates d'accueil » (italiques ajoutés), avec une note de bas de page renvoyant à la jurisprudence pertinente de la Cour de Strasbourg.

[219] Le point 47 de l'arrêt de la Cour précise toutefois que « Dans ce contexte, il importe également de rappeler que, ainsi que le souligne le considérant 13 de ce règlement, les mineurs non accompagnés nécessitent, en raison de leur *vulnérabilité particulière*, des garanties de procédure spécifiques » (italiques ajoutés).

[220] À titre d'exemple, on peut citer l'article 20 de la directive 2011/95 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale […], qui dans le chapitre sur la protection internationale exige que les États membres prennent en compte « la situation spécifique des personnes vulnérables telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents seuls accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle ». Voir aussi la directive 2013/33/UE établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), dont le chapitre IV contient les « Dispositions concernant les personnes vulnérables », identifiées à l'article 21.

fondé sur le principe d'attribution, impliquent que l'intervention de la Cour est limitée aux questions relevant de la compétence de l'ordre juridique européen, qui concernent principalement la sphère économique. Dans la perspective de cette recherche, l'analyse se limitera aux décisions dans lesquelles la vulnérabilité se réfère à des personnes physiques[221].

Une question débattue est celle de l'approche de la vulnérabilité. Celle-ci peut être « catégorielle » ou « casuistique », c'est-à-dire se référer à la situation de l'individu. Au-delà des réflexions doctrinales, ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence des deux Cours, c'est la possibilité de rassembler des décisions sur la base de certaines catégories de personnes ou de groupes qui, pour la Cour de justice, sont souvent directement identifiées par la législation européenne, tandis que pour la Cour européenne des droits de l'homme, elles sont le résultat d'une tentative de systématisation de la grande masse des décisions. Cependant, l'appartenance de la personne concernée par l'affaire à une certaine « catégorie » n'implique pas une reconnaissance automatique de sa vulnérabilité. Dans ses décisions, la Cour de Strasbourg est attentive aux particularités du cas qui lui est soumise[222]. La catégorie est le résultat de la collecte de précédents relatifs à la même situation ou à des questions similaires, avec la reconstruction de courants interprétatifs qui, dans certains cas, ont vu le jour avant même l'utilisation du terme « vulnérabilité »[223]. La Cour de Luxembourg exige presque toujours l'existence d'autres conditions spécifiques[224].

Si l'on revient à l'examen des litiges concernés, les différences liées au champ d'action des deux Cours apparaissent clairement. Dans le cas de la Cour de justice, les litiges portent sur les domaines matériels de compétence de l'Union, ce qui rend plus complexe leur regroupement[225]. Il y a les questions relatives à la protection de la sécurité et de la santé au travail, qui concernent par exemple la travailleuse enceinte ou allaitante[226], mais

[221] Dans sa recherche, Anna De Giuli propose une distinction de la jurisprudence en trois domaines : le domaine social dans lequel la vulnérabilité se réfère aux individus, le domaine économique relatif aux entreprises et aux industries, et le domaine environnemental, qui conduit à parler de zones vulnérables: « Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di giustizia UE », *op. cit.*

[222] R. CHENAL, « La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *op. cit.,* p. 35 et s.

[223] À titre d'exemple, on peut citer la position stricte sur le traitement des détenus handicapés, qui est désormais systématiquement caractérisée par la référence à la vulnérabilité, mais qui était auparavant affirmée indépendamment de l'utilisation de cette notion : Cour EDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, arrêt du 2 décembre 2004 et les précédents qui sont cités.

[224] Pour la question du cumul des vulnérabilités, v. *infra*, § 3.

[225] Compte tenu de la diversité des thèmes abordés par la Cour de justice, dans la contribution déjà mentionnée, Anna De Giuli, par exemple, choisit de se concentrer sur trois volets, à savoir les arrêts traitants de la vulnérabilité en relation avec la sphère de la santé, ceux sur la protection des consommateurs et enfin ceux traitant des profils procéduraux : « Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di giustizia UE », *op. cit.*, p. 7 et s.

[226] CJUE, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, 19 septembre 2013, affaire C-5/12. Voir aussi l'affaire *C.D. c. S. T.*, 18 mars 2014, C-167/12, pt. 37, dans lequel la vulnérabilité est liée au fait que la femme était enceinte et avait accouché, ce qui a permis de conclure que la législation en question ne peut se référer à la mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse.
La protection des femmes enceintes en tant que groupe vulnérable est également pertinente dans d'autres secteurs, tels que l'agriculture en ce qui concerne l'utilisation des pesticides. Dans ce cas, la référence se trouve dans les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, qui reprend le considérant 8 du règlement (CE) nº 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 21 octobre 2009, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, où il est dit que « Il convient d'accorder une attention particulière à la protection des

la protection de la santé touche aussi la production de dispositifs médicaux, en raison de la vulnérabilité des patients concernés[227]. La protection des consommateurs se retrouve dans une pluralité de secteurs : dans les transports[228], mais aussi dans le marché intérieur de l'électricité et du gaz (consommateurs vulnérables, utilisateurs socialement vulnérables)[229].

Deux catégories relèvent de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) et leur protection met directement en jeu la responsabilité de l'État. Il s'agit des questions relatives aux migrants [230] et à la position de la victime dans le procès[231]. Dans ces cas, les possibilités de recoupement avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont plus importantes et peuvent donc constituer un outil de comparaison.

Pour ce qui est des affaires jugées par la CEDH, la classification est rendue complexe par la richesse, confirmée par les données numériques, des questions abordées dans lesquelles on trouve le terme de vulnérabilité/personnes vulnérables. L'utilisation d'une approche strictement catégorielle facilite l'exposé, même si, à l'intérieur des différentes catégories, les affaires traitent de profils sensiblement différents et se caractérisent souvent par le cumul de « vulnérabilités ». Les catégories les plus pertinentes d'un point de vue quantitatif sont les détenus, les mineurs, les étrangers et les personnes handicapées ; un nombre nettement moins important de recours concerne les personnes âgées, les femmes et les minorités.

Nous ne pouvons citer que quelques exemples. Les mineurs sont parmi les premières personnes à avoir été désignées comme vulnérables, bien que la nécessité d'une protection particulière les concernant soit apparu plus tôt. Les domaines les plus importants sont la famille, avec la violation des articles 2, 3 et 8 par l'un ou les deux parents, incapables

groupes vulnérables de la population, notamment les femmes enceintes, les nourrissons et les enfants » pour conclure « Par conséquent, il devrait être démontré, avant leur mise sur le marché, que les produits phytopharmaceutiques présentent un intérêt manifeste pour la production végétale et n'ont pas d'effet nocif sur la santé humaine ou animale, notamment celle des groupes vulnérables, ou d'effet inacceptable […] sur l'environnement » : 8 septembre 2022, pt. 43; aucune référence n'est trouvée dans la décision de la Cour: CJUE, *Pesticide Action Network Europe ASBL, Nature et Progrès Belgique ASBL, TN c. État belge*, 19 janvier 2023 , affaire C-162/21.

[227] En ce qui concerne la responsabilité du fait des produits, la Cour reconnaît la nécessité d'un degré de sécurité particulièrement élevé dans le cas des dispositifs médicaux (par ex. défibrillateur automatique implantable) « eu égard à leur fonction et à la situation de particulière vulnérabilité des patients qui utilisent lesdits dispositifs », CJUE, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt et Betriebskrankenkasse RWE*, 5 mars 2015, affaires jointes C – 503/13 et C – 504/13, pt. 39.

[228] Voir CJUE, *Denise McDonagh c. Ryanair Ltd,* 31 janvier 2013, affaire C-12/11, concernant l'assistance aux passagers en cas d'annulation d'un vol en raison de circonstances extraordinaires, considérant « qui se trouveraient dans un état de particulière vulnérabilité en ce qu'ils se voient contraints de rester pendant plusieurs jours à un aéroport » pt. 33.

[229] On peut citer les décisions de la CJUE, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, 21 mars 2013, affaire C-92/11, et *Alexandra Schulz c. Technische Werke Schussental GmbH und Co. KG et Josef Egbringhoff c. Stadtwerke Ahaus GmbH*, 23 octobre 2014, affaires jointes C – 359/11 et C – 400/11.

[230] La législation de l'Union est abondante dans ce domaine et, comme nous le verrons, identifie souvent directement les personnes vulnérables ; voir CJUE, affaire C-79/13, 27 février 2014 et CJCE, C-167/12, 18 mars 2014.

[231] Il convient de mentionner, bien qu'antérieurement à la période examinée, la célèbre affaire *Pupino*, Cour de justice, affaire 105/03, 16 juin 2005 ; mais une attention particulière est accordée aux mineurs et aux personnes souffrant de troubles mentaux.

d'exercer leurs fonctions ou désireux de porter atteinte à l'intégrité de leurs enfants[232], et l'école, où, outre les cas de violence, des situations de discrimination peuvent se produire[233]. En ce qui concerne les personnes handicapées, nous sommes souvent confrontés à un cumul de vulnérabilités, bien qu'il soit intéressant de noter l'interprétation très large que la Cour donne du handicap, lié à la fois à des pathologies physiques et mentales, mais aussi ouvert à une conception « sociale », qui privilégie les relations de la personne avec le monde extérieur[234]. Des similitudes particulières avec la jurisprudence de la Cour de justice caractérisent la protection contre la discrimination, qui peut concerner les catégories mentionnées ci-dessus, également considérées comme groupe[235]. On peut penser à l'hypothèse de l'enseignement différencié prévu par la Croatie, basé sur des critères apparemment objectifs, qui a plutôt abouti à une discrimination à l'égard des mineurs appartenant au groupe ethnique des Roms[236].

Quant aux détenus, c'est leur situation de privation de liberté et de dépendance à l'égard de l'État qui les place dans une situation particulièrement vulnérable. Là aussi, la jurisprudence est très riche et a un impact important au niveau national, comme l'« arrêt pilote »[237] contre l'Italie en raison de la surpopulation carcérale[238]. À cette occasion, la Cour a déclaré que l'État supporte la charge d'« une obligation positive qui consiste à s'assurer que tout détenu est enfermé dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention »[239].

[232] Cour EDH, Grande Chambre, *Z. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 mai 2001 et *E. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 2002.
[233] Voir Cour EDH, *V. K. c. Russie*, arrêt du 7 mars 2017, pour un cas de violence physique ; Cour EDH, *Enver Şahin c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 2018 et Cour EDH, *G. L. c. Italie*, arrêt du 10 septembre 2020, pour discrimination à l'égard d'élèves handicapés.
[234] Cette évolution est reconstituée par exemple par C. SAGONE, « La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale », *federalismi.it*, 1/2023, p. 242 et s.
[235] Voir à ce propos L. PERONI, A. TIMMER, « Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law », *I•CON* (2013), vol. 11, n° 4, p. 1056 et s. ; F. MACIOCE, *La vulnerabilità di gruppo. Funzioni e limiti di un concetto controverso*, Torino, Giappichelli, 2021.
Des indications utiles peuvent également être trouvées dans le « Manuel de droit européen en matière de non-discrimination » résultant de la collaboration entre la Cour européenne des droits de l'homme et la FRA : https://fra.europa.eu/fr/publication/2018/manuel-de-droit-europeen-en-matiere-de-non-discrimination-edition-2018. Pour quelques considérations critiques, voir SY Kim, « Les vulnérables : evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights », *Legal Studies*, 2021, p. 1 et s., https://doi.org/10.1017/lst.2021.21
[236] Cour EDH, Grande Chambre, *Oršuš et autres c. Croatie*, arrêt du 16 mars 2010 ; voir aussi Grande Chambre, *D. H. et autres c. République Tchèque*, arrêt du 13 novembre 2007 ; *Horváth et Kiss c. Hongrie***,** arrêt du 29 janvier 2013.
[237] L' « arrêt pilote » identifie une violation systémique et demande à l'État d'intervenir avec des mesures de nature générale, également au niveau législatif, pour éliminer les causes de la situation de conflit avec la Convention. Les arrêts pilotes ont été créés par la Cour de Strasbourg et formalisés plus tard dans l'article 61 du règlement de la Cour.
[238] Cour EDH, *Torreggiani et autres c. Itali*a, arrêt du 8 janvier 2013, où la Cour réaffirme sa « sensibilité » à l'égard des « vulnérabilité particulière des personnes se trouvant sous le contrôle exclusif des agents de l'État, telles les personnes détenues », pt. 72. Comme nous le verrons, cette jurisprudence est également évoquée dans les arrêts de la Cour de cassation.
[239] *Ivi*, pt. 65.

En ce qui concerne les personnes âgées, la Cour est plus réticente à les reconnaître en tant que catégorie, privilégiant la marge d'appréciation de l'État ; toutefois, les personnes âgées « dépendantes » sont qualifiées de « groupe vulnérable » en raison de la discrimination qu'elles ont subie dans le passé[240]. La reconstruction en termes de groupe s'applique également aux personnes handicapées[241], ainsi que, bien sûr, aux membres des minorités. Dans ce cas, la jurisprudence se concentre principalement sur la minorité Rom, que nous avons déjà mentionnée[242]. En ce qui concerne les femmes en tant que sujets vulnérables, trois domaines d'intérêt peuvent être identifiés : la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution[243]; les droits reproductifs et parentaux[244]; la violence domestique[245].

Enfin, il convient de signaler le cas des migrants, sur lesquels la Cour de Strasbourg met fortement l'accent, en particulier en ce qui concerne les demandeurs d'asile/la protection internationale, les mineurs et les mineurs non accompagnés. Les demandeurs d'asile, contrairement aux migrants économiques, sont considérés comme « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale »[246]. Toutefois, les conditions dramatiques dans lesquelles ils se rendent souvent en Europe signifient que les migrants en général peuvent également se trouver dans une situation d'« extrême vulnérabilité », par exemple lorsqu'« ils venaient de survivre à un naufrage et certains d'entre eux avaient perdu leurs proches »[247]. Il convient de revenir à la comparaison avec la Cour de justice, pour préciser qu'elle ne considère pas les demandeurs d'asile comme un groupe vulnérable en tant que tel, mais exige des caractéristiques particulières, qui conduisent à l'examen du cas individuel, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant[248].

§ 3 – La vulnérabilité devant le juge : accès au juge, caractérisation de la situation de vulnérabilité, charge de la preuve

Pour vérifier comment la vulnérabilité contribue à assurer l'effectivité des droits, la recherche a porté une attention particulière à ses effets dans la sphère procédurale, notamment en ce qui concerne la caractérisation que le juge fait de la situation de vulnérabilité et la charge de la preuve.

[240] Cour EDH, *Jivan c. Romania,* arrêt du 8 février 2022.
[241] Cour EDH, *Kiyutin c. Russia*, arrêt du 10 mars 2011.
[242] Cour EDH, *V. C. c. Slovaquie*, arrêt du 8 novembre 2011 ; Cour EDH, *Winterstein et al. c. France*, arrêt du 17 octobre 2013 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Aksu c. Turquie*, arrêt du 15 mars 2012.
[243] Cour EDH, *B.S. c. Espagne*, arrêt du 24 juillet 2012 ; Cour EDH, *S.M. c. Croatie*, arrêt du 25 juin 2020.
[244] Cour EDH, *R.R. c. Pologne*, arrêt du 26 mai 2011.
[245] Cour EDH, *E.M. c. Roumanie*, arrêt du 30 octobre 2012 ; Cour EDH, *Valiulienė c. Lituania*, 26 mars 2013.
[246] Cour EDH, Grande chambre, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, pt. 251 ; voir aussi Cour EDH, Grande Chambre, *Khlaifia et autres c. Italie*, arrêt du 15 décembre 2016.
[247] Cour EDH, *Safi e altri c. Grecia*, arrêt du 7 juillet 2022, pt. 196. En l'espèce, les requérants allèguent une violation de l'article 3 de la CEDH en raison de la fouille corporelle qu'ils ont subie à leur arrivée à *Farmakonisi* à la suite du naufrage de leur bateau.
[248] Pour une comparaison critique de ces deux solutions, voir J. PÉTIN, « Vulnérabilité et droit européen de l'asile : quelques précisions nécessaires », 18 avril 2015, https://www.gdr-elsj.eu/2015/04/18/asile/vulnerabilite-et-droit-europeen-de-lasile-quelques-precisions-necessaires.

Quant à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il convient toutefois de faire une précision liminaire, car la vulnérabilité affecte également la recevabilité du recours intenté directement par la victime (avec les précisions qui seront apportées ci-dessous). Plusieurs aspects se dégagent à cet égard, qui méritent d'être brièvement examinés[249].

Comme on le sait, le contrôle de la Cour européenne est de nature subsidiaire et exige, conformément à l'article 35 de la CEDH, l'épuisement préalable des voies de recours internes. Il existe une abondante jurisprudence à ce sujet, qui part du principe qu'il ne suffit pas d'assurer formellement un moyen de recours, mais que celui-ci doit également être accessible et offrir de réelles possibilités de succès[250]. En ce qui concerne les personnes vulnérables, la Cour a également pris en considération le contexte dans lequel ces recours opèrent et la situation personnelle des requérants[251].

Le contentieux lié au conflit kurde-turc – qui mérite d'être mentionné, même s'il est antérieur à la période examinée – est particulièrement révélateur. La Cour a en effet considéré que la vulnérabilité des requérants, due également à la crainte de représailles de la part des autorités, était suffisante pour les dispenser de l'obligation d'exercer les voies de recours internes[252]. Toujours en ce qui concerne les exceptions d'irrecevabilité au titre de l'article 35, on peut mentionner un certain nombre de décisions contre la Roumanie, dans lesquelles la Cour a pris en compte la « vulnérabilité particulière » des requérants, en l'occurrence des détenus souffrant de troubles mentaux et donc incapables de se plaindre de manière adéquate et cohérente des mauvais traitements subis, afin de considérer leurs plaintes comme recevables[253]. Enfin, il convient de mentionner la relation entre la vulnérabilité et le *locus standi* des ONG. Parfois, en effet, la Cour, confrontée au décès de personnes en situation de « vulnérabilité exceptionnelle », a reconnu la légitimité à agir de certaines ONG dépourvues de procuration valable[254].

Pour en revenir aux questions transversales, certains aspects très intéressants ressortent de la jurisprudence en ce qui concerne la caractérisation de la vulnérabilité.

[249] Voir sur ces aspects P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, *op. cit.*, p. 80 et s.
[250] Pour une reconstruction concise du fonctionnement du système de la CEDH, voir V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 3e éd., 2022.
[251] Voir N. ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 396 et s.
[252] La Cour a évoqué l'état d'insécurité et de vulnérabilité des requérants en raison de la destruction de leurs habitations et le fait qu'ils étaient donc dépendants des autorités pour leurs besoins essentiels. Voir Cour EDH, Grande Chambre, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, pt. 73 et pt. 105 ; Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1999, §§ 159-165 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Tanrıkulu c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999, pt. 131 ; Cour EDH, *Akkoç c. Turquie*, arrêt du 10 octobre 2000, pt. 125.
[253] Voir Cour EDH, *V. D. c. Roumanie*, arrêt du 16 février 2010, pt. 87 ; Cour EDH, *Epure c. Roumanie*, arrêt du 11 mai 2021, pts. 54–55 et aussi Cour EDH, *Tokic et autres c. Bosnie-Herzégovine*, 8 juillet 2008, pt. 59.
[254] Trois exemples peuvent être cités : un garçon d'origine rom, séropositif et souffrant d'un handicap sévère, admis dans un hôpital psychiatrique dans de très mauvaises conditions (Cour EDH, Grande Chambre, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, arrêt du 17 juillet 2014) ; un détenu d'un hôpital pénitentiaire souffrant d'une maladie mentale (Cour EDH, *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, arrêt du 24 mars 2015) ; une enfant à la suite de mauvais traitements infligés par ses parents (Cour EDH, *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, arrêt du 4 juin 2020).

Une première question est celle du cumul de vulnérabilités, que l'on retrouve souvent dans les affaires soumises aux Cours européennes. Cet élément peut revêtir différentes significations. Pour la Cour de Strasbourg, le cumul de vulnérabilités peut dépendre de raisons contingentes – par exemple, le détenu souffrant d'une maladie mentale[255] ou discriminé en raison de son orientation sexuelle[256] – et conduit à renforcer la protection d'une certaine catégorie. La personne ou le groupe concerné est défini comme « particulièrement vulnérable » ou « extrêmement vulnérable ». En vertu du droit de l'Union européenne, le cumul est nécessaire dans certains cas pour que la protection soit activée. En d'autres termes, il ne suffit pas d'appartenir à une catégorie, par exemple demandeur d'asile ou malade, pour être considéré comme vulnérable. La Cour de justice exige des conditions supplémentaires, même en dehors des textes, comme dans le cas du stagiaire handicapé qui est, « par définition, dans une situation plus vulnérable qu'une personne qui dispose d'un travail stable »[257].

Un cas intéressant de cumul de vulnérabilités est celui des migrants, en particulier des migrants irréguliers, qui sont des mineurs ou même des mineurs non accompagnés. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, cela conduit, par exemple, à abaisser le seuil de gravité pour la reconnaissance de la violation de l'article 3[258]. L'Union européenne prévoit déjà au niveau normatif que les États tiennent compte dans la réglementation nationale transposant quelques directives « [...] de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés [...] »[259].

Il faut aussi envisager les cas dans lesquels le juge reconnaît une gradation de la vulnérabilité. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, cela apparaît, par exemple,

[255] Cour EDH, *S.F. c. Suisse*, arrêt du 30 juin 2020 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Rooman c. Belgique*, arrêt du 31 janvier 2019 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Fernandes De Oliveira c. Portugal*, arrêt du 31 janvier 2019 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Medvedyev et autres c. France*, arrêt du 29 mars 2010.
[256] Cour EDH, *Stasi c. Francia*, arrêt du 20 octobre 2011; Cour EDH, *X. c. Turchia*, arrêt du 9 octobre 2012.
[257] Voir les conclusions de l'avocat général M. Athanasios Rantos, dans *XXXX c. HR Rail SA*, affaire C 485/20, 11 novembre 2021, pt. 46 ; considérations qui ne sont toutefois pas reprises par la Cour dans sa décision du 10 février 2022.
[258] Voir Cour EDH, *Popov c. France*, arrêt du 19 janvier 2012 et Cour EDH, Grande Chambre, *Tarakhel c. Suisse*, arrêt du 4 novembre 2014. En ce qui concerne les MNA, on peut se référer à l'arrêt *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, dans lequel la Cour a estimé que le requérant « relève incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société », pt. 87.
[259] C'est le cas, par exemple, de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, dont l'article 21, intitulé « Principe général », dispose : « Dans leur droit national transposant la présente directive, les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés [...] ».
Le règlement (UE) nº 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (« règlement Dublin III »), reconnaît que « Conformément à la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant de 1989 et à la [Charte], l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale des États membres lorsqu'ils appliquent le présent règlement » ce qui implique, entre autres, que « Il convient […] de fixer des garanties de procédure spécifiques pour les mineurs non accompagnés, en raison de leur vulnérabilité particulière » (cons. 13). En se référant à cela, la Cour de justice a interprété le règlement Dublin III comme exigeant de l'État « de conférer un droit de recours juridictionnel contre sa décision de refus au mineur non accompagné, au sens de l'article 2, sous j), dudit règlement, qui demande la protection internationale »: CJUE, *I, S c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, 1er août 2022, affaire C-19/21.

lorsque la situation de vulnérabilité met en cause la survie : le degré de gravité des risques est pris en compte[260]. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'appréciation du cas concret peut être lue dans la même perspective. Pensons à la protection du mineur, considéré comme une catégorie paradigmatique de sujet vulnérable ; toutefois, le fait d'atteindre l'âge de la majorité n'implique pas en soi que les exigences de protection liées au niveau de maturité et aux capacités intellectuelles et émotionnelles soient dépassées[261]. On peut rappeler les mots de Roberto Chenal selon lesquels « la vulnérabilité n'est pas une catégorie "tout ou rien", mais comporte plusieurs gradations internes »[262].

S'agissant de la question des effets de la vulnérabilité sur la charge de la preuve, l'analyse de la jurisprudence des juridictions européennes n'offre pas d'indications univoques. La réponse, en effet, diffère en fonction du contentieux examiné, qui concerne des personnes et traite de situations sensiblement différenciées : nous nous limitons donc à quelques exemples, qui illustrent la variété des solutions adoptées.

Dans certains cas, la personne vulnérable doit bénéficier d'une présomption favorable, comme les mères allaitantes dans la jurisprudence de la CJUE[263], ou imposer à l'État un devoir accru de protection et d'attention particulière[264].

Dans d'autres contextes, la situation est plus complexe et l'on peut constater des appréciations différentes de la part des deux juridictions. La jurisprudence en matière d'immigration en est un exemple. Pour la Cour de justice, il existe des situations dans lesquelles la charge de la preuve incombe à la personne vulnérable : l'arrêt *Jawo* affirme qu'il appartient à un demandeur de protection internationale de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles, telles qu'« il se trouverait, en raison de sa vulnérabilité particulière, indépendamment de sa volonté et de ses choix personnels, dans une situation de dénuement matériel extrême »[265]. La Cour de Strasbourg, quant à elle, considère à

[260] On peut mentionner la décision de la CJUE, Grande chambre, affaire C-353/16, *MP c. Secretary of State for the Home Department*, concernant une demande de protection subsidiaire, qui se caractérise par une riche motivation. La Cour prend en considération, outre les directives pertinentes, la CEDH et la CDFUE, et – dans l'évaluation des risques liés au renvoi de l'intéressé dans son pays d'origine – souligne l'importance de prendre en considération « la vulnérabilité particulière des personnes dont les souffrances psychologiques, susceptibles d'être exacerbées en cas d'éloignement, ont été causées par des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants subis dans leur pays d'origine » pt. 42.

[261] Voir Cour EDH, *Martin c. Estonia*, arrêt du 30 mai 2013.

[262] R. CHENAL, « La definizione della vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *op. cit.*, p. 46.

[263] On peut citer les conclusions de l'avocat général Eleanor Sharpston présentées le 26 avril 2018, affaire C-41/17, *Isabel González Castro c. Mutua Umivale, Prosegur España SL, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, où la femme allaitante est considérée comme faisant partie d'un « groupe particulièrement vulnérable » et que, par conséquent, « une procédure d'évaluation qui impose à la travailleuse concernée de réfuter une présomption générale qu'elle n'est pas exposée à un risque du fait que son profil de poste n'est pas considéré comme comportant des risques pour les mères allaitantes constitue un traitement moins favorable d'une femme » au sens de la directive relative au principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

[264] Voir *ex plurimis* Cour EDH, *A.I. c. Italie*, arrêt du 1° avril 2021 ; Cour EDH, *D.C. c. Belgique*, arrêt du 30 mars 2021 ; Cour EDH, *Jeanty c. Belgique*, arrêt du 31 mars 2020 ; Cour EDH, *Jasińska c. Pologne*, arrêt du 1° juin 2010.

[265] CJUE, Grande chambre, affaire C – 163/17, *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, 19 mars 2019, pt. 95 ; voir S. BARBOU DES PLACES, « Quelle place pour la personne dans le contentieux des transferts Dublin ? Les enseignements de l'arrêt *Jawo* », *RTDE*, 2020.

plusieurs reprises les demandeurs d'asile comme « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable », sans avoir à prendre en compte d'autres facteurs tels que l'âge ou l'appartenance à une minorité[266].

En ce qui concerne la CEDH, les conséquences les plus importantes de la vulnérabilité en termes de charge de la preuve sont liées à la violation de l'article 3, relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Cela s'applique en particulier aux cas impliquant des détenus ou des personnes soumises à d'autres formes de restriction de leur liberté personnelle, qui se trouvent dans une situation de dépendance totale vis-à-vis des autorités de l'État. Il en résulte une condition de vulnérabilité qui conduit à une inversion de la charge de la preuve, comme l'obligation pour l'État de prouver la non-gravité (et donc la légitimité) de la mesure prise, plutôt que de fournir, en cas de blessures, des explications et des preuves susceptibles de lever les objections de la victime[267].

§ 4 – Les conséquences de la référence

Enfin, les conséquences sur un plan substantiel de la reconnaissance d'un état de vulnérabilité doivent être prises en compte. L'objectif des tribunaux (et du législateur européen) est de renforcer la protection des personnes concernées : la question est de savoir comment cela se traduit et quels problèmes peuvent se poser.

Tout d'abord, en ce qui concerne les personnes (groupes) vulnérables, l'État est tenu d'accorder une « attention particulière » et une « protection accrue ». On peut citer l'arrêt *A.I. c. Italie* dans laquelle la Cour de Strasbourg, condamnant l'Italie pour avoir empêché tout contact entre la mère naturelle et ses filles mineures dans le cadre d'une procédure de placement préadoptif, soutient que les juridictions nationales n'ont pas tenu compte de la situation de vulnérabilité de la requérante – une femme d'origine nigériane victime de la traite – lors de l'évaluation de sa capacité parentale et de sa demande de maintien des contacts avec ses filles[268]. En ce qui concerne l'Union européenne, on peut rappeler que pour les demandeurs d'asile, c'est la législation même qui exige la prise en compte de la « situation particulière des personnes vulnérables », imposant un traitement spécial en termes d'accueil ou de procédures[269]. La référence à la vulnérabilité est également utilisée dans le contexte de la protection contre la discrimination – qui revêt une importance significative dans les deux systèmes de protection des droits – toujours dans le but de renforcer l'attention portée à certains groupes de personnes (*vulnerable group approach*).

[266] Voir Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011 et *N. H. et autres c. Belgique*, arrêt du 2 juillet 2020 ; sur la relation entre la vulnérabilité et le phénomène migratoire, voir N. ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 267 et s.

[267] Voir Cour EDH, *P.M. et F. F. c. France*, arrêt du 18 février 2021, dans lequel les requérants se plaignent d'une violation de l'article 3 de la CEDH pour les mauvais traitements subis lors de leur arrestation puis de leur détention par la police ; voir également Cour EDH, *İltümür Ozan et autres c. Turquie*, arrêt du 16 février 2021 ; Cour EDH, *Portu Juanenea Sarasola Yarzabal c. Espagne*, arrêt du 13 février 2018. Voir P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, cit., p. 85.

[268] Cour EDH, *A.I. c. Italie*, arrêt du I° avril 2021, où l'on lit « Dans le cas des personnes vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue » : pt. 102 ; voir aussi Cour EDH, *D.C. c. Belgique*, arrêt du 30 mars 2021; Cour EDH, *Jeanty c. Belgique*, arrêt du 31 mars 2020; Cour EDH, *Jasińska c. Pologne*, arrêt du 1° juin 2010.

[269] Voir l'article 21 de la directive 2013/33/UE (dite « Directive Accueil ») et l'article 24 de la directive 2013/32/UE (dite « Directive Procédures »), même si cette dernière n'utilise pas expressément le terme.

C'est le cas, que nous avons déjà évoqué, de la minorité Rom : dans la décision *D.H. et autres c. République tchèque*, la Cour de Strasbourg rappelle que « […] la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers […] »[270]. La même approche permet de lier le concept de vulnérabilité à la condition des membres de la communauté LGBT+, en relation, d'une part, avec l'orientation sexuelle des demandeurs et, d'autre part, avec leur identité de genre. On peut mentionner l'arrêt *Alexeïev c. Russie* dans lequel la Cour souligne que l'orientation sexuelle relève du champ de protection de l'article 14 de la CEDH et appartient à la sphère la plus intime et la plus vulnérable de chaque individu, exigeant à ce titre une charge de justification accrue de la part des autorités de l'État lorsqu'elles adoptent des mesures controversées fondées sur ce critère. Par conséquent, elle a jugé que l'interdiction de discrimination prévue par la Convention avait été violée lorsque les autorités avaient interdit l'organisation de manifestations en faveur de la communauté gay et lesbienne au motif qu'elles n'étaient pas suffisamment valables[271].

En prenant en considération les modes de décision, axée sur le cas concret, l'objectif de protection de la personne vulnérable peut conduire la Cour européenne à moduler le sens de certaines expressions, telles que « traitement inhumain et dégradant », en se référant au « niveau minimum de gravité »[272]. Dans d'autres cas, il peut conduire à étendre la portée de certains droits. Par exemple, dans le cas d'une plainte pour mauvais traitement de mineurs ou de personnes âgées, qui s'est avérée infondée, l'intérêt de protéger les personnes vulnérables prime sur la protection de la liberté d'expression en vertu de l'article 10[273]. Là encore, il peut être utilisée pour circonscrire la marge d'appréciation laissée à l'État, en la déclinant en fonction de la situation spécifique considérée[274]. Un examen rigoureux est appliqué aux décisions affectant les droits des individus appartenant à des groupes « qui ont souffert d'une discrimination considérable dans le passé »[275].

---

[270] Cour EDH, Grande Chambre, *D.H. et autres c. République tchèque*, arrêt du 13 novembre 2007, pt. 181 ; il s'agit de l'une des premières décisions utilisant le critère de vulnérabilité pour renforcer l'interdiction de la discrimination en vertu de l'article 14 de la CEDH. Pour une analyse critique voir SY Kim, « Les vulnérables : evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights », *Legal Studies*, 2021, p. 1 et s., https://doi.org/10.1017/lst.2021.21.
En ce qui concerne les personnes handicapées, on peut mentionner la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, *G.L. c. Italie*, arrêt du 10 septembre 2020, dans lequel l'Italie est condamnée pour n'avoir pas fourni d'enseignant de soutien à un élève autiste. La Cour souligne notamment que « […] la discrimination subie par la requérante est d'autant plus grave qu'elle a eu lieu dans le cadre de l'enseignement primaire, qui apporte les bases de l'instruction et de l'intégration sociale et les premières expériences de vivre ensemble […] »: pt. 71.

[271] Cour EDH, *Alexeïev c. Russie*, arrêt du 21 octobre 2010, pt. 108.

[272] Cour EDH, *Irucu c. la République de Moldavie*, arrêt du 9 avril 2013 et Cour EDH, Grand chambre, *Rooman c. Belgique*, arrêt du 31 janvier 2019.

[273] Cour EDH, *Heinisch c. Allemagne*, arrêt du 1 juillet 2011.

[274] Voir Cour EDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, arrêt du 20 mai 2010 ; Cour EDH, *Mjfobova c. Russie*, arrêt du 5 fevrier 2015 ; Cour EDH, *D.R. c. Lituanie*, arrêt du 26 juin 2018.

[275] Cour EDH, *Kiyutin c. Russie*, arrêt du 10 mars 2011, où il est indiqué : « […] Appelée à se prononcer sur la question de la justification de différences de traitement, la Cour aurait identifié un certain nombre de groupes particulièrement vulnérables – notamment les Roms, les homosexuels, les déficients mentaux – depuis longtemps victimes de préjugés et d'exclusion sociale, à l'égard desquels les États auraient une marge d'appréciation étroite […] »: pt. 48.

Une autre conséquence importante, toujours dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, est l'imposition d'obligations positives à l'État. Les dispositions de la CEDH affirment essentiellement des libertés négatives, qui sont réalisées par l'abstention de l'État. Toutefois, afin de protéger les droits (par exemple, ceux garantis par les articles 2, 3, 8 et 14) des personnes vulnérables – en particulier les femmes, les mineurs et les détenus – l'État est tenu de prendre des mesures spécifiques pour prévenir les violations. Dans ces cas, il faut vérifier que les autorités étaient conscientes de la situation de risque immédiat et réel et qu'elles ont pris toutes les mesures nécessaires[276]. Dans les cas où le droit a été violé, l'État doit garantir une enquête efficace et prévoir un droit pénal (matériel et procédural) qui garantisse les conditions d'une punition efficace et adéquate des responsables[277].

Cette question est liée à celle, plus spécifique, de la protection des victimes au moment du procès. Elle appelle à la mise en place de mesures de protection appropriées pour les « victimes vulnérables » ». À cet égard, on peut rappeler l'exemple des femmes victimes de violences, qui risquent de subir une sorte de « victimisation secondaire » au cours de la procédure[278]. L'Union européenne est également sensible à cette question. Nous avons déjà mentionné l'affaire *Pupino*, déjà ancienne, mais qui est le précurseur de la jurisprudence de la Cour de justice sur les victimes vulnérables dans les procédures pénales[279]. La directive 2012/29/UE sur les « normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité » aborde expressément la question des « victimes particulièrement vulnérables » et des victimes susceptibles de faire l'objet d'une victimisation secondaire, avec des indications spécifiques à destination des États pour sa transposition[280]. Des références à la CEDH, également en rapport avec les dispositions du CDFUE, et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peuvent être trouvées dans les décisions de la Cour de justice sur ce sujet[281].

Un aspect problématique lié à la reconnaissance de la situation de vulnérabilité est celui dans lequel le besoin de protection conduit à justifier la limitation de certains des droits de la personne concernée. Ce sont des aspects qui reviendront également dans l'analyse de la jurisprudence des juges constitutionnels ainsi que des Cours de cassation, française et italienne, et qui intéressent le débat doctrinal sur l'approche catégorielle de la vulnérabilité. Il est à craindre que la vulnérabilité soit utilisée non pas pour accroître, mais pour diminuer la protection. Il s'agit des cas où la vulnérabilité est considérée, selon

[276] Cour EDH, *Đorđević c. Croatie*, arrêt du 24 juillet 2012 : la Cour reconnaît une violation des articles 3 et 8 lorsqu'une femme handicapée et sa mère sont soumises à un harcèlement physique et verbal constant de la part de garçons d'une école voisine ; voir en ce qui concerne la violence dans la famille Cour EDH, *Talpis c. Italie*, arrêt du 2 mars 2017 ; Cour EDH, *M. G. c. Turquie*, arrêt du 22 mars 2016.
[277] Cour EDH, *M.S. c. Italie,* arrêt du 7 juillet 2022 ; Cour EDH, *Z contre Bulgarie*, arrêt du 20 mai 2020.
[278] Cour EDH, *J. L. c. Italie*, arrêt du 27 mai 2021 ; Cour EDH *A et B contre Croatie*, arrêt du 20 juin 2019, pt. 121.
[279] Voir CJUE, X, affaire C-507/10, 21 décembre 2011, pts. 25 et s.
[280] La Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil contient plusieurs références à l'identification et à la protection des victimes vulnérables (voir en particulier l'article 22 sur l'Évaluation personnalisée des victimes afin d'identifier les besoins spécifiques en matière de protection).
[281] CJUE, EP, affaire C-467/18, 19 septembre 2019, citant Cour EDH, *Stanev c. Bulgarie*, arrêt du 17 janvier 2012.

une approche souvent décrite comme « paternaliste », comme une justification des mesures limitant la capacité d'une personne[282]. La Cour de Strasbourg tente toutefois de tempérer ces effets, d'une part, en évitant les mesures rigides et prédéterminées et, d'autre part, en garantissant le droit de la personne à être entendue[283]. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, on peut rappeler une décision problématique du Tribunal de la fonction publique, qui, même en l'absence d'un texte, a relevé la vulnérabilité d'un fonctionnaire, vulnérabilité mettant alors en cause sa loyauté et fiabilité dans l'exercice de ses fonctions[284].

Enfin, il convient de mentionner la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui limite la capacité de l'État à invoquer des raisons financières pour exclure sa responsabilité lorsque des personnes vulnérables sont impliquées. Cela s'applique en particulier aux enfants vulnérables, tandis que dans d'autres cas, comme les personnes âgées, une plus grande marge d'appréciation est laissée à l'État[285].

[282] Cour EDH, *A.-M.V. c. Finlande*, arrêt du 23 mars 2017 ; Cour EDH, *M. K. c. Luxembourg*, arrêt du 18 mai 2021.
[283] En effet, la Cour a affirmé le principe selon lequel, même s'il existe des motifs justifiant une mesure limitant la capacité d'une personne, la mesure de protection doit refléter au mieux les souhaits de la personne capable d'exprimer sa volonté et que l'absence de prise en compte de son avis peut conduire à des situations d'abus et nuire à l'exercice des droits de la personne vulnérable : Cour EDH, *P. W. c. Autriche*, arrêt du 21 juin 2022.
[284] Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, *Bruno Arguelles Arias c. Conseil de l'Union européenne*, affaire F – 122/12, 21 novembre 2013.
[285] Cour EDH, *Nencheva et al. c. Bulgarie*, arrêt du 18 juin 2013 et *Cour EDH, G. L. c. Italie*, arrêt du 10 septembre 2020 ; quant aux personnes âgées voir Cour EDH, *Arras et al. c. Italie*, 14 février 2012.

Section II – L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Dans les sections précédentes, nous avons tenté d'analyser la jurisprudence des deux Cours européennes en parallèle, en essayant – dans la mesure du possible – de mettre en évidence les similitudes et les différences afin d'alimenter la réflexion pour la suite de l'analyse. Toutefois, le tableau ne serait pas complet si l'on ne tenait pas compte des activités de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il a été décidé de l'inclure dans ce chapitre, et non dans la partie consacrée aux Autorités administratives indépendantes, en raison de la particularité de ses tâches, qui rendrait difficile la comparaison avec les organismes opérant au niveau national, et en raison des liens qu'elle entretient avec les deux systèmes européens de protection des droits.

Comme indiqué précédemment, l'Agence a été créée par le règlement (CE) n° 168/2007[286], récemment modifié par le règlement (UE) n° 2022/555 du 5 avril 2022[287]. Conformément à l'article 2 du règlement fondateur, son objectif est de « fournir aux institutions, organes et organismes compétents de l'Union et des États membres [...] une assistance et une expertise en matière de droits fondamentaux », afin de promouvoir le plein respect des droits fondamentaux par les institutions. Son activité n'est pas de nature judiciaire ou administrative, mais essentiellement consultative et de recherche/promotion dans le domaine de la protection des droits fondamentaux[288]. L'Agence n'est pas une nouveauté absolue, puisqu'elle est née de l'évolution, envisagée dès 2003, de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, créé par le règlement (CE) n° 1035/97[289], dans le but d'élargir son champ d'intervention. Les premiers considérants du règlement (CE) n° 168/2007 identifient les points de référence de son activité, en se référant à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et en particulier à la CEDH, que le même article mentionne, et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le nom a inspiré celui de l'Agence[290]. Confirmant les liens que l'Agence des droits fondamentaux assure entre l'UE et le système conventionnel, on peut citer la décision commune de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'Agence, datant de janvier 2010, de collaborer à la préparation d'un « Manuel de droit européen en matière de non-discrimination »[291].

Quant à la recherche, elle a été effectuée par Oreste Pollicino et Pietro Dunn via le moteur de recherche du site web de l'Agence. En utilisant les mots clés « vulnerable » et « vulnerability », ils ont obtenu – pour la période 2010-2023 – un total de 291 résultats. Cependant, il s'est avéré que ces résultats comprenaient également des références à des

[286] Règlement (CE) 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE L 53/1, 2007.
[287] Règlement (UE) 2022/555 du Conseil du 5 avril 2022 modifiant le règlement (CE) nº 168/2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE L 108/1, 2022.
[288] Pour une liste détaillée des activités, voir l'article 4 du règlement (CE) 168/2007.
[289] Voir les considérants 5-7 du règlement (CE) 168/2007.
[290] Il convient de rappeler qu'au moment de la création de l'Agence, le traité de Lisbonne, qui confèrera à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne une force juridique contraignante, n'était pas encore entré en vigueur.
[291] Voir le texte https://fra.europa.eu/fr/publication/2018/manuel-de-droit-europeen-en-matiere-de-non-discrimination-edition-2018 ; la collaboration a également donné lieu à d'autres publications.

entités et des personnes extérieures à l'Agence des droits fondamentaux. Par conséquent, l'analyse s'est concentrée sur les documents politiques (documents d'orientation) soumis annuellement par l'Agence, qui guident ses activités de recherche et de soutien. Ainsi, 11 documents couvrant la période considérée ont été examinés afin de déterminer comment la notion de vulnérabilité influence l'action de l'Agence.

Toutefois, il est intéressant de souligner que, si l'on considère l'ensemble des textes, on constate une augmentation progressive des références aux personnes et aux situations vulnérables, avec deux pics, l'un en 2016, lié à la crise migratoire, et l'autre en 2020-2021, dans la phase pandémique. D'un point de vue qualitatif également, le terme est lié à une casuistique de plus en plus large : si, au départ, il faisait principalement référence à des conditions liées à la santé individuelle (par exemple, les patients atteints du SIDA, les personnes handicapées), par la suite, des groupes sujets à la discrimination (minorités ethniques, mais aussi membres de la communauté LGBTQIA+), des victimes de crimes spécifiques (par exemple, les crimes de haine) et d'autres catégories recoupant principalement celles identifiées en examinant la jurisprudence des Cours européennes (par exemple, les migrants, les demandeurs d'asile, les personnes handicapées) sont également pris en considération.

En ce qui concerne les documents d'orientation, il convient tout d'abord de noter que le terme vulnérabilité est utilisé de manière spontanée, sans référence à des textes normatifs. Aucune définition n'est donnée, comme si cette définition allait de soi, relevait du sens commun. Il y a quelques exceptions, comme la référence à la directive sur les victimes de la criminalité, déjà mentionnée dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice, et la loi anti-discrimination.

Si l'on passe à l'analyse des contextes dans lesquels le terme est utilisé, il est également possible pour l'Agence d'identifier – comme mentionné ci-dessus – certaines catégories de personnes vulnérables. On peut commencer précisément par les victimes de discrimination, sur la base des caractéristiques visées à l'article 21 du Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est intéressant de noter que l'Agence accorde également une attention particulière à la communauté Rom, dont les membres figurent parmi les plus vulnérables au niveau européen. Viennent ensuite les enfants et les mineurs, souvent qualifiés de « particulièrement vulnérables » en cas de cumul de vulnérabilités (enfants appartenant à des minorités, enfants migrants, enfants victimes d'abus sexuels...) ; les victimes de crimes particulièrement graves (tels que les crimes de haine ou les violences fondées sur le genre) ; les demandeurs d'asile et les personnes fuyant les guerres.

Enfin, il convient de mentionner certaines hypothèses particulières concernant les personnes en situation de dénuement, de pauvreté et/ou de marginalisation sociale. Il est intéressant de noter la référence, déjà dans le rapport 2012, au concept de « vulnérabilité financière », probablement en relation avec la crise économique de 2008. Les dernières hypothèses mentionnées offrent une perspective de réflexion différente, dans laquelle la vulnérabilité semble être liée au fossé qui se crée au sein des sociétés contemporaines au

niveau économique, mais aussi – et les documents révèlent une attention particulière de l'Agence à cet égard – au niveau du numérique.

Ce sont précisément les fonctions essentiellement consultatives et de recherche de la FRA qui lui permettent de jouer un rôle moteur en ce qui concerne les politiques de protection des droits fondamentaux au niveau de l'UE, mais aussi au niveau national. La centralité de la lutte contre la discrimination et l'accent mis sur les besoins de l'individu pour éviter la création de situations difficiles peuvent être interprétés comme l'expression de l'émergence progressive, au niveau européen, du concept d'égalité substantielle[292].

[292] M. DE VOS, « Substantive Formal Equality in EU Non-Discrimination Law », *in* T. GIEGERICH (Ed.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Springer, Cham, 2020, p. 245 et s.

CHAPITRE II. LE RECOURS LARGEMENT CONDITIONNÉ À LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ PAR LES COURS NATIONALES

Dans ce deuxième chapitre, seront présentés les principaux résultats de la recherche effectuée sur les décisions rendues par les cours nationales constitutionnelles et suprêmes. La jurisprudence des juges constitutionnels fera l'objet d'une première analyse (Section I), suivie par celle des juges suprêmes administratifs (Section II), puis par celle des Cours suprêmes de l'ordre judiciaire (Section III). Pour l'ensemble de ces juridictions, le constat a été fait d'un usage de la notion de vulnérabilité largement conditionné, en ce sens qu'il résulte surtout de l'application de textes qui font une place à cette notion. Toutefois, cette tendance générale mérite d'être nuancée, des précisions étant apportées en temps voulu pour les juridictions traitées. On peut néanmoins, dès à présent, souligner une différence tendancielle entre la France et l'Italie, où la référence spontanée à la notion par les juges est un peu plus fréquente. Cela concorde avec les observations ressortant des entretiens menés par la sociologue de l'équipe, selon laquelle ses interlocuteurs italiens se sont montrés plus ouverts à l'emploi de la notion de vulnérabilité que ses interlocuteurs français ; les membres de juridictions françaises ont, pour leur part, manifesté un relatif scepticisme sur son caractère opératoire.

Section I – Les Cours constitutionnelles

Propos préliminaires

Avant de procéder à l'analyse de la jurisprudence des juges constitutionnels français et italien concernant l'utilisation de la notion de vulnérabilité, il est nécessaire de rappeler brièvement les caractéristiques principales des procédures contentieuses dans lesquelles cette notion peut être mobilisée, c'est-à-dire les procédures portant sur la protection des droits et libertés des personnes physiques, ce qui nous conduit à exclure de notre champ d'analyse les procédures contentieuses relatives aux institutions, comme celles relatives au contentieux électoral en France, ou aux conflits entre les pouvoirs de l'État en Italie.

Le Conseil constitutionnel français dispose essentiellement de deux voies procédurales pour pouvoir connaître d'éventuelles violations de droits et libertés des individus et, ainsi, pour pouvoir mobiliser, éventuellement, le concept de vulnérabilité : d'une part, la procédure de contrôle de constitutionnalité de la loi *a priori*, mise en place par la Constitution du 4 octobre 1958 à l'article 61, alinéa 2, et, d'autre part, la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, appelée *Question prioritaire de constitutionnalité* (ci-après QPC), introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 à l'article 61-1 de la Constitution et entrée en vigueur le 1er mars 2010. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* peut être déclenché sur saisine d'autorités politiques, *avant* la promulgation de la loi et peut porter sur la conformité des dispositions législatives à l'égard de l'ensemble des normes contenues dans la Constitution. En revanche, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* peut être déclenché à l'occasion d'un litige concret et sur demande exclusive des parties, il ne peut porter que sur les violations de droits ou libertés que la Constitution garantit (et non sur l'ensemble des normes constitutionnelles). Pour

pouvoir être examinée par le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité doit traverser les mailles d'un éventuel double filtre : d'abord celui du juge du fond dans le cadre du litige *a quo*, puis celui du juge suprême de l'ordre juridictionnel d'appartenance du juge du fond (Cour de cassation ou Conseil d'État) ; la question peut toutefois être soulevée pour la première fois à n'importe quel stade.

La Cour constitutionnelle italienne dispose, elle aussi, essentiellement[293], de deux procédures contentieuses qui lui permettent d'examiner des questions impliquant les droits et libertés des individus et qui peuvent ainsi conduire à la mobilisation du concept de vulnérabilité : d'une part, le contrôle de constitutionnalité de la loi et des actes ayant force de loi sur renvoi du juge ordinaire, appelé procès de constitutionnalité par voie incidente ; de l'autre, le contrôle de la loi et des actes ayant force de lois déclenché par voie d'action par l'État contre une loi régionale ou par une région contre une loi étatique ou d'une autre région, généralement appelé procès par voie d'action ou par voie principale. Prévu dans son principe par l'article 134 de la Constitution de 1947[294], le procès par voie incidente a été détaillé par l'article 1er de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 et par la loi n° 87 de 1953. Ces textes prévoient que la question de constitutionnalité peut être soulevée au cours d'un procès, soit d'office, par le juge, soit à la demande des parties, et qu'elle peut être renvoyée à la Cour constitutionnelle directement par le juge du litige, après la vérification de l'existence de plusieurs conditions. Le procès par voie d'action est réglementé par l'article 127 de la Constitution italienne[295]. Les régions peuvent faire un recours contre une loi étatique ou contre une loi d'une autre région dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi, si elles estiment que cette dernière empiète sur leurs compétences. Pour sa part, l'État peut faire un recours contre une loi régionale dans les soixante jours qui suivent sa publication, mais, contrairement aux régions, il peut contester toute invalidité de la loi régionale, même si elle ne concerne pas la répartition des compétences.

[293] Nous verrons cependant qu'une décision recensée au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle se rattache au contentieux relatif à l'admissibilité du référendum abrogatif. Il s'agit de la décision n° 50/2022 relative au referendum abrogatif en matière de fin de vie, qui s'inscrit dans la *saga Cappato*, la célèbre affaire relative à la réglementation punissant le suicide assisté, dans laquelle le concept de vulnérabilité s'est retrouvé fortement mobilisé par le raisonnement de la Cour constitutionnelle italienne (voir nos développements ci-après). Pour une présentation synthétique des principales procédures contentieuses devant la Cour constitutionnelle italienne, v. F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014 (https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-modele-italien-de-justice-constitutionnelle). Pour une analyse de la QPC dans une approche comparative, v. L. GAY (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

[294] Selon l'art. 134 de la Constitution italienne :
« La Cour constitutionnelle juge :
- des litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des Régions ;
- des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et les Régions, et entre les Régions ;
- des accusations portées contre le Président de la République 37 aux termes de la Constitution ».

[295] Selon l'art. 127 de la Constitution italienne :
« Lorsqu'il estime qu'une loi régionale excède la compétence de la Région, le Gouvernement peut saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité dans les soixante jours qui suivent sa publication.
Lorsqu'une Région estime qu'une loi ou un acte ayant valeur de loi de l'État ou d'une autre Région empiète sur sa compétence, elle peut saisir la Cour Constitutionnelle d'une question de constitutionnalité dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi ou de l'acte ayant valeur de loi ».

Ces éléments procéduraux étant précisés, nous pouvons ainsi faire état des résultats de notre recherche, en commençant par ceux qui concernent l'emploi du terme vulnérabilité au sein de la jurisprudence des juges constitutionnels français et italien.

§ 1 L'emploi du terme

Avant d'analyser les résultats de la recherche, quelques précisions s'imposent. Il faut dire tout d'abord, d'un point de vue méthodologique, que les recherches sur les décisions des juges constitutionnels – menées par Caterina Severino, concernant le Conseil constitutionnel, et par Giuliano Serges et Alessandro Pace, concernant la Cour constitutionnelle – ont été réalisées à travers les moteurs de recherche présents sur les sites internet des deux juridictions. Les chercheurs ont utilisé le mot-clé vulnérab*, mais aussi, pour ce qui est de la Cour constitutionnelle italienne, les mots-clés « *soggetti fragili* » et « *soggetti deboli* », proches de l'expression « *persone vulnerabili* »[296]. Nous devons préciser également que la période prise en compte pour l'analyse jurisprudentielle relative aux juridictions constitutionnelles est plus large que celle relative aux autres juridictions, car la recherche porte sur toutes les décisions adoptées par ces juges depuis le début de leur activité, et pas seulement sur celles adoptées depuis 2010. Cette période va donc de 1958 à 2023, pour le Conseil constitutionnel, et de 1956 à 2023, pour la Cour constitutionnelle[297]. Nous avons opté pour ce champ d'analyse étendu par rapport aux autres juridictions étudiées, car le nombre de décisions rendues par les juges constitutionnels dans ce domaine est assez modeste et pour répondre ainsi à la nécessité de pouvoir disposer d'un ensemble de décisions assez large afin de dégager des tendances jurisprudentielles pertinentes concernant l'utilisation de la notion de vulnérabilité par ces juges.

Il faut souligner aussi, d'un point de vue du contenu de la recherche, que les textes de référence du contrôle de constitutionnalité français et italien n'emploient pas le terme « vulnérabilité » ni ses synonymes. Ainsi, l'utilisation de ces termes par les juges constitutionnels ne peut découler que d'une reprise des expressions employées par la loi soumise au contrôle de constitutionnalité, ou par les recours adressés au juge constitutionnel, ou bien d'une utilisation spontanée de ce juge. Or, comme nous le verrons dans les développements qui suivent, la recherche a mis en évidence une différence d'approche importante entre les juridictions constitutionnelles française et italienne[298]. Alors que le Conseil constitutionnel emploie très rarement le terme de « vulnérabilité », et que dans la plupart des cas il ne fait que reprendre les mots utilisés par le texte législatif soumis à son examen, la Cour constitutionnelle italienne semble, en revanche, plus incline

[296] La traduction littérale de « *soggetti fragili* » est « personnes fragiles », tandis que celle de « *soggetti deboli* » est « personnes faibles ».
[297] Le Conseil constitutionnel a commencé son activité dès son instauration par la Constitution du 4 octobre 1959 (sa première décision date de 1959), tandis que la Cour constitutionnelle n'a commencé son activité qu'en 1956, soit sept années après sa prévision par la Constitution du 27 décembre 1947, ce retard étant dû à l'adoption tardive des textes réglementant le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle ainsi qu'au retard pris pour l'élection par le Parlement italien de cinq membres de la Cour.
[298] Ce constat confirme d'ailleurs les résultats auxquels nous étions parvenus lors de la recherche réalisée dans le cadre de la démarche « QPC 2020 » (C. SEVERINO et H. ALCARAZ [dir.], *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], 2021, 579 p.).

à utiliser ce terme, mais aussi les termes proches ; et elle le fait, dans la plupart des cas, de manière spontanée. On constate par ailleurs une montée en puissance, dans les dernières années, de la présence de la notion de vulnérabilité devant les deux juridictions constitutionnelles.

A – Un emploi largement conditionné chez le juge constitutionnel français

Pour ce qui concerne le Conseil constitutionnel, la recherche a fait ressortir seize décisions, tous contentieux confondus[299]. Parmi ces décisions, seules quinze sont pertinentes pour notre réflexion, car l'une d'entre elles concerne l'environnement et les sites à risque[300]. L'analyse des quinze décisions pertinentes montre que dans onze d'entre elles le Conseil constitutionnel n'emploie pas le terme vulnérabilité ou vulnérable de manière spontanée, mais ne fait que reprendre de manière mécanique les mots utilisés par le texte soumis à son contrôle.

En particulier, dans quatre décisions, adoptées entre 2018 et 2021, le Conseil constitutionnel reprend les termes employés dans diverses dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), lesquelles expriment essentiellement l'impératif, pour l'administration, de tenir compte de l'éventuel état de vulnérabilité de l'étranger, sans pour autant donner plus de détail sur le contenu de cette notion[301]. Dans trois décisions, rendues entre 2003 et 2018, le Conseil constitutionnel se réfère à diverses dispositions du Code pénal qui précisent les situations dans lesquelles les victimes d'une infraction peuvent être considérées comme étant des victimes vulnérables[302]. Dans la décision n° 2022-1034 QPC rendue en février 2023, le Conseil

[299] Rappelons ici que les contentieux pris en compte sont ceux relatifs au contrôle de constitutionnalité de la loi *a priori* (décisions DC) et *a posteriori* (décisions QPC). Les décisions recensées sont : Conseil constitutionnel, n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 ; n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ; n° 2014-411 QPC du 9 septembre 2014 ; n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 ; n° 2018-761 QPC du 1er février 2019 ; n° 2018-762 DC du 15 mars 2018 ; n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019 ; n° 2019-818 QPC du 6 décembre 2019 ; n° 2020-888 QPC du 12 mars 2021 ; n° 2021-834 DC du 20 janvier 2022 ; n° 2021-937 QPC du 7 octobre 2021 ; n° 2021-983 QPC du 17 mars 2022 ; 2022–1005 QPC du 29 juillet 2022 ; n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023.

[300] Il s'agit de la décision n° 2014-411 QPC du 9 septembre 2014, cit.

[301] Conseil constitutionnel, décision n° 2018-762 DC (le Conseil constitutionnel cite l'article L. 551-1 du CESEDA à propos du placement en rétention d'un étranger et de l'évaluation du risque de fuite « il appartient à l'administration d'apprécier, sous le contrôle du juge, les situations caractérisant un risque non négligeable de fuite sur la base d'une évaluation individuelle prenant en compte l'état de vulnérabilité de l'intéressé et de tenir compte d'éventuelles circonstances particulières ne permettant pas de regarder le risque allégué comme établi ») ; n° 2019-807 QPC (le Conseil cite l'article L. 556-1 du CESEDA à propos de la demande d'asile en rétention « Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. Il précise les modalités de prise en compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile et, le cas échéant, de ses besoins particuliers ») ; n° 2019-818 QPC (le Conseil cite l'article L. 213-2 du CESEDA à propos de la décision de refus d'entrée sur le territoire : « Une attention particulière est accordée aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs, accompagnés ou non d'un adulte ») ; n° 2021-983 QPC (le Conseil cite l'article L. 221-1 du CESEDA à propos du placement en zone d'attente d'un demandeur d'asile « Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. Il précise les modalités de prise en compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile et, le cas échéant, de ses besoins particuliers »).

[302] Conseil constitutionnel, déc. n° 2003-467 DC et n° 2018-761 QPC (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 225-12-1 CP selon lequel « Est puni des mêmes peines le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ») ; déc. n° 2004-492 DC (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 706-

constitutionnel reprend les termes employés par un article du code de procédure pénale relatif aux moyens dont peuvent disposer l'agent ou l'officier de police judiciaire pour l'identification des mineurs et qui enjoint à l'agent ou à l'officier de tenir compte de la situation de vulnérabilité de la personne[303]. Il faut dire cependant, à propos de cette décision, que bien que le Conseil constitutionnel reprenne les mots de la loi, il prête toutefois une certaine attention, dans son raisonnement, à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les mineurs, en vérifiant que les mesures adoptées les protègent effectivement. De même, dans la décision n° 2016-745 DC, adoptée dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil reprend l'expression « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique », en citant une disposition législative soumise à son contrôle visant à modifier le Code du travail[304]. Dans la décision n° 2021-937 QPC, le Conseil constitutionnel se réfère à une disposition du code de la sécurité sociale relative à l'augmentation du montant du redressement des cotisations sociales applicable en cas d'infraction commise par l'employeur envers un employé vulnérable[305]. Enfin, bien qu'il s'agisse d'une décision adoptée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des Traités avant leur ratification, et non dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi, nous signalons la décision n° 98-408 DC relative au statut de la CPI, dans laquelle le Conseil constitutionnel emploie le mot « vulnérable » en citant une disposition du statut qui permet de déroger au principe de la publicité des débats s'agissant de l'audition de personnes vulnérables[306].

Dans toutes ces décisions, la référence à la vulnérabilité ne joue donc pas un rôle significatif dans le raisonnement du juge constitutionnel, mais elle ne représente qu'une

73 nouveau du code de procédure pénale qui fixe la liste des infractions, relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, auxquelles s'appliquent les règles de procédure définies par le nouveau titre XXV du livre IV du code de procédure pénale, parmi lesquelles figure « le crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée lorsqu'il est commis de manière habituelle sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, crime passible de trente ans de réclusion criminelle en application de l'article 222-4 modifié du Code pénal »).

[303] Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1034 QPC (le Conseil constitutionnel cite l'article 55-1 du CPP selon lequel « Sans préjudice de l'application du troisième alinéa, lorsque la prise d'empreintes digitales ou palmaires ou d'une photographie constitue l'unique moyen d'identifier une personne qui est entendue en application des articles 61-1 ou 62-2 pour un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement et qui refuse de justifier de son identité ou qui fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, cette opération peut être effectuée sans le consentement de cette personne, sur autorisation écrite du procureur de la République saisi d'une demande motivée par l'officier de police judiciaire. L'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, un agent de police judiciaire recourt à la contrainte dans la mesure strictement nécessaire et de manière proportionnée. Il tient compte, s'il y a lieu, de la vulnérabilité de la personne. Cette opération fait l'objet d'un procès-verbal, qui mentionne les raisons pour lesquelles elle constitue l'unique moyen d'identifier la personne ainsi que le jour et l'heure auxquels il y est procédé. Le procès-verbal est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à l'intéressé »).

[304] Conseil constitutionnel, déc. n° 2016-745 DC, cit. (article L. 1132-1 du Code du travail).

[305] Conseil constitutionnel, déc. n° 2021-937 QPC, cit. (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale qui prévoit que le montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement est majoré de 25 % en cas de constat de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité ou d'emploi salarié. Ce taux est porté à 40 % si l'infraction est commise envers des personnes mineures ou vulnérables ou en bande organisée).

[306] Conseil constitutionnel, déc. n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cit. (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 68 du statut qui 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).

reprise mécanique des termes « vulnérabilité » ou « vulnérable » présents dans la disposition législative soumise à son contrôle.

Seules quatre décisions, parmi les quinze décisions recensées, paraissent mettre en lumière une approche différente de la part du Conseil constitutionnel à l'égard de la notion de vulnérabilité, car dans celles-ci, le Conseil utilise cette notion alors qu'elle est absente du texte examiné. Il s'agit, en particulier, de deux décisions, rendues respectivement en 2010 et en 2021, dans le cadre du contrôle *a priori*, et de deux décisions, rendues respectivement en 2021 et en 2022, dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Ainsi, dans la décision n° 2010-605 DC, relative à la loi régulant le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil constitutionnel fait spontanément référence à la notion de vulnérabilité en se référant aux mineurs, alors que les dispositions examinées, tout en visant expressément les mineurs, ne mentionnaient pas leur vulnérabilité[307]. Dans la décision n° 2021-834 DC portant sur la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel indique spontanément que le législateur, en mettant en place un dispositif spécifique, avait tenu compte de la « vulnérabilité particulière des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique »[308]. Enfin, dans les décisions n° 2020-888 QPC, *Mme Fouzia*, et n° 2022-1005 QPC, *Mme Marie D.*, adoptées en matière de protection de personnes dépendantes et portant sur la question des limites imposées par la loi à leur capacité à donner, le Conseil constitutionnel mobilise la notion de vulnérabilité pour apprécier la constitutionnalité de la loi soumise à son contrôle[309]. Dans ces deux affaires, bien qu'en reprenant les expressions « vulnérabilité particulière » et « situation de vulnérabilité » employées par les requérantes, le juge constitutionnel se penche sur la situation de vulnérabilité des personnes dépendantes afin de vérifier l'adéquation entre la disposition législative et la protection des droits et libertés.

D'un point de vue temporel, les données récoltées semblent montrer qu'il existe une montée en puissance de la référence à la vulnérabilité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir de 2010. On notera en effet que douze décisions sur les quinze recensées (décisions QPC et DC confondues), ont été adoptées entre 2010 et 2023. Cependant, l'intérêt de cette donnée doit être relativisé puisque, comme nous venons de l'indiquer, l'emploi du terme est souvent le fruit d'une reprise mécanique des termes de la loi et ne relève pas d'une attention particulière de la part du juge constitutionnel à l'égard de situations de vulnérabilité. En revanche, cette donnée jurisprudentielle peut être considérée comme le signe d'une montée en puissance de l'utilisation de la notion par le législateur français qui, à son tour, s'inscrit dans une tendance plus large, constatée dans la dernière décennie, consistant en une utilisation de plus en plus fréquente de la notion de vulnérabilité dans le langage juridique et non juridique.

[307] Conseil constitutionnel, déc. n° 2010-605 DC, cit., pt. 25.
[308] Conseil constitutionnel, déc. n° 2021-834 DC, cit., pt. 9.
[309] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC cit., pts. 7, 9 et 10 ; n° 2022-1005 QPC, cit., pts. 5 et 7.

B – Un emploi essentiellement spontané chez la Cour constitutionnelle italienne

Les résultats de la recherche concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne nous conduisent à un constat en partie différent par rapport à celui relatif au Conseil constitutionnel, non seulement parce que la Cour emploie plus fréquemment la notion de vulnérabilité dans ses décisions, mais aussi et surtout parce qu'elle le fait, la plupart du temps, de manière spontanée.

La recherche par les mots-clés « vulnerab* », « *soggetti fragili* » et « *soggetti deboli* » a fait ressortir environ 80 décisions rendues depuis 1956, tous contentieux confondus[310]. Parmi celles-ci, 48 décisions ont été jugées pertinentes, après avoir éliminé celles dans lesquelles la référence à la vulnérabilité n'est que la conséquence de la citation de l'ordonnance de renvoi (c'est-à-dire l'acte par lequel le juge *a quo* renvoie la question à la Cour constitutionnelle).

L'analyse de ces décisions a montré tout d'abord une montée en puissance, depuis 2017, tant de l'utilisation du terme « *vulnerabilità* », employé désormais quasi systématiquement à la place des expressions similaires « *soggetti fragili* » et « *soggetti deboli* », que de la référence au concept lui-même, quels que soient les termes employés, aux fins de l'appréciation du texte soumis au contrôle. Concernant le premier aspect, la recherche montre qu'avant 2017, la Cour constitutionnelle utilise presque exclusivement l'expression « *soggetti deboli* »[311]. Seuls deux arrêts, parmi les onze décisions recensées dans cette période, utilisent le terme « *vulnerabile* » : le premier à propos du majeur ayant une maladie mentale victime d'une infraction[312], le second à propos des détenus « rendus plus vulnérables […] par les limitations des libertés fondamentales inhérentes, en général, à l'état de détention »[313]. En revanche, après 2017, la Cour constitutionnelle utilise de manière quasi systématique les termes « *vulnerabile/vulnerabilità* »[314], les expressions « *soggetti deboli* » ou « *soggetti fragili* » étant employées de manière sporadique[315]. Concernant le second aspect, relatif à la montée en puissance de l'utilisation du concept de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, quels que soient les termes employés, la recherche montre qu'entre 1956 et 2017, soit en 61 ans d'activité, 11 décisions significatives ont été adoptées, alors qu'entre 2017 et 2023, soit en 6 ans seulement, 37 décisions significatives ont été rendues. Les auteurs de la recherche concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne parlent d'une véritable « explosion » de l'utilisation de la notion de vulnérabilité chez cette Cour.

---

[310] Comme nous l'avons indiqué dans les propos préliminaires, la recherche a essentiellement porté sur les contentieux par voie incidente et par voie d'action. Le contentieux relatif à la recevabilité du referendum abrogatif a lui aussi pu être attentionné lorsque les décisions adoptées dans ce cadre ont paru particulièrement significatives pour les besoins de la recherche.

[311] Cour constitutionnelle, décisions n^{os} 233/2005, 422/1999, 350/2003, 423/2000, 236/2002, 467/2002, 233/2005, 203/2013, 469/2002, 223/2015, 166/2008, 121/2010, 329/2011, 172/2013, 114/2015.

[312] Cour constitutionnelle, arrêt n° 63/2005.

[313] Cour constitutionnelle, arrêt n° 143/2013.

[314] Voir par exemple Cour constitutionnelle, décisions n^{os} 207/2018, 141/2019, 242/2019, 14/2021, 33/2021, 98/2021, 185/2021, 22/2022, 50/2022, 79/2022, 95/2022, 14/2023, 15/2023, 38/2023, 48/2023, 70/2023.

[315] Voir par exemple Cour constitutionnelle, décisions n^{os} 14/2023 et 15/2023 (dans lesquelles la Cour emploie l'expression « *soggetti fragili* ») et n° 74/2023 (dans laquelle la Cour utilise l'expression « *soggetti deboli* »).

L'autre donnée importante qui concerne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concerne le fait que dans la grande majorité des décisions, cette Cour se réfère à la vulnérabilité de manière spontanée, en dehors de toute référence textuelle. Contrairement à ce que nous avons pu constater à propos du Conseil constitutionnel, il est rare que l'utilisation du mot « *vulnerabile* » par la Cour constitutionnelle découle d'une reprise des termes utilisés par la loi objet du contrôle de constitutionnalité (tel est cependant le cas, par exemple, de la décision n° 185/2021 concernant une loi sur la ludopathie). Cela signifie que la Cour constitutionnelle emploie la notion de vulnérabilité à dessein, afin d'apprécier concrètement si la loi soumise à son examen respecte les droits et libertés des personnes en situation de vulnérabilité, l'utilisation de la notion semblant ainsi jouer un rôle significatif dans le raisonnement de la Cour.

Cette démarche ressort également de l'analyse du deuxième critère que nous avons pris en considération pour notre réflexion : celui des contentieux intéressés par l'utilisation de la notion.

§ 2 Les contentieux intéressés

En ce qui concerne les juges constitutionnels, la question des contentieux intéressés recouvre deux aspects. D'une part, d'un point de vue procédural, il s'agit de savoir si la notion est davantage mobilisée dans le cadre du contrôle par voie incidente/QPC ou dans celui par voie d'action/*a priori*. D'autre part, d'un point de vue substantiel, il s'agit de comprendre quels sont les domaines matériels principalement concernés par l'emploi de la notion.

Concernant le premier aspect, pour ce qui est de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un équilibre entre les deux contentieux est constaté, car sur les 15 décisions recensées, 7 relèvent du contentieux *a priori*[316] et 8 relèvent du contentieux *a posteriori*[317]. Cette équivalence des contentieux intéressés par l'utilisation de la notion de vulnérabilité chez le juge constitutionnel français peut être considérée comme un signe ultérieur du fait que le concept de vulnérabilité n'est pas véritablement opérant dans la jurisprudence de ce juge, sauf rares exceptions. En effet, logiquement, ce concept devrait être davantage mobilisé dans le contentieux *a posteriori* plutôt que dans celui réalisé à titre préventif, car dans ce dernier, le juge constitutionnel est amené à réaliser un contrôle abstrait, une pure confrontation entre la norme législative et la norme constitutionnelle, alors que dans le contentieux QPC, *a posteriori*, étant donné que la question de constitutionnalité porte sur une loi en vigueur et qu'elle naît au cours d'un litige concret, le juge constitutionnel peut être porté à examiner la conformité aux droits et libertés de la loi appliquée dans la réalité. Dans ce type de procès, contrairement au contentieux *a priori*, la loi contestée peut être examinée et interprétée eu égard aux effets qu'elle produit lors de son application concrète, auprès de personnes qui en subissent les conséquences et dont

[316] Conseil constitutionnel, déc. n° 98-408 DC ; n° 2003-467 DC ; n° 2004-492 DC ; n° 2010-605 DC ; n° 2016-745 DC ; n° 2018-762 DC ; n° 2021-834 DC.
[317] Conseil constitutionnel, déc. n° 2018-761 QPC ; n° 2019-807 QPC ; n° 2019-818 QPC ; n° 2020-888 QPC ; n° 2021-937 QPC ; n° 2021-983 QPC ; n° 2022-1005 QPC ; n° 2022-1034 QPC.

la situation de vulnérabilité peut être ainsi constatée et prise en compte par le juge afin de déceler d'éventuelles atteintes aux droits et libertés fondamentaux. Nous devons par ailleurs souligner que dans la grande majorité des décisions recensées au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la présence du terme « vulnérabilité » dans la décision ne signifie pas que l'objet de la question de constitutionnalité ait un rapport avec la vulnérabilité. Bien au contraire, cela ne s'avère que dans quelques hypothèses, parmi les décisions recensées, à savoir dans les décisions n° 2020-888 QPC[318] et n° 2022-1005 QPC[319] relatives à la protection des personnes dépendantes et à leur capacité à donner, dans la décision n° 2018-761 QPC concernant la protection des personnes se livrant à la prostitution[320] et, en partie, dans la décision n° 2022-1034 QPC relative au placement ou maintien en détention provisoire des mineurs et relevés signalétiques sous contrainte[321].

Le constat diffère sensiblement concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, car même si quelques décisions recensées relèvent du contrôle par voie d'action[322] ou du contrôle réalisé dans le cadre du referendum abrogatif[323], la grande majorité des décisions dans lesquelles apparaît le concept de vulnérabilité relèvent du procès par voie incidente. Cette donnée importante peut être considérée comme la marque ultérieure d'une attention véritable, de la part du juge constitutionnel italien, à l'égard de la notion de vulnérabilité, cette notion étant mobilisée par ce juge pour l'appréciation des possibles atteintes portées par la loi aux droits et libertés fondamentaux et, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, pour l'évaluation de la meilleure décision à adopter pour leur protection effective.

En ce qui concerne le second aspect de la recherche, relatif aux domaines principalement intéressés par l'utilisation de la notion de vulnérabilité, pour ce qui est de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si nous écartons les décisions dans lesquelles l'utilisation de la notion n'est pas le signe d'une mobilisation du concept, mais une simple reprise des mots de la loi – pour ces décisions la matière principalement concernée étant le droit des étrangers, suivie par le droit pénal, en particulier les normes relatives à la victime vulnérable[324] –, le domaine majoritairement intéressé est celui relatif à la protection de personnes dépendantes et aux limitations de leur capacité à donner[325]. Les autres domaines dans lesquels le Conseil constitutionnel a été amené à mobiliser le concept de vulnérabilité sont celui de la protection des personnes dans le cadre des jeux d'argent et de hasard en ligne[326], celui du droit de la sécurité intérieure et de la procédure pénale, avec la question particulière de la garantie des droits et libertés des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique lors de leur placement sous

[318] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, *Mme Fouzia L.*, cit.
[319] Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1005 QPC, *Mme Marie D.* cit.
[320] Conseil constitutionnel, déc. n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres*, cit.
[321] Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1034 QPC, *Syndicat de la magistrature et autres*, cit.
[322] Voir notamment Cour constitutionnelle, arrêts n° 166/2008 ou n° 194 de 2019.
[323] Cour constitutionnelle, arrêt n° 50/2022, cit.
[324] Voir notamment Conseil constitutionnel, déc. n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres*, cit., concernant la protection des personnes se livrant à la prostitution.
[325] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC cit., pts. 7, 9 et 10 ; n° 2022-1005 QPC, cit., pts. 5 et 7.
[326] Conseil constitutionnel, déc. n° 2010-605, cit., pt. 25.

vidéosurveillance[327], et celui de la protection des mineurs dans le cadre de la justice pénale[328].

Devant la Cour constitutionnelle, les secteurs concernés par la mobilisation du concept de vulnérabilité sont très nombreux et variés. Ces secteurs concernent notamment la protection des personnes malades[329], handicapées[330], ou souhaitant faire un choix quant à leur fin de vie[331], la protection des mineurs[332], celle des détenus[333], celle des personnes se livrant à la prostitution[334], la protection des migrants[335], ou encore la protection des femmes vulnérables sur le plan économique et social dans le cadre de la maternité de substitution[336], la protection des personnes souffrant d'une dépendance aux jeux de hasard ou aux jeux d'argent[337], la garantie des victimes d'une infraction[338], celle des consommateurs[339], des travailleurs[340], ou encore celle des catégories sociales défavorisées[341]. Dans toutes les décisions recensées, la Cour constitutionnelle fait référence à la vulnérabilité de manière systématique en employant ce terme ou des expressions proches. Il est alors important de comprendre si cette référence à la vulnérabilité est expliquée ou explicitée par le juge constitutionnel, si ce juge donne ou pas une définition de la situation de vulnérabilité.

§ 3 La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité

Les recherches menées sur la jurisprudence des juges constitutionnels français et italien montrent qu'à aucun moment ces deux juges ne donnent de définition précise et juridique de la vulnérabilité. À aucun moment ils ne donnent de critères précis qui puissent permettre de déceler de manière systématique la présence de situations de vulnérabilité. Nous pouvons d'ailleurs douter qu'une telle opération soit concrètement réalisable, les situations concrètes pouvant se présenter devant le juge étant multiples et souvent très différentes entre elles. Cependant, malgré l'absence d'une définition, en regardant de plus près les décisions les plus significatives, il est possible de dégager quelques éléments essentiels qui peuvent nous guider dans la compréhension de ce concept et de l'utilisation qui en est faite par le juge.

[327] Conseil constitutionnel, déc. n° 2021-834 DC, cit., pt. 9.
[328] Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1034 QPC, cit., pt. 22.
[329] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 423/2000.
[330] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 233/2005 ; n° 203/2013.
[331] Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018 ; arrêts n° 242/2019 et n° 50/2022. Ces trois décisions s'inscrivent dans l'affaire dite « Cappato », voir *infra*.
[332] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts 236/2002 ; n° 467/2002 (mineur handicapé) ; n° 18/2020 (enfant handicapé d'un détenu) ; n° 1/2021 (mineurs victimes de violences (y compris violences sexuelles) ; n° 14/2021 (mineur témoignant dans un procès pénal concernant des crimes de violence sexuelle).
[333] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 422/1999 ; n° 137/2021.
[334] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 141/2019 ; 22/2022.
[335] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 172/2013.
[336] Cour constitutionnelle, arrêt n° 33/2021.
[337] Cour constitutionnelle, arrêt n° 185/2021.
[338] Cour constitutionnelle, arrêt n° 223/2015.
[339] Cour constitutionnelle, arrêt n° 469/2022.
[340] Cour constitutionnelle, arrêt n° 114/2015.
[341] Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 166/2008 ; n° 121/2010 (concernant les classes économiquement les plus faibles).

L'analyse jurisprudentielle a fait ressortir une constante dans la jurisprudence des deux cours constitutionnelles concernant les mineurs, à l'égard desquels une présomption de vulnérabilité semble exister. Au-delà de cette catégorie de personnes vulnérables, d'autres situations de vulnérabilités sont évoquées par les juges constitutionnels, la plupart du temps, au cas par cas.

A – La présomption de vulnérabilité des mineurs

Concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la présomption de vulnérabilité des mineurs se manifeste au sein des trois décisions pertinentes recensées. Ainsi, dans la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 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, le Conseil constitutionnel emploie spontanément l'expression « publics vulnérables » pour désigner les mineurs et pour valider les dispositions législatives contestées qui visaient à les protéger en soumettant le marché des jeux et des paris en ligne au contrôle de l'État, alors que ces dispositions, tout en visant expressément les mineurs, ne mentionnaient pas leur « vulnérabilité »[342]. Le Conseil ne s'attache pas à expliquer en quoi ces personnes sont vulnérables et considère cette situation comme acquise. De même, dans la décision n° 2021-834 DC portant sur une loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel, en validant les dispositions contestées et en indiquant spontanément que le législateur avait tenu compte de la « *vulnérabilité particulière* des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique »[343], semble considérer à nouveau que les mineurs se trouvent toujours dans une situation de vulnérabilité et semble donc adhérer à une conception catégorielle ou ontologique de la vulnérabilité, conduisant toujours à une protection spécifique et souvent dérogatoire par rapport au droit commun de ces personnes. À nouveau, dans la décision n° 2022-1034 QPC rendue en février 2023, à propos du placement ou maintien en détention provisoire des mineurs et des relevés signalétiques sous contrainte, la présomption de vulnérabilité des mineurs semble confirmée. La lecture du commentaire de la décision publié sur le site internet du Conseil constitutionnel conforte par ailleurs cette analyse, car il indique que « Pour tenir compte des finalités particulières de la justice pénale des mineurs *et de la vulnérabilité de ces derniers*, les règles de procédure pénale sont également adaptées »[344]. Comme nous le verrons dans le paragraphe qui suit, dans

[342] Le Conseil constitutionnel affirme : « Considérant, en l'espèce, qu'en adoptant la loi contestée, le législateur a voulu lutter contre les méfaits du marché illégal des jeux et paris en ligne en créant une offre légale sous le contrôle de l'État ; qu'à cette fin, il a soumis l'organisation de jeux en ligne à un régime d'agrément préalable ; qu'il a créé une autorité administrative indépendante, l'Autorité de régulation des jeux en ligne, chargée d'agréer les nouveaux opérateurs, de contrôler le respect de leurs obligations et de participer à la lutte contre les opérateurs illégaux ; qu'il a édicté des mesures destinées à prévenir une accoutumance, *à protéger les publics vulnérables*, à lutter contre le blanchiment d'argent et à garantir la sincérité des compétitions sportives et des jeux ; qu'il a choisi de ne pas ouvrir l'accès des opérateurs agréés au marché des jeux de pur hasard […] », Conseil constitutionnel, déc. n° 2010-605 DC, cit., § 25 (nous soulignons). Notons par ailleurs que par l'emploi du pluriel, le Conseil constitutionnel laisse en suspens la question de l'identité des autres « publics vulnérables » qui devraient également faire l'objet de la protection accrue en matière de jeux d'argent et de hasard en ligne.

[343] Conseil constitutionnel, déc. n° 2021-834 DC, cit. § 9 (nous soulignons).

[344] Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023, *Syndicat de la magistrature et autres*, sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/, p. 4. Le commentaire souligne en particulier que le code de la justice pénale des mineurs « a instauré une procédure en trois temps devant le juge des enfants et le tribunal pour enfants : une première audience sur la culpabilité doit se tenir dans un délai compris entre dix jours et trois mois après la saisine de la juridiction ; s'ouvre alors une période de mise à l'épreuve éducative d'une

tous les cas recensés la condition de vulnérabilité des mineurs conduit le Conseil constitutionnel à veiller à ce que la protection des droits et libertés de ces personnes soit renforcée.

Quant à la Cour constitutionnelle, dans diverses décisions elle a pu considérer, elle aussi, les mineurs comme des personnes vulnérables, avec une sorte de présomption de vulnérabilité et sans justifier davantage son raisonnement. En particulier, dans l'arrêt n° 14 de 2021, la Cour utilise la notion de vulnérabilité par rapport au mineur témoin d'un crime sexuel, pour justifier l'exception aux règles de procédure pénale qui prévoient que la preuve doit être acquise au cours du procès. La Cour constitutionnelle déclare en effet que la disposition législative qui permet d'obtenir le témoignage du mineur avant le procès (incident probatoire) n'est pas contraire à la Constitution, non seulement lorsque le mineur est la victime de crimes sexuels, mais aussi lorsque le mineur est un simple témoin[345].

B – La mobilisation casuistique du concept de vulnérabilité

Dans la grande majorité des cas recensés, la vulnérabilité semble être prise en considération par les juges non pas par rapport aux qualités intrinsèques de la personne concernée, mais plutôt par rapport à la difficulté à exercer ses droits et libertés, ou lorsqu'il y a un risque d'atteinte à ses droits et libertés. Nous allons ici rappeler les affaires les plus significatives recensées tant au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

1. Les personnes dépendantes et les limitations à leur droit à disposer

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mises à part les décisions relatives aux mineurs, deux décisions significatives mobilisant le concept de vulnérabilité ont été adoptées dans la période étudiée, les deux concernant les personnes dépendantes et la question de leur capacité à disposer[346]. Dans ces affaires, se posait la question de la conformité à la Constitution (en particulier au droit de propriété et au droit de disposer de ses propres biens) des limitations mises en place par le législateur dans le but de protéger les personnes dépendantes ou malades contre les risques de captation venant de personnes les assistant à leur domicile ou du personnel de santé ayant prodigué des soins pour une maladie dont le patient serait ensuite décédé. Malgré la similitude des deux espèces, le Conseil constitutionnel a adopté un raisonnement différent quant à l'évaluation de la situation de vulnérabilité de ces personnes et à la protection à apporter. Alors que dans la première décision, *Mme Fouzia*, rendue en mars 2021[347], le Conseil constitutionnel a demandé à réaliser une appréciation concrète de la situation de

durée de six à neuf mois, au cours de laquelle le mineur bénéficie d'un accompagnement éducatif adapté à sa personnalité et ses besoins ; enfin, une seconde audience relative au prononcé de la sanction a lieu ».

[345] Les auteurs de la recherche sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ont exprimé des perplexités à l'égard de ces décisions. Ils ont remarqué en particulier que le critère de ce qui résulte de l'expérience commune (*id quod plerumque accidit*) ne peut pas être considéré comme un véritable critère pour enquêter scientifiquement sur la réalité qui sous-tend les choix législatifs, car il n'a rien de scientifique, mais s'appuie simplement sur le recours générique et apodictique à certaines données de l'expérience commune.

[346] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, *Mme Fouzia*, cit. et n° 2022-1005 QPC, *Mme Marie D.*, cit..

[347] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC cit.

vulnérabilité des personnes visées par la loi et a ainsi censuré la disposition législative qui interdisait de manière générale et absolue aux personnes dépendantes de disposer en faveur de leur aide à domicile, dans la seconde décision, *Mme Marie D.*, rendue en juillet 2022[348], il a, au contraire, validé la disposition législative qui prévoyait une présomption générale et irréfragable de vulnérabilité (et d'incapacité à consentir) de la personne malade vis-à-vis des personnels de santé lui ayant prodigué des soins pour une maladie à laquelle elle ne survit pas. Aux fins qui nous occupent, il est intéressant d'analyser plus dans le détail le raisonnement suivi par le juge constitutionnel dans les deux affaires. Dans la première décision, le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives qui empêchaient une personne rendant service à domicile de recevoir de la personne qu'elles assistaient, au motif que l'incapacité spéciale de la personne vulnérable à disposer était trop large et limitait de manière excessive le droit de propriété de la personne dépendante. Le juge affirme expressément que si le législateur avait bel et bien poursuivi un but d'intérêt général en voulant protéger les personnes qui ont besoin d'être assistées à leur domicile vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur apportent cette assistance, il ne pouvait pas déduire « du seul fait que les personnes auxquelles une assistance est apportée sont âgées, handicapées ou dans une autre situation nécessitant cette assistance pour favoriser leur maintien à domicile, que leur capacité à consentir est altérée »[349]. Pour le Conseil, il n'y a donc pas de correspondance générale et absolue entre la situation de dépendance de la personne et son incapacité à consentir, une évaluation au cas par cas étant nécessaire. Par un raisonnement très explicite, peu commun dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce juge précise également que « le seul fait que ces tâches soient accomplies au domicile des intéressées et qu'elles contribuent à leur maintien à domicile ne *suffit pas à caractériser, dans tous les cas, une situation de vulnérabilité des personnes assistées à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance* »[350]. Le Conseil constitutionnel semble donc adhérer à une conception situationnelle de la vulnérabilité, cette situation devant être évaluée (et prouvée) au cas par cas, sans présomption aucune. En outre, en affirmant qu'il faut prouver que les personnes assistées se trouvent dans « une situation de vulnérabilité *à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance* »[351], le juge constitutionnel semble adopter une conception relative de la vulnérabilité, cette situation pouvant se présenter ou pas selon les personnes avec qui l'on interagit et selon les circonstances du contexte. Enfin, le Conseil semble également adhérer à une conception prônant l'autonomie des personnes nécessitant une aide à domicile, en exigeant que la limitation des droits de ces personnes soit la plus limitée possible[352].

[348] Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1005 QPC, cit..
[349] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, cit., § 9 (nous soulignons).
[350] *Ibidem*.
[351] *Ibidem*.
[352] Cette conception favorable à l'autonomie et à l'autodétermination de la personne vulnérable correspond par ailleurs à la philosophie qui sous-tend les préconisations du rapport de mission interministérielle d'A. CARON DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 2018. Dans le même sens, voir déjà, le rapport du Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, 2016. Plus récemment et dans le même sens, voir le rapport de mission interministérielle d'A. CARON DÉGLISE, *Penser les protections juridique et sociale à partir des droits des personnes les plus vulnérables à être entendues et soutenues dans une société solidaire*, États généraux des maltraitances, 2023.

Dans la décision n° 2022-1005 QPC, *Mme Marie D.*, le Conseil constitutionnel adopte en revanche une démarche différente, car il valide les dispositions de l'article 909 du Code civil qui interdisent à un patient de consentir un don ou un leg aux membres des professions de santé lui ayant prodigué des soins au cours de la maladie dont ce patient serait décédé. Ainsi faisant, le juge constitutionnel a validé la présomption générale et irréfragable d'incapacité prévue par la loi, à savoir la correspondance entre l'état dans lequel se trouve le donneur et son incapacité à savoir se déterminer vis-à-vis du médecin ou de l'infirmier qui lui a prodigué les soins. Malgré le fait que la requérante, forte de la décision rendue un an auparavant, faisait valoir que cette interdiction, formulée de façon générale, sans que soit prise en compte la capacité de la personne malade à consentir une libéralité ni que puisse être apportée la preuve de son absence de vulnérabilité ou de dépendance, portait atteinte à son droit de disposer librement de son patrimoine, le Conseil constitutionnel valide la disposition législative, qui peut être considérée comme caractérisant une certaine forme de paternalisme[353]. Cet aspect représente l'un des risques que peut entraîner la mobilisation du concept de vulnérabilité.

2. Les personnes malades et le choix sur la fin de vie

À l'instar du Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne ne propose pas de définition juridique de la vulnérabilité et n'indique pas les fondements logico-rationnels qui seraient à la base de la présence d'une situation de vulnérabilité. Elle aussi semble se référer, dans ses décisions, à une simple condition existentielle, à évaluer au cas par cas.

Les décisions relatives à ce que l'on appelle « l'affaire Cappato », à savoir l'ordonnance n° 207 de 2018 et l'arrêt n° 242 de 2019 sont emblématiques à cet égard. Dans cette affaire, très connue en Italie, le requérant demandait de déclarer contraire à la Constitution la disposition du Code pénal qui punit le délit d'aide au suicide même dans les cas où la personne qui souhaite mettre fin à son existence est une personne malade, en phase terminale, désirant mettre fin à sa souffrance. En l'espèce, la Cour constitutionnelle a mobilisé le concept de vulnérabilité pour adopter deux décisions très audacieuses, visant à protéger les droits de la personne demandant l'aide à mourir. La Cour a ici identifié une situation de vulnérabilité méritant une protection spécifique de la part du législateur tant eu égard aux personnes concernées (ces personnes étant qualifiées comme « *le persone più deboli e vulnerabili* »[354]), que par rapport à la situation dans laquelle elles se trouvaient (qualifiée de « *situazione di vulnerabilità* »[355]). Elle va ainsi considérer qu'une disposition législative sur l'aide à mourir doit être adoptée. Nous verrons dans les lignes consacrées aux conséquences de l'utilisation de la notion de vulnérabilité que dans cette affaire, la Cour a poussé très loin son pouvoir d'intervention vis-à-vis du législateur, par la mise en place d'une réglementation de substitution ayant pour but une protection adéquate des droits et libertés des personnes concernées.

[353] En ce sens, X. BIOY, « L'interdiction de recevoir des libéralités pour les membres des professions de santé devant le Conseil constitutionnel. Retour sur la vulnérabilité pensée par le droit », *La Semaine juridique. Édition générale*, 10 octobre 2022, n° 40, p. 1821.
[354] Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018, pt. 6 en droit.
[355] *Ibidem*, pt. 10 en droit.

L'arrêt n° 50 de 2022 relatif à la recevabilité du référendum abrogatif de la disposition législative interdisant l'homicide de la personne consentante – disposition qui avait fait déjà l'objet des deux décisions adoptées lors de l'affaire Cappato – est, lui aussi, particulièrement significatif, car la Cour nuance la position adoptée dans les deux décisions précédentes qui exigeaient une législation sur l'aide à mourir. En effet, elle juge ici qu'il ne faut pas pour autant abroger l'interdiction d'homicide de la personne consentante en ce qu'elle vise aussi à protéger des personnes vulnérables. Elle semble adopter une conception « extensive » de cette notion[356]. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle déclare irrecevable la demande de référendum abrogatif de l'article 509 du Code pénal punissant l'homicide du consentant, au motif que cette disposition, en punissant le fait de donner la mort à une personne avec son consentement, « poursuit le but, comme celle concernant l'aide au suicide (ordonnance n° 207 de 2018), […] de protéger le droit à la vie, avant tout – mais faut-il ajouter : pas seulement – des personnes les plus faibles et les plus vulnérables, par rapport à des choix extrêmes et irréparables, liés à des situations, peut-être seulement temporaires, de difficulté et de souffrance, ou même tout simplement insuffisamment réfléchies »[357]. La Cour indique en particulier que la protection du droit à la vie doit rester en vigueur au sein de l'ordre juridique italien, car « Les situations de vulnérabilité et de faiblesse auxquelles se référaient les décisions susmentionnées de cette Cour [la Cour se réfère ici à l'ordonnance n° 207/2018 et à l'arrêt n° 242/2019] ne se limitent en aucun cas à la minorité d'âges, à la maladie mentale et à la déficience mentale, mais peuvent être liées à des facteurs de nature diverse (pas seulement liés à la santé physique, mais aussi de nature affective, familiale, sociale ou économique) »[358]. Ainsi, la Cour adopte une conception large de la vulnérabilité, ce concept étant susceptible d'être mobilisé dans de nombreuses circonstances, pour des situations temporaires tout comme pour des situations plus consolidées.

3. La mise en relation de la vulnérabilité et de la dignité de la personne humaine

Parmi les éléments qui ressortent de l'analyse jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne, il faut souligner un aspect particulier qui concerne le lien établi par cette Cour entre, d'une part, la situation de vulnérabilité et les difficultés d'ordre économique et social que peuvent rencontrer certaines personnes et, d'autre part, cette situation de vulnérabilité et les possibles atteintes à la dignité de la personne humaine. Cette orientation ressort en particulier de plusieurs décisions intervenues en matière de prostitution et de maternité de substitution.

Tout d'abord, dans la décision n° 141 de 2019, la Cour constitutionnelle valide les dispositions législatives qui sanctionnent pénalement le fait de faciliter ou d'engager des prostituées qui pratiquent l'activité de prostitution *volontairement* et *sciemment*. L'affaire, très médiatisée, concernait le recrutement, par un entrepreneur, de filles « *escort* » pour des « diners galants » organisés dans la résidence de Silvio Berlusconi. Pour valider la disposition du Code pénal qui interdit la prostitution, même lorsqu'elle est

[356] Selon le terme employé par les auteurs de la recherche Giuliano Serges et Leonardo Pace.
[357] Cour constitutionnelle, arrêt n° 50 de 2022, pt. 5.3. en droit.
[358] *Ibidem*, pt. 5.4. en droit.

« choisie » par les personnes qui se prostituent, la Cour affirme que cette disposition se fonde sur l'idée selon laquelle « le choix de pratiquer la prostitution trouve normalement son origine dans *un état de vulnérabilité, lié à des causes individuelles et sociales* (telles que "la destruction de la vie familiale, l'insuffisance de l'éducation, le besoin", "les risques particuliers inhérents à certaines professions" ou le "cadre environnemental" de moralité dégradée) »[359]. Partant de cette conception de la prostitution, liée à l'état de vulnérabilité de la personne qui se prostitue, laquelle peut dépendre à son tour de plusieurs facteurs socio-économiques, la Cour affirme que la disposition législative attaquée est conforme à la Constitution, car elle est sert « la poursuite des valeurs rattachées à la protection des droits fondamentaux des *personnes vulnérables et de la dignité humaine* »[360]. La Cour lie ainsi la vulnérabilité à la dignité de la personne humaine, entendue dans un sens objectif, c'est-à-dire, selon les propres mots de la Cour, « comme un principe qui s'impose quelles que soient la volonté et les croyances de l'individu »[361], ce qui rappelle la conception développée par la jurisprudence du Conseil d'État français *Commune de Morsang-sur-Orge*[362]. Comme le relèvent les auteurs de la recherche jurisprudentielle sur la Cour constitutionnelle italienne[363], ainsi qu'une partie de la doctrine ayant commenté l'arrêt n° 141 de 2019[364], cette orientation fait courir le risque d'imposer une vision moralisatrice et paternaliste, rappelant les notions de moralité publique et de bonnes mœurs appartenant à une époque qui devrait être désormais révolue au sein de l'ordre juridique italien.

Le même type de raisonnement développé dans l'arrêt n° 141 de 2019 se retrouve dans deux décisions relatives à la maternité de substitution. Dans les arrêts n° 33 de 2021 et n° 79 de 2022 la Cour utilise, en effet, la notion de vulnérabilité en se référant aux femmes qui concluent un contrat de maternité de substitution, c'est-à-dire qui acceptent d'entamer une grossesse pour le compte d'autrui. Ici aussi, comme dans le cas relatif à la prostitution, la situation de vulnérabilité est en partie explicitée par la Cour et liée aux difficultés sociales et économiques que rencontre la personne. La Cour affirme en effet que « les accords de maternité de substitution comportent *un risque d'exploitation de la vulnérabilité des femmes qui se trouvent dans des situations sociales et économiques défavorisées* ; situations qui, lorsqu'elles existent, peuvent influencer fortement leur décision de commencer une grossesse dans l'intérêt exclusif de tiers, auxquels l'enfant doit être remis immédiatement après sa naissance »[365]. En outre, dans cet arrêt aussi la Cour constitutionnelle lie la vulnérabilité de la personne aux possibles atteintes à sa dignité, lorsqu'elle affirme que la maternité de substitution « porte intolérablement atteinte à la dignité de la femme et porte profondément atteinte aux relations humaines (arrêt n° 272 de 2017 et, plus récemment, arrêt n° 33 de 2021), soutenant une marchandisation

[359] Cour constitutionnelle, arrêt n° 141 de 2019, pt. 4.3. en droit.
[360] *Ibidem*, pt. 5.4. en droit.
[361] *Ibidem*, pt. 4.1. en droit.
[362] Il s'agit de la célèbre affaire relative au lancer de nain, Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.
[363] Giuliano Serges et Leonardo Pace écrivent dans leur rapport que « Les déclarations faites par la Cour constitutionnelle sont très lourdes, car elles peuvent ouvrir la voie à de dangereuses visions moralistes et paternalistes visant à comprimer l'autodétermination individuelle ».
[364] Voir notamment, R. Bin, « La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019) », *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019 (https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/11/La-libert%C3%A0-sessuale-e-prostituzione.pdf).
[365] Cour constitutionnelle, arrêt n° 33 de 2021, pt. 5.1. en droit (nous soulignons).

inacceptable du corps, souvent au détriment des femmes les plus vulnérables économiquement et socialement »[366].

§ 4 Les conséquences de la référence

La mobilisation du concept de vulnérabilité devant les juges constitutionnels conduit généralement à renforcer la protection des droits et libertés des personnes en situation de vulnérabilité. Il faut toutefois apporter des nuances à ce constat. En effet, alors que le Conseil constitutionnel, dans les rares décisions où il mobilise la notion de vulnérabilité, reste tout de même très fidèle à son attitude traditionnelle de *self restraint* vis-à-vis du législateur, en se limitant à un contrôle abstrait et essentiellement formel de la disposition législative examinée, ce qui peut impliquer paradoxalement une diminution de la protection des droits, la Cour constitutionnelle italienne opère, en revanche et généralement, un véritable contrôle concret de la disposition législative examinée, en vérifiant au cas par cas l'existence de la situation de vulnérabilité tout comme les effets que la loi peut avoir sur cette situation, ce qui conduit à une protection effective des droits et libertés des personnes vulnérables, au prix, parfois, d'un certain activisme judiciaire, source de questionnements.

De manière générale, les décisions recensées montrent que les juges lient la vulnérabilité de la personne à un besoin de protection spécifique de la part du système juridique. Cette protection peut passer par différentes voies, comme celle de la mise en place de régimes juridiques dérogatoires. Ainsi, dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, dans celle concernant la responsabilité pénale des mineurs et des majeurs protégés, ou encore dans la décision de la Cour constitutionnelle relative au témoignage du mineur dans un procès pénal, les juges constitutionnels valident les dispositions législatives contrôlées visant la protection des mineurs, personnes vulnérables par excellence, alors que ces dispositions mettent en place des entorses et des exceptions au droit commun et qu'elles limitent d'autres droits constitutionnellement garantis.

Dans d'autres cas, plus problématiques, la protection des personnes vulnérables passe par la restriction et la limitation de leurs droits et libertés. Dans ces affaires, le juge constitutionnel veille généralement à ce que cette limitation ne soit pas excessive. Toutefois, comme nous l'avons vu à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les personnes dépendantes et leur capacité à disposer, l'intensité du contrôle réalisé par le juge constitutionnel peut avoir un impact sur l'effectivité de la protection apportée. Ainsi, alors que dans la décision du Conseil constitutionnel *Mme Fouzia*, rendue en 2021, le contrôle plus poussé réalisé par le Conseil constitutionnel sur la disposition législative, exigeant la vérification au cas par cas de l'existence d'une situation de vulnérabilité et d'une incapacité à agir de la personne dépendante, conduit à un renforcement de la protection des droits de cette personne, car il délimite la possibilité de les restreindre, dans la décision *Mme Marie M.*, rendue en 2022, le contrôle abstrait réalisé par le Conseil

[366] Cour constitutionnelle, arrêt n° 79 de 2022, pt. 5.2.3. en droit et Cour constitutionnelle, arrêt n° 33 de 2021, pt. 5.1 en droit. Dans le même sens, mais sans la référence à la vulnérabilité, Cour constitutionnelle, arrêt n° 272 de 2017, pt. 4.2. en droit.

constitutionnel et la validation de la présomption irréfragable mise en place par le législateur, sans aucune nuance possible, conduit à une protection réduite, voire à une véritable atteinte du droit de propriété des personnes malades qui seraient pourtant en pleine possession de la capacité de disposer de leurs biens.

Au-delà de ces aspects d'ordre général, l'analyse sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne semble montrer que la mobilisation du concept de vulnérabilité par ce juge lui permet d'adopter des solutions jurisprudentielles très créatives et très audacieuses, conduisant à de véritables empiétements dans la sphère de compétence du législateur. L'affaire Cappato constitue l'une des manifestations les plus significatives de cette démarche[367]. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle était saisie de l'inconstitutionnalité de l'article 509 du Code pénal italien qui interdit l'homicide. L'affaire concernait le cas d'un homme tétraplégique, conscient et cloué dans son lit d'hôpital, qui souhaitait mourir dignement et que Marco Cappato, membre d'une association militant pour la légalisation de l'euthanasie, avait aidé dans cette entreprise en se dénonçant ensuite aux autorités italiennes pour créer un litige stratégique porté devant la Cour constitutionnelle. La Cour avait donné une première réponse dans l'ordonnance n° 207 du 24 octobre 2018[368]. Dans celle-ci, de manière inédite, après avoir constaté que la norme attaquée violait la Constitution italienne en tant qu'elle ne permettait pas l'aide à mourir en faveur de personnes se trouvant dans des conditions particulièrement difficiles, la Cour avait décidé de renvoyer l'audience de onze mois avant de rendre une décision définitive, afin de ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur et lui laisser ainsi le temps de légiférer. Dans cette même ordonnance de 2018 la Cour avait également indiqué au législateur les limites, en énonçant des consignes bien précises à respecter dans la future loi, pour qu'elle puisse être considérée conforme aux exigences constitutionnelles. La Cour intervient donc ici au soutien de l'autonomie décisionnelle des personnes particulièrement vulnérables. Dans un second temps, dans l'arrêt n° 242 de 2019, la Cour constate l'absence d'adoption de la loi dans le délai indiquée et élimine l'inconstitutionnalité constatée en 2018 en comblant le vide normatif à peine créé, par une réserve d'interprétation additive, édictant les normes applicables en l'espèce et dans les cas similaires, en matière de fin de vie et d'assistance au suicide.

Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreuses critiques au sein de la doctrine italienne. Pour ce qui concerne plus particulièrement la question de l'utilisation du concept de vulnérabilité, les auteurs de la recherche Leonardo Pace et Giuliano Serges ont exprimé de nombreuses réserves, en considérant que dans ces décisions, la Cour constitutionnelle

[367] La Cour constitutionnelle adopte la même démarche activiste dans d'autres décisions, notamment dans celles relatives à la protection des droits et libertés des personnes détenues ayant une maladie psychique, considérées par la Cour comme des personnes se trouvant en situation de « double vulnérabilité » (Cour constitutionnelle, arrêt n° 99 de 2019), nécessitant ainsi une protection accrue.

[368] Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018. Sur cette ordonnance qui a fait couler beaucoup d'encre, voir, en langue française, J. VACHEY, Commentaire au sein de la chronique Italie de l'*AIJC*, vol. XXXIV, 2019, p. 985 ; A.-M. LECIS COCCU 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° 2/2019, p. 5 ; G. 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 ? », *RFDC*, n° 120/2019, p. 67 de la version électronique.

ferait un usage « rhétorique » du concept de vulnérabilité, la mobilisation de ce concept, que la Cour ne définit à aucun moment, permettant à la Cour de justifier ses solutions fortement créatives, déliées de tout ancrage textuel, et de s'arroger ainsi un pouvoir arbitraire en envahissant la sphère de compétence du législateur. Nous pourrions considérer cependant, d'un autre point de vue, que c'est précisément en présence de situations de vulnérabilité, impossibles à définir de manière stricte et nécessitant une protection spécifique, que la Cour doit veiller à ce que la protection des droits et libertés soit la plus effective, et qu'elle soit ainsi davantage amenée à remplacer le législateur défaillant. Dans cette optique, le concept de vulnérabilité serait un outil conceptuel maniable et quasiment intuitif, permettant à la Cour d'affirmer qu'elle se trouve en présence de situations nécessitant une protection accrue et ainsi de passer outre les vides textuels, d'ordre procédural ou substantiel, afin de rendre la solution la plus protectrice qui soit des droits et libertés des personnes ayant le plus besoin de protection. Il est tout aussi vrai, cependant, et nous rejoignons ici l'inquiétude exprimée par les auteurs de la recherche sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que le risque d'arbitraire dans ce type de situations est important. Il faudrait ainsi pouvoir le conjurer, pour éviter que la Cour n'adopte de décisions véritablement politiques, éventuellement par une réflexion de la part du juge constitutionnel, aidé en cela par la doctrine, sur la notion de vulnérabilité, ses contours, ses limites, ses conséquences en termes juridiques.

Section II – Les Conseils d'État

Propos préliminaires sur la compétence du Conseil d'État italien

Si la France et l'Italie connaissent toutes deux une dualité de juridictions, judiciaires d'un côté (*giudice ordinario* en italien) et administratives de l'autre, les principes de la répartition des compétences entre les deux ordres diffèrent d'un pays à l'autre. Il importe donc d'exposer brièvement les principes existant en Italie.

La répartition des compétences juridictionnelles dans ce pays repose sur la distinction entre droit subjectif d'un côté, et intérêt légitime de l'autre. Tendanciellement, la compétence du juge administratif s'applique en cas d'atteinte présumée par l'administration à un intérêt légitime, et celle du juge judiciaire en cas d'atteinte présumée par cette même administration à un droit subjectif. La seule présence de l'administration comme partie au litige ne garantit donc pas la compétence du juge administratif ; il faut aussi que soit en jeu un intérêt légitime. Si, en France, la répartition des compétences juridictionnelles ne repose pas non plus exclusivement sur un critère organique, on observe que la compétence du juge judiciaire italien à l'égard de l'administration est plus large, en raison du critère du droit subjectif. Notons toutefois que cette notion ne revêt pas la même acception qu'en France, et que des situations qui seraient regardées comme impliquant un tel droit subjectif dans notre pays sont considérées comme mettant en jeu un intérêt légitime en Italie.

Cette répartition des compétences date d'une loi du 31 mars 1889. Elle a été entérinée par l'actuelle Constitution du 27 décembre 1947. Selon l'article 113, al. 1er de cette dernière, « La protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise contre les actes de l'administration publique ». Son article 103, al. 1er précise pour sa part que : « Le Conseil d'État et les autres organes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection, contre l'administration publique, des intérêts légitimes, ainsi que des droits subjectifs dans des matières particulières indiquées par la loi ». À titre dérogatoire, des lois peuvent donc attribuer compétence au juge administratif en cas de violation d'un droit subjectif par l'administration. En définitive, l'étendue de la compétence du juge administratif dépend d'une part de l'interprétation du critère de « l'intérêt légitime », d'autre part des lois lui attribuant compétence en présence d'un droit subjectif. Le système d'ensemble présente donc une complexité réelle. Il n'est pas utile ici d'entrer dans ses détails mais il importe d'avoir conscience de cette complexité et des distinctions subtiles qui en résultent. Alessia Cozzi, auteure de la recherche pour le Conseil d'État italien, donne l'exemple du droit des étrangers. Le rejet d'une demande de protection internationale ou de protection humanitaire sera considérée comme mettant en cause un droit subjectif, sa contestation relevant donc de la compétence judiciaire ; au contraire, le refus d'un titre de séjour ou le retrait des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile est réputé mettre en jeu un intérêt légitime, et il revient donc au juge administratif d'en connaître. Madame Cozzi signale que la doctrine a évoqué l'idée d'un « nomadisme juridictionnel » auquel peut ainsi être contraint un justiciable selon les situations, justiciable qui aura souvent bien du mal à savoir à quel juge s'adresser.

Signalons enfin, à titre informatif, qu'en Italie les décisions du Conseil d'État peuvent être attaquées devant la Cour de cassation comme ne relevant pas de la compétence du juge administratif ; autrement dit, les conflits autour de la compétence juridictionnelle relèvent de la Cour de cassation – il n'existe donc d'équivalent à notre Tribunal des Conflits. Autre différence avec la France : l'ordre juridictionnel administratif italien ne connaît que deux degrés : les Tribunaux administratifs régionaux au premier degré et le Conseil d'État en appel (Conseil de la justice administrative en appel pour la Région Sicile, lequel Conseil agit comme section du Conseil d'État). Enfin, en tant que juridiction administrative, le Conseil d'État italien comporte six sections (les sections 2 à 7) ; il comporte par ailleurs deux sections consultations, puisque l'instance a aussi, comme en France, une large compétence consultative à l'égard Gouvernement. Ces précisions étant faites sur le contexte italien, signalons que la recherche a porté sur l'ensemble des décisions juridictionnelles des deux Conseils d'État, rendues en première instance (pour le Conseil d'État français), appel ou cassation.

§ 1 L'emploi du terme

La recherche a été faite, comme il a déjà été dit, par Alessia Ottavia-Cozzi, Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine pour l'Italie ; et par Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay, toutes deux Directrices de recherche au CNRS pour la France.

A – Les références expresses

Pour l'Italie, le moteur de recherche de la juridiction administrative est peu maniable (absence de recherche par mot-clé, absence de dates de début ou de fin…). Raison pour laquelle a été utilisée une base de données privée *Dejure*, largement employée dans le pays aussi bien par les universitaires que par les professionnels (magistrats, cabinets d'avocats…). La recherche avec le mot-clé « vulnerabil* »[369] sur la période du 1er janvier 2010 au 10 mai 2023 fait apparaître un total de 291 décisions. Sur cette même période, le Conseil d'État a rendu un total de 85.828 décisions[370]. Par conséquent, les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » apparaissent dans 0,339%. Il faut toutefois rappeler que toutes les décisions comportant une occurrence d'un des deux termes ne sont pas pertinentes, puisque seules sont retenues celles qui traitent de la vulnérabilité d'une personne physique. En définitive, seules 65 décisions sur les 291 issues de la première recherche se sont révélées pertinentes (c'est 0,075% du total des décisions de la période).

[369] Mot-clé proposé par le moteur de recherche ; soulignons qu'il permet de couvrir les occurrences des deux termes vulnérable (*vulnerabile*) et vulnérabilité (*vulnerabilità*).

[370] Il y a un écart entre les décisions présentes dans le moteur de recherche et les vraies, qui sont plus. On le comprend si l'on analyse les données statistiques sur l'activité du Conseil d'État rendues chaque année pour l'inauguration de l'année judiciaire, www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato. Le nombre de recours décidés par le Conseil d'État à partir de 2017 est : 9.990 en 2017 ; 11.055 en 2018 ; 12.151 en 2019 ; 11.811 en 2020 et 11.789 en 2021, 14.718 en 2022. Dans les années précédents : 11.562 en 2012, 10.183 en 2013, 10.309 en 2014, 9.604 en 2015 ; 9.858 en 2016, donc 51.516, in www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/57888/Dati+Statistici.pdf/7ad58b16-63ba-455c-5e55-27d1a1455420. En 2010, 15.534 ; en 2011, 12.616, in file:///C:/Users/aless/Downloads/nsiga_4016796%20(2).pdf. Total dans la période 1.1.2010-31.12.2022 : 151.180. Par souci d'exhaustivité, ces chiffres se rapportent au nombre de recours « formés » - ricorsi definiti, dunque decisi - et non au nombre de décisions, ordonnances et arrêts. Il peut arriver, par exemple, que le juge administratif statue sur plusieurs recours considérés connectés, en prononçant un seul arrêt (art. 70 du code italien de procédure administrative ; le pouvoir de réunir les recours est discrétionnaire).

Le premier constat ressortant de ces données est donc que la thématique de la vulnérabilité est peu abordée – à tout le moins expressément – par la jurisprudence du Conseil d'État italien.

En ce qui concerne la France, une recherche sur la même période (1er janvier 2010 au 10 mai 2023) avec le mot-clé vulnerab* sur le moteur de recherche de la jurisprudence administrative Ariane donne un total de 708 décisions. Le même chiffre ressort de la recherche effectuée sur Legifrance. Sur la même période, en enlevant le mot-clé, la recherche donne un total de 39.205 décisions du Conseil d'État sur Ariane (contre 39.191 sur Legifrance). Les décisions comportant les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » représentent donc 1,8% du total. Le corpus français est donc plus important que celui du Conseil d'État italien, en quantité comme en pourcentage du total (291 décisions en Italie contre 708 décisions pour la France ; et 0,339% contre 1,8%). Le constat demeure, une fois écartées les décisions non pertinentes (ne portant pas sur la vulnérabilité de la personne physique). En effet, il restait alors 478 décisions, soit 1,2% du total des décisions rendues sur la période par le Conseil d'État français (0,075% en Italie). Cette différence semble tenir dans une large mesure au nombre important d'ordonnances de référé-liberté dans lesquelles les mots-clés apparaissent. On verra en effet que cette procédure est très utilisée et se retrouve dans plusieurs contentieux importants sur la vulnérabilité en France.

En ce qui concerne les chiffres français, le plus remarquable réside toutefois dans une répartition très inégale des décisions par année, avec une croissance exponentielle de la mention de la vulnérabilité dans les années récentes (pour toutes les occurrences, soit 708, on a 308 décisions en 10 ans, de 2010 à 2019, puis 398 en un peu moins de trois ans et demi, de 2020 à mai 2023 donc)[371]. L'emploi du terme s'intensifiant, il est intéressant de relever que certaines décisions peuvent être lues au prisme de la vulnérabilité, même si le terme n'apparaît pas expressément sous la plume du juge.

B – La relecture d'une affaire au prisme de la vulnérabilité malgré l'absence du terme dans la décision : l'exemple de la dématérialisation des demandes de titres de séjour en France

Un cas topique de relecture d'une décision au prisme de la vulnérabilité réside dans la décision rendue le 3 juin 2022 par le Conseil d'État français[372]. Ce dernier était saisi d'une demande d'annulation d'un décret du 24 mars 2021 faisant obligation aux étrangers de déposer leur demande de titre de séjour par internet. L'affaire donne l'occasion au Conseil d'État de poser un cadre juridique général à l'obligation faite aux usagers du service public d'accomplir des démarches en ligne. Il est d'abord jugé qu'une telle obligation peut être imposée par le Gouvernement, car elle ne relève d'aucune matière réservée à la loi par la Constitution[373]. Il est ensuite ajouté que toutefois, « le pouvoir réglementaire ne saurait édicter une telle obligation qu'à la condition de permettre l'accès normal des usagers au

[371] La répartition par année est la suivante: 2010: 4 décisions; 2011: 7 décisions; 2012: 9 décisions**;** 2013 : 9 décisions; 2014: 19 décisions; 2015: 36 décisions; 2016 : 30 décisions ; 2017 : 63 décisions ; 2018 : 51 décisions ; 2019 : 80 décisions ; 2020 : 150 décisions ; 2021 : 120 décisions ; 2022 : 97 décisions ; 2023 (fin de la recherche au 10 mai) : 33 décisions.
[372] CE, 3 juin 2022, n° 452798, publié au Lebon.
[373] § 6.

service public et de garantir aux personnes concernées l'exercice effectif de leurs droits. Il doit tenir compte de l'objet du service, du degré de complexité des démarches administratives en cause et de leurs conséquences pour les intéressés, des caractéristiques de l'outil numérique mis en œuvre ainsi que de celles du public concerné, notamment, le cas échéant, de ses difficultés dans l'accès aux services en ligne ou dans leur maniement »[374]. La décision applique enfin ces principes au cas d'espèce. Elle fait valoir à ce titre l'importance de la démarche considérée pour les droits d'un étranger, notamment le droit de se maintenir en France et, le cas échéant, d'y travailler, mais souligne aussi les « caractéristiques du public concerné, la diversité et la complexité des situations des demandeurs » pour déduire que le pouvoir réglementaire doit prévoir des mesures d'accompagnement pour « les personnes qui ne disposent pas d'un accès aux outils numériques ou qui rencontrent des difficultés soit dans leur utilisation, soit dans l'accomplissement des démarches administratives, mais aussi une solution de substitution pour le cas où l'accompagnement aurait échoué pour des raisons tenant à la conception de l'outil ou à son mode de fonctionnement »[375]. Le décret attaqué est déclaré partiellement illégal dans la mesure où il ne prévoit pas une telle mesure de substitution.

Cette affaire traite donc de ce que l'on désigne de plus en plus usuellement comme la vulnérabilité numérique et c'est bien en ces termes qu'elle a été analysée par la doctrine[376]. Une telle analyse paraît tout à fait pertinente. Le décret affectait des personnes potentiellement vulnérables : précarisées par l'attente de la décision sur leur titre de séjour, parfois éloignées du numérique par des conditions socio-économiques difficiles, auxquelles pouvait le cas échéant s'ajouter un handicap (des griefs portaient d'ailleurs sur l'accessibilité du service aux personnes atteintes de handicap, qui sont cependant rejetés). L'enjeu était bien, comme l'écrit le Conseil d'État lui-même, de garantir aux personnes concernées *l'exercice effectif de leurs droits*, effectivité précisément centrale dans notre recherche sur la vulnérabilité.

Autre point d'intérêt de cette décision : le Conseil d'État avait saisi pour avis la Défenseure des droits, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011 relative à cette autorité publique constitutionnelle[377]. Or, la Défenseure, forte des enseignements tirés de nombreuses saisines individuelles, a mis en avant dans son avis les difficultés rencontrées par les usagers à tous les stades de la procédure et les insuffisances du dispositif d'accueil et d'accompagnement mis en place par le ministère[378]. Elle estimait donc que l'absence de solution de substitution était contraire à plusieurs principes juridiques : le principe d'égalité devant le service public, l'interdiction des discriminations à raison de l'âge, du handicap, de l'état de santé, de la particulière

[374] § 9.
[375] § 10.
[376] A.-L. YOUHNOVSKI SAGON, « Le Conseil d'État sensible à la vulnérabilité numérique des étrangers », Lexis-Nexis Veille
[377] Article 33 al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : « Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. »
[378] Décision 2022-061 du 24 février 2022 de la Défenseure des droits, relative à la légalité d'un décret et d'un arrêté mettant en place un téléservice obligatoire pour le dépôt des demandes de titre de séjour, p. 9-13 (en ligne: https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21329)

vulnérabilité résultant de la situation économique, ou encore du lieu de résidence, le principe de continuité du service public ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme[379]. Le Conseil d'État a donc suivi la Défenseure en imposant au pouvoir réglementaire de prévoir une solution de substitution. Cette procédure d'avis nous semble donc précieuse : la Défenseure est une institution particulièrement bien placée pour identifier les difficultés concrètes des personnes grâce aux cas dont elle est saisie et pour formuler des solutions y remédiant. On peut donc se féliciter en l'occurrence qu'elle ait été suivie par le Conseil d'État dans la formulation d'une solution protectrice des droits des usagers potentiellement les plus vulnérables.

On peut en définitive se demander pourquoi cette notion de vulnérabilité ne ressort pas expressément de l'arrêt. Nous pensons à deux raisons potentielles : l'une est contingente, elle tient à l'absence d'emploi des termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » dans les requêtes et les textes invoqués ; l'autre pourrait tenir à la réticence à utiliser spontanément une notion dont les entretiens menés par la sociologue de l'équipe montrent que de nombreux magistrats la tiennent pour floue, ce qui peut susciter une certaine défiance à son égard. Cette raison, formulée naturellement à titre d'hypothèse, pourrait néanmoins être confortée par le constat tiré des affaires dans lesquelles les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » sont au contraire expressément utilisés : la plupart du temps, ces termes apparaissent par simple reprise d'une référence qui les contient. Autrement dit, le Conseil d'État « parle » vulnérabilité quand le texte qu'il doit appliquer, ou la jurisprudence dont il s'inspire, « parle » lui-même « vulnérabilité ». Ce constat fait pour la France se vérifie au demeurant pour l'Italie, ce que démontrent les contentieux les plus représentés devant les deux Conseils d'État.

§ 2 Les contentieux intéressés

Devant le Conseil d'État italien, la plupart des décisions comportant les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » relèvent de trois contentieux ; pour le Conseil d'État français, on peut les regrouper autour de quatre contentieux – ce chiffre plus important paraît cohérent avec le plus grand nombre de décisions comprenant les mots-clés en France. À côté de ces contentieux que l'on peut dire principaux, on en trouve une série d'autres, plus ponctuels ou accessoires : la problématique traitée est isolée ou se retrouve dans peu d'arrêts et il arrive alors que le juge emploie le terme spontanément. Il ressort en effet de l'examen des contentieux dominants que les mots-clés y apparaissent en raison de la reprise d'un texte ou de la jurisprudence d'une autre juridiction.

A- Les contentieux principaux : la reprise du terme d'un texte ou d'une jurisprudence

Deux contentieux numériquement importants sont communs aux deux Conseils d'État : celui relatif à l'asile d'une part, celui relatif à la vulnérabilité à la Covid d'autre part.

Pour ce qui est de l'asile, le caractère commun de la référence à la vulnérabilité tient à ce que la notion a été introduite par le droit de l'Union européenne. Les Cours suprêmes

[379] Décision 2022-061 précitée, p. 19-20.

administratives française et italienne font donc également application de textes nationaux ayant transposé la directive en cause. Cette dernière, déjà cité citée en introduction à la présente recherche[380], est la directive du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale[381]. Son chapitre IV s'intitule « Dispositions concernant les personnes vulnérables » et son premier article fait obligation de tenir compte de la « situation particulière des personnes vulnérables » dans le droit national de transposition. Il est aussi fait obligation aux États d'évaluer si le demandeur « a des besoins particuliers en matière d'accueil ». Or, les deux notions sont liées : est vulnérable le demandeur de la protection internationale qui a des besoins particuliers en matière d'accueil[382]. L'évaluation doit intervenir dans un délai raisonnable après l'introduction de la demande de protection internationale ; l'aide accordée au titre de ces besoins spécifiques doit être maintenue pendant toute la durée de la procédure ; elle doit être mise en œuvre si les besoins particuliers apparaissent pendant celle-ci ; la situation de la personne doit être régulièrement évaluée. Enfin, des dispositions spécifiques concernent les mineurs, mineurs non accompagnés et victimes de violences. Les dispositions internes de transposition se trouvent dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour la France, et dans un décret législatif de 2015[383] en Italie.

On signalera que des dispositions similaires existent dans une autre directive du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale[384], laquelle n'emploie pourtant pas les mots « vulnérable » ou « vulnérabilité ». Ce texte mentionne en effet des demandeurs « nécessitant des garanties procédurales spéciales »[385]. Les États doivent évaluer si le demandeur relève de cette catégorie dans un délai raisonnable après la présentation de la demande de protection internationale ; dans ce cas, un « soutien adéquat » doit lui être accordé tout au long de la procédure d'asile et le besoin doit également être pris en compte s'il apparaît à un stade ultérieur de la procédure. La procédure est donc calquée sur celle d'identification des besoins particuliers en matière d'accueil. En outre, à titre d'exemples de demandeurs pouvant bénéficier de garanties procédurales spéciales, sont citées les victimes « de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle ». On voit donc que les personnes visées sont similaires et l'on s'explique mal pourquoi elles ne sont pas qualifiées de vulnérables. Il est intéressant de souligner que

[380] V. *supra*, introduction, section 1, § 3.
[381] Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.
[382] Selon l'article 22 al. 3 de ce même chapitre, « Seules les personnes vulnérables conformément à l'article 21 peuvent être considérées comme ayant des besoins particuliers en matière d'accueil et bénéficier en conséquence de l'aide spécifique prévue conformément à la présente directive ». Quant à l'article 2, k) de la directive, il définit le « demandeur ayant des besoins particuliers en matière d'accueil » comme toute personne vulnérable, conformément à l'article 21, ayant besoin de garanties particulières pour bénéficier des droits et remplir les obligations prévues dans la présente directive ».
[383] D.lgs 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.*
[384] Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.
[385] Selon l'article 2, d), est un «demandeur nécessitant des garanties procédurales spéciales», le "demandeur dont l'aptitude à bénéficier des droits et à se conformer aux obligations prévus par la présente directive est limitée en raison de circonstances individuelles"

dans les deux cas – demandeurs vulnérables à besoins particuliers en matière d'accueil et demandeurs nécessitant des garanties procédurales spéciales – les articles 2 des directives les définissent comme ceux susceptibles de ne pas bénéficier des droits reconnus par le texte en l'absence de l'aide prévue : l'approche juridique de la vulnérabilité comme absence d'effectivité des droits est donc clairement formulée ici.

Un autre contentieux où la référence à la vulnérabilité est commune aux deux Conseils d'État est celui lié à la Covid. Il n'y a rien là de surprenant puisque la médecine a permis d'identifier des personnes plus particulièrement vulnérables à la maladie, ce dont diverses réglementations ont tenu compte. Madame Cozzi signale qu'en Italie, le contentieux afférent a essentiellement concerné la question des vaccinations obligatoires. La loi italienne avait prévu, comme en France, des obligations de vaccination sélectives, notamment pour certains personnels de santé, avec suspension du service et du traitement en cas de refus de la part de la personne. Le Conseil d'État a généralement été saisi de recours contestant une décision de suspension prise en application de la loi, laquelle ne faisait pas référence à la question de la vulnérabilité. C'est le juge administratif qui a mis en avant la finalité protectrice de la mesure, celle d'une protection des personnes vulnérables à la Covid, en se référant soit à des documents et rapports scientifiques, émanant par exemple de l'Agence européenne du médicament ou de son équivalent national, soit au célèbre arrêt rendu en Grande chambre par la Cour européenne des droits de l'homme le 8 avril 2021, *Vavricka et autres c. République Tchèque*[386]. En bref, la vulnérabilité ici est celle du patient mais le contentieux en cause n'a pas directement pour objet les droits du patient vulnérable, mais au contraire les droits opposés – nous y reviendrons[387].

Le contentieux administratif français lié à la Covid est, pour sa part, un peu plus diversifié. On trouve certes des contestations de l'obligation vaccinale, et une même référence à la protection de la santé des personnes vulnérables comme justification de la mesure[388]. Mais d'autres questions se sont posées, comme celle déjà mentionnée en introduction de la recherche[389] de la liste des critères de vulnérabilité, susceptibles d'ouvrir droit à un dispositif de chômage partiel pour le salarié remplissant les conditions requises. Le Conseil d'État avait ainsi accepté de suspendre une nouvelle liste, plus restrictive, de ces critères en raison d'un doute sérieux sur la légalité de la décision prise ; il avait estimé que le pouvoir réglementaire ne pouvait exclure des pathologies exposant à un risque équivalent ou supérieur à celui découlant de pathologies toujours comprises dans le champ de la mesure et s'était référé, comme son homologue italien, à des travaux scientifiques,

[386] Cour EDH, Gde ch., 8 avril 2021, *Vavricka et autres c. République Tchèque,* n° 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 et 43883/15. Rappelons qu'en l'espèce, la Grande chambre valide l'obligation posée par la législation tchèque de procéder à 9 vaccinations pour les mineurs, en soulignant notamment au titre de la justification de l'ingérence que « l'objectif de la législation pertinente est la protection contre des maladies susceptibles de faire peser un risque grave sur la santé. Sont concernées aussi bien les personnes qui reçoivent les vaccins en question que celles qui ne peuvent pas se faire vacciner et qui se trouvent donc dans une situation de vulnérabilité, dépendant d'un taux élevé de vaccination qui serait atteint parmi l'ensemble de la population pour être protégées contre les maladies contagieuses en cause. Cet objectif correspond aux buts que sont la protection de la santé et la protection des droits d'autrui, visés à l'article 8 de la Convention » (§ 272 de l'arrêt).
[387] V. *infra*, § 4 les conséquences de la référence.
[388] CE, 22 juillet 2022, n° 456195, inédit.
[389] V. *supra*, introduction, section 1, § 3.

en l'espèce ceux du Haut conseil de la santé publique[390]. On trouve de nombreuses autres références à la situation des personnes vulnérables à la Covid dans les ordonnances en référé rendues par le Conseil d'État pendant la pandémie : vulnérabilité des détenus[391], des enfants de 6 à 11 ans appelés à porter un masque à l'école[392], des étudiants[393] ou encore de jeunes travailleurs[394]... Il est vrai que la référence à la vulnérabilité dans ces affaires ne résulte pas toujours d'un texte mais elle fait partie d'un contexte global dans lequel le critère médical de vulnérabilité à la Covid était omniprésent.

Les autres contentieux quantitativement les plus importants sont distincts entre les deux pays. En Italie, il existe un troisième contentieux qui concerne les réglementations, nationales ou locales, prévoyant une distance minimale entre les établissements de jeux et paris et d'autres lieux tels que des écoles ou hôpitaux. Saisie d'une telle réglementation, la Cour constitutionnelle avait souligné la finalité de la mesure, destinée à « à protéger les personnes considérées comme les plus vulnérables, soit en raison de leur jeune âge, soit parce qu'elles ont besoin d'une assistance sanitaire ou sociale, et à prévenir les formes de jeu dites compulsive »[395] ; c'est donc généralement la citation de cette décision qui explique la présence du terme « vulnérable » dans les arrêts du Conseil d'État italien sur le sujet. Ce dernier semble donc particulièrement rétif à une référence spontanée à la vulnérabilité.

En France, on trouve deux autres contentieux majeurs, dont l'un comporte une référence à la vulnérabilité également par citation d'une jurisprudence, cette fois de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'affaires dans lesquelles sont en cause les conditions de détention en général, ou la situation d'une personne détenue en particulier. Le Conseil d'État affirme alors souvent que, « eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration », telle ou telle obligation incombe à l'État. La formule liminaire vient en effet de la jurisprudence strasbourgeoise. Dans certains cas, la référence semble purement platonique, dans la mesure où la question de la vulnérabilité ne joue pas ensuite de rôle dans la motivation ; dans d'autres cas, au contraire, la notion entre véritablement en compte, avec des effets variés, comme on le verra.

Enfin, la référence à la vulnérabilité dans le quatrième et dernier contentieux important devant le Conseil d'État français appelle un peu plus d'explications : on peut en effet considérer qu'elle résulte des textes, mais indirectement. Il s'agit d'affaires relatives au droit à l'hébergement d'urgence, auxquelles on peut assimiler des arrêts, plus rares, sur le droit au logement opposable. Précisons que le code de l'action sociale et des familles consacre le droit à l'hébergement d'urgence en faveur de « toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique ou sociale »[396]. En outre, depuis une ordonnance du Conseil d'État du 10 février 2012, ce droit peut être protégé dans le cadre du référé-

[390] CE, ord. 15 octobre 2020, n° 444425, inédit.
[391] CE, ord., 08 avril 2020, n° 439827; CE, 14 avril 2020, n° 439899 ;CE, 22 avril 2020, n° 440056
[392] CE, ord., 29 décembre 2020, n° 447988
[393] CE, 21 janvier 2021, n° 448736
[394] CE, 1er août 2022, n° 456843
[395] Cour constitutionnelle, arrêt n° 300 du 9 novembre 2011, pt. 3.2. en droit.
[396] Art. L 345-2-2 CASF.

liberté[397]. Bien que la loi fasse référence à la « détresse », et non à la vulnérabilité de la personne, cette dernière notion a été invoquée par un certain nombre de requérants qui n'avaient pu obtenir un hébergement d'urgence, et alléguaient donc une violation grave et manifestement illégale de leur droit compte tenu de leur particulière vulnérabilité. Or, cette expression de particulière vulnérabilité est fréquemment employée par la législation, et en particulier par le CESEDA dans la partie où il établit la procédure d'évaluation de la vulnérabilité du demandeur d'asile, en application de la directive précitée de 2013[398]. Il semble donc que la notion ait circulé d'un domaine – asile – à l'autre – hébergement d'urgence[399] –, notamment parce que les demandeurs d'asile n'ayant pas obtenu de place dans les centres d'accueil dédiés, ou les personnes déboutées de leur demande, se tournent vers l'hébergement d'urgence ; elles invoquent alors leur situation de vulnérabilité pour contester devant le juge du référé-liberté un refus de prise en charge. Il y a donc un phénomène de diffusion de la notion de vulnérabilité à partir des textes européens sur l'asile : le terme se retrouve logiquement dans le contentieux né de l'application des lois de transposition, puis se diffuse au contentieux sur l'hébergement d'urgence dans le cadre duquel les demandeurs d'asile se prévalent de leur vulnérabilité.

En dehors de ces contentieux de masse, qui dominent la jurisprudence dans les deux pays, on trouve encore des décisions dans lesquelles la mention de la vulnérabilité est la simple reprise d'un texte. Par exemple, devant le Conseil d'État français, on trouve des affaires dans lesquelles est contestée une décision administrative faisant suite à des soupçons de commission d'une infraction sur personne vulnérable, ou de condamnation effective pour une telle infraction : référé d'un professeur contre l'arrêté du président de l'université ayant prolongé la suspension de ses fonctions à la suite d'une condamnation pour des faits d'agression sexuelle imposée à une personne vulnérable[400] ; contestation d'un refus de titre de séjour et d'une mesure d'OQTF par un requérant condamné pour « des faits d'exécution de travail dissimulé, emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail et soumission de plusieurs personnes vulnérables à des conditions de travail indignes »[401] ; ou encore contestation d'un refus de renouvellement d'agrément des deux requérants et d'autorisation de la SARL d'exercer une activité de sécurité privée, l'un d'eux étant mis en cause pour soumission d'une personne vulnérable ou dépendante à des conditions de travail indignes[402]. On le voit, la « personne vulnérable » est ici désignée telle par la loi pénale qui a servi de fondement à la condamnation. En outre, la question posée

[397] CE, réf., 10 février 2012, *Fofana*, n° 356456, mentionné dans les Tables du Recueil Lebon.

[398] V. CESEDA, livre V, titre VII, chapitre II, notamment l'article L.522-4:
« Les informations attestant une situation particulière de vulnérabilité sont transmises, après accord du demandeur d'asile, par l'Office français de l'immigration et de l'intégration à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. L'évaluation de la vulnérabilité par l'Office français de l'immigration et de l'intégration ne préjuge ni de l'appréciation par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides de la vulnérabilité du demandeur en application de l'article L. 531-10 ni du bien-fondé de la demande ».

[399] Notons que le Code de l'action sociale et des familles fait lui aussi référence à la vulnérabilité pour l'accès aux centres provisoires d'hébergement destinés aux étrangers s'étant vu reconnaître la qualité de réfugié ou accorder le bénéfice de la protection subsidiaire, dans son article L. 349-3, I, 2ème al. : « Pour l'accès aux centres provisoires d'hébergement, il est tenu compte de la vulnérabilité de l'intéressé, de ses liens personnels et familiaux et de la région dans laquelle il a résidé pendant l'examen de sa demande d'asile ».

[400] CE, ord., 7 mai 2012, n° 358639, inédit.

[401] CE, 15 mai 2013, n° 344716, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

[402] CE, ord., 23 mai 2014, n° 380038, inédit.

ici n'est pas de protéger cette personne vulnérable, mais au contraire de préserver le cas échéant les droits de l'auteur de l'infraction ; on se doute néanmoins que la gravité des faits commis pèse sur l'appréciation du juge, qui valide dans les trois affaires la décision de l'administration.

On trouve toutefois aussi dans les contentieux périphériques des décisions dans lesquelles la mention de la vulnérabilité est faite spontanément par le juge, qui en tire, dans certains cas, des conséquences précises.

B - Les contentieux ponctuels : une référence plus souvent spontanée

Au fil des espèces, on trouve dans les arrêts du Conseil d'État français des références spontanées à vulnérabilité : « vulnérabilité des jeunes face aux violences homophobes »[403] ; situation différente des étudiants de première année et des « autres étudiants, placés au regard de leur formation comme de leur vulnérabilité dans une situation différente »[404] s'agissant de la reprise des cours en présentiel en période de pandémie ; ou encore « situation de vulnérabilité de la personne se présentant comme mineure et privée de la protection de sa famille »[405] dont doit tenir compte le personnel de préfecture quand cette personne se présente aux fins de remplir le fichier AEM … Le juge administratif note dans les deux premiers cas que les mesures prises par l'administration sont fondées sur la nécessité de protéger des personnes se trouvant en situation de vulnérabilité ; il appelle à la prise en compte de la vulnérabilité d'une personne dans une situation concrète dans le troisième cas.

On trouve dans plusieurs autres arrêts une référence intéressante à la vulnérabilité en ce qu'elle va conduire le Conseil d'État à émettre une réserve quant à la constitutionnalité de mesures administratives au regard du principe de protection de la santé consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Une telle motivation est d'autant plus notable que, non seulement la vulnérabilité est mobilisée spontanément par le juge, mais en outre elle l'est alors que le Conseil constitutionnel, saisi de questions similaires, ne s'y était pas référé. La problématique est celle des mesures qui induisent un reste-à-charge pour le patient en matière de soins de santé, reste-à-charge éventuellement couvert par la souscription d'une assurance maladie complémentaire privée ; le risque est donc que des personnes ne pouvant payer cette complémentaire ne renoncent à des soins. Pour la période considérée par la recherche[406], le Conseil d'État se prononce pour la première fois sur la question en 2011, à l'occasion d'un recours en annulation contre un décret augmentant les montants du forfait journalier hospitalier.

Après avoir cité l'alinéa 11 du préambule de 1946, il juge alors que : « le respect des exigences découlant de ces dispositions par une mesure qui accroît le montant laissé à la charge des assurés sociaux à raison de leurs dépenses de santé doit être apprécié, s'agissant notamment de l'incidence de cette mesure sur la situation des personnes les

[403] CE, 15 octobre 2014, n° 369965, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.
[404] CE, ord., 21 janvier 2021, n° 448736, inédit.
[405] CE, 5 février 2020, n° 428478.
[406] Pour la période antérieure à la recherche, v. déjà, dans le même sens, CE, 6 mai 2009, n° 312462, *Association FNATH et a.*, publié au Recueil Lebon.

plus vulnérables ou défavorisées, en tenant compte, d'une part, de l'ensemble des autres dispositions en vertu desquelles des frais de soins sont déjà susceptibles d'être laissés à la charge des assurés sociaux et, d'autre part, du coût et des effets, sur ces restes à charge, de la souscription d'un contrat d'assurance complémentaire de santé »[407]. Le Conseil d'État livre donc une grille d'analyse de la constitutionnalité de la mesure et de son incidence sur l'accès aux soins en général, avec une attention particulière due à la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées. À cet égard, il constate toutefois que le forfait journalier est pris en charge par une complémentaire santé sans contrepartie contributive pour les personnes dont les revenus ne dépassent pas un plafond prévu par l'article L 861-1 du code de la sécurité sociale, ce qui est de nature à assurer l'accès aux soins des personnes les plus vulnérables ou défavorisés. Il reste que la prise en compte de ces dernières est d'autant plus remarquable qu'elle demeure, comme on l'a déjà dit, sans équivalent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le même sujet. Signalons enfin que la grille de lecture en question a été appliquée à trois autres reprises depuis[408], sans conduire toutefois à l'annulation des mesures administratives attaquées. Il reste que le Conseil d'État français est un peu plus enclin que son homologue italien à la prise en compte spontanée de la question de la vulnérabilité, et n'hésite pas alors à faire jouer un rôle à la notion dans sa motivation.

§ 3 La caractérisation de la vulnérabilité

En ce qui concerne la façon dont les deux Conseils d'État appréhendent les situations de vulnérabilité, le constat est le même que celui dressé par ailleurs dans la recherche pour les autres juridictions : les décisions ne définissent pas la notion, mettant simplement en avant le cas échéant des facteurs de vulnérabilité. Encore cette identification de facteurs de vulnérabilité n'est-elle pas systématique. On le constate dans les références spontanées à la vulnérabilité faites par le Conseil d'État français. Dans les affaires qui viennent d'être citées sur les reste-à-charge en matière de soins, le juge français s'est référé à « la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées », sans plus de précision. S'agissant d'affaires posant la question de l'effectivité de l'accès aux soins, on peut imaginer que ces personnes sont vulnérables pour des raisons socio-économiques – ce qui recoupe alors la référence aux personnes défavorisées – ou pour des raisons sanitaires – elles ont besoin de soins réguliers et/ou coûteux, raison pour laquelle la mesure peut peser davantage sur elles en l'absence même de situation socio-économique difficile… En examinant concrètement la mesure, le Conseil d'État relève l'existence d'une complémentaire santé gratuite en-deçà d'un certain plafond de revenus, ce qui situe la vulnérabilité essentiellement sur le terrain socio-économique. Quoi qu'il en soit, la mesure attaquée est d'ordre général et pour la contrôler, le juge n'a pas besoin de spécifier ou évaluer la vulnérabilité effective de personnes données.

Le cas le plus fréquent aussi bien en France qu'en Italie est toutefois celui dans lequel la mention de la vulnérabilité résulte de la référence à un texte ou une

[407] CE, 26 juillet 2011, n° 337065, inédit.
[408] CE, 27 juillet 2012, n° 349173, mentionné aux tables du Recueil Lebon ; CE, 26 octobre 2012, n° 352210, mentionnée aux tables du Recueil Lebon ; CE, 17 juin 2019, n° 418512, mentionné aux tables du Recueil Lebon : l'arrêté attaqué est bien annulé mais pour incompétence.

jurisprudence qui comporte le mot. La question est alors de savoir si ce texte ou cette jurisprudence prédéterminent ou non les situations de vulnérabilité à prendre en considération. En matière d'asile, la directive européenne de 2013 oblige à prendre en compte les « personnes vulnérables telles que telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les victimes de mutilation génitale féminine ». La liste, comme l'indique la locution « telles que » est indicative, et ne prédétermine donc pas totalement les situations de vulnérabilité potentielle. On retrouve ce caractère indicatif dans les textes de transposition dans les deux pays : article L. 522-3 du CESEDA en France et article 17 du décret législatif de 2015 en Italie. En outre, l'appréciation de la vulnérabilité incombe d'abord à l'administration, qui doit répondre aux besoins particuliers du demandeur en matière d'accueil en cas de vulnérabilité avérée. En France comme en Italie, le juge administratif est alors conduit à contrôler l'appréciation faite de cette vulnérabilité et les conséquences déduites à l'occasion d'un contentieux sur les conditions d'accueil ; on note que dans les deux pays, il s'agit souvent de contestations liées au retrait des conditions matérielles d'accueil – qui relèvent d'un intérêt légitime en droit italien – ou liées à l'absence d'offre d'hébergement. L'administration d'abord, le juge ensuite, sont donc tenus de considérer comme vulnérables les catégories citées par la directive, et reprises par les textes de transposition, mais peuvent aussi prendre en compte d'autres situations de vulnérabilité.

En ce qui concerne les contentieux dans lesquels c'est une jurisprudence qui est citée, deux situations différentes se présentent. Dans le contentieux italien sur les distances entre établissements commerciaux de jeux et certains autres établissements, les personnes vulnérables ont été identifiées par la Cour constitutionnelle italienne comme « les sujets psychologiquement plus vulnérables ou immatures » – mineurs, personnes en soins… La décision constitue donc une grille d'analyse pour le Conseil d'État pour le contrôle des mesures administratives en la matière. En revanche, s'agissant du contentieux lié à la détention en France, les choses se présentent différemment. Le juge administratif français tend à citer la formule, reprise de la jurisprudence européenne, qui met en avant « la vulnérabilité des détenus » et « leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration ». Il y a donc une présomption selon laquelle la personne détenue est, du fait même de cette situation, dans un état de vulnérabilité. Pour autant, on observe que cette dernière notion ne joue en général un rôle véritable dans l'affaire que si un facteur plus spécifique de vulnérabilité est identifié par ailleurs. Autrement dit, même si la référence au terme est empruntée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette dernière ne limite pas le juge interne dans son appréhension des situations de vulnérabilité à prendre en compte selon le litige. En outre, et surtout, la seule considération de la situation de détention conduit rarement à se pencher sur la vulnérabilité du requérant, un autre facteur étant nécessaire.

Au titre des facteurs de vulnérabilité s'ajoutant à la situation de détention, on peut donner comme exemple du handicap. Dans un arrêt de 2013, le Conseil d'État était saisi

par un détenu ne pouvant se déplacer qu'en fauteuil roulant, qui avait d'abord été placé en cellule ordinaire avant d'obtenir un placement en cellule médicalisée. Il demandait réparation du préjudice subi pour la période où il était placé en cellule ordinaire. Le Conseil d'État cite l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que la loi pénitentiaire française de 2009, pour en déduire le droit de tout prisonnier « à être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine »[409]. Il juge ensuite que, « en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes »[410]. En l'espèce, le recours est rejeté, la cour d'appel ayant procédé à une appréciation souveraine des faits « exempte de dénaturation ». On trouve ici une limite à l'office du juge de cassation quant à l'appréciation des faits, et donc de la vulnérabilité qui est précisément factuelle. Pour y remédier, le Conseil d'État livre ici une grille d'analyse permettant au juge du fait d'apprécier l'éventuelle atteinte au droit à des conditions de détention conformes à la dignité, pointant des facteurs de vulnérabilité à prendre en compte. Cela confirme en définitive le pouvoir d'appréciation du juge vis-à-vis de cette vulnérabilité, qui n'est pas constituée du seul fait de la détention, mais résulte d'un contexte d'ensemble.

Le dernier contentieux de masse en France est celui de l'accès à l'hébergement d'urgence, parfois au DALO ; on a déjà signalé à son propos que la notion de vulnérabilité semble y avoir été importée depuis la législation sur l'asile. Les textes législatifs en la matière ne mentionnent en effet pas cette notion, évoquant une situation de détresse s'agissant de l'hébergement d'urgence. Les arrêts ou ordonnances en référé du Conseil d'État sont toutefois nombreux à examiner la question de savoir si la personne, comme elle le prétend, se trouve bien dans une situation de particulière vulnérabilité devant justifier une injonction à l'administration de lui fournir un hébergement. Délié ici de toute liste légale tenant par exemple à l'âge, la maladie ou autre, le juge tend donc à délivrer une interprétation restrictive de la notion ; cette remarque fait toutefois passer, de la question de la définition à celle des fonctions jouées par la vulnérabilité, qu'il convient maintenant d'examiner.

4 § Les conséquences de la référence

La conséquence attendue de la référence à la vulnérabilité, quelle que soit la juridiction ou l'autorité concernée, est une protection spécifique de la personne vulnérable, adaptée au contexte et devant permettre une jouissance effective de ses droits. Or, la conclusion ressortant de l'analyse de la jurisprudence des Conseils d'État appelle à une conclusion beaucoup plus nuancée. Il faut d'abord compter avec les affaires - qui se retrouvent il est vrai dans les autres jurisprudences - dans lesquelles malgré la présence

[409] C.E., Sect. n° 363290, 6 décembre 2013, publié.
[410] *Ibid*., § 3 de l'arrêt.

du mot, la notion n'a pas de rôle véritable dans la motivation. Pour le reste, même quand la question de la vulnérabilité est prise en compte, elle joue certes une fonction protectrice de la personne vulnérable dans certains cas, mais aussi paradoxalement une fonction restrictive des droits dans d'autres.

A - La fonction de protection de la personne vulnérable

Il faut d'abord rappeler que les obligations spécifiques à mettre en œuvre à l'égard d'une personne vulnérable peuvent être spécifiées par le texte que le juge doit appliquer. C'est en partie le cas, une nouvelle fois, dans le domaine de l'asile : on a déjà expliqué que l'identification des demandeurs de la protection internationale vulnérables doit, selon la directive européenne de 2013, permettre de répondre à leurs « besoins particuliers en matière d'accueil »[411]. Lesdits besoins vont varier selon la personne vulnérable, et leur nature concrète ne dépend donc pas directement de la directive ni de la législation de transposition, mais d'une appréciation de l'administration ; il reste que ce sont bien les textes ici qui posent directement le principe d'une protection spécifique de la personne vulnérable (en plus des obligations procédurales posées par la directive elle-même : évaluation suffisamment rapide de la vulnérabilité, réévaluation régulière de la situation de la personne *etc*).

L'objet de la recherche étant toutefois d'analyser la façon dont *le juge* se sert de la notion de vulnérabilité pour promouvoir l'effectivité des droits, c'est donc sur les solutions jurisprudentielles que nous nous concentrerons. Si l'on reprend l'exemple de l'asile, le soin mis à la protection des personnes vulnérables par les textes européens peut être traduit par le juge interne en une obligation de motivation renforcée pour certaines décisions ; c'est ce que relève Madame Cozzi, en citant un arrêt du Conseil d'État italien du 8 mai 2019, rendu à propos d'une décision de retrait des conditions matérielles d'accueil d'un demandeur. Sur ce point, la directive dispose que : « *Les décisions portant limitation ou retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil ou les sanctions visées aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement et sont motivées. Elles sont fondées sur la situation particulière de la personne concernée, en particulier dans le cas des personnes visées à l'article 21, compte tenu du principe de proportionnalité*. […] »[412] - les personnes visées par l'article 21 étant les personnes vulnérables. Dans l'espèce soumise au Conseil d'État italien, le retrait des conditions d'accueil avait concerné un adulte, souffrant de cataracte, et arrêté pour avoir vendu de modestes quantités de haschich. Or, sans même prendre position sur la gravité de la maladie, le juge administratif suprême estime que la mesure manque de motivation compte tenu des conditions personnelles du demandeur et qu'elle est donc illégitime en soi[413].

En France aussi, la question du retrait des conditions matérielle d'accueil (CMA) a nourri un important contentieux. Le Conseil d'État avait censuré dans un arrêt de 2018

[411] Article 21 de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.
[412] Article 20 § 5, al. 1er de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.
[413] Cons. St., sez. III, 8 mai 2019, n. 2994.

les dispositions du CESEDA, dans leur rédaction issue de la loi du 10 septembre 2018, en ce qu'elles créaient « des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances particulières et en excluant, en cas de retrait, toute possibilité de rétablissement de ces conditions », en violation des objectifs de la directive précitée[414]. Il précisait que l'incompatibilité relevée impliquait que les demandeurs d'asile ayant été privés du bénéfice des conditions matérielles d'accueil en vertu d'une décision prise après le 1er janvier 2019, puissent demander le rétablissement de ce bénéfice. Il terminait cependant en notant que l'Office français de l'immigration et de l'intégration devait statuer sur une telle demande « en appréciant la situation particulière du demandeur à la date de la demande de rétablissement au regard notamment de sa vulnérabilité, de ses besoins en matière d'accueil ainsi que, le cas échéant, des raisons pour lesquelles il n'a pas respecté les obligations auxquelles il avait consenti au moment de l'acceptation initiale des conditions matérielles d'accueil »[415]. On voit que la vulnérabilité est citée au premier rang des critères devant être pris en considération pour le rétablissement des CMA, ce qui joue bien dans le sens d'une protection spécifique des demandeurs identifiés tels.

Au-delà de la question des conditions d'accueil, l'appartenance à une catégorie dite vulnérable par l'article 21 précité de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 peut avoir un impact sur l'obligation de motivation pesant sur l'administration en France aussi. On en trouve une illustration dans le cadre d'un référé-liberté porté devant le Conseil d'État français. En l'espèce, la requérante, victime d'un réseau de prostitution, a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ; formulant une demande d'asile, elle se voit refuser une autorisation provisoire de séjour par le préfet le temps que la Cour nationale du droit d'asile statue sur son recours. Selon le Conseil d'État, il résulte de l'instruction, « que les circonstances de la venue et du séjour en France de l'intéressée dont fait d'ailleurs état la décision de l'OFPRA du 30 mars 2012, caractérisent une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'eu égard à ces circonstances particulières qui révèlent la vulnérabilité de Mme A, le préfet de police a, en l'espèce, porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile en estimant que la demande formulée par l'intéressée avait été exclusivement présentée afin de faire échec à la mesure d'éloignement dont elle faisait l'objet et en lui refusant le bénéfice de l'admission provisoire au séjour jusqu'à ce que la Cour nationale du droit d'asile ait statué sur sa demande »[416].

Dans la généralité des cas, toutefois, les facteurs de vulnérabilité ne sont pas spécifiés. C'est le juge qui les identifie et une solution protectrice est plus facilement mise en œuvre en cas de cumul de tels facteurs, ou en faveur des personnes que le juge désigne comme « les plus vulnérables ». On l'observe en France dans le cadre des nombreux recours en référé, référé-suspension ou plus souvent référé-liberté, qui permettent au juge administratif de délivrer une appréciation circonstanciée des faits de l'espèce. On voit alors que le juge de l'urgence est particulièrement sensible au cumul de vulnérabilités, c'est-à-dire à une forme de vulnérabilité « qualifiée » (alors qu'une vulnérabilité « simple »

414 CE, 31 juillet 2019, n° 428530, publié.
415 *Ibid*.
416 CE, réf., 15 mai 2012, 359106, inédit.

sera rarement gage de succès). On peut l'illustrer par une ordonnance récente qui concerne un contentieux social encore peu courant, mais appelé sans doute à se développer. Il s'agit de la question du devenir des enfants pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance (ASE) quand ils atteignent leur majorité. Pour éviter ce que l'on appelle les « sorties sèches » de l'ASE, la loi du 7 février 2022 relative à la protection des enfants a consacré un droit des jeunes majeurs de moins de 21 ans ayant été pris en charge avant leur majorité à une nouvelle prise en charge temporaire, lorsqu'ils ne disposent pas de ressources ou d'un soutien familial suffisant[417]. Dans une ordonnance de référé du 15 novembre 2022, le Conseil d'État estime que la condition d'urgence est remplie au regard de « l'extrême vulnérabilité » de la requérante, « âgée de 19 ans, suivie au centre médico-psychologique de Thiais et enceinte de cinq mois, dépourvue de soutiens familiaux en France, sans ressources, actuellement sans domicile fixe et logée de manière ponctuelle et précaire à l'hôtel par les services du service intégré de l'accueil et de l'orientation du Val de Marne ».[418] Il reconnaît ensuite le caractère grave et manifestement illégal de l'atteinte à la liberté de la requérante, qui remplit les conditions légales du droit à la prise en charge du jeune majeur, « dès lors qu'il est constant qu'elle ne bénéficie d'aucun soutien familial ni d'aucune ressource ni d'aucune solution d'hébergement présentant le minimum de stabilité que nécessite son état de grossesse »[419]. Il est enfin enjoint au département de procéder au réexamen de la demande de renouvellement du contrat de jeune majeur de la requérante, de lui procurer une solution d'hébergement et une prise en charge de ses besoins alimentaires, sanitaires et médicaux

Signalons qu'ici la vulnérabilité est prise en compte dès le stade de l'établissement de l'urgence, alors que dans l'affaire précitée relative à un refus de titre de séjour opposé à la victime d'un réseau de prostitution, la vulnérabilité est plutôt mise en avant au stade de l'appréciation de la légalité de l'atteinte ; les raisons présidant au choix de l'une ou l'autre solution ne nous paraissent pas claires

La référence aux « personnes les plus vulnérables » se retrouve dans plusieurs affaires se soldant, comme on s'en doute, par une solution protectrice pour les personnes en cause. On peut citer en ce sens un arrêt de 2014 ayant mis fin à un litige de plusieurs années entre l'Observatoire international des prisons (OIP) et la direction de la maison d'arrêt pour femmes de Fleury-Mérogis. À la suite d'expertises et de visites parlementaires ayant établi que les quartiers disciplinaires de cet établissement étaient dans un état particulièrement dégradé, et même « immonde »[420], l'OIP en avait demandé la fermeture

[417] Article L. 222-5, 5° du code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction issue de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants :
« Sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance sur décision du président du conseil départemental : […]
5° ° Les majeurs âgés de moins de vingt et un ans et les mineurs émancipés qui ne bénéficient pas de ressources ou d'un soutien familial suffisants, lorsqu'ils ont été confiés à l'aide sociale à l'enfance avant leur majorité, y compris lorsqu'ils ne bénéficient plus d'aucune prise en charge par l'aide sociale à l'enfance au moment de la décision mentionnée au premier alinéa du présent article et à l'exclusion de ceux faisant l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français en application de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ».

[418] CE, ord. 15 novembre 2022, n° 468365, inédit.

[419] *Ibid*.

[420] Propos du sénateur Louis Mermaz rapportés par l'OIP sur son site internet : https://oip.org/analyse/le-conseil-detat-annule-le-refus-du-directeur-de-fleury-de-fermer-le-quartier-disciplinaire-des-femmes/

à la direction, qui s'y était refusé. Statuant en dernier ressort, le Conseil d'État reprend la formule, déjà citée, selon laquelle « l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de la vulnérabilité de ces personnes, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements »[421]. Il juge ensuite que, « dans les circonstances particulières de l'espèce, l'exécution de la décision litigieuse du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis pouvait avoir pour effet d'exposer les détenues les plus vulnérables, au sens exposé au point 8, ou celles sanctionnées par les mises en cellule disciplinaire les plus longues, à des épreuves physiques et morales, […] qui […] excédaient le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et étaient, dès lors, attentatoires à la dignité des intéressées »[422].

On peut enfin citer un dernier exemple intéressant en ce qu'il intervient dans un domaine dans lequel le Conseil d'État fait montre de réticence dans la reconnaissance des situations de vulnérabilité : il s'agit des demandes en référé-liberté tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de fournir à une personne ou une famille un hébergement d'urgence. On sait le dispositif saturé, et sollicité néanmoins par des demandeurs d'asile n'ayant pas de place dans les dispositifs qui leur sont normalement dédiés, ou par des personnes en situation irrégulière, que le code de l'action sociale et des familles n'écarte en aucun cas du droit reconnu. Ces circonstances factuelles incitent vraisemblablement le juge administratif à la prudence dans le prononcé d'injonctions, les conditions posées à la reconnaissance d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale étant particulièrement sévères. Il faut en effet que soit constatée une « carence caractérisée » dans l'accomplissement de la mission d'hébergement d'urgence incombant à l'État et que cette carence « entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée ». Selon le Conseil d'État, « Il incombe au juge des référés d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée ». On notera que les derniers critères cités - âge, état de santé et situation de famille - ne sont pas sans faire penser à d'éventuels critères de vulnérabilité. Cette dernière notion est régulièrement invoquée par les requérants, et joue donc un rôle décisif dans le contentieux en cause.

Dans une ordonnance du 26 décembre 2022, le Conseil d'État est saisi par l'administration, qui lui demande d'annuler l'ordonnance du tribunal administratif, ayant enjoint au préfet d'Île-de-France l'hébergement d'urgence d'une famille de trois personnes, d'abord hébergée dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile, puis contrainte de le quitter à la suite de l'octroi de l'asile à leur enfant. La petite fille est âgée d'un an et la mère est enceinte de huit mois. Le Conseil d'État relève que « le refus du préfet de leur procurer un hébergement d'urgence révèle, eu égard à la situation particulière de cette famille qui la place sans doute possible parmi les familles les plus vulnérables, une carence de l'État justifiant que soit ordonné, au motif d'une atteinte grave et manifestement

[421] CE, 30 décembre 2014, n° 364774.
[422] *Ibid*.

illégale au droit à l'hébergement d'urgence, de prendre les mesures pour mettre à l'abri cette famille »[423]. Le juge a commencé par faire état des données sur l'insuffisance de l'hébergement d'urgence en Île-de-France et à Paris, qui ressortent de l'instruction[424]. On peut envisager ces précisions comme une façon de rappeler à l'État qu'il ne peut se soustraire à ses obligations légales en matière de droits humains en ne prévoyant pas les moyens suffisants pour y faire face. La formule sur « la situation particulière de cette famille qui la place sans doute possible parmi les familles les plus vulnérables » a été réutilisée dans des ordonnances ultérieures[425]. Cela étant, il faut reconnaître que les ordonnances les plus nombreuses en la matière font au contraire preuve de mansuétude à l'égard de l'administration, acceptant une interprétation restrictive de la vulnérabilité qui revient à lui faire jouer une fonction de filtre dans l'accès aux droits. Il convient donc d'envisager ce versant en quelque sorte négatif de la notion, qui aboutit à lui faire jouer un rôle de restriction des droits et libertés.

B - La fonction de restriction des droits et libertés

S'agissant de cette fonction de restriction des droits et libertés, une importante distinction doit être faite. Dans un premier cas, les droits des personnes vulnérables sont invoqués comme motif de restriction des droits et libertés d'autres personnes. On se situe donc dans le contexte, en quelque sorte classique, d'un conflit de droits ; la fonction de restriction nous paraît alors pleinement légitime quant à son principe (ce qui n'empêche pas évidemment une appréciation critique des solutions retenues au cas par cas, dans chaque conflit de droits tranché). Dans un second cas, en revanche, la fonction de restriction est contestable ; comme nous l'avons esquissé à propos du droit à l'hébergement d'urgence, elle repose sur une interprétation très stricte de la vulnérabilité, qui revient à exclure de la protection juridictionnelle ceux qui ne répondent pas à cette définition et qui sont pourtant bel et bien vulnérables.

1°/ Les droits des personnes vulnérables comme motif de restriction des droits et libertés d'autrui

On retrouve cette fonction de restriction des droits et libertés d'autrui dans pas moins de deux des trois contentieux qui prédominent numériquement en Italie : celui sur les distances obligatoires entre les établissements de jeux et d'autres établissements accueillant des personnes potentiellement vulnérables, et celui sur les vaccinations obligatoires du personnel soignant pendant l'épidémie de Covid. Le juge peut alors être saisi, soit de la mesure générale dont la légalité est contestée dans le cadre d'un

[423] CE, ord., 26 décembre 2022, n° 469676.

[424] « D'autre part, il résulte de l'instruction que malgré les efforts de l'État pour accroître les capacités d'hébergement d'urgence à Paris et dans la région d'Ile-de-France, l'ensemble des besoins les plus urgents, en constante augmentation, ne peut être satisfait. Tel est notamment le cas pour les familles avec des enfants alors même que par une instruction du 10 novembre 2022, le ministre chargé de la ville a mis en place un plan d'urgence " enfants à la rue " pour la période hivernale. Si le plan " Grand froid " déclenché le 12 décembre 2022 a permis de disposer de 399 places supplémentaires d'hébergement à Paris à la date du 20 décembre, ces dernières demeurent insuffisantes. Le 115 a ainsi reçu 14 464 appels le 19 décembre mais seuls 903 ont obtenu une réponse ».

[425] Sur cette tendance jurisprudentielle, v. DJEMAOUN (S.), « Hébergement d'urgence : le référé liberté au soutien des enfants dans la rue », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 24 | 2023, mis en ligne le 26 mai 2023, consulté le 29 juillet 2023. DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.18151

contentieux objectif, soit des décisions d'application de cette mesure générale à un cas concret. Dans les deux cas, toutefois, la référence à la protection des personnes vulnérables est rappelée comme étant l'objectif poursuivi par la loi, sans que la situation particulière d'une personne vulnérable soit en jeu.

Le Conseil d'État italien a eu l'occasion de prendre une position de principe sur la question, à l'occasion d'un recours contre les mesures adoptées par la Région Frioul-Vénétie-Julienne pour faire appliquer la vaccination obligatoire sélective prévue par la loi nationale. Sans qu'il soit utile ici d'entrer dans les détails de ce long arrêt de 78 pages, on signalera qu'il met en avant la finalité de la loi, qui est d'assurer la santé des personnels soignants d'une part, mais aussi celle des patients et usagers des établissements sanitaires publics et privés, « et plus particulièrement des catégories les fragiles et des sujets les plus vulnérables »[426]. Il cite la jurisprudence constitutionnelle, mais aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme précité du 8 avril 2021. Celui-ci relevait déjà la double finalité d'une obligation vaccinale posée par la législation tchèque : « Sont concernées aussi bien les personnes qui reçoivent les vaccins en question que celles qui ne peuvent pas se faire vacciner et qui se trouvent donc dans une situation de vulnérabilité, dépendant d'un taux élevé de vaccination qui serait atteint parmi l'ensemble de la population, qui pourraient être exposées à un risque en cas de baisse de la couverture vaccinale »[427]. La Cour de Strasbourg en concluait que les « buts légitimes » poursuivis, susceptibles de justifier l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée, étaient la protection de la santé et la protection des droits d'autrui.

Les droits d'autrui sont donc en l'occurrence ceux des personnes vulnérables (ici dans l'impossibilité de se faire vacciner), et l'analyse conduite par la Cour européenne comme par le Conseil d'État confirment l'hypothèse d'un conflit de droits, somme toute assez usuelle. Beaucoup plus problématique est en revanche la fonction restrictive jouée dans un autre cas par la notion de vulnérabilité, au détriment de personnes vulnérables elles-mêmes.

2°/ L'interprétation restrictive de la vulnérabilité comme filtre : le rejet de la protection des « pas assez vulnérables »

Il a été rappelé ci-dessus les conditions assez strictes auxquelles est subordonné le constat d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dans le cadre du référé-liberté en matière d'hébergement d'urgence. Or, l'application qui est faite de ces conditions par le Conseil d'État français, et à sa suite par les tribunaux administratifs, tend à aboutir systématiquement au rejet de la demande quand le requérant ne présente pas *un cumul de facteurs de vulnérabilité particulièrement lourd*. Ce faisant, le Conseil d'État valide une pratique de priorisation des demandes, mise en œuvre par l'administration en l'absence de moyens suffisants affectés au secteur, et malgré la volonté expresse du législateur de consacrer un droit, souvent qualifié d'inconditionné. Cette pratique de priorisation n'est pas un secret. Dans la toute première

[426] Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, § 31.1.
[427] § 272

ordonnance, datant de 2012, dans laquelle le Conseil d'État applique le droit à l'hébergement d'urgence dans un référé-liberté, elle est même revendiquée par le ministre des Solidarités et de la cohésion sociale. En effet, dans son mémoire en défense, cité par le juge, le ministre n'hésite pas à faire valoir que « dans un contexte de demande particulièrement forte, rien n'interdit à l'administration d'établir une hiérarchie dans les situations d'urgence en fonction des dispositions relatives à la maîtrise des entrées, des personnes placées dans des situations différentes pouvant être traitées différemment ; que, dès lors, l'administration doit pouvoir établir un ordre de priorité d'accès à l'hébergement d'urgence, au regard duquel les hommes seuls et sans difficulté de santé peuvent être considérés comme étant les moins vulnérables »[428].

Certes, l'argument n'est pas expressément validé par le juge. Néanmoins, ce dernier introduit dès cette ordonnance de 2012 les conditions d'appréciation restrictives de l'atteinte au droit, dont l'application donnera en pratique raison au ministre, sans l'avouer expressément. Pour illustrer la sévérité de cette position du Conseil d'État, il suffit de donner quelques exemples d'ordonnances refusant d'enjoindre à l'administration d'attribuer un hébergement d'urgence : de tels refus ont été prononcés dans le cas d'une femme avec un enfant de 7 ans[429] ; une famille avec une enfant de 10 ans et une mère souffrant de plusieurs pathologies, dont un diabète de type 2[430] ; une famille avec deux enfants de 9 et 4 ans, la maman étant enceinte de quelques mois[431] ; un homme à la rue depuis la fin de son contrat jeune majeur et dont le juge reconnaît qu'il se trouve « dans une situation de particulière vulnérabilité en raison de troubles psychiatriques sérieux »[432] (l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté tenant ici à l'existence à son égard d'une obligation de quitter le territoire français, à sa situation de famille et à son âge et de la « saturation actuelle du dispositif d'urgence du département de l'Isère, les 2096 places disponibles étant intégralement occupées au 17 mai 2022 »).

On voit à travers ces exemples que des situations d'évidente vulnérabilité, ou encore de « détresse » selon le terme employé par la disposition du code qui consacre le droit à l'hébergement d'urgence, ne donnent pas lieu au prononcé d'une injonction. Il semble que l'atteinte grave et manifestement illégale soit pourtant caractérisée, le Conseil d'État ne faisant que hiérarchiser les vulnérabilités en l'absence de places d'hébergement en nombre suffisant. En outre, pour opérer cette hiérarchisation, il prend en compte des critères contestables. Dans le cas de l'homme atteint de troubles psychiatriques, il mentionne ainsi l'existence d'une obligation de quitter le territoire français prise à son encontre. Cela renvoie à une position développée dès 2013[433], selon laquelle le débouté du droit d'asile ou la personne faisant l'objet d'une OQTF ne peuvent en principe revendiquer le bénéfice du dispositif de l'hébergement d'urgence ; cette affirmation n'a aucun appui dans la loi, le Conseil d'État commençant même par relever que l'accès à cet hébergement d'urgence n'est pas, « s'agissant des ressortissants étrangers, subordonné à une condition

[428] CE, ord., 10 février 2012, n° 356456, mentionné aux tables du Recueil Lebon.
[429] CE, 7 novembre 2014, n° 385536, inédit.
[430] CE, 10 novembre 2022, n° 468570, inédit.
[431] CE, ord., 26 décembre 2022, n° 469654, inédit.
[432] CE, ord., 27 mai 2022, n° 463876, inédit
[433] CE, ord., 4 juillet 2013, n° 369750

de régularité du séjour ». Selon nous, l'affirmation du Conseil d'État est purement et simplement *contra legem*. Elle est cependant maintenue depuis, et pour les personnes en cause (déboutées du droit d'asile ou faisant l'objet d'une OQTF), le Conseil d'État estime que, en plus des conditions exigées d'une façon générale, le prononcé d'une injonction ne peut intervenir « à l'issue de la période strictement nécessaire à la mise en œuvre de leur départ volontaire, qu'en cas de circonstances exceptionnelles »[434].

De même, dans le cas précité de la famille avec deux enfants de 9 et 4 ans et une maman enceinte, le Conseil d'État relève que ces personnes ont rejoint en France le père de famille, qui ne dispose pas d'un titre de séjour et ne justifie pas de ses conditions de vie. Autrement dit, il souligne le caractère irrégulier du séjour en France du père, alors que ce caractère irrégulier n'a en principe pas d'incidence sur le droit à l'hébergement d'urgence, voulu comme universel en ce qu'il répond à des considérations humanitaires impérieuses. Dans cette ordonnance, il conclut que le refus du préfet de procurer un hébergement d'urgence à cette famille « ne révèle pas, compte-tenu de la présence *de familles encore plus vulnérables* dans un contexte de saturation des hébergements d'urgence, une situation justifiant que soit ordonné, au motif d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'hébergement d'urgence, de prendre les mesures pour mettre à l'abri cette famille »[435]. La référence à la présence de familles « encore plus vulnérables » trahit bien la validation de la politique de priorisation de l'administration.

Cette validation ressort d'ailleurs expressément d'autres décisions. Dans une ordonnance de 2014, le Conseil d'État affirme que « l'administration, qui ne dispose pas de places d'hébergement en nombre suffisant pour répondre à l'ensemble des demandes qui lui sont présentées et a dû par suite définir un ordre de priorité tenant compte de la situation particulière des demandeurs, n'a pas commis d'illégalité manifeste en ne regardant pas l'intéressé comme prioritaire »[436]. En période de pandémie, la politique de priorisation est encore validée, par exemple dans une ordonnance du 23 mars 2020. Le juge y fait valoir cette fois que « la famille ne présentait pas, en dépit des problèmes de santé de M. A..., un degré de vulnérabilité tel que les intéressés devraient être regardés comme prioritaires sur d'autres familles en attente d'un hébergement, sans que les intéressés puissent utilement soutenir que l'épidémie de covid-19, concernant toute la population, rendrait toute saturation du dispositif d'accueil et tout ordre de priorité inopposables »[437].

L'application faite de la notion de vulnérabilité pour l'accès au droit à l'hébergement d'urgence révèle donc un mésusage évident de celle-ci. Ce mésusage est d'abord le fait de l'administration, mais il est cautionné par le Conseil d'État français.

[434] CE, ord., 13 juillet 2016, n° 399829, inédit.
[435] CE, ord., 26 décembre 2022, n° 469654, préc (souligné par nous).
[436] CE, ord., 19 juin 2014, n° 381357, inédit
[437] CE, 23 mars 2020, n° 439689, inédit.

Section III – Les Cours de cassation

Sous-section préliminaire

Avant de présenter les principaux résultats de la recherche réalisée sur la jurisprudence des Cours de cassation française et italienne, quelques précisions préliminaires sont nécessaires, afin de cerner les différences et les ressemblances entre ces Cours, notamment du point de vue de leur organisation interne et de leurs compétences.

Tant la Cour de cassation française que la Cour de cassation italienne sont placées au sommet de l'ordre judiciaire dans leur pays respectif. Elles sont « juges du droit », car elles ont, toutes les deux, pour mission de veiller à l'exacte application et à l'interprétation uniforme de la loi et de garantir ainsi l'uniformisation du droit national. Elles peuvent ainsi « casser » les décisions de justice provenant des juridictions inférieures qui auraient méconnu les normes juridiques applicables aux litiges concrets, ou, au contraire, « rejeter le pourvoi », rendant ainsi définitive la décision attaquée.

D'un point de vue structurel, quelques différences sont à signaler. La Cour de cassation française comprend cinq chambres civiles, dont une « commerciale » et une « sociale », ainsi qu'une chambre dédiée au droit pénal appelée « chambre criminelle ». En revanche, la Cour de cassation italienne est composée de cinq sections civiles et de sept sections pénales. Concernant les sections civiles, il faut préciser que jusqu'à octobre 2022 il existait aussi une sixième section civile, appelée « section filtre », dont le but était de trier les pourvois, certains pouvant être décidés en Chambre du conseil, d'autres devant être traités en audience publique[438]. Les sections civiles comprennent également la section du travail (quatrième section) et la section fiscale (cinquième section). Nous devons préciser que pour les finalités de notre recherche, consacrée à la mobilisation du concept de vulnérabilité et à l'impact de cette mobilisation sur la protection des droits fondamentaux des personnes physiques, nous avons exclu de l'analyse certaines chambres ou sections, telles que celles consacrées au droit commercial ou au droit fiscal.

Concernant les compétences matérielles confiées aux chambres et sections des Cours de cassation française et italienne, malgré les différences de répartition interne entre les diverses chambres, une grande similitude existe. En particulier, pour ce qui concerne la mobilisation de la notion de vulnérabilité, comme nous le verrons dans le paragraphe consacré aux contentieux intéressés, nous retrouvons de nombreux domaines communs, tels que, pour ce qui est des chambres civiles, le droit de la famille et notamment les droits de l'enfant, les droits des majeurs protégés, le droit des étrangers, les droits des personnes aux ressources insuffisantes, le droit de la sécurité sociale, la protection des consommateurs, les droits des travailleurs ou encore, pour ce qui est des chambres pénales, les infractions contre le patrimoine de la personne, les infractions contre l'intégrité physique, ou celles commises contre la liberté personnelle, ou encore les infractions contre l'administration publique, ou celles prévues en matière d'immigration.

[438] Le traitement en Chambre du conseil concernait tous les cas où le pourvoi était considéré comme inadmissible, irrecevable, manifestement infondé ou manifestement fondé.

Malgré ces similitudes, une différence importante doit être signalée entre les deux systèmes en ce qui concerne le contentieux relatif aux demandes de protection internationale des étrangers, un domaine très important lorsque l'on s'interroge sur la mobilisation du concept de vulnérabilité[439]. En effet, en France, le système d'examen des demandes d'asile est centralisé et relève de la juridiction administrative, car les demandes d'asile sont examinées dans une première phase par un organe unique œuvrant sur le plan national, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), les recours contre les décisions de cet organe étant portés devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)[440] et, en dernier ressort, devant le Conseil d'État. Au contraire, en Italie le système est en revanche décentralisé et relève des juridictions judiciaires, car les demandes de protection internationale sont examinées par une vingtaine de Commissions territoriales distribuées sur tout le territoire, les recours étant portés devant le juge judiciaire (Section spécialisée du *Tribunale ordinario* près la Cour d'appel) avec, en dernier ressort, la compétence de la Cour de cassation. Cette différence de taille explique que devant les sections civiles de la Cour de cassation italienne de nombreuses décisions mobilisant le concept de vulnérabilité relèvent du contentieux des demandes d'asile, en particulier des demandes qui concernent la protection humanitaire, qui est, comme nous le verrons, une forme particulière de protection internationale[441] - laquelle a été supprimée en 2018, on y reviendra.

Compte tenu de l'ampleur du travail de recherche et de la spécificité de chaque domaine de compétence, nous avons réparti l'analyse entre la jurisprudence civile (sous-section 1), la jurisprudence sociale (sous-section 2) et la jurisprudence pénale (sous-section 3).

Sous-section 1 La jurisprudence civile

La recherche concernant la jurisprudence civile de la Cour de cassation française a été réalisée par Mélina Douchy-Oudot, celle concernant la jurisprudence civile de la Cour de cassation italienne a été conduite par une équipe composée de Giorgio Resta, Fausto Caggia, Claudia Morgana Cascione, Sabrina El Sabi, Paola Francesca Rizzi et Edoardo Ruzzi.

§ 1 L'emploi du terme

Que ce soit devant les chambres civiles de la Cour de cassation française ou les sections civiles de la Cour de cassation italienne, la recherche par mot-clé a révélé une utilisation assez limitée du terme « vulnérabilité/vulnérable » dans la période étudiée. Il est ainsi apparu très vite et de manière évidente à l'équipe de travail qu'il fallait élargir la recherche en employant des termes proches, afin de mieux saisir les différentes facettes

[439] Pour une comparaison entre les deux systèmes de protection des demandeurs d'asile, v. L. MONTANARI et C. SEVERINO, « Sistema di accoglienza e protezione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo: una comparazione Italia-Francia », *in* L. MONTANARI et C. SEVERINO (dir.), *Sistemi di welfare e protezione effettiva dei diritti degli stranieri. Una prospettiva multilivello*, Naples, Editoriale Scientifica, Collection Temi giuridici ed economici, 2020, p. 195-248.

[440] La CNDA est une juridiction administrative spécialisée qui examine les recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) en matière de demande d'asile.

[441] Sur la protection humanitaire, voir nos développements *infra*, notamment dans le paragraphe relatif à la caractérisation de la vulnérabilité par le juge civil.

que recouvre la notion de vulnérabilité, notion qui est, pour ces Cours suprêmes aussi, loin d'être spécifique et conceptuellement délimitée, mais protéiforme et inclusive d'une pluralité de situations.

En particulier, l'analyse sur la jurisprudence civile de la Cour de cassation française a été réalisée sur le site Légifrance par le mot-clé « vulnérabilité » et par l'utilisation de termes proches tels que « personne vulnérable », « faiblesse », « précarité », « fragilité », « personne dépendante ». Si la recherche jurisprudentielle a porté sur la période allant de 2010 à 2023, il faut rappeler qu'en 2009 le rapport annuel de la Cour de cassation française avait déjà réalisé une première étude sur *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*[442]. Il s'avère que les résultats de notre recherche, menée à partir de 2010, recouvrent pour partie les domaines déjà explorés avant cette date, en dépit d'un usage restreint du terme de « vulnérabilité » dans les décisions accessibles à partir du site Légifrance. Soulignons à ce propos que d'après les données récoltées, le mot « vulnérabilité » est utilisé, entre 2010 et 2023, dans 25 décisions publiées de la première chambre civile, 1 décision publiée pour la deuxième chambre, et 3 pour la troisième chambre, alors que les chiffres passent respectivement à 82, 18 et 23 en ouvrant aux décisions non publiées, sachant cependant que toutes les décisions ne sont pas pertinentes, le mot étant souvent présent dans les moyens soulevés par les avocats, mais non repris dans la décision des juges[443].

Pour ce qui est des sections civiles de la Cour de cassation italienne, le groupe de travail a effectué une recherche dans la base de données officielle de la Cour de cassation, d'abord en employant le mot-clé « *vulnerabilità/vulnerabile* », puis les mots associés « *fragilità/fragile* » – « *debolezza/debole* ». Pour la période allant de 2010 à 2023, 60 décisions ont été recensées au total, dont 27 employant les mots « vulnérabilité » et « vulnérables »[444]. Malgré le nombre limité de décisions recensées par rapport à la période de référence, l'analyse de ces décisions a conduit à des résultats très intéressants pour notre réflexion.

La recherche jurisprudentielle a mis en évidence tout d'abord un élément commun aux sections civiles des deux Cours suprêmes : dans la grande majorité des décisions, la référence à la notion de vulnérabilité faite par le juge n'est pas liée à une disposition normative précise, mais résulte d'une utilisation spontanée de la notion. Dans de nombreuses décisions recensées, la Cour de cassation invite souvent le juge du fond à caractériser et à tenir compte de la situation de vulnérabilité de la personne aux fins de la conciliation des droits en présence ainsi que pour la correcte application de la loi au cas d'espèce. Il faut rappeler en particulier que dans le système français, le Code civil ainsi que celui de procédure civile n'évoquent pas la notion de vulnérabilité directement. Cela

[442] https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2009.pdf, Avant-propos de Xavier LAGARDE.
[443] Parfois, le concept n'intéresse pas les personnes, mais d'autres situations exclues de la recherche.
[444] Au-delà de ces 27 décisions, ont été recensées 26 décisions employant les mots « fragilité » et les termes dérivés (« personnes fragiles », « fragilité psychique », « personnalité fragile », « fragilité parentale », « fragilité émotionnelle et cognitive ») et 12 qui emploient le terme « faiblesse » et les termes proches (« personnes faibles », « parties faibles »).

ne signifie pas pour autant que cette notion soit absente du langage du législateur, mais bien au contraire, ce mot apparaît de plus en plus dans la loi dans les dernières années, la vulnérabilité se dessinant en creux autour de la notion de « protection ». Ainsi la création, lors de la refonte de l'organisation judiciaire française[445], d'un juge des contentieux de la protection[446], témoigne de l'importance de protéger les plus faibles en référence aux majeurs protégés. Pareillement, le nouvel article L.119-1 du code de l'action sociale et des familles, issu de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants, témoigne d'une volonté de protection dépassant le cadre pénal et emploie précisément le terme de « vulnérabilité »[447].

Concernant la Cour de cassation italienne, bien qu'elle ne donne jamais de véritable définition de la vulnérabilité, elle s'y réfère, la plupart du temps, spontanément, notamment pour les cas dans lesquels il y a un manque d'autonomie de la personne, surtout en référence aux personnes « fragiles » entendues, selon les mots de la loi de la loi n° 6 de 2004 instituant *l'amministrazione di sostegno*, comme « ceux qui se trouvent en difficulté pour gérer les activités de la vie au quotidien ainsi que leurs intérêts propres, voire qui se trouvent dans l'impossibilité de le faire »[448]. Précisons que l'expression *amministratione di sostegno* (littéralement « administration de soutien ») renvoie, dans la loi italienne, à la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour aider la personne dans ses tâches quotidiennes et dans la gestion de ses intérêts.

La notion de vulnérabilité est également mobilisée par la Cour de cassation pour désigner les situations dans lesquelles il existe un besoin de protection, voire même un besoin de protection renforcée. Peuvent être inclus dans ce champ les cas qui concernent les consommateurs, pour lesquels la vulnérabilité – qui signifie faiblesse, situation d'infériorité du consommateur et d'important déséquilibre par rapport au vendeur – est présumée selon la Cour de cassation italienne et mérite donc d'être protégée. En outre, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, le mot « vulnérabilité » est souvent utilisé par les sections civiles de la Cour de cassation pour se référer aux situations dans lesquelles se trouvent les étrangers demandeurs d'asile auxquels est refusée la protection humanitaire, ces situations devant être évaluées et appréciées par les juges du fond toujours au cas par cas.

Quoiqu'il en soit, concernant la Cour de cassation italienne aussi bien que la Cour de cassation française, il ressort de l'analyse que la notion de vulnérabilité n'est jamais précisée ou analysée par le juge. Aucune orientation jurisprudentielle ne permet d'établir les contours juridiques de cette notion, qui apparaît spontanément comme ayant pour les juges un sens évident, proche de l'idée de faiblesse par rapport à des circonstances de vie ou par rapport à des déficiences physiques ou psychologiques. En outre, les sections civiles en Italie, tout comme les chambres civiles en France, semblent employer les différentes expressions de vulnérabilité, fragilité, faiblesse, comme synonymes, en se référant à des

[445] Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
[446] Article L. 213-4-2 du code de l'organisation judiciaire.
[447] Tout comme la récente loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie, qui qualifie précisément les personnes âgées victimes de maltraitances comme des personnes « vulnérables ».
[448] Art. 1 de la loi n° 6 du 9 janvier 2004 instituant *l'amministrazione di sostegno*.

conditions de souffrance physique et/ou psychique, ou à des catégories de personnes telles que les mineurs, les personnes handicapées ou malades, ou encore les personnes âgées, ou les étrangers, ayant besoin d'une protection spécifique.

§ 2 Les contentieux intéressés

La recherche jurisprudentielle a fait ressortir de nombreuses similitudes entre les chambres civiles des Cours de cassation française et italienne quant aux contentieux principalement concernés par la mobilisation du concept de vulnérabilité. Quelques contentieux sont en revanche spécifiques à l'une ou à l'autre juridiction.

En particulier, les décisions recueillies au sein des chambres civiles de la Cour de cassation française, s'articulent essentiellement, pour la première chambre civile, autour des droits de l'enfant, des majeurs protégés et du maintien en rétention des étrangers ; pour la deuxième chambre civile, autour de la protection des particuliers surendettés, de l'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes, de 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 ou chômage, et enfin, autour du droit de la sécurité sociale. Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation sont les domaines principalement concernés au sein de la troisième chambre civile.

En ce qui concerne la Cour de cassation italienne, le plus grand nombre de décisions recensées provient de la première section, chargée des affaires familiales et personnelles : ont notamment été recensées des décisions relatives aux mesures de protection des majeurs protégés, à la protection humanitaire des étrangers[449], à l'accouchement « sous x », aux adoptions, à la protection des consommateurs ou encore des décisions relatives aux conséquences civiles du délit d'abus de faiblesse. Au sein de la deuxième section, chargée essentiellement du droit des successions, les contentieux principalement intéressés concernent le droit testamentaire en lien avec l'abus de faiblesse et l'octroi du permis de séjour pour assistance aux mineurs ; tandis qu'au sein de la troisième section, chargée des contrats, obligations et responsabilité civile, ont été recensés des arrêts intéressants concernant notamment le droit à l'image et le droit des consommateurs. Pour ce qui est de l'ancienne sixième section, la section « filtre », les domaines intéressés concernent les mesures de protection des majeurs protégés et le droit des enfants majeurs non autonomes à être maintenus par leurs parents. Enfin, plusieurs décisions pertinentes ont été recensées au sein de la jurisprudence adoptée en matière de renvoi des affaires aux Sections Réunies de la Cour de cassation[450] : il s'agit ainsi des affaires les plus importantes pour lesquelles une uniformisation de l'interprétation de la loi est nécessaire. Les arrêts

[449] Comme nous le verrons dans le détail dans le paragraphe qui suit, la protection humanitaire est l'une des formes de protection internationale qui peut être accordée, en Italie, aux étrangers demandeurs d'asile. En ce qui concerne le contentieux relatif aux demandes d'asile ou, plus précisément, le contentieux relatif aux demandes de protection internationale, il faut savoir que contrairement au système prévu en France, où ce contentieux relève du juge administratif (la Cour nationale du droit d'asile et, en appel, le Conseil d'État), dans le système italien la compétence revient au juge judiciaire.

[450] Les Sections Réunies de la Cour de cassation italienne sont comparables à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en France.

pertinents concernent les situations de fragilité qui sous-tendent les problèmes de maternité de substitution, la faiblesse du consommateur-investisseur, le droit à l'éducation des personnes handicapées et, enfin, les conditions requises, encore une fois, pour la reconnaissance de la protection humanitaire.

§ 3 La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité et la charge de la preuve

Pour comprendre comment les chambres civiles des Cours de cassation italienne et française utilisent la notion de vulnérabilité et quel impact cette utilisation peut avoir sur l'effectivité de la protection des droits fondamentaux de la personne vulnérable, il est intéressant d'analyser ce que ces chambres demandent aux juges du fond pour caractériser les situations de vulnérabilité et quelles sont les règles qu'elles édictent quant à la charge de la preuve. L'analyse jurisprudentielle montre que les chambres civiles peuvent avoir différentes approches selon les personnes protégées (par exemple s'il s'agit de mineurs ou de majeurs) et les contentieux intéressés. Nous allons d'abord analyser comment ces juges demandent à caractériser la situation de vulnérabilité, puis les particularités qui émergent de la jurisprudence civile concernant des situations de vulnérabilité présumée et l'inversion conséquente de la charge de la preuve.

A – La caractérisation de la situation de vulnérabilité au cas par cas

D'une manière générale, il est possible d'affirmer qu'à aucun moment la vulnérabilité n'est définie de manière précise au sein de la jurisprudence civile, mais qu'au contraire, les juges suprêmes demandent aux juges du fond de caractériser au cas par cas les situations de vulnérabilité, desquelles dépendra le besoin de protection et l'étendue de cette protection. En matière civile, la protection dépendra du constat, au cas par cas, de la perte d'autonomie de la personne la plaçant dans une situation de dépendance, ou de la présence de facteurs socio-économiques défavorables conduisant à une situation de vulnérabilité. Sauf quelques rares exceptions, il n'y a pas de présomption générale de vulnérabilité.

Ainsi, devant la Cour de cassation française, la caractérisation au cas par cas de la situation de vulnérabilité est exigée notamment lorsque cette situation peut conduire à une perte ou à une diminution des droits et libertés de la personne impliquée dans le litige, cette perte ou cette limitation ayant pour objectif, paradoxalement et logiquement, la protection de cette personne. Plusieurs arrêts allant dans ce sens ont été recensés, par exemple, concernant les placements de majeurs vulnérables sous des régimes de protection ou les situations d'hospitalisations d'office[451]. Selon cette orientation, les juges du fond ne peuvent priver de façon générale de l'exercice d'un droit une personne considérée comme vulnérable, sauf disposition législative particulière, mais ils doivent vérifier, au cas par cas, si l'état de vulnérabilité dans lequel la personne est placée est un obstacle réel à l'exercice du droit considéré. Il a été jugé, par exemple, à propos d'une personne placée en situation de curatelle simple, que le passage en curatelle renforcée autorisé par

[451] Dans ce domaine, au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation française, voir par exemple, Civ. 1re, 18 mars 2021, n° 20-17.300.

l'article 472, al. 1 du Code civil n'était pas justifié, contrairement à l'appréciation de la cour d'appel, par les observations du médecin psychiatre ayant relevé chez elle : « une immaturité, une dépendance, un vécu persécutif sur un mode interprétatif, une fragilité, une vulnérabilité et une absence de prise en charge sur le plan psychiatrique pourtant nécessaire »[452]. Dans cette affaire, pour priver la personne de son droit à percevoir ses revenus, les juges du fond auraient dû rechercher « si [cette personne] était ou non apte à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale »[453]. Dans une autre affaire, à propos, cette fois, d'un placement sous tutelle, la première chambre civile de la Cour de cassation va casser l'arrêt de la Cour d'appel ayant estimé que la personne « ne présente pas un degré d'altération important de ses facultés intellectuelles et mentales, mais qu'elle est vulnérable et influençable, ainsi que le démontrent les dispositions qu'elle a prises au profit de son petit-fils et de ses deux filles, se sentant redevable de l'affection qui lui est portée, que son comportement ne doit pas pour autant aller à l'encontre de ses intérêts, raison pour laquelle une simple mesure de curatelle renforcée n'apparaît pas suffisante, en considération de l'importance de ses revenus et de son patrimoine »[454]. La première chambre civile casse l'arrêt d'appel, car ces motifs étaient « impropres à caractériser la nécessité pour [la requérante] d'être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile ».

En revanche, dans une affaire relative à la limitation du droit de disposer de ses biens pour une personne malade au bénéfice des professionnels de santé lui ayant prodigué des soins pendant la maladie dont elle va décéder (limitation dérivant, comme nous l'avons vu[455], de l'article 909, alinéa premier du Code civil), la Cour de cassation semble retenir une conception objective de la situation de vulnérabilité, cette condition ne devant pas être vérifiée *in concreto*, mais étant considérée comme existant indépendamment de toute analyse concrète de la réalité[456], à l'instar de l'orientation adoptée, quelques années après, par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2022-1005 QPC *Mme Marie D.*, évoquée dans le chapitre relatif à la jurisprudence des juges constitutionnels[457].

Pour ce qui concerne la caractérisation de la situation de vulnérabilité par les chambres civiles de la Cour de cassation italienne, des indications très intéressantes émergent du

[452] Civ. 1re, 26 janvier 2022, n° 20-17.278.
[453] *Ibidem*.
[454] Civ. 1re, 12 octobre 2022, n° 21-12.268.
[455] Dans le chapitre consacré à la jurisprudence des juges constitutionnels.
[456] Civ. 1re, 16 septembre 2020, n° 19-15.818.
[457] En particulier, à propos de l'article 909, alinéa premier du code civil qui interdit aux membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi qu'aux auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que « l'incapacité de recevoir un legs est conditionnée à l'existence, au jour de la rédaction du testament, de la maladie dont est décédé le disposant, peu important la date de son diagnostic » (Civ. 1re, 16 septembre 2020, n° 19-15.818, cit.). Comme le souligne Mélina Douchy-Oudot dans l'analyse réalisée pour notre recherche, « la référence à l'existence de la maladie indépendamment de la connaissance de celle-ci par les tiers ou le testateur conduit à retenir une situation de vulnérabilité objective indépendante de toute emprise subjective provenant de la connaissance de celle-ci par les intéressés. Cette interprétation détache la limitation du droit de disposer résultant de la situation de vulnérabilité non seulement de l'incapacité, mais aussi de l'abus. La question reste alors posée du fondement de l'interdiction si elle ne résulte ni de l'incapacité de disposer, ni de l'abus de faiblesse par le bénéficiaire dès lors que le diagnostic n'étant pas posé, nul ne pouvait profiter de la situation ».

contentieux relatif à l'octroi de la protection humanitaire aux étrangers demandeurs d'asile[458]. Il faut savoir que, bien que les dispositions normatives qui réglementent la matière n'emploient à aucun moment l'expression de « vulnérabilité », la situation de vulnérabilité de l'étranger est au cœur de ce contentieux, car elle est la *conditio sine qua non* pour l'octroi du permis humanitaire. Face à une législation assez laconique, c'est la Cour de cassation qui s'est efforcée de détecter et de caractériser ces situations de vulnérabilité au fil d'une jurisprudence importante et abondante, en employant spontanément le terme de vulnérabilité et tout en maintenant, en même temps, une notion souple de ce concept, la situation de vulnérabilité devant être évaluée au cas par cas. Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 2019, toujours confirmé depuis, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé l'octroi de la protection humanitaire à un étranger au motif que cette personne ne rentrait pas dans l'une des catégories de personnes considérées par la cour d'appel comme particulièrement vulnérables (à savoir les mineurs, les parents d'enfants mineurs, les femmes enceintes, les personnes âgées non autonomes, les personnes handicapées ou souffrant de troubles psychiques) : la Cour de cassation a jugé que le juge d'appel avait commis une erreur en « catégorisant » les cas de vulnérabilité, puisqu'il fallait, au contraire, évaluer au cas par cas si l'étranger demandeur d'asile devait être protégé et accueilli « en raison du fait qu'il se trouvait dans une condition de vulnérabilité »[459]. Selon l'interprétation proposée par la Cour suprême, la condition de vulnérabilité pertinente aux fins de la reconnaissance de la protection humanitaire se présente comme une catégorie ouverte, vérifiable au cas par cas, selon un jugement actuel ou pronostique, consistant en une situation de violation ou entrave à l'exercice des droits fondamentaux protégés au niveau constitutionnel et international auxquels le demandeur d'asile serait exposé en cas de rapatriement. Afin d'identifier une situation de vulnérabilité, l'accent a été mis sur différents profils tels que des situations politiques ou économiques très graves dans le pays d'origine ou dans ceux de transit, d'où le risque concret pour le demandeur de ne pas pouvoir subvenir à ses besoins sanitaires et nutritionnels en cas d'éloignement. Ce qui ressort de cette jurisprudence en matière de protection humanitaire, est donc le fait que selon la Cour de cassation, le juge du fond doit apprécier l'existence ou pas d'une situation de vulnérabilité au cas par cas, en dehors de toute catégorie préconçue. Cela confirme ainsi l'idée, ressortant déjà de la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation française, selon laquelle la vulnérabilité correspondrait plutôt à une situation de fait, et moins à une qualité intrinsèque de la personne.

[458] Jusqu'à sa suppression par le décret législatif n° 113 de 2018 (appelé *Decreto Salvini* du nom du ministre de l'Intérieur de l'époque), la « protection humanitaire » était une forme de protection internationale octroyée par l'État italien aux demandeurs d'asile, qui s'ajoutait aux formes typiques de protection internationale que sont la concession du statut de réfugié et la protection subsidiaire. Par rapport à ces deux formes de protection majeures, le permis humanitaire avait une nature atypique et résiduelle, car il était voué, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, à protéger et accueillir les étrangers « en situation de vulnérabilité » (v. notamment Cassazione civ., Sez. VI, ord. n° 15466/2014 du 7 juillet 2014) qui ne rentreraient pas dans le cadre d'application des mesures typiques et dont la protection s'avérait nécessaire pour des raisons humanitaires.
Il est à noter, aux fins de notre recherche, que nonobstant la suppression de cette mesure en 2018, la Cour de cassation (et les juges du fond) a continué à rendre des jugements pour les affaires relatives à la concession de la protection humanitaire non encore clôturées au moment de la réforme. Cette situation explique ainsi que dans le cadre de notre recherche relative à la présence du mot « vulnérabilité » dans les arrêts de la Cour de cassation, de nombreux arrêts aient pu être recensés dans ce domaine même après 2018.
[459] Cassazione civ., Sez. I, 15 mai 2019, n° 13079, par. 4.

Parfois néanmoins, la vulnérabilité de la personne est présumée par le juge, ce qui conduit à renverser la charge de la preuve dans le procès. D'autres fois, la situation de vulnérabilité de la personne peut conduire à déroger aux règles de droit commun régissant le procès civil.

B – La preuve de la situation de vulnérabilité et les situations de vulnérabilité présumée

Concernant la question de la charge de la preuve, conformément au principe dispositif du procès, en vigueur en France comme en Italie, celui qui souhaite faire valoir un droit en justice doit prouver les faits qui le fondent. Toutefois, dans le système italien, dans le domaine de la protection humanitaire, on constate l'existence d'une particularité qui conduit à déroger à ce principe. En effet, selon une orientation consolidée de la Cour de cassation italienne, en matière de protection internationale et humanitaire, les principes qui règlent la charge de la preuve doivent être interprétés conformément aux règles du droit communautaire[460], en vertu desquels l'autorité administrative et le juge doivent jouer un rôle actif dans l'instruction de la demande de protection. Ainsi, selon cette orientation constatée dans tous les arrêts recensés, le juge du fond et l'administration sont tenus d'intégrer, par des preuves documentaires ou tout autre moyen, le récit fourni par le demandeur d'asile, afin de vérifier l'existence d'une situation de vulnérabilité justifiant la délivrance du permis de séjour humanitaire. Par conséquent, au-delà des preuves apportées par le demandeur, les juges doivent tenter de détecter des « indices » de vulnérabilité, telles les conséquences traumatiques (sur le plan physique et psychique) dérivant du parcours migratoire ou celles dérivant du passage du migrant dans des territoires caractérisés par une situation de violence diffuse[461].

Dans les autres domaines en revanche, les règles de droit commun s'appliquent. Ainsi, dans les contentieux relatifs à l'octroi de mesures de protection aux personnes handicapées ou malades, les juges de cassation français et italiens demandent à ce que la preuve de la situation de vulnérabilité soit apportée par la personne vulnérable qui demande la protection. Ceci se manifeste notamment, en Italie, dans le contentieux relatif à *l'amministrazione di sostegno*, qui consiste en une mesure de protection supplémentaire représentée par la prévision d'une personne *ad hoc* (*amministratore di sostegno*) qui aide la personne vulnérable dans la conduite de ses affaires et dans la poursuite de ses propres intérêts et qui vise donc à protéger la personne « qui, par suite d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale, se trouve dans l'incapacité, même partielle ou temporaire, de veiller à ses propres intérêts »[462]. Dans ces affaires, le juge de cassation reconnaît la possibilité d'octroyer la protection renforcée représentée par l'*amministrazione di sostegno* seulement si l'ayant droit parvient à prouver que sa condition de maladie ou de handicap (mental ou physique) est telle qu'elle peut conduire à des abus de la part d'autres

[460] Articles 10/16 de la directive 2013/32/UE, anciennement directive 2005/85/CE, transposés dans le système italien à l'article 8, alinéa 3, du décret législatif n° 25 de 2008 et à l'article 3, alinéa 5, du décret législatif n° 251 de 2007.
[461] Cassazione civ., Sez. I, n° 35189/2022.
[462] Selon l'article 404 du Code civil italien.

personnes ou à l'impossibilité de gérer ses affaires dans la vie quotidienne. Ainsi, la personne qui fait la demande de la mesure de protection doit prouver non seulement la maladie ou le handicap, mais aussi que cette maladie ou ce handicap l'empêchent de réaliser certaines activités de la vie quotidienne et qu'elle a donc besoin d'une protection accrue[463]. En outre, la Cour de cassation italienne a tendance à privilégier la vérification *in concreto* de la situation de vulnérabilité du requérant, en censurant les décisions du fond qui ne sont pas assez motivées quant à la réelle présence d'une situation de vulnérabilité et qui adhèrent, par exemple, totalement aux conclusions des experts des parties, sans prendre la peine de répondre à certaines objections présentées dans le recours[464].

Au-delà des hypothèses, largement prédominantes au sein de la jurisprudence analysée, dans lesquelles la situation de vulnérabilité doit être prouvée par les parties et caractérisée par le juge au cas par cas, dans d'autres hypothèses, beaucoup plus rares, la vulnérabilité est présumée, ce qui conduit le juge de cassation à casser les décisions des juges du fond qui en feraient peser la charge de la preuve sur les personnes qui demandent la mesure. C'est ce qui ressort, par exemple, de la jurisprudence relative à l'octroi d'un permis de séjour aux parents étrangers d'un enfant mineur né en Italie et intégré dans le tissu socio-territorial ainsi que dans les parcours éducatifs, ce permis visant à permettre aux parents de rester en Italie pour assister leur enfant « pour des graves motifs liés au développement psychophysique de leur enfant »[465]. La « condition de vulnérabilité de ces mineurs » est présumée par la Cour de cassation, aux fins de l'octroi du permis de séjour aux parents, cette situation étant par ailleurs considérée comme « prédominante, jusqu'à preuve du contraire, au regard des règles régissant le droit d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire national »[466].

Une situation de vulnérabilité présumée est aussi celle qui concerne les consommateurs, souvent qualifiés de « personnes vulnérables » par les chambres civiles de la Cour de cassation italienne. La vulnérabilité du consommateur, qui signifie surtout faiblesse – notamment du point de vue des informations détenues – et situation de déséquilibre vis-à-vis du vendeur ou de l'intermédiaire, est présumée par la Cour de cassation italienne et mérite donc d'être protégée en inversant la charge de la preuve[467]. Ainsi, dans les affaires recensées, la Cour de cassation demande à l'intermédiaire de la transaction de démontrer qu'il a correctement rempli les obligations d'information de l'investisseur/consommateur, afin de combler le manque d'information et la dissymétrie du point de vue des connaissances détenues et afin de permettre à l'investisseur de faire un choix éclairé et rationnel[468]. Toutefois, cette obligation qui incombe à l'intermédiaire doit également s'accompagner d'une évaluation du besoin réel d'assistance et d'accompagnement de l'investisseur (par exemple en tenant compte de son bagage

[463] Cassazione civ., Sez. I, 27.09.2017, n° 22602.
[464] Cassazione civ. Sez. I, 23.11.2021, n° 36324.
[465] Selon l'article 31, alinéa 3, du décret législatif n° 286/1998.
[466] Cassazione civ., Sez. II, 12.07.2021, *ordinanza* n° 19797.
[467] Pour une réflexion sur la vulnérabilité en droit de la consommation en France, v. C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *Dr. fam.*, 2023, dossier 5.
[468] Cassazione civ. Sez. Un. 03.06.2013, n° 13905 ; Cassazione civ. Sez. III, 08.05.2015, n° 9326 ; Cassazione civ. Sez. VI, 30.09.2015, n° 19559 ; Cassazione civ. Sez. I, 27.02.2017, n° 4907.

culturel, car il peut être tout sauf naïf et ignorant). La vérification de la « vulnérabilité » du consommateur doit être donc réalisée *in concreto*, en tenant compte de tous les éléments en présence.

À l'issue du travail de recherche sur la jurisprudence civile des Cours suprêmes de cassation française et italienne, il est apparu principalement que les situations de vulnérabilité en matière civile prennent corps chaque fois qu'une personne perd son autonomie naturelle et ne peut plus, pour cette raison, exercer ses droits et libertés, que ce soit pour des raisons intrinsèques, c'est-à-dire tenant à sa personne (par exemple les mineurs, les personnes âgées ou les personnes handicapées) ou pour des raisons extrinsèques, tenant à des circonstances conjoncturelles (par exemple les étrangers demandeurs d'asile, les personnes aux ressources insuffisantes ou les particuliers surendettés). La vulnérabilité prend corps aussi chaque fois qu'une personne risque de subir une atteinte à ses droits du fait d'un déséquilibre important qui existe vis-à-vis d'autrui (par exemple les consommateurs vis-à-vis du vendeur, les personnes malades vis-à-vis de leurs soignants, les personnes dépendantes vis-à-vis de leurs aidants). La perte d'autonomie et/ou la situation de risque quant à la violation de ses droits par autrui peut résulter de multiples facteurs, qui peuvent intégrer tous les éléments contingents de la vie en société. Tout est donc facteur de vulnérabilité dès lors que la circonstance aboutit à rendre la personne inapte à l'exercice de ses droits et libertés ou particulièrement vulnérable vis-à-vis d'autrui.

§ 4 Les conséquences de la référence

L'analyse de la jurisprudence permet de constater que la mobilisation de la notion de vulnérabilité conduit dans la plupart des cas à la mise en place d'une protection spécifique, qui peut passer tant par l'octroi de droits spécifiques ou de garanties particulières au bénéfice des personnes se trouvant dans ces situations (ces droits et ces garanties étant reconnus, au départ, par le législateur) que par la sanction des abus commis au détriment de ces personnes. Dans toutes ces hypothèses, bien que les droits spécifiques ou les sanctions soient prévus par les textes législatifs, la jurisprudence de la Cour de cassation joue un rôle essentiel, car elle contribue à définir le périmètre de la protection de la personne vulnérable à travers son pouvoir d'interprétation et de caractérisation de la situation de vulnérabilité. Les décisions évoquées en matière de concession de la garantie spécifique appelée « *amministrazione di sostegno* » en Italie sont une manifestation du rôle que la Cour de cassation peut jouer à travers la mobilisation du concept de vulnérabilité (concept, on le rappelle, systématiquement employé dans ces décisions, alors qu'il n'est pas utilisé par le législateur italien dans ce domaine). En France, la réglementation figurant dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et son application par les juridictions en matière de rétention des étrangers fait de l'état de vulnérabilité un moyen de défense à la décision de rétention administrative[469]. La jurisprudence dans ce domaine est abondante et demande une vérification au cas par cas

[469] Étant précisé que « l'absence de prise en compte, par l'autorité administrative, de l'état de vulnérabilité de la personne au moment du placement en rétention ne peut être suppléée par l'évaluation réalisée par les agents de l'OFII pendant la mesure » : Civ. 1re, 15 décembre 2021, n° 20-17.283.

de l'état de vulnérabilité de l'étranger afin d'éviter le placement en rétention[470]. De même, le développement des droits au profit des personnes victimes de violences conjugales s'inscrit dans la reconnaissance de la situation de vulnérabilité des victimes. Afin de libérer les victimes de la domination économique de leur conjoint, la loi n° 2023-140 du 28 février 2023 créée une aide universelle d'urgence pour celles-ci. La jurisprudence civile relative aux violences conjugales prend place dans ce contexte de prise en charge des situations de vulnérabilité, même si le mot n'apparaît pas toujours dans les décisions rendues par la première chambre civile. Dans d'autres hypothèses, comme celles qui ont trait à l'octroi de la protection humanitaire en Italie, l'intervention de la Cour de cassation et la mobilisation systématique et prétorienne du concept de vulnérabilité sont essentielles pour l'attribution même de cette protection spécifique allouée aux étrangers demandeurs d'asile, la situation de vulnérabilité de ces personnes étant la condition nécessaire pour l'attribution de la protection, mais n'étant invoquée ni définie nulle part dans les textes.

Parfois en revanche, la situation de vulnérabilité peut conduire à une limitation des droits et libertés de la personne, soit dans leur contenu (par exemple la limitation de disposer de ses propres biens pour la personne malade ou dépendante ou la limitation de la liberté d'aller et venir à travers l'hospitalisation d'office), soit dans leur exercice (par exemple les régimes de protection juridique des mineurs ou des majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles). Toutes ces limitations ont pour finalité de protéger la personne vulnérable d'elle-même ou des autres. Dans ces hypothèses, bien que les régimes de protection découlent, ici aussi, de la loi, la Cour de cassation veille notamment à préserver l'exercice personnel des droits en demandant aux juges du fond qu'une appréciation *in concreto* de la situation factuelle soit réalisée. L'objectif reste toujours de sauvegarder les droits des personnes en situation de vulnérabilité, en sanctionnant tout abus destiné à profiter de la situation et en préservant, chaque fois qu'il est possible, la capacité de la personne à exercer ses droits. Les décisions relatives à la capacité à donner des personnes dépendantes vis-vis de leurs aidants sont un exemple de cette démarche.

Sous-section 2 La jurisprudence sociale

La recherche sur la jurisprudence sociale de la Cour de cassation française a été réalisée par Franck Petit, tandis que celle concernant la jurisprudence adoptée par la *Sezione lavoro*, (dorénavant appelée « section sociale ») de la Cour de cassation italienne a été réalisée par une équipe composée de Carla Spinelli, Marco Chiaramonte et Andrea Violante.

Il faut préciser de manière préalable que l'analyse concernant le système français ne s'est pas limitée aux décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation, mais a également tenu compte des décisions adoptées dans le domaine du droit du travail par les autres chambres. Il s'avère ainsi que tous les arrêts recensés qui se réfèrent de manière explicite à la vulnérabilité du travailleur salarié relèvent du contentieux pénal et de la chambre criminelle. De même, concernant l'analyse réalisée en Italie, au-delà des

[470] Civ. 1re, 15 déc. 2021, n° 20-17.283.

décisions recensées au sein de la jurisprudence de la section sociale de la Cour de cassation, la recherche a également fait état de plusieurs arrêts pertinents adoptés par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, notamment en matière de vaccination obligatoire du personnel sanitaire durant la pandémie due au Coronavirus.

§ 1 L'emploi du terme

En ce qui concerne le système italien, l'équipe de chercheurs a analysé les décisions rendues par la section sociale de la Cour de cassation entre 2010 et 2023, en utilisant la base de données *DeJure Giuffrè*. Dans une première phase de la recherche, ont été sélectionnées uniquement les décisions dans lesquelles apparaissaient les mots *vulnerab**/*vulnerabilità*, et, dans un second temps, la recherche a été élargie à travers l'utilisation de mots-clés conceptuellement similaires, comme le mot *debolezza* (faiblesse) et *fragilità*. La recherche a fait émerger une vingtaine de décisions pertinentes.

En France, la recherche par les mots-clés vulnérab* sur le site Légifrance a fait apparaître une dizaine d'affaires pertinentes. Comme nous l'indiquions ci-dessus, toutes ces affaires ont été jugées par la chambre criminelle de la Cour de cassation et concernent l'application de sanctions pénales visant des abus commis par l'employeur à l'égard du travailleur « vulnérable ». Tout comme ce qui a été constaté pour les arrêts en matière civile, dans ce domaine aussi ont été recensées plusieurs affaires dans lesquelles la vulnérabilité était invoquée dans les moyens du pourvoi, sans que la Cour de cassation ait décidé de s'y référer. Ces décisions ont été écartées de l'analyse.

Que ce soit en France ou en Italie, l'analyse a fait état de l'existence de différentes situations de vulnérabilité du travailleur. De manière classique dans le cadre du droit du travail, il est possible de considérer que tous les travailleurs salariés se trouvent, en tant que travailleurs subordonnés, dans une situation de « faiblesse » et d'infériorité vis-à-vis de leur employeur, et nécessitent ainsi une protection spécifique, désormais largement prévue par les textes, sans d'ailleurs que le mot vulnérabilité ne soit utilisé. Une deuxième série de situations, très variées, a vu le jour dans les relations du travail, et concerne notamment les salariés qui, en plus d'être travailleurs subordonnés, sont exposés à des facteurs de vulnérabilité accentuée, en raison de leur situation personnelle, sociale ou économique (jeunes salariés, salariés âgés, étrangers, salariés précaires, salariés exposés à des discriminations ou à un licenciement économique, salariés fragiles d'un point de vue médical, salariés isolés, etc.). Par ailleurs, la transformation de l'organisation du travail a également conduit à l'émergence de situations de vulnérabilité qui touchent les travailleurs indépendants. Comme nous le verrons, ces différentes situations de vulnérabilité donnent lieu à des formes de protection différentes prévues par les textes et mises en œuvre par la jurisprudence.

Nous avons d'ailleurs pu constater une évolution dans le langage utilisé par le juge de cassation qui reflète cette transformation. Cela ressort en particulier de l'analyse de la jurisprudence de la section sociale de la Cour de cassation italienne qui fait apparaître une évolution dans le choix des termes employés pour désigner les diverses situations de vulnérabilité : alors que dans les décisions les plus anciennes, qui concernent en

particulier la qualification du rapport de travail, la section sociale emploie le terme « *debolezza* » (faiblesse)[471] pour se référer au travailleur salarié – la « faiblesse » mettant l'accent sur la situation de déséquilibre existant entre le travailleur subordonné et son employeur –, dans les décisions les plus récentes, notamment en matière de protection de travailleurs salariés particulièrement vulnérables[472], la section sociale utilise davantage les mots « *vulnerabilità* » et « *fragilità* », l'accent étant ainsi mis sur la condition de vulnérabilité et de fragilité de la personne, entendue comme l'exposition de la personne au risque de limitations substantielles à ses droits fondamentaux. De même, le terme « vulnérabilité/vulnérable » est employé dans tous les arrêts recensés qui concernent l'octroi, au travailleur étranger, de la protection humanitaire. Il est également important de souligner que l'emploi de ces expressions par la section sociale de la Cour de cassation italienne est toujours spontané.

En revanche, pour ce qui est de l'utilisation du terme « vulnérabilité » dans la jurisprudence de la Cour de cassation en France, l'analyse montre que cette utilisation dérive toujours d'une reprise de la terminologie employée par la loi. En effet, plusieurs textes de droit pénal français faisant état d'infractions résultant de l'abus exercé par un employeur sur un salarié en raison de sa situation personnelle ou socio-économique (tel le délit de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement ou de travail indignes) utilisent le mot « vulnérabilité/vulnérable ». Dans les arrêts recensés, la Cour de cassation ne fait que reprendre l'expression employée par la loi[473]. Toutefois, dans d'autres situations, la particulière vulnérabilité du salarié est seulement induite par les textes protecteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation n'emploie pas non plus l'expression. Nous faisons référence notamment aux « actions de substitution » qui visent à protéger les travailleurs salariés particulièrement vulnérables. Dans ces hypothèses, si la vulnérabilité n'est pas visée expressément par les textes, il n'en est pas moins vrai que les dispositifs applicables visent à empêcher l'abus à l'égard d'un salarié placé dans une situation de vulnérabilité accentuée. La situation de vulnérabilité se trouve donc au cœur de ces systèmes de protection, elle représente la condition pour leur application effective.

§ 2 – Les contentieux intéressés

Devant la Cour de cassation française, le contentieux concerné par l'emploi de la notion de vulnérabilité est essentiellement un contentieux de droit pénal. La dizaine d'arrêts recensés qui utilisent les mots « vulnérabilité » ou « vulnérable » font notamment référence au délit de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement indignes (art. 225-14 code pénal) ; au délit punissant le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture

[471] La Cour de cassation italienne se réfère par exemple à la « *debolezza economica* », Cassazione civ. Sez. Lav., 26/08/2013, n° 19568.

[472] Tel est le cas, par exemple, des travailleurs psychologiquement fragiles victimes de harcèlement (v. par exemple, Cassazione civ. Sez. Lav., 11.10.2017, n° 23859 (*fragilità psicologica*) ; Cassazione civ. Sez. Lav., 15.11.2017, n° 27110 (*personalità fragile e vulnerabile*) ; Cassazione civ. Sez. Lav., 17.11.2021, n° 35061 (*condizione soggettiva di fragilità e vulnerabilità*).

[473] V. par exemple : Cass. s. crim. 16 février 2010, 09-84.012 (application de l'art. 225-14 code pénal) ; Cass. s. crim. 17 février 2015, 14-80.386 (cet arrêt retenant la responsabilité de l'employeur sur le double fondement des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal) ; Cass. s. crim. 10 mars 2020, 19-80768 (application de l'art. 225-13 code pénal).

de services non rétribués, ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli (art. 225-13 code pénal) ; ou encore au délit de violences habituelles sur une personne particulièrement vulnérable (art. 222-14 code pénal). Dans d'autres affaires, comme nous l'indiquions ci-dessus, bien que le mot vulnérabilité n'apparaisse pas de manière explicite, la situation de vulnérabilité constitue la condition nécessaire au déclenchement de la protection spécifique accordée au travailleur salarié vulnérable (tel est le cas des actions de substitution qui visent à protéger, par exemple, les travailleurs isolés, les travailleurs étrangers ou les travailleurs victimes de discrimination).

Dans la jurisprudence de la Cour de cassation italienne, les contentieux particulièrement intéressés par l'emploi de la notion concernent notamment l'octroi de la protection humanitaire aux travailleurs étrangers, la qualification du rapport de travail afin de comprendre s'il s'agit d'un travail subordonné ou pas, la protection des travailleurs victimes de harcèlement (*mobbing*), ou encore la protection des droits des travailleurs subordonnés qui prêtent assistance à des personnes vulnérables notamment au sein de leur famille (*caregivers*). La recherche sur l'emploi de la notion de vulnérabilité dans le domaine du droit du travail a également fait émerger plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État italiens dans lesquelles la notion de vulnérabilité a été employée dans le contexte de la pandémie due au Coronavirus, en référence aux patients particulièrement fragiles au sein de structures sanitaires et dans le cadre de recours formés contre la vaccination obligatoire du personnel soignant.

§ 3 – La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité et la charge de la preuve

À l'instar de ce que nous avons constaté dans les autres domaines analysés, il apparaît qu'au sein de la jurisprudence sociale la vulnérabilité n'est jamais définie de façon précise par le juge, mais qu'elle est toujours caractérisée au cas par cas, sa définition variant en fonction du contexte et du contentieux envisagés. Ces variations jouent, ici aussi, en matière de charge de la preuve.

A – La caractérisation de la situation de vulnérabilité selon le contexte envisagé

En France, dans le cadre du contentieux visant à sanctionner les abus commis par l'employeur au détriment du travailleur vulnérable, le juge – tenu par le principe de la légalité des infractions et des peines – doit vérifier l'existence de la vulnérabilité, tant du point de vue de l'intentionnalité, que de celui de la matérialité de l'infraction. La vulnérabilité de la victime est caractérisée à chaque fois grâce à des éléments de fait (maladie, handicap, forte dépendance économique, mauvaise connaissance de la langue française, isolement professionnel ou familial, situation de formation et d'apprentissage, etc.) montrant que l'individu est placé dans une situation de particulière dépendance à l'égard de son donneur d'ordre. Le juge doit ainsi s'efforcer de montrer que l'employeur a abusé du salarié en raison, par exemple, de sa situation personnelle : le travailleur handicapé ou le travailleur particulièrement fragile se laissera faire, par exemple, car il peut être dans l'incapacité d'exprimer le caractère anormal de ses conditions de travail ;

ou en raison de sa situation socio-économique : l'étranger sera particulièrement vulnérable en cas de contrat saisonnier par exemple. Dans tous les cas, il apparaît que la vulnérabilité ne procède pas de la simple infériorité du salarié du seul fait de la conclusion du contrat de travail : conclure un tel contrat place seulement le travailleur dans un état de subordination. On en déduit que la vulnérabilité n'est pas la subordination, mais qu'elle résulte d'éléments de fait affectant la personnalité ou la situation dans laquelle se trouve la victime. À titre d'exemple, l'infraction se retrouve dans les rapports entre un employeur et une personne handicapée lorsque le chef d'entreprise qui la savait vulnérable en raison de son handicap physique et de ses déficiences intellectuelles lui octroie une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées[474]. L'infraction a également été invoquée avec succès pour protéger des élèves et des stagiaires dans le cadre d'une formation, car ils n'avaient pas d'autres choix que celui d'accepter les conditions d'emploi[475]. L'infraction (et donc la présence d'une situation de vulnérabilité) se retrouve aussi dans les rapports entre un chef d'entreprise et une personne sous tutelle : ce fut le cas, par exemple, à propos d'un salarié logé par son employeur dans des conditions insalubres et portant des vêtements usagés fournis par lui, travaillant tous les jours, y compris parfois le samedi, sans pouvoir bénéficier des conditions de travail ordinairement offertes aux employés d'une entreprise, étant même insulté et parfois frappé[476]. De même, l'infraction peut être retenue pour protéger des étrangers particulièrement vulnérables : par exemple les occupants des locaux dégradés qui se trouvaient dans une situation de vulnérabilité en matière d'hébergement, laquelle résultait de leur qualité de travailleurs étrangers, démunis d'autorisation de travail, sans famille en France et ne parlant pas la langue française[477]. Par ailleurs, il résulte de cette jurisprudence qu'il peut y avoir des cas de cumul de vulnérabilités : tel est le cas, qui vient d'être évoqué, d'un étranger, démuni d'un point de vue économique et dépourvu d'autorisation de travail, loin de sa famille et ne parlant pas le français.

Au sein de la jurisprudence de la section sociale de la Cour de cassation italienne, il apparaît aussi, et de manière constante, que cette Cour demande au juge du fond d'essayer de caractériser concrètement la vulnérabilité du travailleur, pour évaluer s'il convient d'accorder ou pas une protection et quel type de protection accorder. Ainsi, dans plusieurs arrêts qui concernent l'octroi de la protection humanitaire, la Cour demande au juge du

[474] Cass. s. crim. 10 mars 2020, 19-80768.

[475] Cass. s. crim. 20 janvier 2015, 13-83.301 ; v. déjà Cass. s. crim. 3 décembre 2002, *Dr. Soc.* p. 428, obs. F. Duquesne ; A. COEURET ET E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Lexis-Nexis, 2012, n° 570.

[476] Cass. s. crim. 15 juin 2010, n° 09-83185 : l'employeur, qui était entrepreneur en charpente, a fait travailler pendant deux ans un salarié particulièrement vulnérable, en situation de tutelle, et s'est rendu coupable à l'égard de son salarié de délits de conditions de travail et d'hébergement indignes et d'obtention de services non rétribués d'une personne vulnérable ou en état de dépendance et de violences habituelles sur une personne particulièrement vulnérable (art. 111-3, 112-1, 225-13 et 225-14 du Code pénal).

[477] Cass. s. crim. 28 mars 2017, n° 16-80914 ; Cass. s. crim. 7 mai 2018, n° 16-83994 : « L'arrêt, après avoir décrit les locaux utilisés à titre de logement des travailleurs employés par le prévenu, en déduit que ces derniers étaient incompatibles avec la dignité humaine, faisant vivre les personnes concernées dans un état de promiscuité extrême et de manque d'hygiène, sans rapport avec un défaut d'entretien par les occupants ; que les juges énoncent que les occupants desdits locaux se trouvaient dans une situation de vulnérabilité en matière d'hébergement laquelle résultait de leur qualité de travailleurs étrangers, démunis d'autorisation de travail, sans famille en France et ne parlant pas la langue française ; qu'ils ajoutent que l'état de dépendance des intéressés se déduisait de ce que ces ouvriers avaient été recrutés personnellement et directement par le prévenu en Bulgarie et qu'ils travaillaient pour le compte du prévenu dans des conditions non conformes au droit du travail ».

fond d'évaluer la condition dans laquelle se trouve le travailleur étranger demandeur d'asile (*rectius* : demandant la protection humanitaire), en vérifiant en particulier s'il se trouve dans une situation de vulnérabilité due, par exemple, à une situation d'exploitation par le travail, qui aurait en même temps conduit à un état de santé précaire[478]. En outre, afin de caractériser la situation de vulnérabilité du travailleur étranger dans le but de lui accorder ou pas la protection humanitaire, la Cour de cassation demande au juge de procéder « à une évaluation comparative entre le degré d'intégration atteint par l'étranger en Italie et la situation subjective et objective dans laquelle il se trouverait s'il retournait dans son pays d'origine, afin de vérifier si le rapatriement pourrait conduire à la privation de l'exercice des droits de l'homme, au-dessous du noyau incompressible constituant le statut de la dignité personnelle »[479]. Dans un autre domaine, celui relatif aux demandes d'indemnisation présentées à l'encontre de l'employeur par les travailleurs victimes de harcèlement, la section sociale de la Cour de cassation caractérise la vulnérabilité du travailleur en se référant aux expertises apportées au procès et en présence notamment de conditions psychologiques qui sont la manifestation d'une grande fragilité du travailleur, tels qu'un « trouble de la personnalité dépendante et évitante »[480], ou des « traits de personnalité anankastique et peu sûre d'elle-même »[481], ou des « conditions de fragilité psychologique »[482]. Autre exemple, au sein du contentieux relatif à l'aménagement des conditions de travail pour les travailleurs salariés qui assistent un membre de leur famille particulièrement vulnérable (*caregivers*), la vulnérabilité de la personne nécessitant l'assistance est caractérisée à chaque fois que la personne souffre de maladies ou de handicaps particulièrement graves[483]. Enfin, dans le cadre du contentieux relatif à la protection des patients vulnérables résidant dans une structure sanitaire durant la pandémie de Coronavirus et à l'obligation de la vaccination des personnels de santé visant à éviter la diffusion du virus, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État identifient les personnes vulnérables comme les personnes qui, « en raison de l'existence de morbidités antérieures, même graves, comme des tumeurs ou des maladies cardiaques, ou en raison de l'âge avancé »[484], ont besoin de soins et d'assistance, souvent urgents, et pour cette raison même, sont fréquemment ou continuellement en contact avec le personnel sanitaire ou socio-sanitaire dans les lieux de soins et risquent davantage de contracter le virus.

[478] Cassazione civ. Sez. Lav., 16/06/2021, n.17204. La Cour de cassation censure, dans cet arrêt, la décision du Tribunal de Catanzaro qui avait refusé d'accorder la protection humanitaire au travailleur étranger demandeur d'asile en estimant que « le juge, afin de vérifier l'existence de la condition de vulnérabilité pour de graves raisons de santé, est tenu de jouer un rôle actif dans l'instruction de la demande de protection […], en accordant également de l'importance aux diverses formes d'exploitation par le travail – compte tenu des conditions dans lesquelles elles se développent, caractérisées normalement par une forte précarité, un isolement ambiental et social, une mauvaise régulation du travail et la surcharge émotionnelle qui en résulte, une extrême dépendance à l'égard de l'employeur, allant jusqu'à des formes de coercition servile –, afin d'évaluer si ces conditions ont eu un impact, générant des troubles mentaux, sur la situation psychologique du demandeur.
[479] Cassazione civ. Sez. Lav., 11.05.2021, n° 12418.
[480] Cassazione civ. Sez. Lav., 17.11.2021, n° 35061.
[481] Cassazione civ. Sez. Lav., 15.11.2017, n° 27110.
[482] Cassazione civ. Sez. Lav., 11.10.2017, n° 23859.
[483] Cassazione civ. Sez. Lav., 03.11.2015, n° 22421 ; Cassazione civ. Sez. Lav., 17.12.2020, n° 29009.
[484] Cons. di Stato, 04.02.2022, n° 583 et Cons. di Stato, 20.10.2021, n° 7045.

B – La charge de la preuve et la protection des personnes en situation de vulnérabilité

Tout comme en ce qui concerne la caractérisation de la vulnérabilité, pour ce qui est de la charge de la preuve, les règles varient en fonction du contentieux envisagé.

Ainsi, dans les arrêts recensés en France en matière d'abus de l'employeur sur le salarié vulnérable, les infractions ne sont reconnues que si l'on arrive à prouver que l'employeur connaissait la situation de vulnérabilité du salarié. Dans de nombreux cas, il est prouvé que l'employeur agissait sciemment, c'est-à-dire en ayant une connaissance exacte de la dépendance dans laquelle il plaçait la victime : c'est le cas, par exemple, de l'employeur qui recrute directement dans le pays d'origine les salariés, pour être maître de leur recrutement, et les héberge dans des conditions indignes[485] ; c'est également le cas de l'employeur qui confisque les papiers d'identité et le passeport de ses salariés étrangers, pour éviter qu'ils ne repartent dans leur pays d'origine. La connaissance d'un handicap peut également conduire à l'abus de dépendance : tel est le cas de l'employeur qui, connaissant le handicap de son salarié, refuse d'aménager le poste de travail et lui accorde une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées[486]. Mais la connaissance de l'état de dépendance et de la vulnérabilité des intéressés se déduit parfois des faits : c'est le cas, par exemple, d'étrangers que l'employeur héberge dans des locaux qu'il sait insalubres et exigus. Dans ces hypothèses, le juge indique alors que le prévenu n'a rien ignoré des conditions de logement de ces travailleurs dont l'hébergement a été organisé par ses soins[487].

Dans les affaires recensées en Italie concernant les demandes d'indemnisation pour harcèlement, conformément au principe dispositif du procès, c'est au travailleur de prouver la conduite de l'employeur, le préjudice subi et le lien de causalité. De son côté, l'employeur sera exonéré de responsabilité s'il arrive à prouver qu'il a tout mis en place afin d'éviter le préjudice du salarié. Dans le contentieux concernant les *caregivers*, sachant que la protection accordée par la loi[488] à ces travailleurs consiste dans la possibilité d'aménager les conditions de leur travail ou dans la possibilité de choisir le lieu de travail le plus proche de leur domicile et dans le droit de ne pas être transférés sans leur consentement[489], le travailleur devra prouver qu'il prête effectivement assistance à une personne membre de sa famille ainsi que la situation de vulnérabilité de cette personne[490], tandis que l'employeur sera libéré des contraintes vis-à-vis du travailleur *caregiver* s'il arrive à prouver qu'il existe des exigences réelles et urgentes concernant le fonctionnement

[485] Cass. s. crim. 7 mai 2018, n° 16-83994.
[486] Cass. s. crim. 10 mars 2020, n° 19-80768.
[487] Cass. s. crim. 28 mars 2017, n° 16-80914 : « L'arrêt retient que (…) les conditions d'hébergement ont été insalubres, précaires et incompatibles avec la dignité humaine ; que les juges déduisent l'état de vulnérabilité des salariés soumis à ces hébergements de l'éloignement de leur pays d'origine et de leur famille, de leur absence de maîtrise de la langue française et de leur défaut d'autorisation de travail en France ; que la cour d'appel ajoute que le prévenu n'a rien ignoré des conditions de logement de ces travailleurs dont l'hébergement, dans ces deux sites, a été organisé par ses soins ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la Cour d'appel a justifié sa décision ».
[488] Il s'agit en particulier de la loi n° 104 du 5 février 1992, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.*
[489] En vertu de l'article 33 de la loi n° 104 de 1992.
[490] Cassazione civ. Sez. Lav., 05.12.2017, n° 29062.

de l'entreprise qui ne peuvent être satisfaites autrement. Soulignons que dans les affaires recensées au cours de notre recherche, il n'y a pas eu de cas dans lesquels l'employeur ait fourni une preuve concernant l'existence de ces exigences liées à son entreprise[491]. En matière d'octroi de la protection humanitaire, en revanche, comme nous l'avons déjà indiqué à propos de la jurisprudence des sections civiles de la Cour de cassation italienne, la règle posée par la Cour de cassation exige que le juge et l'administration contribuent à l'activité d'instruction, en cherchant à prouver le réel état de vulnérabilité de l'étranger qui demande la protection humanitaire et ce, par dérogation au principe dispositif du procès. Il est intéressant de souligner que dans le cadre de ce contentieux, la section sociale de la Cour de cassation a considéré le mineur étranger comme une personne vulnérable, sans demander aucune preuve de cette situation, ce qui rejoint le constat, déjà réalisé dans d'autres domaines, d'une présomption de vulnérabilité des mineurs[492].

§ 4 Les conséquences de la référence

L'analyse de la jurisprudence adoptée en matière de droit du travail a mis en lumière des aspects très intéressants concernant les conséquences qui peuvent être attachées à la reconnaissance d'un état de vulnérabilité. Il résulte de cette analyse que la mobilisation du concept de vulnérabilité conduit à une forme de protection spécifique de la personne vulnérable, cette protection pouvant varier et s'articuler de plusieurs manières, selon le contexte et selon le contentieux concerné. Parfois, au contraire, l'invocation, par le requérant, de sa situation de vulnérabilité conduit à nier la protection, la situation de vulnérabilité antérieure aux faits empêchant la constitution de l'infraction dont on se dit victime (tel a été le cas d'une affaire jugée en matière de harcèlement).

Il faut préciser, tout d'abord, que dans le cadre de la jurisprudence sociale, il y a des cas dans lesquels la reconnaissance de la situation de vulnérabilité du travailleur conduit directement à l'octroi d'une forme de protection spécifique, la protection humanitaire, définie par la Cour de cassation comme une « mesure atypique et résiduelle, dans le sens où elle couvre toutes les situations dans lesquelles, bien que les conditions de reconnaissance du statut de réfugié ou de protection subsidiaire n'existent pas, l'expulsion ne peut cependant pas être ordonnée (voir Cassazione n° 13079 de 2019 ; Cassazione n° 13079 de 2019 ; et n° 140051 de 2018) »[493]. Rappelons par ailleurs que dans ce domaine, tout comme dans celui, déjà analysé, relatif à la jurisprudence civile, l'emploi du terme « vulnérabilité » est spontané chez le juge de cassation, car la loi instituant la protection humanitaire n'y fait aucunement référence.

Ensuite, il y a des cas dans lesquels la reconnaissance de la situation de vulnérabilité est la condition, prévue par la loi pénale, pour que soit reconnue l'infraction d'abus commis

[491] Cassazione civ. Sez. Lav., 17.12.2020, n° 29009 ; Cassazione civ. Sez. Lav., 03.11.2015, n° 22421.
[492] Cassazione civ. Sez. Lav., 18.06.2021, n° 17504 : « En matière de protection humanitaire, le juge, pour accepter la demande, doit évaluer la minorité du demandeur au moment de son entrée en Italie, *car il s'agit d'une condition personnelle de vulnérabilité particulière* qui, comme d'autres (tel que la grossesse, l'âge avancé, le handicap, etc.), détermine, même en l'absence de risque concret pour la vie, l'intégrité physique ou la liberté individuelle, le risque, en cas de rapatriement, d'une atteinte significative et effective aux droits fondamentaux inviolables du demandeur ». Nous soulignons.
[493] Cassazione civ., Sez. Lav., 18/06/2021, n° 17504.

par un employeur au détriment d'un travailleur « vulnérable ». Dans ce contexte, la protection prévue par l'ordonnancement juridique consiste à sanctionner l'employeur qui commet l'abus à l'encontre du travailleur, il s'agit donc d'une forme préventive de protection, qui vise à éviter la violation par autrui des droits fondamentaux du travailleur vulnérable.

Les choses se compliquent, en revanche, en ce qui concerne les affaires de harcèlement recensées en Italie, car dans ces hypothèses, une fois constatée la situation de vulnérabilité ou de fragilité psychologique du travailleur antérieure aux comportements dénoncés, la question juridique abordée par la Cour suprême a été celle de savoir si cette condition de vulnérabilité psychologique a un impact sur la reconnaissance de la responsabilité de l'employeur et donc si elle pèse sur la reconnaissance du préjudice au bénéfice du travailleur qui se dit harcelé. La réponse à cette question est nuancée, car parfois la Cour de cassation estime que la vulnérabilité antérieure du travailleur ne rompt pas le lien de causalité entre les comportements de l'employeur et le préjudice subi par le travailleur, mais qu'elle est un facteur qui s'ajoute aux causes du préjudice, ce qui conduit à la réparation de ce préjudice[494], tandis que dans d'autres, la Cour estime, au contraire, que la situation antérieure de vulnérabilité psychologique du travailleur, en influençant sa perception quant aux comportements subis, conduit à une altération et à une réaction disproportionnée vis-à-vis des agissements de l'employeur et empêche ainsi la constitution de l'infraction de harcèlement[495].

Dans la jurisprudence recensée, il y a également des cas dans lesquels la situation de vulnérabilité d'une personne conduit à des formes de protection qui ont des conséquences « indirectes », car elles ont un impact sur les conditions matérielles de la relation de travail d'un sujet différent de la personne vulnérable, c'est-à-dire le travailleur qui assiste cette personne ou qui la soigne au sein d'une structure sanitaire. Cela se produit en particulier dans les hypothèses concernant les travailleurs *caregivers* et dans celles concernant l'obligation vaccinale des personnels sanitaires. En ce qui concerne les travailleurs *caregivers*, la loi prévoit que ces travailleurs puissent demander à aménager les conditions matérielles de leur travail (comme celles qui affectent le temps de travail, le rythme de travail ou les lieux de travail) afin de pouvoir prêter assistance à un membre de leur famille vulnérable. Dans ces hypothèses, la protection de la personne vulnérable consiste dans le fait de faciliter les conditions de travail du travailleur *caregiver*, au détriment, dans certaines limites, de la liberté de choix de l'employeur et des nécessités organisationnelles de l'entreprise. Il est intéressant à ce propos de rappeler les finalités poursuivies par ces mesures de protection particulières et leur logique, en reprenant les mots utilisés par la Cour de cassation, selon laquelle ces mesures visent à « promouvoir la socialisation de la personne handicapée, en mettant en place des outils visant à faciliter sa pleine intégration dans la famille, l'école et le travail, en application du principe […] selon lequel la socialisation dans toutes ses modalités explicatives est un facteur fondamental du développement de la personnalité et un outil approprié pour protéger la santé de la personne handicapée, entendue dans son sens le plus large de santé

[494] Cassazione civ. Sez. Lav., 17.11.2021, n° 35061.
[495] Cassazione civ. Sez. Lav., 15.11.2017, n° 27110.

psychophysique »[496]. Dans le domaine de l'obligation vaccinale des personnels de santé prévue pendant la pandémie de Coronavirus, en revanche, la logique est différente, car en l'espèce, pour protéger les personnes vulnérables – à savoir les patients fragiles hospitalisés au sein de structures sanitaires – les personnels sanitaires travaillant dans ces structures ont été obligés de se vacciner, faute de quoi ils risquaient une suspension de leur contrat de travail. Ainsi, afin d'éviter la propagation du virus et donc afin de protéger la santé des personnes particulièrement vulnérables, la loi met en place une obligation qui pèse lourdement sur le contrat de travail des personnels soignants. Dans ces affaires, jugées en particulier par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État italiens, le droit à la santé de la personne vulnérable prime sur le droit au travail et à la juste rémunération des professionnels de santé[497].

Enfin, bien que le mot « vulnérabilité n'apparaisse pas dans les textes ni dans la jurisprudence recensée, une forme de protection intéressante est celle mise en place par le législateur français à travers les « actions de substitution », visant à protéger les travailleurs particulièrement vulnérables. Ces actions, créées dès le début du XXe siècle et développées dans les années 1980, en permettant aux syndicats représentatifs d'agir à la place des salariés, en exerçant leurs actions individuelles, sans mandat de leur part, font figure d'exception parmi les règles de procédure françaises, puisqu'en principe « nul ne plaide par procureur » (ce qui signifie qu'une personne ne peut exercer une action en justice à la place d'une autre sans mandat de sa part). Elles s'expliquent précisément par la reconnaissance de la particulière vulnérabilité dans laquelle se trouvent placés certains salariés. En effet, l'analyse de ces actions montre qu'à chaque fois elles sont censées lutter contre l'inaction d'une personne non pas seulement placée dans une situation de subordination juridique du fait de son contrat de travail, mais aussi souffrant d'une faiblesse supplémentaire : isolée (travailleur à domicile), craignant une rétorsion (salarié en cours d'exécution de son contrat qui souhaite bénéficier de la convention collective), placée en situation d'inégalité, faisant l'objet d'une discrimination, harcelée (d'un point de vue moral ou sexuel), maîtrisant mal la langue et le contexte juridique (étranger), placée en situation de précarité juridique (contrats courts) ou économique (à la suite d'un licenciement).

Sous-section 3 La jurisprudence pénale

La recherche sur la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation française a été réalisée par Catherine Tzutzuiano, tandis que celle portant sur la jurisprudence des sept sections pénales de la Cour de cassation italienne a été réalisée par : Enrico Amati et Luca Baron (concernant le droit pénal substantiel), Andrea Scella, Claudia Castelli et Savina Ottieri (concernant la procédure pénale) et Natalia Rombi (concernant l'exécution de la peine).

[496] Cassazione civ. Sez. Lav., 17.12.2020, n° 29009.
[497] Selon la Cour constitutionnelle en effet, « l'obligation d'administrer le vaccin anti-COVID-19, mise en place pour le personnel médical et soignant, répond à un objectif clair de protection non seulement de ce personnel sur le lieu de travail, mais également des patients eux-mêmes et des usagers de la santé, publics et privés, notamment en direction des catégories les plus fragiles et des sujets les plus vulnérables » (Cour constitutionnelle, arrêt n° 15 de 2023).

§ 1 L'emploi du terme

Le premier élément remarquable qui ressort de la recherche portant sur la jurisprudence pénale des Cours de cassation tant italienne que française concerne le nombre très important de décisions recensées faisant référence à la vulnérabilité. Pour ce qui est de la chambre criminelle de la Cour de cassation française, la recherche par les mots-clés « vulnérable » et « vulnérabilité » s'est faite en deux temps et avec deux outils de recherche différents : dans un premier temps, à travers le site internet de la Cour de cassation, ce qui a fait ressortir, entre 2010 et 2023, 289 décisions ; dans un second temps, à travers le site Légifrance, ce qui a fait ressortir, pour la même période, un nombre beaucoup plus important de décisions, environ 570. Un tri a ensuite été réalisé parmi ces décisions pour ne garder que les arrêts pertinents (environ 270). Il résulte par ailleurs de l'analyse de ces arrêts que 92 % d'entre eux concernent la vulnérabilité de la victime, tandis que 8 % concernent la vulnérabilité de l'auteur de l'infraction. Pour ce qui est de la recherche réalisée sur les sept sections pénales de la Cour de cassation italienne, à travers les mots-clés « vulnérable », « vulnérabilité » et « fragilité », plus de 1500 décisions ont été recensées entre 2010 et 2023. Un tri a été réalisé pour ne retenir que les décisions pertinentes (environ 650 décisions[498]), et, dans ce cadre aussi, il a été constaté que le terme vulnérabilité est utilisé dans la grande majorité des cas à propos de la victime, beaucoup moins à propos de l'auteur de l'infraction.

Une différence importante existe entre la chambre criminelle de la Cour de cassation française et les sections pénales de la Cour de cassation italienne en ce qui concerne l'usage du terme « vulnérabilité ». En effet, alors que dans la grande majorité des décisions de la chambre criminelle française, la référence à la vulnérabilité ne résulte pas d'un emploi spontané de l'expression par le juge, mais de la reprise des termes d'une disposition législative, issue du Code pénal principalement, au sein des sections pénales italiennes en revanche, le mot vulnérabilité est utilisé spontanément la plupart du temps. En France, dans les rares cas où la chambre criminelle emploie les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » en dehors de toute référence à un texte, c'est soit parce qu'elle reprend la terminologie employée par un expert, soit parce qu'elle reprend la terminologie employée par les juges du fond. Il arrive toutefois que la chambre criminelle emploie le terme vulnérabilité de manière spontanée, même si cela reste rare[499]. En revanche, dans la plupart des décisions recensées, les sections pénales de la Cour de cassation italienne emploient les expressions « vulnérabilité »/« vulnérable » spontanément, le législateur n'utilisant pas souvent le terme de manière explicite. Il faut dire toutefois que certains textes européens et législatifs emploient expressément cette terminologie, ce qui peut

[498] Ces décisions sont ainsi reparties : environ 350 d'entre elles concernent le droit pénal substantiel ; environ 250 concernent la procédure pénale ; environ 50 d'entre elles concernent l'auteur de l'infraction (personne mise en examen ou personne condamnée à une peine de prison).

[499] Parmi les rares cas dans lesquels les juges emploient spontanément le terme vulnérabilité, on peut citer la décision du 14 avril 2021, n° 20-81.196 relative à des faits de non-dénonciation d'agressions sexuelles sur mineur. En l'espèce, s'agissant de cette infraction, si le législateur n'emploie pas le terme vulnérabilité, mais la périphrase « un mineur ou *une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse* » (art. 434-3 du Code pénal, nous soulignons), cette périphrase est résumée spontanément, tant par les juges du fond que par les juges du droit, avec l'emploi du terme « vulnérabilité ». V. également, Cass. s. crim. 19 juin 2019, n° 18-84.629, s'agissant du crime de délaissement de personne hors d'état de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique.

conduire les sections pénales à s'y référer à leur tour par ricochet. Il s'agit par exemple, sur le plan de l'Union européenne, des directives qui protègent les personnes vulnérables au sein de la procédure pénale[500] ou des directives qui concernent certaines infractions dont les personnes vulnérables sont les victimes[501]. Sur le plan interne, trois dispositions législatives du Code pénal italien emploient expressément le terme « vulnérabilité », à savoir les dispositions prévues à l'art. 558-*bis* (constriction au mariage), à l'art. 600 (réduction en esclavage) et à l'art. 601 (traite d'êtres humains). Il convient de noter ici une similitude entre les infractions prévues par le Code pénal italien et celles prévues par le Code pénal français quant à l'utilisation du terme vulnérabilité (c'est le cas par exemple de l'art. 224-1 C du Code pénal français à propos de la réduction en esclavage, ou des dispositions, déjà évoquées, des articles 225-13, 225-14 ou 222-14 de ce même code, relatives aux abus exercés par l'employeur sur le salarié vulnérable). Au sein du code de procédure pénale italien, plusieurs dispositions emploient le terme vulnérabilité, notamment pour ce qui concerne la protection des personnes vulnérables pendant le procès (en application des directives européennes susmentionnées), ce qui conduit la Cour de cassation à reprendre, parfois, ces termes dans ses arrêts.

Concernant les arrêts analysés en Italie, une augmentation de la référence à la vulnérabilité a été constatée : à partir de 2018, pour le droit pénal substantiel, et de 2019, pour la procédure pénale. Cette augmentation va dans le sens de l'évolution que nous avons observée concernant la montée en puissance, ces dernières années, de l'emploi de la notion de vulnérabilité au sein de la jurisprudence des cours nationales, tout comme au sein des textes et de la jurisprudence européens. Elle va également dans le sens de l'évolution qui concerne la place de la victime dans le procès et dans le système pénal tout entier : alors que pendant longtemps, le système pénal a été presque entièrement tourné vers la punition de l'auteur de l'infraction, la victime jouant un rôle secondaire et n'étant même pas nommée en tant que telle dans le droit positif[502], depuis quelques années, y compris sous l'impulsion du droit européen, la victime assume une place centrale dans le système pénal et la protection spécifique de la victime vulnérable devient une finalité poursuivie par les textes et par la jurisprudence.

D'ailleurs, l'analyse montre que dans la jurisprudence des sections pénales tant italiennes que françaises, la vulnérabilité entre en jeu principalement lorsqu'elle concerne la victime de l'infraction et ce, même si le terme « vulnérabilité » n'est pas employé par le Code pénal. Plus rarement, la vulnérabilité peut être mobilisée à propos de l'auteur de l'infraction, tant lorsqu'il s'agit d'évaluer et de calibrer la peine, que lorsqu'il s'agit de protéger ses droits lorsqu'il est placé en détention provisoire, gardé à vue ou condamné à une peine de prison. Concernant la mobilisation de la notion de vulnérabilité à propos de l'auteur de l'infraction, une différence doit en outre être relevée entre le système français

[500] Telle la directive n° 2010/64/UE relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales, ou la directive n° 2016/800 UE relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.
[501] Telle la directive n° 2011/36/UE concernant la prévention et la répression de la traite des êtres humains ainsi que la protection des victimes.
[502] Les textes de droit pénal italiens employant notamment les expressions « *persona offesa* » (personne offensée par l'infraction) ou « *danneggiato* » (personne ayant subi le préjudice).

et italien : alors que le juge de cassation italien emploie souvent et spontanément le terme vulnérabilité pour se référer, en particulier, aux conditions dans lesquelles peuvent se retrouver les détenus et ce, sous l'influence importante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[503], en France, en revanche, les rares décisions dans lesquelles on peut trouver le terme de vulnérabilité associé, dans les moyens du pourvoi ou parfois par les juges du fond, à celui de suspect, mis en cause ou condamné, cette vulnérabilité, à la supposer avérée, ne produit que peu d'effets. Hormis les cas dans lesquels il s'agit de mineurs ou pour justifier une privation de liberté, l'association « vulnérabilité » et « auteur des faits » semble délicate. Comme l'indique Agnès Cerf-Hollender dans un article « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », « la loi ne veut, ni ne peut, qualifier un assassin, un terroriste, un pédophile, de vulnérable »[504]. Il semble en aller de même pour le juge français.

§ 2 – Les contentieux intéressés

Pour mettre en évidence quels sont les contentieux dans lesquels la notion de vulnérabilité est particulièrement mobilisée par le juge de cassation pénal, nous devons distinguer les hypothèses dans lesquelles est en jeu la vulnérabilité de la victime, de celles dans lesquelles l'on se réfère à la vulnérabilité de l'auteur de l'infraction.

Pour ce qui concerne, tout d'abord, la victime de l'infraction, dans la jurisprudence des deux pays, les contentieux principalement concernés par la référence à la vulnérabilité sont ceux relatifs aux infractions commises contre la personne (maltraitances, agressions, menaces, crimes sexuels, réduction en esclavage, délits liés aux conditions de travail et d'hébergement…). Il convient de noter que dans ces contentieux, la vulnérabilité de la victime est la plupart du temps une condition préalable à la constitution de l'infraction et doit donc être constatée de manière systématique pour que l'infraction soit caractérisée, tandis que pour des infractions telles que le viol, les agressions sexuelles, les violences, le meurtre… la vulnérabilité de la victime, généralement « due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse » ou encore, pour certaines infractions, celle « résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale », peut être une circonstance aggravante de l'infraction et n'est donc pas constatée de manière systématique.

Toujours en ce qui concerne la victime de l'infraction, la notion de vulnérabilité est mobilisée également au sein des contentieux relatifs aux infractions contre l'administration publique (par exemple, en matière de concussion[505], lorsque le sujet contraint à payer la personne dépositaire de l'autorité est vulnérable, comme cela a pu être jugé, en Italie, à propos d'une prostituée[506], d'une femme enceinte demandant une

[503] V. nos développements *infra*.
[504] A. CERF-HOLLENDER, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 32.
[505] Selon l'art. 432-10 du Code pénal français (qui a son équivalent à l'art. 317 du Code pénal italien), la concussion est « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ».
[506] Cassazione pen., Sez. III, 17/09/2019, n° 364.

IVG[507], ou d'un demandeur d'asile[508]). Certaines affaires concernent aussi les infractions contre le patrimoine (braquage, escroquerie, infractions relatives aux abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne d'une particulière vulnérabilité qui est apparente ou connue de son auteur[509]). Les contentieux en matière d'immigration, notamment les infractions consistant à faciliter ou à exploiter l'immigration irrégulière, sont également propices à la mobilisation de la notion de vulnérabilité de la victime de l'infraction. Il convient de souligner par ailleurs que dans les deux systèmes analysés, la référence à la vulnérabilité prend un caractère systématique dans les cas où des mineurs ou des femmes victimes de violences sont impliqués dans la procédure.

Dans le domaine de la procédure pénale, toujours en ce qui concerne la victime de l'infraction, les contentieux intéressés par la mobilisation de la vulnérabilité sont notamment ceux qui concernent la phase préventive (par exemple lorsqu'il s'agit de révoquer une mesure de détention provisoire prise à l'encontre d'une personne qui a commis une violence contre une victime vulnérable, la jurisprudence imposant dans cette hypothèse l'obligation d'avertir la victime vulnérable[510]) ; ou ceux qui concernent l'acquisition des preuves (lorsque, par exemple, la victime vulnérable doit produire un témoignage et nécessite pour ce faire une protection renforcée) ; ou encore les contentieux qui concernent le renouvellement de l'instruction au cours de l'appel (lorsque, par exemple, il est nécessaire de tenir compte de l'état de vulnérabilité de la victime afin d'évaluer la réelle nécessité d'acquérir de nouveaux éléments probatoires et de la soumettre ainsi à un nouveau stress).

En ce qui concerne l'auteur de l'infraction, qu'il soit une personne mise en cause, suspectée ou condamnée, sa vulnérabilité est beaucoup moins mobilisée au sein de la jurisprudence analysée, tant du côté des juges italiens que de celui des juges français. De manière générale, les juges évoquent la vulnérabilité de l'auteur de l'infraction lorsque celui-ci est un mineur ou une personne protégée (placée sous tutelle ou sous curatelle). Au-delà, le contentieux le plus impacté par la mobilisation de la notion de vulnérabilité concernant l'auteur de l'infraction est celui relatif à la détention et aux conditions de détention. En effet, que ce soit au sein de la jurisprudence française ou italienne, les détenus sont considérés comme des personnes vulnérables du fait d'être placés dans le contexte carcéral et d'être privés de leur liberté, ce qui conduit généralement à une protection spécifique de leurs droits et libertés.

[507] Cassazione pen., Sez. VI, 05.03.2019, n° 13411.
[508] Cassazione pen., Sez.VI, 12.07.2012, n° 33920.
[509] Le droit pénal tant français qu'italien précise que pour les infractions relevant de l'abus de faiblesse (« *circonvenzione di incapace* »), la situation de particulière vulnérabilité de la victime peut être due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse (art. 223-15-2 du Code pénal français et art. 643 du Code pénal italien).
[510] Cassazione pen., Sez. II, 3.5.2017, n° 36176 ; Cassazione pen., Sez. II, 4.5.2017, n° 36680; Cassazione pen., Sez. II, 8.6.2017, n° 46996 ; Cassazione pen., Sez. II, 1.4.2016, n° 19704 ; Cassazione pen., Sezioni Unite, 29.1.2016, n° 10959.

§ 3 – La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité et la charge de la preuve

À l'instar de ce que nous avons constaté dans les autres domaines étudiés, en droit pénal, la vulnérabilité ne fait pas l'objet d'une définition juridique, ni de la part du législateur ni de la part des juges. La vulnérabilité apparaît ainsi comme un concept flou, un « mot-valise »[511] ou encore un « concept polymorphe »[512]. Cela étant, il est possible d'identifier certains facteurs de vulnérabilité, parfois indiqués dans les textes, en particulier, lorsqu'il s'agit de la vulnérabilité de la victime, qui doit toujours être prouvée pour que l'infraction soit réalisée ou pour que la circonstance aggravante soit appliquée. S'agissant de la vulnérabilité de l'auteur de l'infraction, notamment lorsqu'il est placé en détention, des règles particulières s'appliquent concernant la charge de la preuve.

A – Les critères d'identification des situations de vulnérabilité de la victime de l'infraction

En ce qui concerne les critères d'identification des situations de vulnérabilité en droit pénal, une différence entre les systèmes italien et français doit être soulignée. Alors qu'en France, la grande majorité des textes législatifs de droit pénal spécial fournissent des éléments de définition, ou plutôt des facteurs de vulnérabilité, sur lesquels les juges peuvent s'appuyer, dans le système pénal italien en revanche ces indications textuelles sont plus rares[513]. Cette différence pourrait d'ailleurs expliquer le fait que, comme nous l'avons déjà relevé, dans la plupart des décisions recensées en France, la référence à la notion de vulnérabilité résulte d'une reprise des termes de la loi par le juge, tandis qu'en Italie l'utilisation de la notion est spontanée la plupart du temps.

1. L'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité

En France, bon nombre des dispositions de droit pénal énumèrent les facteurs de vulnérabilité, que cette vulnérabilité soit une condition préalable, un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'infraction. Selon la formule la plus fréquemment utilisée, commune à la plupart des textes, la vulnérabilité de la victime peut être « due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »[514]. On trouve parfois des variantes dans la formulation. Par exemple, l'article 225-12-1 du Code pénal, incriminant le recours à la prostitution, vise « la vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ». En outre, depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, un autre facteur de vulnérabilité a été institué en France : celui de la précarité économique ou sociale de la victime, qui est constitutive d'une circonstance aggravante de certaines infractions comme le viol ou les

[511] J.-P. PIERRON, « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 570.
[512] F. X. ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 619-630.
[513] Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, ces indications textuelles pour l'identification de situations de vulnérabilité sont notamment contenues dans le code de procédure pénale italien et se réfèrent à la protection, au sein du procès, de la victime de l'infraction vulnérable.
[514] Il s'agit par exemple de l'infraction de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, ou encore du 3° de l'article 221-4 du Code pénal listant les circonstances aggravantes du meurtre.

agressions sexuelles[515]. La précarité est donc envisagée comme étant un facteur de vulnérabilité, tout comme l'âge, la maladie, l'infirmité ou encore l'état de grossesse.

Les facteurs de vulnérabilité, énoncés par les textes, sont alternatifs. Tel est le cas du « grand » âge (qui n'est légalement pas fixé numériquement). Le « grand » âge peut suffire à rendre vulnérable, sans qu'il soit besoin d'établir en outre une altération des facultés mentales ou physiques de la victime[516]. Cela étant, à la différence de la minorité, le « grand » âge n'est pas présumé être une cause de vulnérabilité. Dès lors, si l'âge peut être un critère suffisant, il n'est pas toujours un critère déterminant[517]. Parfois, malgré le « grand âge », la particulière vulnérabilité de la victime ne sera caractérisée que s'il est démontré l'existence d'autres facteurs de vulnérabilité. Bien entendu, rien n'interdit de relever chez une même personne plusieurs facteurs de vulnérabilité : le « grand » âge conjugué à la déficience psychique par exemple. Tel est le cas dans une décision du 16 janvier 2019 s'agissant d'une « victime, âgée de 92 ans, dont la vulnérabilité était évidente, ainsi que les troubles neurologiques apparus à la suite d'un accident cérébral survenu en septembre 2011 la mettant dans une dépendance psychologique totale à l'égard de son conseiller »[518]. Dans une décision du 15 décembre 2021, les juges font état d'un rapport d'expertise présentant la victime comme « très vulnérable en raison de son âge et d'un important sentiment de solitude »[519]. Ainsi, une même personne peut souffrir de plusieurs caractères de vulnérabilité[520]. L'approche probatoire d'un état de vulnérabilité en sera facilitée. L'analyse des décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation française permet de constater que les juges font parfois état de plusieurs facteurs de vulnérabilité[521]. Cela étant, ce cumul des facteurs de vulnérabilité n'est pas exigé par le législateur, un seul d'entre eux pouvant suffire à caractériser l'état de vulnérabilité de la victime et le cas échéant, les juges n'hésitent pas à le rappeler. Tel fut le cas dans une décision du 11 juillet 2017. Les juges du droit cassèrent la décision des juges du fond qui exigeaient la preuve d'une altération des facultés mentales pour qualifier la vulnérabilité d'une personne âgée comme caractérisée, alors qu'un état de vulnérabilité peut être caractérisé en raison du grand âge sans qu'il soit nécessaire, rappellent les juges du droit, de rapporter la preuve d'une altération des facultés mentales de cette personne[522].

[515] Instituée par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, reprise ensuite par la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016, visant à lutter contre les discriminations à raison de la précarité sociale, puis par la loi la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, cette cause de vulnérabilité est constitutive d'une circonstance aggravante de certaines infractions, tels le viol (art. 222-24, 3° bis du CP), les agressions sexuelles (art. 222-29 du CP), le harcèlement sexuel (art. 222-33, III, 4° du CP) et l'outrage sexiste (art. 621-1, III, 4° du CP). La précarité est donc envisagée comme étant un facteur de vulnérabilité, tout comme l'âge, la maladie, l'infirmité ou encore l'état de grossesse, sachant que ces facteurs de vulnérabilité peuvent être temporaires ou passagers (minorité, état de grossesse, détention) ou définitifs (vieillesse ou infirmité).
[516] Cass. s. crim., 11 juill. 2017, n° 17-80.421, à propos de l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse.
[517] Voir entre autres, Cass. s. crim, 27 novembre 2019, n° 18-87.082 ; Cass. s. crim., 12 juin 2019, n° 18-83.396 ; Cass. s. crim., 9 août 2017, n° 17-83.063.
[518] Cass. s. crim., 16 janvier 2019, n° 17-86.162.
[519] Cass. s. crim., 15 décembre 2021, n° 21-82.01.
[520] Nous avons désigné ce type de situations comme des situations de « cumul de vulnérabilités ». La doctrine parle aussi de « multi-vulnérabilités », d'« hyper-vulnérabilité », de « vulnérabilité aggravée » ou de « sur-vulnérabilités ». Voir F. X. ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *op. cit.*, p. 622.
[521] Voir, entre autres, Cass. s. crim., 23 mars 2021, n° 19-87.075.
[522] Cass. s. crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.421 : « Attendu que, pour infirmer le jugement, l'arrêt énonce qu'il ne résulte ni de l'expertise psychiatrique, ni du témoignage du fils de la victime, que celle-ci souffrait d'une

Dans les hypothèses où la vulnérabilité est prise en compte par le législateur, elle l'est soit au titre d'un élément constitutif ou d'une condition préalable d'une infraction, soit au titre d'une circonstance aggravante. Cet état, qui doit être caractérisé par le juge, conduit à un effet répressif, incriminant ou aggravant. Or, bien que la loi pénale soit d'interprétation stricte, les facteurs de vulnérabilité sont formulés de telle façon qu'ils offrent au juge une large marge d'appréciation. Ainsi, aucun seuil d'âge particulier n'est fixé, la vulnérabilité pouvant alors tenir au grand âge comme au jeune âge, sous réserve des textes spécifiques aux mineurs. Aucune maladie, infirmité ou déficience particulière n'étant visée, toutes peuvent être prises en compte, qu'elles soient d'ordre physique ou psychique, définitives ou temporaires[523], liées à un handicap[524] ou à l'état d'ivresse de la victime[525]. La jurisprudence retient aussi parfois comme cause de vulnérabilité – élément constitutif du délit d'abus de faiblesse – l'isolement de la victime, sa solitude affective, du fait notamment de conflits familiaux[526], ou à la suite de la perte d'un proche[527] ou au regard de la fragilité de caractère de la victime âgée de 22 ans.

La recherche sur la jurisprudence italienne a mis en évidence que, dans ce système également, certaines dispositions énumèrent des facteurs de vulnérabilité, sans que cela ne produise pour autant une définition de ce qu'est une situation de vulnérabilité. Il s'agit en particulier des dispositions introduites dans le code de procédure pénale par le décret législatif n° 212 du 15 décembre 2015[528], lesquelles dessinent un statut particulier de la victime vulnérable en raison de facteurs subjectifs tenant à l'âge, à maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, ou en raison du type d'infraction qu'elle a subie ou des modalités et circonstances de l'espèce (violence à la personne, haine raciale, criminalité organisée, terrorisme, discrimination, état de dépendance vis-à-vis de l'auteur de l'infraction)[529]. De l'analyse réalisée, il ressort que sur le plan processuel, la vulnérabilité est toujours « relationnelle »[530], puisque la nécessité de protéger la victime vulnérable surgit par rapport à une personne spécifique, concrètement identifiée, ou par rapport à certains risques connus qui naissent du mécanisme même du procès pénal,

détérioration mentale au moment des faits ; mais attendu qu'en exigeant la preuve d'une altération des facultés mentales de la victime, la cour d'appel a méconnu l'article susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

[523] Par exemple pour des troubles bipolaires : Cass. s. crim., 19 février 2014, n° 12-87558.

[524] Cass. s. crim., 13 décembre 2017, n° 17-80.081.

[525] Cass. s. crim., 12 septembre 2017, n° 17-83.810, s'agissant d'un viol aggravé commis par un homme qui a pris en charge deux jeunes filles très alcoolisées et a profité de leur état de vulnérabilité.

[526] Cass. s. crim., 17 octobre 2018, n° 17-87048.

[527] Cass. s. crim., 1er avril 2014, n° 13-83179.

[528] Ce décret législatif (acte ayant force de loi) applique la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

[529] Parmi ces dispositions, on rappelle par exemple celle prévue à l'article 90 *quater* du Code de procédure pénal intitulée « Condition de particulière vulnérabilité » en vertu de laquelle « Aux fins des dispositions du présent code, la condition de vulnérabilité particulière de la personne lésée se déduit non seulement de l'âge et de l'état d'infirmité ou de déficience mentale, mais également du type de délit et des modalités et circonstances du délit pour lequel on procède. Pour évaluer cette condition, il faut prendre en compte si l'acte est commis avec violence contre la personne ou avec haine raciale, s'il s'inscrit dans le cadre de la criminalité organisée ou du terrorisme, y compris international, ou de la traite des êtres humains, s'il se caractérise par des finalités de discrimination et si la personne offensée est émotionnellement, psychologiquement ou économiquement dépendante de l'auteur de l'infraction ».

[530] Nous reprenons les termes employés par les auteurs de la recherche concernant le droit de la procédure pénale.

comme la revictimisation[531] ou la victimisation secondaire[532]. Ces besoins particuliers de protection de la victime vulnérable sont pris en charge par le législateur, même si souvent la loi est précédée par l'intervention de la jurisprudence. Les juges prévoient en effet des « adaptations » processuelles des règles procédurales visant à protéger les victimes vulnérables, ces règles jurisprudentielles étant ensuite reprises par la loi.

2. L'absence d'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité

Dans d'autres cas en revanche, les textes n'énoncent pas de facteurs de vulnérabilité, ce qui rend l'œuvre du juge d'autant plus essentielle. Ainsi, en France, s'agissant de la vulnérabilité visée en matière de délits liés aux conditions de travail et d'hébergement (à savoir les infractions, déjà évoquées, prévues aux articles 225-13, 225-14 et 225-14-2 du Code pénal), le législateur n'apporte ni de définition de la notion, ni aucune précision quant aux critères permettant de caractériser cette vulnérabilité. Cette absence de définition a par ailleurs conduit, dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 225-13 du Code pénal – concernant l'infraction de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante – à la formulation d'une QPC que les juges du droit ont cependant refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel[533]. Le requérant soutenait qu'en l'absence de définition de l'état de vulnérabilité ou de dépendance visé à l'article 225-13 du Code pénal, cette disposition était contraire au principe de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi. Les juges du droit ont refusé de renvoyer la question aux juges constitutionnels en estimant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux. Selon un raisonnement quelque peu circulaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que « l'état de vulnérabilité ou de dépendance, qui doit être apparent ou connu de l'auteur, et sur lequel les juges doivent s'expliquer, a une portée déterminée par les autres éléments constitutifs de l'infraction dont il contribue à délimiter le champ d'application ; qu'en conséquence, l'article 225-13 du Code pénal est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire »[534].

Dans le système italien, les textes qui énoncent des facteurs de vulnérabilité sont rares et le juges emploient la plupart du temps le terme vulnérabilité de manière spontanée.

Lorsque les facteurs de vulnérabilité ne sont pas énoncés par les textes, il est possible néanmoins de trouver dans la jurisprudence pénale tant italienne que française des éléments d'identification. On peut noter que les Cours suprêmes italienne et française ont tendance à ne pas se baser sur certaines catégories « classiques » de vulnérabilité, mais favorisent une évaluation détaillée des particularités du cas concret. Au-delà de la figure du mineur (dont les particularités psychophysiques en font un sujet vulnérable en tant que tel), et, pour le droit français, du cas de la personne qui est considérée comme

[531] Il s'agit du risque qui pèse notamment sur les victimes d'abus sexuels durant l'enfance de redevenir victimes d'agressions sexuelles à l'âge adulte.
[532] La victimisation secondaire survient lorsque les victimes d'actes criminels subissent une première blessure par le crime et une seconde par les acteurs du système de justice pénale.
[533] Cass. s. crim., 25 janvier 2017, n° 16-83.186.
[534] *Ibidem*.

vulnérable à son arrivée sur le territoire (en vertu de l'article 225-15-1 du Code pénal), la jurisprudence de la Cour de cassation tend à ne pas reconnaître la « vulnérabilité » comme une conséquence automatique d'une condition personnelle spécifique de la victime (par exemple, en matière de crimes sexuels, le sexe féminin, la présence de troubles psychiques, de difficultés familiales ou relationnelles), mais appelle à un examen approfondi qui permette de clarifier si cet élément objectif ou subjectif donné est révélateur d'un état de plus grande faiblesse ou fragilité, de nature à rendre la personne plus vulnérable à certaines formes d'agression. Il ressort de l'analyse que les juges du droit, par leur contrôle de la motivation des juges du fond, posent un haut degré d'exigence pour caractériser non seulement la vulnérabilité de la victime, mais également la connaissance et l'exploitation par l'auteur de cette vulnérabilité. De toute évidence, la jurisprudence emploie le terme vulnérabilité comme synonyme de fragilité, décliné en fonction de diverses catégories de personnes qui peuvent apparaître au cas par cas comme victimes d'infractions (les enfants, les femmes, les étrangers victimes du *caporalato* [exploitation par le travail] – dont la particulière fragilité dérive de l'ignorance de la langue d'une part, et de la précarité économique d'autre part). En particulier, devant les sections pénales de la Cour de cassation italienne, la vulnérabilité n'est jamais définie, mais il s'agit d'une notion qui est traitée comme étant connue et qui se prête à inclure des situations très différentes, appréciées au cas par cas.

B – La vulnérabilité de l'auteur de l'infraction détenu et la charge de la preuve

L'analyse jurisprudentielle a fourni des indications intéressantes au regard des règles en matière de charge de la preuve, en particulier pour ce qui concerne l'auteur vulnérable de l'infraction. S'agissant de la victime, que ce soit en France ou en Italie, les règles classiques s'appliquent. En effet, hormis les rares cas où la vulnérabilité est présumée (tel est le cas des mineurs et des personnes victimes de certaines infractions dès leur arrivée sur le territoire français[535]), la situation de vulnérabilité de la victime devra être démontrée, établie *in concreto*. De manière classique en droit pénal, la charge de la preuve pèse alors sur l'autorité de poursuite : le parquet. Il faut souligner par ailleurs que la démonstration de la vulnérabilité est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges du droit se bornent à vérifier si la motivation des juges du fond est exempte d'insuffisances ou de contradictions. Cependant, la partie poursuivante doit prouver non seulement la vulnérabilité de la victime de l'infraction, mais aussi que l'auteur des faits avait connaissance de cette vulnérabilité soit parce que cette vulnérabilité était apparente (âge, handicap moteur, grossesse…), soit parce qu'elle était connue de lui.

[535] Aux termes de l'article 225-15-1 du CPP : « Pour l'application des articles 225-13 à 225-14-2, les mineurs ou les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance ». Il y a ici une présomption de vulnérabilité explicite ou « nommée » pour les mineurs, et implicite ou « non nommée » pour les étrangers en situation irrégulière (Catherine Tzutzuiano emprunte ici l'expression de A. CERF-HOLLENDER, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *op. cit.*, p. 32).

En revanche, s'agissant de l'auteur de l'infraction, en particulier des personnes soumises à une privation de liberté, des règles spécifiques s'appliquent. Il faut souligner de manière préliminaire que les juges de cassation, tant italien que français, notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme[536], considèrent ces personnes comme des personnes vulnérables, parce que placées dans un contexte qui les expose, plus que les autres individus, à un risque de violation de leurs droits. Dans une situation de privation de liberté, la personne devient vulnérable parce qu'elle se trouve dans une situation d'infériorité. En particulier, la personne, suspecte, poursuivie, condamnée, est dans une situation déséquilibrée face à la machine policière et judiciaire. La personne, parce que privée de sa liberté d'aller et venir ou privée de l'exercice de certains de ses droits et se trouvant sous le contrôle exclusif des autorités, devient une personne vulnérable. Tel est donc le cas de celui qui est interpellé et placé en garde à vue, et qui, partant, se trouve soumis à une restriction de sa liberté d'aller et de venir et exposé à des mesures de contrainte qui le placent dans une situation de vulnérabilité potentielle, selon la formule des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Tel est également le cas de l'individu placé en détention provisoire ou condamné à une peine privative de liberté ferme.

Suite à la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme pour de graves carences législatives en matière de conditions de détention et de surpopulation carcérale[537], deux remèdes alternatifs et complémentaires ont été mis en place par le législateur italien afin, d'une part, de permettre à la personne détenue de faire constater la violation de ses droits en prison et de les faire cesser par une décision de justice et, d'autre part, d'obtenir ensuite une indemnisation consistant en une réduction de la durée de la peine ou en une indemnisation pécuniaire[538]. Il est important de souligner que dans ce système dessiné par le législateur pour protéger ces personnes vulnérables, la charge de la preuve revêt une connotation particulière. Pour la comprendre, il est nécessaire de rappeler que dans ce type de contentieux, l'administration pénitentiaire assume le rôle de véritable adversaire du détenu, mais que, en même temps, elle dispose de presque tous les éléments nécessaires pour constater la violation. Ainsi, pour protéger de manière effective le détenu et pour éviter que l'administration pénitentiaire ne puisse faire obstacle à cette protection, des règles probatoires spécifiques ont été mises en place. D'une part, les pouvoirs probatoires accordés au juge font obstacle à ce qu'il puisse conclure la procédure par une décision de rejet de la demande fondée sur l'absence ou l'insuffisance des preuves apportées par les parties, ce qui se traduirait le plus souvent par un déni de protection pour la partie la plus faible du procès, à savoir le détenu. De l'autre, la charge de la preuve qui pèse sur le requérant-détenu est simplifiée, car elle se transforme en une simple charge d'allégation des faits « [...] c'est-à-dire dans l'obligation de présenter et d'indiquer au juge les faits sur lesquels se fonde sa demande, la mission de procéder à toutes les vérifications

[536] Voir en particulier CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09.
[537] CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, cit. L'arrêt *Torreggiani* a condamné l'Italie pour violation de l'article 3 de la CEDH en raison de la situation de surpopulation carcérale, mais aussi et surtout pour l'insuffisance des remèdes internes, qui ne permettaient pas à la personne détenue, en cas de constatation de la violation, ni de faire cesser cette violation, ni d'obtenir réparation.
[538] Il s'agit des remèdes prévus aux articles 35 *bis* et 35 *ter* du texte portant statut de protection de l'ordre public (o.p.).

nécessaires incombant alors à l'autorité judiciaire »[539]. En outre, en raison de la vulnérabilité particulière des personnes détenues qui se trouvent sous le contrôle exclusif de l'autorité pénitentiaire, le juge de cassation italien a transposé dans ce domaine, par la voie prétorienne, le « principe de non-contestation », prévu par le code de procédure civile. En vertu de ce principe, le juge doit fonder sa décision sur des faits non spécifiquement contestés par les parties en présence. Ce principe, transposé dans le domaine en question, implique que lorsque les allégations du demandeur sont suffisantes pour intégrer un principe de preuve, car elles sont spécifiques et non contredites par des contre-arguments précis de l'administration pénitentiaire, le juge n'est pas en droit de rejeter la demande du plaignant et le cas doit être examiné sur la base des circonstances indiquées par le plaignant.

§ 4 Les conséquences de la référence

À l'instar des autres éléments analysés au sein de la jurisprudence pénale, pour comprendre les conséquences de la référence à la vulnérabilité, une différence doit être faite selon que l'on se réfère à la victime de l'infraction ou à son auteur.

A – La protection de la victime vulnérable

L'un des résultats les plus intéressants de l'analyse réalisée sur la jurisprudence pénale concerne le lien entre la mobilisation de la notion de vulnérabilité et la protection de la victime de l'infraction. En effet, même si la vulnérabilité est une notion insusceptible d'être définie à l'avance et qu'elle est employée dans une mesure différente par les législateurs des deux pays, elle représente toutefois un instrument interprétatif fondamental, employé par la jurisprudence non seulement pour vérifier l'existence d'éléments constitutifs de certaines infractions ou d'éléments circonstanciels, mais aussi pour permettre l'accès à des instruments processuels spécifiques et diversifiés, visant à garantir une plus grande protection de la victime de l'infraction, considérée comme vulnérable, au sein du système pénal.

Parmi les victimes d'infractions, que ce soit en France ou en Italie, sont considérées comme vulnérables celles qui présentent une faiblesse, non pas concomitante ou consécutive à la commission de l'infraction (ce qui reviendrait à appliquer le terme à toutes les victimes d'infractions), mais préexistante à la commission de l'infraction. L'état de vulnérabilité doit être préexistant à la commission des faits. Les personnes qualifiées de vulnérables sont celles qui, en raison d'une qualité propre de faiblesse, présentent plus de difficultés à faire face à une menace externe. Autrement dit, il s'agit de personnes qu'il convient de protéger davantage et de manière spécifique. Le législateur pénal, suivi du juge, va alors, dans une démarche préventive, qui passe par une accentuation de l'effet dissuasif de la peine, mais aussi dans une volonté de mettre l'accent sur la réprobation de la société, sanctionner celui qui aura exploité cette vulnérabilité pour parvenir à ses fins. Ainsi, comme l'a rappelé de manière explicite la chambre criminelle de la Cour de cassation française, la volonté du législateur est d'instaurer « une protection accrue » des

[539] En ce sens, Cassazione pen., Sez. I, 22.9.2010.

personnes vulnérables[540]. Le législateur réprime alors ou aggrave la répression de celui qui aura exploité un rapport interpersonnel déséquilibré pour commettre son méfait, celui qui s'est attaqué à ceux qui ont plus spécifiquement besoin d'être protégés. La vulnérabilité de la victime a alors un effet répressif, incriminant ou aggravant[541], soit parce qu'elle correspond à un élément constitutif ou une condition préalable d'une infraction (elle a donc un effet criminalisant), soit parce qu'elle constitue une circonstance aggravante d'une infraction (elle a donc pour effet d'alourdir la sanction).

Il résulte également de notre recherche, notamment de celle réalisée sur la jurisprudence de la Cour de cassation italienne, que l'emploi du terme vulnérabilité est devenu plus fréquent dans les dernières années. Ainsi, comme nous l'évoquions ci-dessus, l'emploi récent de ce terme s'inscrit pleinement dans la tendance actuelle à mettre au centre du système pénal la victime, ce qui confère à l'activité d'enquête une perspective particulière – traditionnellement étrangère à l'activité juridictionnelle – car elle vise à répondre à la nécessité d'assurer la satisfaction des réclamations de la victime. Ce changement de paradigme peut conduire à des répercussions importantes, comme le fait de contourner certains principes clés du système pénal, tels que le principe de la présomption d'innocence, ou le principe de la légalité des délits et des peines, dans la mesure où, précisément dans le but de garantir une protection plus forte à certaines catégories de personnes, victimes vulnérables, la jurisprudence de la Cour de cassation élargit parfois les frontières lexicales de certaines infractions, élargissant ainsi leur champ d'application. Un exemple de cette orientation problématique résulte de la jurisprudence adoptée par la Cour de cassation italienne en matière des mauvais traitements contre les membres de la famille ou contre les concubins (*conviventi*, art. 572 du code pénal italien). La Cour de cassation, en vue d'élargir le champ d'action de l'infraction dans le but de protéger un plus grand nombre de personnes, a interprété de manière large la notion de « cohabitation » (*convivenza*), au point que la Cour constitutionnelle elle-même a décidé d'adresser un avertissement aux juges-interprètes, les défendant de faire un usage orienté de la vulnérabilité, comme instrument lexical visant à élargir les effets de la responsabilité pénale en violation de l'interdiction de l'analogie en *malam partem*[542].

Cet intérêt accru pour la victime de l'infraction émerge également au sein de la législation qui concerne la procédure pénale. À ce sujet, l'analyse montre que parallèlement à cet intérêt accru du législateur pour la « victime » de l'infraction, le domaine de la vulnérabilité dans le contexte de la procédure pénale s'est progressivement élargi, devenant plus spécifique et prenant des contours de plus en plus nets. Cela a naturellement des répercussions, ici aussi, sur le plan des principes, puisque la protection des droits de la personne vulnérable lors du procès se fait généralement au détriment des garanties fondamentales mises en place pour protéger l'accusé (par exemple le droit à la confrontation et au contradictoire).

[540] Cass. s. crim. 8 mars 2023, n° 22-84.651.
[541] A. CERF-HOLLENDER, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *op. cit.*, p. 32.
[542] Cour constitutionnelle, arrêt n° 98/2021.

B – La vulnérabilité de l'auteur de l'infraction

Au-delà de la victime, la vulnérabilité de l'auteur a pu aussi être prise en compte au titre des éléments de sa personnalité, et ce, aux fins d'individualisation, d'adaptation de la décision qui sera rendue. Partant, cette vulnérabilité peut tout autant conduire au prononcé d'une décision plutôt favorable à l'auteur des faits qu'à une décision qui lui est défavorable. Dans le premier cas, la vulnérabilité, synonyme de faiblesse, de fragilité, induit une plus grande protection de l'individu et, partant, se traduit par une certaine indulgence[543]. Dans le second cas, la vulnérabilité reste une fragilité, une faiblesse, mais celle-ci n'est plus perçue comme une raison de protéger la personne vulnérable, mais comme une source de danger pour autrui. Ainsi perçue (c'est-à-dire comme une source de danger), la vulnérabilité de l'auteur des faits devient un critère de sévérité de la décision prise à son encontre dans le but de protéger autrui de la personne vulnérable. C'est alors autrui qui doit être protégé face à la vulnérabilité de la personne. Ici la vulnérabilité du mis en cause ou du condamné constitue une source de danger qui va justifier la privation de liberté, toujours aux fins de protection de la victime. C'est le sens notamment de deux décisions adoptées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, dans lesquelles les juges du droit ont confirmé les décisions des juges du fond de maintien en détention provisoire d'un individu ou quant au choix des modalités d'exécution de la peine prononcée, à savoir un emprisonnement principalement ferme[544]. Dans ces deux décisions, il est fait référence à la vulnérabilité de l'individu mis en cause ou condamné afin de justifier son placement en détention provisoire ou le prononcé d'une peine privative de liberté sans sursis. Ici, sa vulnérabilité le dessert puisqu'elle est appréciée comme un élément de sa personnalité pouvant faire craindre la réitération des faits ou l'exercice de pressions sur la victime. Bien que la vulnérabilité de l'individu soit ici synonyme de dangerosité et, partant, source d'une plus grande sévérité à son encontre, ces décisions confirment que la vulnérabilité est un élément de la personnalité de l'individu suspect,

[543] La vulnérabilité particulière du mis en cause est ainsi évoquée (sans qu'elle le soit par le texte légal), dans une décision du 28 septembre 2016, n° 15-83.685, s'agissant de la question de savoir si le discernement de l'individu était aboli ou altéré au moment des faits. La vulnérabilité correspondait, en l'espèce, à l'existence chez le mis en cause de troubles de l'humeur, psychiques, neuropsychiques. Or, si cette vulnérabilité était avérée, les juges du fond estimaient que, pour autant, le discernement de l'individu n'était pas aboli. Les juges du droit retiennent alors que c'est à juste titre que les juges du fond ont alors déclaré l'auteur des faits pénalement responsable après avoir conclu à l'altération et non l'abolition du discernement au moment des faits. Les juges du droit précisent qu'il n'y avait pas de contradiction dans les motifs de la cour d'appel dans le fait de dire que « l'on ne peut pas ne pas tenir compte de sa vulnérabilité dans l'intervalle des périodes où il était totalement hors de capacité de discernement » tout en retenant que « son discernement ne peut être considéré comme aboli, car, quels que soient les troubles de l'humeur, les erreurs de décisions et les conduites inadaptées comme l'ensemble de ses engagements ne sont pas exclusivement réductibles à la maladie ». Il est évident que la vulnérabilité d'une personne ne doit pas être confondue avec l'abolition du discernement.

[544] Cass. s. crim., 11 avril 2018, n° 18-80.709 (en l'espèce, la chambre de l'instruction avait rejeté la demande de mise en liberté du mis en examen aux motifs d'éléments précis et circonstanciés de la procédure qui révélaient « l'existence de risques majeurs de réitération compte tenu, notamment, de la pathologie mentale de portée aliénante en cas de rupture future du traitement, de la structuration de la personnalité sous forme d'état limite et de la toxicomanie certes vraisemblablement sevrée en détention, mais dont la tentation restera d'autant plus difficilement résistible à l'avenir que rien en l'état de la science ne permet de liquider sans retour les deux facteurs précédents de vulnérabilité, soit autant de causes potentielles de nouveau passage à l'acte sanglant chez qui est manifestement porté à considérer que ses proches (à commencer par sa sœur rescapée) doivent, au péril de leur vie, assurer le financement de ses excès ; que dans ces conditions, démonstration s'avère faite, que la détention provisoire de l'intéressé continue de s'imposer pour prévenir le renouvellement des crimes et garantir le maintien à disposition de la justice ». Dans le même sens, Cass. s. crim., 7 mars 2018, n° 17-81.729.

mis en cause ou condamné pouvant être pris en considération. Cela étant, l'examen de la jurisprudence révèle que lorsque la vulnérabilité de l'individu suspect, mis en cause ou condamné est mobilisée, elle est davantage prise en considération aux fins de confirmation de la sévérité de la répression. Il semble en effet que la vulnérabilité de « l'auteur de l'infraction » soit davantage prise en compte non pas lorsqu'elle constitue une fragilité qui induit une plus grande protection de sa personne, mais lorsqu'elle constitue une fragilité qui est perçue comme une source de danger et donc nécessitant une plus grande protection, cette fois-ci, de la société face au délinquant vulnérable (et partant potentiellement dangereux).

En revanche, la vulnérabilité particulière du mis en cause ou du condamné semble davantage prise en considération en tant que fragilité nécessitant une plus grande protection de l'individu lorsque c'est le système judiciaire qui place cet individu dans un contexte susceptible de le rendre vulnérable. C'est le cas de la personne enfermée, gardée à vue ou détenue qui serait placée, du fait de son enfermement, dans une situation de vulnérabilité « contextuelle »[545]. Cette vulnérabilité conduit à lui reconnaître des droits destinés à veiller à ce que ces atteintes restent proportionnées au regard des impératifs allégués par les autorités de poursuites. D'ailleurs, la recherche menée en Italie sur une cinquantaine de décisions adoptées en matière de détention de 2010 à 2023 montre que dans ce domaine, la référence à la vulnérabilité est systématique et spontanée. Au vu de ces décisions, la privation de liberté est un indice certain de vulnérabilité. Il en résulte que la protection généralement due aux personnes vulnérables doit être renforcée lorsque la personne est privée de liberté en prison, puisque la privation de liberté accroit la situation de fragilité – si celle-ci préexistait et était due à des facteurs intrinsèques – et, dans tous les cas, place la personne dans une situation de plus grande vulnérabilité.

Pour ce qui est des conséquences de la prise en compte de la vulnérabilité par les juges suprêmes en matière de détention, la situation de vulnérabilité sert à justifier une lecture des données normatives à des fins compensatoires. La lecture de la réglementation faite par les juges du droit est ainsi « calibrée » sur la situation spécifique, elle vise à compenser ou, du moins, à ne pas aggraver la position de la personne détenue « ultra-vulnérable ». Faisant écho à la jurisprudence de Strasbourg en matière de surpopulation carcérale[546], la Cour de cassation italienne affirme ainsi que « les personnes détenues se trouvent dans une position vulnérable et les autorités ont le devoir de les protéger. Conformément à l'art. 3 de la CEDH, l'État doit garantir qu'une personne est détenue dans des conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine, que les modalités et l'exécution de la mesure ne la soumettent pas à une angoisse ou à des souffrances d'une intensité supérieure au niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, compte tenu des besoins pratiques de la prison, sa santé et son bien-être soient garantis de manière adéquate »[547]. Cela signifie qu'il pèse sur l'État un devoir de protection accrue. Si, comme on l'a vu, l'État italien, à la suite de la condamnation de la Cour de Strasbourg en matière

[545] Selon les termes employés par Catherine TZUTZUIANO dans son rapport écrit.
[546] CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, cit.
[547] Cassazione pen., Sezioni Unite, 24.9.2020, n° 6551 ; Cassazione pen., Sez. I, 10.6.2021, n° 35616 ; Cassazione pen., Sez. I, 23.1.2019, n° 15308 ; Cassazione pen., Sez. I, 26.5.2017, n° 38041 ; Cassazione pen., Sez. I, 19.7.2016, n° 38804.

de surpopulation carcérale, a adapté sa législation pour tenter de donner des remèdes procéduraux aux personnes détenues visant à faire constater les carences au sein des prisons et à indemniser les personnes subissant ces conditions indignes, la jurisprudence de la Cour de cassation est venue accroitre la protection des personnes détenues, considérées comme « particulièrement vulnérables ».

Enfin, il convient de signaler la problématique des personnes détenues appartenant à des « minorités ». Natalia Rombi relève que le système italien a fait le choix d'isoler les personnes concernées. Il existe en particulier des quartiers dits « protégés », créés il y a plusieurs années par une circulaire, et visant à répondre aux « besoins de protection de certaines catégories de détenus pour des raisons qui existent objectivement même si elles sont parfois liées à leurs caractéristiques subjectives ». Autrement dit, il est répondu aux besoins de ces personnes vulnérables en les empêchant d'entrer en contact avec les détenus qui pourraient représenter une menace pour leur sécurité. Ce type de mesure est également appliqué quand il faut évaluer si une personne doit être extradée ou non. Ce système est évidemment contestable puisqu'il conduit à la marginalisation et à l'exclusion des personnes concernées, pour qui la prison devient un « catalyseur » de vulnérabilité selon l'expression de Madame Rombi. Du fait de leur isolement, ces détenus finissent par être systématiquement exclus des activités communes et de tout programme de rééducation, à l'opposé de l'objectif de réinsertion considéré au niveau constitutionnel comme le but ultime de toute peine.

CHAPITRE III. LE RECOURS PRAGMATIQUE À LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ PAR LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

Pour réfléchir à l'impact de l'utilisation du terme « vulnérabilité » sur l'effectivité de la protection des droits, il a paru pertinent d'examiner non seulement les décisions des Cours nationales et européennes, mais aussi les mesures adoptées par certaines Autorités administratives indépendantes (A.A.I). Comme on le sait, ces actes n'ont pas de valeur juridiquement contraignante, mais leur force, qui dépend de l'indépendance et du prestige de ces institutions, en fait un outil utile pour mieux comprendre l'évolution de l'utilisation du terme « vulnérabilité » et ses effets.

Dans le premier chapitre, l'analyse de la jurisprudence des Cours européennes a été complétée par l'étude de l'action de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne ; le présent chapitre est consacré pour sa part aux institutions opérant au niveau national. Dans le rapport intermédiaire, l'analyse avait été effectuée séparément pour les expériences française et italienne. À ce stade, on s'emploiera à faire une comparaison à plusieurs niveaux : entre les données issues de la recherche développée sur les deux pays, afin de saisir les similitudes et les différences, mais aussi par rapport aux résultats de l'analyse de la jurisprudence afin d'identifier les lignes de continuité.

Il faut souligner que la comparaison entre les Autorités administratives indépendantes souffre de quelques difficultés techniques, dues à la correspondance imparfaite entre les institutions présentes dans les deux pays. Le fait le plus important est l'absence en Italie d'une figure similaire au Défenseur des droits prévu par l'article 71-1 de la Constitution française, issue de la réforme constitutionnelle de 2008. À plusieurs reprises, l'Italie a été invitée à agir dans ce domaine, mais à l'heure actuelle il n'y a que la figure de l'ombudsman au niveau local, principalement régional. On peut rappeler, à titre d'exemple, le rapport publié en 2020 par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, consacré aux « *Strong and Effective National Human Rights Institutions* », qui – entre autres – analyse le rôle de ces institutions et souligne l'importance de la présence de mécanismes de contrôle indépendants pour garantir le respect des droits de l'homme au niveau national. Parmi les 30 pays européens considérés, seuls cinq, dont l'Italie, n'ont pas mis en place d'organismes de ce type et sont donc invités à le faire rapidement[548].

En revanche, France et Italie prévoient une institution de garantie pour les personnes soumises à une restriction de leur liberté personnelle : le Contrôleur général des lieux de privation de liberté en France et le *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* (Garant national des droits des personnes privées de la liberté personnelle) en Italie.

[548] European Union Agency for Fundamental Rights, *Strong and Effective National Human Rights Institutions*, 2020, disponible à l'adresse : https://fra.europa.eu/en/publication/2020/strong-effective-nhris. Pour une réflexion plus générale sur l'évolution des organismes de garantie indépendants au cours des dernières années, voir L. MONTANARI, « Capitolo XIII, Ombudsman », *in* G. F. FERRARI (cur.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 433 et s. et L.C. REIF, *The ombudsman, good governance, and the international human rights system,* Leiden/Boston, Brill, 2020.

Enfin, en ce qui concerne l'Italie, doit être prise en considération l'*Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza* (Autorité pour l'enfance et l'adolescence), qui correspond au Défenseur des enfants français, fusionné – avec la réforme constitutionnelle – dans le Défenseur des droits.

Pour l'analyse des documents produits par les Autorités administratives indépendantes, il ne sera pas possible de suivre le même schéma que celui utilisé pour la jurisprudence ; après une section préliminaire pour définir brièvement les caractéristiques des différentes institutions, nous examinerons l'emploi du terme vulnérabilité (section I) et ses conséquences en relation à la protection des droits (section II).

Section préliminaire – Présentation des Autorités administratives indépendantes

Quelques remarques sur les caractéristiques des organismes examinés sont nécessaires pour comprendre le rôle qu'ils jouent et la contribution qu'ils peuvent apporter à la protection des droits des personnes vulnérables.

En France, la réforme de 2008 a introduit le nouveau Titre XI bis de la Constitution intitulé « Le Défenseur des droits », qui réglemente à l'article 71-1 cette nouvelle figure[549]. Le premier alinéa prévoit que « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ». La mise en place de l'institution n'est intervenue que quelques années plus tard avec la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011[550]. Il faut souligner l'importance de la décision d'inscrire cette figure au niveau constitutionnel, comme le préconisent d'ailleurs plusieurs documents internationaux[551].

Sur le plan matériel, le Défenseur des droits résulte en effet de la fusion de quatre Autorités administratives indépendantes qui existaient déjà, mais qui n'étaient prévues qu'au niveau législatif : le Médiateur de la République ; le Défenseur des enfants ; la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) ; la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS). Cela se reflète dans la définition de ses tâches qui, selon l'article 4 de la loi organique, sont les suivantes : 1) la

[549] La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, prévoit trois axes d'intervention dont un dédié à « nouveaux droits en faveur des citoyens », dans laquelle la création du « Défenseur des droits », chargé de recueillir les réclamations des personnes qui s'estimeraient lésées par le fonctionnement d'un service public : voir M. DE VILLIERS, T.S. RENOUX, X. MAGNON, *Code constitutionnel 2021*, LexisNexis, 2020.

[550] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, complétée par une loi ordinaire du même jour.

[551] Voir les « Principes de Paris », adoptés lors du premier séminaire international sur les « Institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme » organisé par les Nations Unies en 1991 ; plus récemment, la résolution 72/181 de l'Assemblée générale du 19 décembre 2017 consacrée au même thème se félicite de « l'intérêt toujours plus grand porté, dans le monde entier, à la création d'institutions nationales indépendantes et pluralistes de promotion et de protection des droits de l'homme, ou au renforcement de celles qui existent ».

défense des droits des usagers des services publics ; 2°) la défense et la promotion des droits de l'enfant ; 3°) la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité ; 4) le respect de la déontologie par les professionnels de la sécurité[552]. La loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 a ensuite introduit une compétence supplémentaire concernant « l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte »[553].

Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelables, en suivant la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution qui exige l'avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. La loi organique prévoit que dans ses domaines de compétence, le Défenseur est assisté dans ses activités par des collèges qu'il préside ; en outre il propose au Premier ministre la nomination des adjoints qui travaillent sous son autorité. Il est à noter qu'un Défenseur des enfants est également nommé, qui assume la vice-présidence du collège de référence.

Le Défenseur des droits est saisi par les personnes directement concernées, mais aussi par un certain nombre d'autres sujets identifiés par la loi organique (par exemple, les membres du Parlement, le Médiateur européen, etc.) ; il peut également agir d'office.

Sous réserve de l'identification des mesures que l'on analysera dans la section suivante, il convient de rappeler que le Défenseur exerce diverses activités, compte tenu de l'ampleur de ses domaines d'intervention. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans les détails, mais quelques exemples peuvent être donnés. Il peut faire les recommandations considérées comme nécessaires pour garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée, il doit être informé de leur mise en œuvre et, en l'absence de mise en œuvre, il peut enjoindre l'adoption des mesures nécessaires. Si ses injonctions ne sont pas suivies d'effet, il adopte un rapport spécial qui est rendu public. Il accomplit également des activités de médiation visant à la résolution amiable des différends, contribuant ainsi à réduire les contentieux, sans en aucun cas empêcher l'accès à la justice[554]. Il peut proposer des réformes de la réglementation existante et être consulté sur des projets de loi ou d'autres questions relatives à ses domaines de compétence. Il conduit des activités de communication, encourage les actions de formation, organise des études et des recherches.

Chaque année, le Défenseur soumet au Président de la République, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat un rapport d'activité comportant à la fois des indications générales et des indications relatives à ses domaines d'intervention, ainsi qu'un rapport spécifiquement consacré aux droits de l'enfant. Il peut soumettre aux mêmes autorités d'autres rapports qu'il juge nécessaires. Tous les rapports sont publics.

[552] Article 4 de la loi organique n° 2011-333.
[553] En particulier, l'article 4 maintenant stipule que le Défenseur des droits a pour mission de « 5) D'informer, de conseiller et d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi et de défendre les droits et libertés des lanceurs d'alerte ainsi que des personnes protégées dans le cadre d'une procédure d'alerte ».
[554] Les tâches de médiation constituent l'une des particularités de ces institutions, car elles offrent également aux personnes plus faibles, qui ne seraient pas en mesure d'intenter une action en justice, la possibilité de faire valoir leurs droits auprès de l'administration publique.

La même année que celle de la création du Défenseur des droits, la loi n° 112 du 12 juillet 2011 a introduit en Italie l'*Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza*[555]. Sa création vise à « assurer la pleine mise en œuvre et la protection des droits et des intérêts des personnes mineures », conformément aux dispositions des conventions internationales, du droit de l'Union européenne, de la Constitution et de la législation en vigueur[556]. Nous pouvons citer à titre d'exemple l'article 18, alinéa 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, qui prévoit que les États parties « assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants ». Cet engagement a également été rappelé par le Comité des droits de l'enfant de la Convention dans son Observation générale n° 2 (2002) intitulée « Le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant »[557].

Il s'agit d'un organe individuel, nommé par accord entre les présidents de la Chambre des députés et du Sénat de la République, pour un mandat de quatre ans, renouvelable une fois. Les conditions requises sont l'indépendance, une moralité irréprochable, la compétence et l'expérience dans le domaine concerné. Dans le cadre d'une activité générale de surveillance de l'état de la mise en œuvre des droits de l'enfant, l'Autorité peut mettre en œuvre différents types d'intervention : coopérer à la mise en œuvre des réglementations internationales ; organiser des formes de consultation ; vérifier que le droit à la santé des mineurs est garanti ; organiser des visites pour vérifier la situation des mineurs ; exprimer des opinions ; faire des propositions d'interventions également sur des cas individuels ; promouvoir des activités de recherche et de formation, etc.[558] Elle peut adopter divers actes, tels que des avis, des notes, des rapports au Parlement ; ceux-ci n'ont pas de caractère contraignant, mais ont pour objectif d'exercer une pression morale et d'orienter l'action des institutions. L'Autorité présente au Parlement un rapport annuel sur ses activités.

Enfin, nous devons prendre en considération les autorités françaises et italiennes chargées de la protection des droits des personnes privées de liberté personnelle.

En France le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) a été institué par la loi du 30 octobre 2007, afin de s'adapter aux standards européens en la matière et de respecter les stipulations du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2002 et signé par la France le 16 septembre 2005 (ratifié en 2008)[559].

[555] Loi n° 112 du 12 juillet 2011, portant création de l'*Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*.
[556] Voir l'article 1 de la loi n° 112 de 2011.
[557] Comité des droits de l'enfant, trente-deuxième session 13-31 janvier 2003.
[558] Voir les articles 3 et 4 de la loi n° 112 de 2011.
[559] Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté. En effet, l'article 17 du protocole facultatif prévoit que « Chaque État Partie administre, désigne ou met en place au plus tard un an après l'entrée en vigueur ou la ratification du présent Protocole, ou son adhésion audit Protocole, un ou plusieurs mécanismes nationaux de prévention indépendants en vue de prévenir la torture à l'échelon national […] ».

Le contrôleur est nommé par décret du Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable ; il peut toutefois s'adjoindre d'autres contrôleurs qu'il recrute en fonction de leur expertise.

Le texte original de la loi prévoyait uniquement la tâche de « de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux ». Pour garantir la conformité du système national avec la « directive retours » de 2008[560], il est également chargé du contrôle « de l'exécution par l'administration des mesures d'éloignement prononcées à l'encontre d'étrangers jusqu'à leur remise aux autorités de l'État de destination »[561].

L'intervention du Contrôleur peut être sollicitée par le Premier ministre, les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, les représentants au Parlement européen élus en France et le Défenseur des droits, mais aussi par les personnes physiques et morales intéressées à la protection des droits qui lui signalent des situations ou des faits présentant un intérêt. Il peut également agir de sa propre initiative, afin de remplir les missions qui lui sont assignées.

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut visiter à tout moment, sur le territoire de la République, tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique[562].

Les moyens d'expression du CGLPL sont pluriels : rapports de visite, avis, rapports annuels d'activité, rapports thématiques, recommandations et recommandations en urgence. Certains bénéficient d'une publication dans le Journal officiel ; l'entièreté des documents est publiée sur le site internet de l'institution.

Chaque année il présente un rapport d'activité au Président de la République et au Parlement ; le rapport est rendu public.

En Italie le *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* a été établi par l'article 7 du décret-loi n° 146 du 23 décembre 2013, mais n'est devenu effectif qu'en 2016, après la désignation de ses membres[563]. Avant d'examiner la composition et les actes du Garant, il peut être utile de souligner un élément de similitude avec son homologue français, puisqu'il a également été identifié comme un « mécanisme national de prévention » au titre du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 2002[564].

Contrairement à celui de la France, il s'agit d'un organe collégial, composé du président et de deux membres nommés par décret du Président de la République, sur décision du Gouvernement après consultation des commissions parlementaires compétentes. Les membres, qui ne peuvent être des fonctionnaires de l'administration publique, sont choisis

[560] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

[561] Amendement introduit avec la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

[562] Nous pouvons indiquer les hôpitaux pour santé mentale, les établissements pénitentiaires, les geôles, les centres de rétention administrative, les centres éducatifs fermés pour les mineurs, les locaux de police, les brigades de gendarmerie, les zones d'attente, etc.

[563] Décret-loi n° 146 du 23 décembre 2013, Mesures urgentes sur la protection des droits fondamentaux des détenus et la réduction contrôlée de la population carcérale, converti avec des amendements par la loi n° 10 du 21 février 2014.

[564] Le Protocole a été ratifié par la loi n° 195 du 9 novembre 2012.

parmi des personnes qui « assurent indépendance et compétence dans les matières liées à la protection des droits de l'homme »[565].

Le Garant exerce des activités de surveillance dans tous les lieux où des personnes se trouvent dans une situation de privation de liberté, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas autorisées à quitter ces lieux[566]. La référence principale est évidemment la sphère pénale, les prisons et en général les lieux d'exécution des peines, mais l'étendue de la définition inclut également les chambres de sécurité de la police, ainsi – que dans le domaine de la santé –, les établissements pour personnes âgées et handicapées, les communautés thérapeutiques, etc. En Italie également, la mise en œuvre de la « directive retour » confère au Garant la fonction de contrôler les lieux où les migrants sont enfermés, tels que les centres de rétentions temporaires, en vue de leur expulsion[567].

Dans le cadre de ses activités de contrôle, il adopte des rapports (par exemple sur les visites d'établissements pénitentiaires) et, le cas échéant, dépose des réclamations. Il peut émettre des avis sur les propositions législatives dans les domaines relevant de sa compétence et adopter des notes et des exposés sur la réglementation en vigueur.

Enfin, le Garant est également appelé à faire un rapport annuel de ses activités, qu'il adresse aux présidents du Sénat de la République et de la Chambre des députés, ainsi qu'au ministre de l'Intérieur et au ministre de la Justice.

***

De cette brève analyse, on peut tirer quelques indications communes aux institutions analysées.

Qu'ils soient individuels ou collégiaux, leurs membres sont choisis en fonction de leur compétence en matière de protection des droits de l'homme et de leur indépendance. Dans l'exercice de leurs fonctions, la législation pertinente assure leur indépendance, grâce à une série d'interdictions d'ingérence et de formes de garantie (par exemple, incompatibilité, immunité…). Ceci est particulièrement important lorsque, comme dans la plupart des cas examinés, le processus de nomination implique la participation – bien qu'avec une série de garanties – de l'exécutif.

Leur intervention peut être sollicitée par les individus directement concernés ou par des sujets publics ou privés identifiés par la réglementation de référence, mais toutes les autorités analysées peuvent également agir d'office, exerçant ainsi une fonction que l'on pourrait qualifier de proactive afin de renforcer la protection des droits. En ce qui concerne les garants des lieux de restriction de la liberté individuelle, leurs pouvoirs incluent spécifiquement la visite, qui sert à vérifier le respect des droits et de la dignité des personnes soumises à la garde des autorités publiques.

[565] Article 1 de la loi n° 146 de 2013 ; pour la composition actuelle, voir le site internet https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/

[566] Le Contrôleur veille à ce que les différentes formes de restriction de la liberté personnelle soient mises en œuvre conformément aux règles et aux principes établis par la Constitution, les conventions internationales sur les droits de l'homme ratifiées par l'Italie, les lois et les règlements de l'État.

[567] Parmi les lieux où le Garant exerce ses activités de contrôle, outre les centres de séjour temporaire en vue de l'expulsion, qui sont formellement des lieux de privation de liberté, il y a aussi des lieux de passage temporaire, contrôlés et fermés, pour des opérations de photo-signalisation et d'identification, etc.

Les mesures qu'ils adoptent, bien que différentes, se caractérisent toutes par le fait qu'elles sont non contraignantes, bien que la coopération des institutions concernées puisse être requise dans la phase préliminaire[568].

Tous ont en commun la présentation d'un rapport annuel qui retrace les activités réalisées et qui est toujours adressé au Parlement, mais aussi à l'autorité exécutive si elle est impliquée dans la nomination. Le rapport, comme les autres documents, est publié sur le site web de l'institution, ce qui répond à une autre exigence fondamentale, à savoir la relation avec la société civile. C'est à elle que ces institutions s'adressent en premier lieu, afin d'assurer une protection non juridictionnelle des droits des personnes : il est donc essentiel que leurs activités soient connues, ainsi que – bien sûr – les moyens d'y accéder.

Enfin, il faut souligner que toutes ces Autorités administratives indépendantes trouvent également un soutien au niveau international, où l'appel à la mise en place d'institutions indépendantes garantissant les droits au niveau national est de plus en plus fréquent, tant en ce qui concerne des disciplines spécifiques qu'au niveau général.

[568] Par exemple, le Garant italien, lorsqu'il demande des documents et « l'administration ne répond pas dans un délai de trente jours, il informe le magistrat compétent en matière de surveillance et peut demander l'émission d'une ordonnance de présentation (*ordine di esibizione*) » : article 7, paragraphe 5, point d) du décret-loi n° 146 du 23 décembre 2013.

Section I – L'emploi du terme

Les recherches ont été menées par Odile de Beauregard pour le Défenseur des droits (ci-après le Défenseur), par Pauline Malléjac pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (ci-après le Contrôleur) et par Camilla Storace pour les deux autorités italiennes, le Garant national des droits des personnes privées de liberté (ci-après le Garant) et l'Autorité garante des enfants et des adolescents (ci-après l'Autorité).

L'outil utilisé a été pour tous le site internet officiel de l'institution[569], où les moteurs de recherche ont été interrogés à partir du terme « vulnérabilité » ou « personne vulnérable », ou de la racine « vulnerab* »[570].

Comme cela a été souligné dans la section préliminaire, les activités des Autorités administratives indépendantes considérées sont très variées, de même que les mesures qu'elles adoptent. La recherche a donc acquis des caractéristiques en partie différentes, mais a abouti à des résultats largement comparables. Odile de Beauregard a principalement examiné les « décisions », c'est-à-dire les prises de position du Défenseur que l'institution qualifie comme telles dans sa communication officielle, notamment sur son site internet et dans ses rapports annuels d'activité. Comme nous l'avons déjà souligné, il ne s'agit pas d'actes contraignants, susceptibles de recours juridictionnel, mais, pour l'essentiel, de simples recommandations ou des observations en justice. Dans le contexte général de la réflexion, les autres actes ont également été pris en compte, à savoir règlements amiables[571], avis au Parlement, rapports et études et propositions de réforme. En l'absence de distinctions similaires, Pauline Malléjac et Camilla Storace ont examiné l'ensemble des documents figurant sur les sites internet des institutions analysées.

Étant donné que la création de toutes les Autorités administratives indépendantes considérées est relativement récente, le début de la recherche coïncide avec le début de leurs activités – qui, pour la quasi-totalité d'entre elles, se situe après 2010 (l'année prise comme point de départ de la recherche) – et se poursuit jusqu'en 2023. Cette donnée temporelle est intéressante, car, d'une part, elle a permis à ces autorités de prendre en compte l'élaboration qui avait déjà été développée par la jurisprudence, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme, et par la doctrine ; mais d'autre part, elle signifie qu'un travail d'affinement est probablement encore nécessaire, tant au niveau de l'utilisation du terme qu'à celui des effets attendus d'une telle utilisation.

De ce point de vue, il est intéressant de souligner une particularité qui caractérise le travail du Défenseur, notamment en ce qui concerne les décisions. Il s'agit des cas où le mot vulnérable n'apparaît que dans le synopsis de la présentation de la décision, c'est-à-

[569] Voici les sites officiels des Autorités administratives indépendantes analysées : Défenseur des droits, https://www.defenseurdesdroits.fr/ ; Contrôleur général des lieux de privation de liberté, https://www.cglpl.fr/ ; Garant national des droits des personnes privées de liberté, https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/ ; Autorité garante des enfants et des adolescents, https://www.garanteinfanzia.org/.

[570] Sur site web du Défenseur, parmi les mots clés proposés dans le moteur de recherche il n'y a pas les termes « vulnérabilité » ou « vulnérable », par conséquent une recherche en texte intégral a été menée en entrant la racine « vulnérab* » ; en revanche, les termes « vulnérabilité économique » et, plus récemment, « vulnérabilité » et « personne vulnérable », sont proposées dans la liste des mots clés des synopsis des décisions.

[571] Les règlements amiables sont menés essentiellement par les délégués territoriaux du Défenseur des droits. Seuls les plus significatifs sont repris par le siège et rendus publics.

dire *a posteriori*. Odile de David-Beauregard a qualifié ces hypothèses – au nombre de 44 cas sur les 153 pris en considération – de « décision-synopsis » : elles sont néanmoins utiles à la réflexion, dans la mesure où elles marquent la volonté de l'institution de considérer le réclamant concerné comme une personne vulnérable, même lorsque la décision ne s'est pas prononcée sur cette qualification.

Au-delà de cette particularité, sur laquelle nous reviendrons de toute façon en analysant les conséquences de l'utilisation du terme, la variété des actes adoptés par ces institutions a rendu le processus de sélection particulièrement complexe. En restant sur le cas du Défenseur, la racine « vulnerab* » a permis d'identifier 585 occurrences. La recherche a ensuite été affinée en utilisant les termes « décisions » et « défenseur des droits », réduisant ainsi le nombre aux 153 décisions mentionnées ci-dessus ; cependant, si l'on considère l'ensemble des actes adoptés, le nombre de citations est presque doublé. Il y a ensuite les difficultés liées au fonctionnement des moteurs de recherche : dans certains cas, une utilisation multiple du terme correspond en fait à un seul document. C'est le cas des rapports de visite du Contrôleur qui, bien que désignés sous un nom différent, constituent en réalité un seul et même document. À titre d'exemple, avec référence à 2019, lorsque le site internet propose de télécharger le Rapport de visite de la brigade territoriale de gendarmerie de Guérande (Loire-Atlantique), le Rapport de visite de la brigade autonome de Chinon (Indre-et-Loire) et plusieurs autres rapports, les fichiers téléchargés correspondent finalement au même document intitulé « Synthèse annuelle. Du 14 janvier au 7 novembre 2019. Visite des brigades de gendarmerie (Métropole, Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna) »[572].

En général, on constate une augmentation progressive des références au terme de vulnérabilité dans les documents des Autorités administratives indépendantes. On peut rappeler, à titre d'exemple, le cas du Défenseur, pour lequel la référence à la vulnérabilité n'a cessé d'augmenter dans les décisions, passant de 1 à 5 fois par an entre 2011 et 2016 à une vingtaine d'utilisations en 2018, avec une poursuite de la croissance[573]. Des considérations similaires peuvent être faites pour l'Autorité italienne, qui a augmenté l'utilisation du terme surtout après 2016[574], et pour le Contrôleur français pour lequel l'utilisation n'était pas significative entre 2008 et 2012, alors qu'elle s'est développée depuis 2013[575].

[572] Cela a rendu la recherche très complexe, nécessitant le téléchargement des documents et une vérification spécifique qui a permis d'identifier plus de 1800 documents, dont environ 500 mentionnent au moins une fois le terme « vulnérable » ou « vulnérabilité », en relation avec les personnes privées de liberté. Il convient de noter que, parmi ces documents, ceux dans lesquels le terme « vulnérabilité » est le plus fréquemment utilisé sont les rapports de visite.

[573] Si la moyenne, compte tenu de toutes les décisions prises jusqu'en 2023, est d'environ 6 %, celle de 2018 est d'environ 9 % (10 % en 2022).

[574] Les chiffres qui ressortent des rapports annuels de l'Autorité au Parlement, avec l'utilisation de la racine « vulnerab », sont indicatifs : Rapport au Parlement 2012 : 5 références (4 sont des références normatives) ; Rapport au Parlement 2013 : 4 références (toutes normatives) ; Rapport au Parlement 2014 : 4 références (toutes normatives) ; Rapport au Parlement 2015 : aucune référence ; Rapport au Parlement 2016 : 18 références ; Rapport au Parlement 2017 : 13 références ; Rapport au Parlement 2018 : 18 références ; Rapport au Parlement 2019 : 19 références ; Rapport au Parlement 2020 : 31 références ; Rapport au Parlement 2021 : 20 références.

[575] Doit être signalé que le Rapport d'activité annuel 2009 ne mentionne pas le terme « vulnérabilité » par rapport à une personne privée de liberté ; cela laisse supposer qu'à cette période, la vulnérabilité n'était pas un terme très usité.

Cette situation peut être liée aux interventions législatives, en particulier dans le domaine de la lutte contre la discrimination, qui font de plus en plus souvent référence à la vulnérabilité[576], mais est certainement liée aussi à la diffusion plus générale – également au niveau de la réflexion sociologique et philosophique – de la notion de vulnérabilité[577]. Il est significatif que le Défenseur ait publié en 2016 un rapport expressément consacré à « La protection juridique des majeurs vulnérables »[578].

En tout cas, même lorsque les données sont plus « fluctuantes », comme pour le Garant italien, le nombre d'utilisations est toujours important[579].

Un autre aspect qu'il faut souligner est que, dans la très grande majorité des documents analysés, le terme « vulnérable » ou « vulnérabilité » est utilisé de « manière spontanée », c'est-à-dire sans l'ancrage à un texte contenant l'expression. La seule exception est le Défenseur qui, dans 55 % des décisions, cite des textes mentionnant la vulnérabilité de la personne ou de la catégorie de personnes concernée. Il s'agit fréquemment d'un texte de valeur législative, à savoir la législation sur la discrimination déjà mentionnée, mais aussi les textes relatifs à la maltraitance des personnes vulnérables ou à la traite des êtres humains[580]. Outre la législation nationale, les textes normatifs et les documents de *soft law* européens et internationaux sont également utilisés ; nous trouvons des citations aussi dans les documents d'autres autorités. C'est le cas, par exemple, de la référence aux lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice des enfants, du 17 novembre de 2010, qui à l'article 21.b dispose que « compte tenu de la vulnérabilité des enfants privés de liberté [...], les enfants devraient avoir, en particulier, le droit de recevoir une éducation appropriée, une orientation et une formation professionnelle », présents dans le Rapport thématique du Contrôleur français sur *Les*

[576] Particulièrement pertinente est la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI[e] siècle, qui interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, en matière d'accès aux biens et services ; mais il ne faut pas oublier les réglementations transposant les règles européennes en matière d'immigration et, sur le plan pénal, celles dédiées à la victime vulnérable.

[577] Voir entre autres A. GIOLO, B. PASTORE (dir.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

[578] Défenseur des droits, Rapport sur *La protection juridique des majeurs vulnérables*, septembre 2016 (consultable sur le site web de l'institution).

[579] Les données des Rapports annuels au Parlement du Garant italien peuvent être citées à titre d'exemple. En utilisant la racine « vulnerabl* » dans la recherche, les données suivantes apparaissent : Rapport 2017 : 20 références ; Rapport 2018 : 48 références ; Rapport 2019 : 12 références ; Rapport 2020 : 34 références ; Rapport 2021 : 12 références ; Rapport 2022 : 14 références.
Mais dans les autres actes relevant de ses compétences, on trouve également un nombre important de références. Citons par exemple : Rapport sur la visite régionale du Garant national en Sardaigne du 3 au 10 novembre 2017 : 8 références ; Rapport sur l'activité de suivi des opérations de rapatriement forcé de ressortissants étrangers (décembre 2017 – juin 2018) : 3 références ; Rapport sur la visite effectuée le 14 juin 2021 au Centre de permanence pour le rapatriement (Cpr) de Turin : 10 références ; Rapport thématique sur l'activité de suivi des opérations de rapatriement forcé de ressortissants étrangers (1er juillet 2021 - 15 septembre 2022) : 11 références (sur 68 rapports totaux, la référence à la racine « vulnerab » est présente dans 25 rapports).

[580] Voir respectivement les décisions 2022-141 du 20 juillet 2022 (art. 119-1 CASF, issu de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022) et 2022-221 du 2 novembre 2022 (art 225-4-1 et 225-13 et 14 C. pénal.). Dans le cadre de la crise sanitaire, le Défenseur des droits a par ailleurs eu l'occasion de s'appuyer sur le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables au virus du Covid.

droits fondamentaux des mineurs enfermés de 2021[581]. Dans ses rapports annuels, le Garant italien fait également référence aux « Accords internationaux relatifs à la protection des personnes vulnérables » que l'Italie a ratifiés, en ajoutant quelques références spécifiques à des traités particuliers, tels que la Convention de 1965 contre la « discrimination raciale », en relation en particulier au traitement des individus les « plus vulnérables », tels que les étrangers ou les apatrides[582].

Une mention spécifique mérite d'être faite, notamment en ce qui concerne l'activité du Défenseur, à la citation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les décisions concernent des « catégories » de personnes vulnérables déjà mentionnées dans l'analyse du travail des Cours européennes et de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. On peut citer, à titre d'exemple, les cas de la minorité Rom[583] et des mineurs non accompagnés[584], qui ont tous deux fait l'objet d'un nombre important d'arrêts de la Cour de Strasbourg. Nous pouvons également mentionner la décision 2019-074 du 22 mars 2019 relative à une tierce intervention du Défenseur devant la Cour européenne portant sur le placement en rétention administrative d'enfants dans le cadre de la requête *M.D. c. France*[585]. Ici le terme « vulnérabilité » n'apparaît que dans une citation de la jurisprudence de la Cour et n'est pas du tout réutilisé par le Défenseur des droits, pas même dans les mots clés du synopsis. Il est de toute façon intéressant, car – indépendamment du fait que le terme de vulnérabilité soit repris ou non dans l'argumentation de la décision – ce cas peut être considéré comme un signe d'intégration entre les différents systèmes de protection des droits de l'homme opérant en Europe, ce qui contribue à la diffusion et à la consolidation du rôle de la (du terme) vulnérabilité.

[581] CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, p. 92 ; les lignes directrices du Conseil d'Europe peuvent être consultées à l'adresse suivante https://rm.coe.int/16804b92f6. Mais dans les actes de Contrôleur, nous trouvons également mentionné les « Règles Nelson Mandela » relatives aux droits des détenus (dans l'*Avis relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté* du 6 juillet 2021, p. 5) ; l'article 434-3 du Code pénal, qui oblige tout professionnel à signaler tout acte de maltraitance sur personnes mineures ou vulnérables et qui punit le fait pour quiconque de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives (dans le volume *Les violences interpersonnelles dans les lieux de privation de liberté*, Dalloz, 2020, p. 81) ; l'article R. 553-13 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – qui dispose que les personnes retenues peuvent demander que leurs conditions de rétention soient adaptées à leur vulnérabilité ou que la mesure de rétention soit levée pour ce motif – pour affirmer que l'ensemble des personnes retenues doit pouvoir faire évaluer son état de vulnérabilité non médicale par l'office français de l'immigration et de l'intégration (Rapport de la troisième visite du centre de rétention administrative de Coquelles (Pas-de-Calais) du 4 au 6 novembre 2020, p. 60 et Rapport de la quatrième visite du centre de rétention administrative de Nice (Alpes-Maritimes) du 8 au 11 février 2021, p. 35.

[582] Voir le Rapport au Parlement 2018, p. 57 et 58, l'exemple cité fait référence à la *Convention internationale contre toutes les formes de discrimination raciale* (21 décembre 1965 ; ratifiée par l'Italie en 1976). Il s'agit du Rapport qui contient le plus grand nombre de références à la vulnérabilité, souvent par le biais d'une référence au droit international ou de l'UE, soit en termes généraux, soit en se référant spécifiquement à des traités particuliers. Il est également souligné que la responsabilité de l'État, soit pour violation directe des droits, soit indirectement en raison d'un comportement omissif, peut entraîner une responsabilité aux niveaux européen et international.

[583] Voir les décisions 2013-229 du 18 décembre 2013 ; 2016-184 du 13 juillet 2016 ; 2017-195 du 28 juillet 2017.

[584] Décisions 2016-230 du 26 août 2016 ; 2018-003 du 19 janvier 2018 ; 2018-263 du 12 novembre 2018 ; 2020-235 du 1er décembre 2020 ; 2022-206 du 14 octobre 2022.

[585] Décision 2019-074 du 22 mars 2019, en particulier à la p. 9 où l'on trouve la citation suivante « […] la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant doit être déterminante et prédominer sur la qualité d'étranger en séjour irrégulier ». Voir aussi Cour EDH, *M.D. et A.D. c. France*, arrêt du 22 juillet 2021.

Enfin, il faut aussi rappeler la question du cumul des vulnérabilités. Même dans les actes des Autorités administratives indépendantes, les cas sont fréquents : par exemple, dans le même document, le terme « vulnérable » est utilisé en référence à la fois aux personnes soumises à une restriction de liberté en général et à des catégories/situations spécifiques (par exemple, les personnes handicapées, les étrangers). Dans le cas de l'Autorité italienne, il existe une sorte de présomption de vulnérabilité des mineurs[586], de manière que dans la plupart des documents, l'accent est mis sur les cas de « vulnérabilité aggravée ». Il s'agit des mineurs handicapés, des enfants de parents emprisonnés, des mineurs vivant dans des familles en difficulté et qui sont victimes de violence directe ou assistée, des mineurs étrangers non accompagnés, etc. Dans les documents, les enfants et les jeunes appartenant à ces catégories sont définis comme « vulnérables parmi les vulnérables »[587].

[586] Comme il a été signalé dans le chapitre 2, la Cour constitutionnelle italienne fait aussi valoir cette présomption.
[587] Une attention particulière est accordée aux « mineurs étrangers non accompagnés », qui sont considérés comme trois fois vulnérables parce qu'ils sont mineurs, étrangers et seuls. L'Autorité garante a exhorté les acteurs institutionnels compétents, par le biais de notes d'orientation, à mettre en œuvre efficacement la loi n° 47 de 2017, qui a défini le système de protection des mineurs étrangers non accompagnés, en réglementant tous les aspects liés à leur accueil et à leur protection.

Section II – Les conséquences de l'emploi du terme sur la protection des droits

Pour examiner les effets de l'utilisation du terme « vulnérabilité » dans les actes des Autorités administratives indépendantes, il convient tout d'abord de faire un aperçu général.

Il faut noter la richesse des hypothèses prises en considération, qui correspondent pour la plupart à celles identifiées par la jurisprudence nationale et européenne, mais avec quelques particularités. Certes, le Défenseur, par l'étendue de ses compétences, est confronté à une variété très riche de situations ; les autres autorités ont un champ d'intervention plus délimité, mais même à travers le cumul des vulnérabilités, elles sont en mesure d'envisager une pluralité d'hypothèses. Comme nous l'avons vu dans la section précédente pour les mineurs, les personnes soumises à une restriction de leur liberté personnelle se caractérisent également par une présomption de vulnérabilité liée à leur position de sujétion à l'autorité publique[588], à laquelle s'ajoutent toutefois d'autres conditions de vulnérabilité. On peut citer l'appartenance à une minorité, l'âge (jeune majeur comme personne âgée), l'état de santé (une personne handicapée, enceinte, atteinte de troubles psychologiques et psychiatriques, ayant une pathologie, dangereuse pour elle-même ou pour autrui[589], etc.) ou des situations « extrinsèques » à la personne privée de liberté correspondent cette fois-ci à la nature du crime ou du délit ayant conduit à la peine (un auteur d'infraction à caractère sexuel), à la profession exercée (policier, gendarme, magistrat, politicien)[590], etc.

Aucune des institutions prises en compte ne donne de définition de la notion de « vulnérabilité » dans ses actes et, par ailleurs, les textes normatifs cités ne le font pas non plus. Cela garantit une certaine discrétion dans l'identification des « catégories » de personnes vulnérables ou des « facteurs » de vulnérabilité[591]. Les cas cités à titre d'exemple confirment la correspondance avec les figures qui ressortent de l'examen de la jurisprudence ; toutefois, c'est précisément la position particulière des Autorités

[588] On peut citer les paroles du Contrôleur français, selon lesquelles « l'enfermement rend les personnes captives vulnérables puisque, confiées à une administration, elles perdent une grande part de leur autonomie. Les droits et libertés fondamentales des personnes privées de liberté reposent donc en premier lieu sur un principe de protection. Contre le risque d'arbitraire, contre les tentations de faire primer l'ordre, la sécurité ou la bonne administration des lieux d'enfermement, les personnes privées de liberté doivent être protégées dans leur dignité, leur intégrité et leurs droits » : CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, JORF, 4 juin 2020, p. 4.

[589] Par exemple, dans le centre hospitalier d'Alès-Cévennes, « une vigilance est effectuée pour prévenir tout abus sexuel sur personnes vulnérables. Il a été indiqué que des patients, dont le comportement sexuel lié à leur pathologie pourrait être problématique, sont particulièrement "surveillées" par l'équipe soignante ». CGLPL, *Rapport de visite du centre hospitaliser d'Alès-Cévennes (Gard) du 30 novembre au 4 décembre 2015*, p. 57 ; voir aussi CGLPL, *Rapport de visite de la brigade territoriale de gendarmerie de Saint-Romain de Colbosc (Seine-Maritime) le 15 juillet 2014*, p. 11.

[590] CGLPL, *Rapport de la deuxième visite de la maison d'arrêt du Val-d'Oise (Osny) du 4 au 13 mars 2019*, p. 53.

[591] L'analyse des décisions du Défenseur, par exemple, révèle les facteurs de vulnérabilité suivants : l'âge (élevé ou au contraire l'état de minorité) ; l'état de santé (y compris l'existence de troubles psychiatriques) et la fragilité psychique ; le handicap ; la précarité sociale ; l'être victime de violence domestique ou de traite d'êtres humains (dans sa décision 2019-166 du 23 juillet 2019, le Défenseur souligne ainsi l'« extrême vulnérabilité qui est celle des victimes de violences conjugales ») ; la profession exercée (dans la décision 2017-221 du 21 juillet 2017, à propos des travailleurs/ses du sexe, il affirme que « dont il convient de mesurer le degré de vulnérabilité »).

administratives indépendantes – qui ne sont pas appelées à trancher des litiges et dont les actes n'ont pas de force contraignante – qui fait qu'elles peuvent également porter leur attention sur des situations particulières, qui n'ont peut-être pas encore acquis une attention partagée, et contribuer ainsi à la réflexion générale sur la vulnérabilité. L'analyse de l'activité du Défenseur des droits offre un aperçu particulièrement intéressant de ce point de vue. Nous pouvons penser à la vulnérabilité résultant de la situation économique, consacrée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, mais largement indéterminée[592]. Les termes de « vulnérabilité économique » deviennent très importants dans le cadre de la lutte contre la précarité économique et sociale, domaine dans lequel sont parfois utilisés comme mots clés du synopsis de présentation du document, alors qu'ils n'apparaissent pas dans ce dernier[593]. Il semble qu'il y ait ici une correspondance avec l'accent mis par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la « vulnérabilité financière » : une lecture de la vulnérabilité de plus en plus attentive à saisir les nouveaux profils de faiblesse de l'individu dans les sociétés contemporaines. Des considérations similaires peuvent être faites pour la « vulnérabilité numérique »[594]. La dématérialisation des procédures administratives constitue depuis plusieurs années un autre sujet majeur de préoccupation pour le Défenseur des droits. Une décision-cadre a ainsi été rendue en 2018[595], à propos de la délivrance des permis de conduire et des certificats d'immatriculation sur la plate-forme numérique de l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS). En se référant à son Rapport annuel pour 2017, le Défenseur recommande à nouveau d'introduire dans la loi « une clause de protection des usagers vulnérables, prévoyant l'obligation d'offrir une voie alternative au service numérique dans le cadre de la mise en œuvre de toute procédure de dématérialisation d'un service public »[596]. En effet, dans le Rapport de 2019 consacré au thème « Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics », il affirme que « aucune organisation administrative, aucune évolution technologique ne peut être défendue si elle ne va pas dans le sens de l'amélioration des droits, pour tous et pour toutes »[597].

Cette phrase souligne l'objectif de l'action des Autorités administratives indépendantes et, pour ce qui nous concerne, celui de l'utilisation du terme « vulnérabilité » : l'amélioration des droits, pour tous et pour toutes. Les chercheurs impliqués dans le projet ont essayé d'identifier les effets attachés au recours au concept de « vulnérabilité », dans le but de renforcer la garantie de l'effectivité des droits.

---

[592] Voir en ce sens les conclusions de l'étude menée sous l'égide du Défenseur des droits : D. NEVEN, Ch. OLM, H. REVIL et al., *La « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ». Éclairages sociologiques en vue d'une meilleure appréhension par le droit de la non-discrimination*, Rapport de recherche, mars 2022.

[593] Voir notamment Avis 18-05 du 23 février 2018 relatif à la stratégie nationale de lutte contre la pauvreté des enfants et des jeunes ; avis 21-03 du 28 avril 2021 relatif aux moyens consacrés par les préfectures à l'instruction des demandes de titres de séjour.

[594] La première occurrence semble remonter à 2018 : Avis 18-18 du 28 juin 2018 relatif au projet de loi n° 567 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.
Sur cette question, voir par exemple : M. NIHOUL, H. JACQUEMIN (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Larcier, 2018, 626 p. ; T. DOUVILLE, C. HERVOCHON, E. NOËL et Y. PAQUIER, « Les vulnérabilités numériques », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, n° 18-2020, dossier thématique *Vulnérabilité et droits*, p. 111 et s.

[595] Décision 2018-226 du 3 septembre 2018.

[596] Même décision, p. 32.

[597] Rapport, *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, 2019, p. 4. Le Rapport met en évidence « hétérogénéité des publics vulnérables face au numérique et multiplicité des difficultés d'usage », p. 33.

Il convient de rappeler que les actes de ces institutions n'ont pas d'effet contraignant et qu'elles n'ont aucun moyen de forcer l'administration à les exécuter. Cependant, leur rôle, que l'on pourrait qualifier de « magistrature d'influence », contribue à renforcer l'attention de la société civile et de l'administration publique à l'égard de certaines catégories de sujets ou de certaines situations ou plus particulièrement de la personne qualifiée de « vulnérable ». Pensons à la question de la dématérialisation des procédures administratives qui vient d'être évoquée ou à la situation dans les prisons, qui fait l'objet d'un contrôle périodique de la part du Contrôleur français et du Garant italien. Outre les rapports annuels, ces questions sont abordées dans des actes spécifiques, qui peuvent résulter d'activités de vérification décidées de manière autonome par les autorités ou sur la base de la dénonciation de cas individuels. Souvent, leur décision, liée au cas d'une personne déterminée, conduit à des interventions générales de la part des autorités publiques concernées.

L'action des institutions de garantie, en effet, est un instrument pour renforcer les obligations de l'administration. L'utilisation de la notion de vulnérabilité dans le dialogue avec les autorités compétentes leur permet de mieux faire ressortir le caractère critique de certaines situations et d'appeler à l'intervention publique. On peut y voir une similitude avec les « obligations positives » identifiées par la Cour de Strasbourg dans ses arrêts.

On peut citer le cas de la scolarisation obligatoire des mineurs d'origine Rom, qui a fait l'objet d'une décision très articulée du Défenseur français en 2018, qui avait été alerté par voie de presse et s'était saisi d'office du dossier. Le Défenseur a conclu à l'existence d'une discrimination dans l'accès à l'éducation fondée sur l'origine des enfants, leur lieu de résidence et leur particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique. Et il en a tiré la conséquence suivante : « eu égard à la particulière vulnérabilité des enfants roms, le maire de X a l'obligation positive de s'assurer que leur droit à la scolarisation a un caractère effectif […] »[598].

Un autre exemple peut être l'affaire dramatique à laquelle le Garant italien a été confronté lors de sa visite en juin 2021 au Centre de séjour pour le rapatriement (*Centro di permanenza per il rimpatrio* - CPR) à Turin[599]. Cette visite faisait suite au suicide d'un jeune homme d'origine guinéenne qui, après avoir été agressé par trois garçons à Vintimille, avait été identifié et, une fois son irrégularité établie, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion. En conséquence, il avait été conduit au Centre de séjour pour rapatriement de Turin et placé en isolement dans ce que l'on appelle l'« Ospedaletto » de l'établissement : une section théoriquement dédiée à l'isolement médical, mais en pratique également utilisée à d'autres fins liées à des problèmes de cohabitation entre détenus ou pour des raisons de sécurité. Quelques jours plus tard, le garçon s'est donné la mort.

Le garçon avait été isolé dans une section dont les aspects problématiques avaient été signalés par le Garant à plusieurs reprises. Le Rapport rappelle que les mesures de détention à l'encontre des migrants ne devraient être prises qu'après une évaluation

[598] Décision 2018-005 du 25 janvier 2018, p. 13.
[599] Rapport sur la visite effectuée le 14 juin 2021 au Centre de Permanence pour le Rapatriement (CPR) à Turin ; voir aussi Rapport au Parlement par le Président du Garant National, Chambre des Députés, 21 juin 2021.

minutieuse des spécificités du cas et dans le respect du principe de proportionnalité : « l'examen nécessaire de la situation de la personne, sur lequel doivent se fonder ces mesures, doit inclure tous les aspects connus de son histoire et tous les profils de vulnérabilité afin d'éviter toute forme d'automatisme qui risquerait de conduire à des violations directes ou indirectes de ses droits fondamentaux ». Le suicide du jeune guinéen, en plus des graves critiques soulevées dans tous les Rapports précédents, a convaincu le Garant de demander la fermeture de l'« Ospedaletto » ; une décision que l'autorité compétente prendra effectivement.

Enfin, il convient de noter que l'« ambivalence » qui peut caractériser l'utilisation de la vulnérabilité se retrouve également dans les actes des Autorités administratives indépendantes. Ceci est particulièrement évident en ce qui concerne les prisons, surtout en ce qui concerne les questions de genre, mais pas seulement. Le Garant italien souligne la situation des membres de la communauté LGBT+, qui sont souvent placés dans des sections séparées. Si ce choix découle de la nécessité de prendre en compte leur situation de vulnérabilité, en les protégeant des actes d'homophobie et de violence, il se traduit également par une limitation de leurs droits par rapport aux autres détenus : exclusion des activités communes, moindre possibilité de participer à des activités relevant du traitement rééducatif, etc. La même situation est aussi soulignée par le Contrôleur français, qui indique qu'en détention, du fait d'un faible contrôle des zones collectives et d'une grande liberté de circulation, les personnes vulnérables sont très souvent mises à l'isolement ou sont contraintes à un système de portes fermées pour favoriser une meilleure protection[600]. Le Contrôleur indique d'ailleurs que « cette situation finit par détourner le régime différencié de son objectif puisque ce sont les personnes les plus calmes et les plus vulnérables qui se retrouvent en régime fermé »[601] afin de « fuir le climat régnant dans les étages en portes ouvertes »[602]. Pour cela, il recommande, à propos d'une personne sourde, que la décision d'isoler ne doit pas résulter d'une pratique générale et systématique ne tenant compte ni de la particularité de la situation ni de la volonté de la personne concernée[603].

La situation de vulnérabilité détermine les conséquences en termes d'exposition accrue au risque de violation des droits, de discrimination et d'atteinte à la dignité. Mais en même temps, dans les institutions totales, comme les prisons, il peut arriver que la qualification du sujet comme vulnérable se traduise, en substance, presque paradoxalement, par un facteur d'exclusion de la personne de la communauté.

Il peut également y avoir des cas de mésusage qui peut être fait par l'administration de la notion de vulnérabilité, qui joue alors comme filtre pour l'accès au droit. L'exemple peut être trouvé dans la décision 2016-262 du 13 octobre 2016 (décision synopsis), rendue par le Défenseur à propos de la décision du préfet de Guyane de fermer partiellement et temporairement le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en place dans son département. Le préfet avait mis en place un filtre à l'accès au service en fonction du degré

[600] CGLPL, *Rapport de visite du Centre de détention de Muret (Haute-Garonne) du 12 au 22 mars 2013,* p. 43.
[601] CGLPL*, Rapport annuel d'activité 2013*, Dalloz, 2014, p. 140.
[602] *Ibid.*
[603] CGLPL, *Enquête sur place sur la prise en charge des personnes sourdes incarcérées du 25 avril 2019*, p. 30.

de vulnérabilité des demandeurs d'asile. Dans ses observations déposées devant le juge des référés du Conseil d'État, le Défenseur des droits avait fermement critiqué ce procédé. En effet, le filtrage avait été mis en œuvre en dehors de tout cadre légal et il était potentiellement porteur de discrimination (ne s'agissait-il pas en réalité d'écarter les demandeurs d'asile d'origine haïtienne ?). Toutefois, le Conseil d'État n'a pas suivi l'argumentation du Défenseur des droits et a jugé que la décision du préfet « ne caractérisait pas, à la date de la requête, une méconnaissance grave et manifeste des obligations de caractère général qu'impose le droit d'asile »[604].

Cet exemple nous amène à quelques considérations finales, car il témoigne de la tension entre la volonté des Autorités administratives indépendantes d'utiliser le concept de vulnérabilité au service de la garantie de l'effectivité des droits et la faiblesse des moyens qui leur sont accordés.

Il est vrai que dans la plupart des cas[605], la mise en œuvre de leurs interventions dépend de la volonté des administrations concernées, mais même lorsque cela n'est pas le cas, ces interventions jouent néanmoins – pour reprendre la formule utilisée par Odile de Beauregard – « un rôle d'aiguillon » pour rappeler la nécessité d'assurer la protection des droits.

La liberté dont jouissent les institutions analysées dans l'utilisation du terme vulnérabilité leur permet, comme nous l'avons déjà mentionné, de mettre en évidence des problèmes et des violations qui auraient autrement plus de difficultés à émerger ou à se présenter devant un juge. En outre, leurs activités, et en particulier les rapports et études qu'ils réalisent, leur permettent aussi de participer activement à la réflexion qui a été engagée au niveau européen et international sur le rôle de la vulnérabilité dans le « processus d'universalisation des droits fondamentaux », mentionné dans le Chapitre sur les Cours européennes.

[604] CE, ord., n° 404484 du 7 novembre 2016.
[605] Cela dépend aussi, bien sûr, du type d'actes : il faut noter que, dans ses rapports d'activité, le Défenseur rappelle qu'environ 80 % des règlements amiables qu'il engage aboutissent favorablement (75 % en 2022) : Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2021*, p. 9.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le projet de recherche avait pour objet d'explorer plus avant les liens entre usage jurisprudentiel de la notion de vulnérabilité et promotion de l'effectivité des droits fondamentaux. Le constat de départ en était une montée en puissance de la notion dans la jurisprudence, l'identification de personnes vulnérables imposant aux autorités publiques, selon la Cour européenne des droits de l'homme, de « faire preuve d'une attention particulière » et de « leur assurer une protection accrue »[606]. Il s'agissait de vérifier comment la mobilisation de la catégorie permettait en effet au juge de conjurer ce que la doctrine avait identifié comme un risque d'ineffectivité des droits des personnes vulnérables.

À la différence des travaux majoritaires, il s'est donc agi de mettre en œuvre une étude transversale et comparative : entre le niveau européen et le niveau national, entre deux ordres juridiques nationaux - français et italien - et entre les différents ordres de juridiction dans chaque ordre national. Plutôt que de partir des occurrences « vulnérable »/« vulnérabilité » dans les textes, ce qui risquait de reproduire les études sectorielles déjà existantes, l'équipe a donc recherché les occurrences en question dans les jurisprudences retenues, en tant que les mots-clés s'appliquaient à une personne physique. Le but était d'identifier les points communs et différences dans l'approche de la notion de vulnérabilité, et la part prise par la notion dans la promotion de l'effectivité des droits des personnes concernées.

Il ressort de notre recherche la confirmation d'une définition, certes implicite, de la vulnérabilité propre au droit d'une part, ainsi que la mise à jour d'usages diversifiés de cette notion par le juge d'autre part.

§ 1 - Une définition implicite de la vulnérabilité de la personne physique par le droit

Comme rappelé dans l'introduction de la recherche, le constat a été fait de l'imprécision de la notion de vulnérabilité dans toutes les disciplines dans lesquelles elle est devenue d'usage courant. La science juridique n'a pas fait exception à cet égard : floue, vague, imprécise, polysémique… tels sont quelques-uns des adjectifs revenant sous la plume de différents auteurs pour la qualifier. De façon *a priori* plus surprenante, compte tenu de ce que leurs fonctions pouvaient les avoir amenés à manier la notion, le même constat de flou ressort des entretiens que Laura Odasso a menés avec des membres de juridictions et d'AAI. Ainsi, selon un membre du Conseil constitutionnel français, « La vulnérabilité a une portée vague, une portée extensive qui soulève beaucoup de questions ». Dans le même sens, un membre du Conseil d'État italien évoque un « terme polysémique » et ajoute : « Récemment, le terme vulnérable est certes un peu entré dans l'ADN juridique, mais il peine encore à s'imposer et est souvent alterné avec l'expression fragilité ; l'expression vulnérable n'a aucun sens pour le législateur, c'est un peu un *passe-partout* pour dire quelque chose qui mérite une attention particulière ». Citons encore un membre du Conseil d'État français : « Le mot lui-même n'est pas un mot juridique. […]

[606] CEDH, 21 janvier 2014, *Zhou c/ Italie*, § 58 (souligné par nous).

parler d'une notion quand on est juriste qui n'est pas une notion juridique ça embarrasse parce que c'est nécessairement tout de suite très relatif, très subjectif. C'est un terme dont on ne sait pas si chacun y met le même contenu, s'il ne changerait pas de contenu selon les situations [...] ». Pourtant, en dépit de cette supposée indétermination de la notion, un lien a aussi été établi entre vulnérabilité et risque d'ineffectivité des droits des personnes vulnérables. Selon nous, il y a là tous les éléments d'une définition que confirme - certes implicitement - le droit positif, et dont l'étude permet de préciser les différents éléments.

Aucune des juridictions, ou des autorités indépendantes prises en compte dans l'étude ne définit, à un moment ou à un autre, la notion de vulnérabilité. Tout au plus mettent-elles en avant tel ou tel facteur de vulnérabilité dans le cas d'espèce - mais ce n'est pas toujours le cas. Cela étant, l'identification de cette situation de vulnérabilité pose la question de savoir comment protéger les droits de la personne concernée. La notion renvoie donc bien à une méconnaissance potentielle de ses droits. Selon un membre du Conseil constitutionnel français la vulnérabilité est ainsi « plutôt téléologique : est vulnérable la personne qui doit être protégée ». Certes, on pourrait nous objecter que nous avons trouvé dans la recherche ce qui nous y avons mis au départ. En réalité, nous pensons que cette définition est pertinente et même, en quelque sorte, inévitable.

Si l'on repart de l'idée selon laquelle la vulnérabilité est un risque de blessure, la nature de la blessure considérée varie selon la discipline qui appréhende la vulnérabilité. On a vu en introduction qu'un philosophe pourra la concevoir comme un manque de reconnaissance d'autrui, une difficulté à déployer ses capacités ; un sociologue comme une désaffiliation ou disqualification sociale ; un économiste comme l'entrée dans une situation de pauvreté statistiquement appréhendée… Pour le droit, la blessure sera donc nécessairement de nature juridique : elle consistera dans l'atteinte aux intérêts de la personne. Or, l'intérêt juridiquement protégé de la personne est précisément la définition du droit subjectif. Certes, cette définition a varié au cours du temps, et donné lieu à d'intenses débats, étroitement liés à la conception même du sujet de droit. Toutefois, pour faire bref, on peut dire que deux conceptions ont dominé, celle corrélant droit et volonté, et celle corrélant droit et intérêt. La conception du droit comme « pouvoir de volonté » s'impose au XIX^{e}, mais elle est vite critiquée comme excluant du bénéfice des droits - et de la personnalité juridique - « les deux catégories de personnes qui ne sont pas douées de volonté : les collectivités et les incapables »[607]. S'agissant de ces deniers, mineurs et majeurs protégés, on constate qu'il s'agit précisément de personnes volontiers qualifiées désormais de vulnérables…. De toute évidence, une telle définition des droits, excluant qu'ils puissent bénéficier à des personnes vulnérables, ne peut plus être admise. D'où la prévalence de la définition du droit comme « intérêt juridiquement protégé », dont Mme Paynot-Rouvillois rappelle qu'on doit la première formulation à « Ihering, qui, à propos de l'*infans* et de l'insensé, fut le premier à s'attaquer à la *Willenstheorie* »[608].

[607] A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Sujet de droit », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Collection Quadrige, 2003, p. 1454.
[608] *Ibid*.

Nous pensons donc que la vulnérabilité renvoie à une situation qui *expose la personne à un risque de méconnaissance de ses intérêts juridiquement protégés, c'est-à-dire de ses droits*. Cette méconnaissance peut résider dans *l'impossibilité pour la personne d'exercer son droit*, ou dans la *violation de ce dernier par un tiers ou par les pouvoirs publics.* Cette définition renvoie à un concept opératoire pour décrire le droit positif et la façon dont les juges - mais aussi les textes - comprennent et utilisent la notion. En tant qu'ensemble de normes en vigueur, le droit peut en effet connaître une notion technique et suffisamment précise de la vulnérabilité, ce qui le différencie des visions philosophiques, anthropologiques, ou encore sociologiques, de la même notion, souvent variables d'un auteur à l'autre. Il est intéressant de relever que nous avons trouvé une approche très similaire dans un article d'éthique médicale, situant la vulnérabilité des patients dans un *intérêt moralement protégé*. Selon les auteurs, « Dans le sens où elle appelle à une protection ou une attention particulière, la vulnérabilité est un risque accru de subir un tort. […] Protéger les personnes vulnérables dans la médecine et la santé requiert donc une démarche diagnostique : il s'agit d'identifier le ou les torts face auxquels une vulnérabilité existe, les sources de cette vulnérabilité, les protections adéquates et les personnes qui participent au devoir de protection. Cette démarche repose sur l'identification des torts, donc des intérêts moralement protégés, des personnes. […] Dès lors que l'on reconnaît un intérêt comme moralement protégé, comme par exemple celui d'être en bonne santé, on doit aussi reconnaître que doivent être protégées les vulnérabilités qui s'y rattachent. Sous cet angle, les risques accrus d'être en mauvaise santé sont à considérer comme injustes, à moins de nier que nous ayons un intérêt digne d'être moralement protégé à être en bonne santé »[609]. À l'intérêt moralement protégé, le droit substituera l'intérêt juridiquement protégé. En revanche, il s'agira identiquement pour le juge d'identifier les sources ou facteurs de vulnérabilité et les protections adéquates - quant aux personnes participant au devoir de protection, elles coïncideront généralement avec l'État, tenu de garantir l'effectivité des droits, même s'il n'est pas le seul auteur possible de la violation du droit.

Identifier la vulnérabilité doit donc servir à éviter la méconnaissance du droit de la personne, soit que la personne ne soit pas en état de l'exercer, soit que le droit soit méconnu par les pouvoirs publics ou par un tiers. Comme l'a relevé Madame Lavaud-Legendre, « La vulnérabilité désigne donc un état de fragilité antérieur à une atteinte à un droit juridiquement protégé »[610]. Le constater n'empêche pas de remarquer, en s'inspirant pour cela des approches philosophiques de la vulnérabilité, d'une forme de continuum dans les vulnérabilités comme de l'inégale exposition sociale aux risques. Le droit prenant en compte les vulnérabilités spécifiques, problématiques, et non la vulnérabilité ontologique commune à tous, il considérera souvent comme vulnérables des personnes qui, certes, risquent de subir une atteinte à leur droit, mais en outre ont souvent déjà subi une telle atteinte. Prenons le cas, en quelque sorte topique, d'un sujet présentant un cumul de vulnérabilités : le mineur non accompagné. Ce dernier est vulnérable en tant que mineur, état de minorité que le système juridique associe à la seule présomption à peu

[609] S. HURST et *al*., « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », *Revue médicale suisse*, 2013, vol. 386, p. 1057.
[610] B. LAVAUD-LEGENDRE, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *R.D.S.S.*, n° 3, 2010, p. 520.

près irréfragable de vulnérabilité ; il est vulnérable comme privé de la protection légale normalement attachée à sa minorité. Quand il se présente pour une prise en charge aux services de l'Aide sociale à l'enfance en France, il y a fort à parier que son parcours aura déjà été émaillé d'une série d'atteintes à ses droits : droit à la protection légale donc, mais aussi droit à l'intégrité physique en cas de violences, droits socio-économiques par manque de soins, d'abri et peut-être de nourriture adéquats…. Ce mineur va être appréhendé comme vulnérable car le difficile processus de prise en charge l'expose encore à des violations de ses droits, ce qui ne signifie évidemment pas qu'il n'en a pas déjà subi de nombreuses.

Une remarque d'un autre ordre doit aussi être faite. Il arrive que le qualificatif de vulnérable soit appliqué à une personne physique par les textes ou la jurisprudence, sans que cela renvoie pour autant au concept juridique de vulnérabilité tel que nous venons de le préciser. On a évoqué les fréquences occurrences, au moment de la pandémie, de « personnes vulnérables » à la Covid. Or, la notion de vulnérabilité employée ici est médicale : elle renvoie à un risque plus fort de développer des formes graves de la maladie. Cette vulnérabilité ne renvoie donc pas directement au risque de méconnaissance d'un droit, mais à un risque de maladie grave, éventuellement de décès. Il en va de même des occurrences, rencontrées dans la jurisprudence du Conseil d'État français, de vulnérabilité aux pesticides. On peut enfin penser à l'expression, très fréquemment utilisée, de vulnérabilité au changement climatique, appliquée aussi bien à des territoires qu'à des personnes. Le très célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 avril 2024 sur le sujet, dans l'affaire dite des « Aînées suisses »[611], comporte ainsi près d'une trentaine de fois l'expression « personnes vulnérables au changement climatique » : la Cour y cite en effet des rapports et travaux démontrant cette vulnérabilité particulière de certaines personnes aux effets du réchauffement climatique. Cet exemple rappelle néanmoins que cette occurrence de la vulnérabilité, qui n'est pas d'abord juridique, peut néanmoins le devenir. Dans le cas où l'État est considéré comme n'ayant pas suffisamment agi pour lutter contre ce phénomène au point d'avoir méconnu les obligations positives au titre de l'article 8 CEDH, un constat de violation sera d'autant plus facilement établi que la personne était vulnérable à celui-ci.

Reprenons dans le même sens l'exemple de la Covid. La vulnérabilité à la Covid expose au risque, médical, de développer une forme grave de la maladie. Si le virus contamine la personne vulnérable, on ne dira pas pour autant qu'il a violé son droit à la protection de la santé - on est ici dans l'ordre des faits, non des normes ! En revanche, l'État pourrait éventuellement être tenu pour responsable d'une méconnaissance de ce droit pour n'avoir pas pris les mesures adéquates pour protéger autant que possible la personne. Il y a alors une méconnaissance du droit par omission des pouvoirs publics ; une telle méconnaissance peut concerner toute personne mais elle sera d'autant plus facilement établie par le juge que le sujet était considéré comme vulnérable à la maladie. Ce constat invite précisément à s'intéresser pour conclure aux obligations déduites des

[611] CEDH, Grande chambre, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et a. c/ Suisse*, arrêt du 9 avril 2024, requête nº 53600/20.

juges en présence d'une vulnérabilité, pour éprouver l'assertion selon laquelle ces obligations visent à promouvoir l'exercice effectif des droits de la personne vulnérable. Le constat ressortant de la recherche à cet égard est nuancé.

§ 2 Des usages diversifiés de la notion de vulnérabilité de la personne physique par le juge

La recherche confirme que l'identification d'une situation de vulnérabilité par le juge lui permet certes de mettre en valeur de larges obligations de protection spécifiques de la personne vulnérable, qui peuvent se déployer sur le plan procédural aussi bien que substantiel. Pour autant, la notion n'est pas exempte d'ambivalence et se prête à de potentiels mésusages.

A/ La mise à jour d'obligations de protection spécifiques

Les développements ont permis de montrer que les différentes juridictions recourent au terme de vulnérabilité soit de façon conditionnée, soit de façon spontanée. Dans le premier cas, c'est un texte ou une réglementation qui conditionne l'usage jurisprudentiel de la notion. C'est la situation la plus fréquente devant les juridictions internes, même si le constat est un peu moins vrai pour la Cour de cassation et la Cour constitutionnelles italiennes. Un membre du Conseil d'État français le soulignait dans l'entretien qu'il nous a accordé : « Quand nous sommes amenés à utiliser ce mot-là précisément dans notre décision de justice, c'est parce que le texte que nous appliquons l'utilise, par exemple en matière de droit d'asile, parce qu'on a des directives qui utilisent ce terme-là, ou bien on a eu des textes aussi pendant la crise sanitaire : ce sont des personnes qui sont exposées à davantage de risques ». C'est aussi le cas pour la Cour de justice de l'Union européenne, alors que l'usage de la notion par la Cour de Strasbourg est à la fois spontané - en l'absence du terme dans la Convention - et massif. Il se confirme ainsi que les droits fondamentaux constituent le domaine de prédilection du recours à la notion de vulnérabilité de la personne physique. Plusieurs magistrats interviewés ont ainsi exprimé leur réticence à l'égard d'un usage extensif du terme, appliqué au-delà du sujet humain. Selon un membre du Conseil d'État italien, « Je l'associerais à une condition du sujet, qui peut être intrinsèque au sujet, originaire, mais aussi extrinsèque, liée aux influences extérieures. Et cette notion est, à mon avis, utilisée de manière plus inappropriée pour les choses : je ne peux pas imaginer le territoire vulnérable ». Dans le même sens, un membre du Conseil constitutionnel français souligne : « Ce terme concerne les êtres humains, les personnes. Il y a moins d'intérêt à utiliser la notion pour les territoires, si ce n'est que pour les relier aux êtres humains ». On s'explique alors que les autorités administratives indépendantes prises en compte dans l'étude fassent aussi un usage spontané et pragmatique de la notion : l'exercice de leurs différentes prérogatives, au premier rang desquelles l'examen de saisines individuelles, les mettent en état de prendre connaissance d'une grande diversité de contextes et de situations de vulnérabilité de la personne et d'envisager les remèdes à y apporter.

Conditionnée par un texte ou spontanée, la référence à une situation de vulnérabilité permet le plus souvent à un juge de pointer les obligations de protection spécifiques en faveur de la personne concernée. Il faut cependant mettre à part la jurisprudence pénale qui sanctionne les infractions commises sur la personne vulnérable et intervient donc par hypothèse après violation de son droit - la référence à la vulnérabilité de la victime par la loi pénale tend néanmoins à se développer à la faveur d'un changement de paradigme de la discipline, qui consiste justement à mettre l'accent sur la protection des droits de cette dernière. Ce changement a d'ailleurs été mis en exergue par le magistrat de la chambre pénale de la Cour de cassation italienne interviewé dans le cadre du volet sociologique de la recherche qui note que la vulnérabilité a été prise en compte par le législateur en relation à la situation de la personne offensée (victime de l'infraction) qui appartient à la catégorie des « *fasce deboli* » (catégories faibles de la population).

Les obligations de protection spécifiques sont nombreuses, variées, dépendantes du contexte. Il n'y a pas lieu de reprendre ici tous les exemples développés précédemment, au risque d'un inventaire à la Prévert. On ne citera que quelques illustrations, en distinguant les obligations de nature procédurale et les obligations de nature substantielle.

La Cour européenne des droits de l'homme est certainement la juridiction qui tire le plus grand nombre de conséquences procédurales de la référence à la vulnérabilité. Par exemple, dans le cadre du conflit kurde-turc, elle a estimé que la vulnérabilité des requérants, due notamment à la crainte de représailles de la part des autorités, était suffisante pour les dispenser de l'obligation d'exercer les voies de recours internes avant de la saisir[612]. Sur le terrain de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, une situation de vulnérabilité - comme celle des détenus ou des autres personnes privées de leur liberté individuelle - conduit à une inversion de la charge de la preuve, avec l'obligation pour l'État de prouver l'absence de gravité (et donc la légitimité) de la mesure prise, plutôt que de fournir, en cas de blessures, des explications et des preuves susceptibles de lever les objections de la victime[613].

L'incidence sur la charge de la preuve peut aussi être plus nuancée, comme l'illustre une orientation consolidée de la Cour de cassation italienne en matière de protection internationale et humanitaire. Conformément aux règles du droit de l'Union européenne[614], la Cour italienne exige que l'autorité administrative et le juge jouent un rôle actif dans l'instruction de la demande de protection : ils sont tenus d'intégrer, par des preuves documentaires ou tout autre moyen, le récit fourni par le demandeur d'asile, afin de vérifier l'existence d'une situation de vulnérabilité justifiant la délivrance du permis de séjour humanitaire. Par conséquent, au-delà des preuves apportées par le demandeur, les

[612] Cour EDH, Grande Chambre, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, pt. 73 et pt. 105 ; Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1999, §§ 159-165 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Tanrıkulu c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999, pt. 131 ; Cour EDH, *Akkoç c. Turquie*, arrêt du 10 octobre 2000, pt. 125.

[613] Voir Cour EDH, *P.M. et F. F. c. France*, arrêt du 18 février 2021, ; Cour EDH, *İltümür Ozan et autres c. Turquie*, arrêt du 16 février 2021 ; Cour EDH, *Portu Juanenea Sarasola Yarzabal c. Espagne*, arrêt du 13 février 2018.

[614] Articles 10/16 de la directive 2013/32/UE, anciennement directive 2005/85/CE, transposés dans le système italien à l'article 8, alinéa 3, du décret législatif n° 25 de 2008 et à l'article 3, alinéa 5, du décret législatif n° 251 de 2007.

juges doivent tenter de détecter des « indices » de vulnérabilité, telles les conséquences traumatiques dérivant du parcours migratoire ou celles dérivant du passage du migrant dans des territoires caractérisés par une situation de violence diffuse[615]. Il y a donc ici en quelque sorte un partage de la charge de preuve, entre le requérant et l'État lui-même.

Sur le plan substantiel, les conséquences de la référence à la notion de vulnérabilité sont encore bien plus nombreuses et variées. On a vu en introduction que le point de départ des réflexions philosophiques sur la notion réside souvent dans une récusation de l'autonomie de l'individu conçue comme détachée du contexte social et des relations à autrui. Il en résulte une approche plus subtile qui invite à penser l'autonomie dans la vulnérabilité. Or, il est intéressant de noter que cette conception a des répercussions dans le droit, qui s'efforce de plus en plus de concilier protection de la personne vulnérable et reconnaissance - autant que possible - de sa capacité d'autodétermination. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, même s'il existe des motifs justifiant une mesure limitant la capacité d'une personne, la mesure de protection doit refléter au mieux les souhaits de la personne capable d'exprimer sa volonté et que l'absence de prise en compte de son avis peut conduire à des situations d'abus et nuire à l'exercice des droits de la personne vulnérable[616].

Cette tendance est aussi à l'œuvre dans les différentes décisions de la Cour constitutionnelle italienne relatives à l'aide à mourir, malgré les critiques dont elles ont pu faire l'objet - le fait que la Cour ait choisi d'énoncer la réglementation nécessaire en lieu et place du législateur défaillant nous paraît plus problématique cependant que la position adoptée au fond. En effet, la juridiction italienne a considéré que la vulnérabilité des personnes en fin de vie justifiait certes que soit maintenue la disposition législative interdisant l'homicide de la personne consentante[617], mais que celle-ci devait coexister avec une législation autorisant par exception l'aide à mourir dans certains cas[618]. Autrement dit, le fait pour la personne concernée d'être en situation de grande vulnérabilité ne justifie pas que soit d'emblée disqualifiée l'expression d'une volonté aussi lourde que celle de mourir. Tout dépendra alors de l'évaluation des circonstances propres à chaque cas.

Relevons que le juge constitutionnel italien interviewé pour la recherche confirme cette utilisation de la notion en matière d'autodétermination de l'individu, tout en faisant le lien avec l'apparition de nouveaux droits. Selon lui, la vulnérabilité « est un concept qui émerge surtout en relation avec les nouvelles frontières de l'autodétermination : la liberté sexuelle doit-elle aussi impliquer la liberté de se prostituer ? ou faut-il reconnaître la possibilité de décider comment mourir ? L'autodétermination atteint donc de nouvelles frontières qui étaient généralement inconnues auparavant. Et à l'intérieur de ces frontières se pose le problème de la vulnérabilité, c'est-à-dire d'éviter les abus, éviter que cette autodétermination de la liberté s'expose à la possibilité d'abus […]. Le développement de nouveaux droits pose la question de la vulnérabilité. Les nouvelles frontières du droit qui naissent aussi des nouvelles technologies ».

[615] Cassazione civ., Sez. I, n° 35189/2022.
[616] Cour EDH, *P. W. c. Autriche*, arrêt du 21 juin 2022.
[617] Cour constitutionnelle, arrêt n° 50 du 15 février 2022.
[618] Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018 du 24 octobre 2018.

À propos d'autodétermination, on peut aussi citer dans le même sens la décision rendue par le Conseil constitutionnel français en mars 2021[619] à propos des dispositions législatives qui empêchaient une personne assistée à domicile de faire un don à la personne qui l'assiste. Selon le juge constitutionnel français, « le seul fait que ces tâches soient accomplies au domicile des intéressées et qu'elles contribuent à leur maintien à domicile ne suffit pas à caractériser, dans tous les cas, une situation de vulnérabilité des personnes assistées à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance »[620] ; il conclut à une limitation excessive du droit de propriété de la personne dépendante. La motivation revient donc bien à récuser une présomption de vulnérabilité telle qu'elle disqualifierait les choix de la personne en matière de gestion de son patrimoine ; une appréciation circonstanciée de chaque cas s'impose donc à nouveau.

La question de l'autonomie décisionnelle de la personne n'est cependant pas la seule à l'égard de laquelle se déploient en droit les effets de la vulnérabilité. Les développements ont montré que deux autres grands domaines sont concernés : celui des droits socio-économiques de la personne (on pense aux affaires sur l'accès à l'hébergement d'urgence, aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, à l'instruction des enfants Roms, à la prise en charge des mineurs non accompagnés etc.) ; celui de ses droits à l'intégrité psycho-physique (le droit pénal joue alors un rôle privilégié).

On citera un seul exemple, dont l'intérêt est de mettre en jeu différents facteurs de vulnérabilité, puisqu'il concerne l'accès au numérique. On a vu que la dématérialisation des procédures administratives constitue depuis plusieurs années un sujet majeur de préoccupation en France pour la Défenseure des droits, qui a consacré un rapport en 2019 au thème « Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics »[621]. Cela a conduit l'instance à préconiser, dans le cas de la dématérialisation d'une démarche administrative, qu'une solution alternative soit systématiquement prévue pour les usagers vulnérables. Le Conseil d'État a suivi la Défenseure des droits dans une décision rendue le 3 juin 2022[622], à propos du décret du 24 mars 2021 faisant obligation aux étrangers de déposer leur demande de titre de séjour par internet. Le juge a sollicité ici l'avis de la Défenseure des droits et, conformément à la position de cette dernière, il a déclaré le décret partiellement illégal dans la mesure où il ne prévoyait pas une solution de substitution pour le cas où l'accompagnement aurait échoué pour des raisons tenant à la conception de l'outil ou à son mode de fonctionnement.

Si le souci de rendre effectifs les droits et libertés des personnes vulnérables est au cœur des solutions rendues dans les différentes affaires évoquées, il reste que la notion de vulnérabilité n'est pas exempte d'effets ambivalents et peut donner lieu à de véritables mésusages.

[619] Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, du 12 mars 2021, *Mme Fouzia L. [Interdiction de recevoir des libéralités pour les personnes assistant certaines personnes vulnérables]*.
[620] *Ibidem*.
[621] Défenseur des droits, Rapport *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, janv. 2019, 69 p.
[622] CE, 3 juin 2022, n° 452798, publié au Lebon.

B/ Ambivalences et mésusages potentiels de la notion de vulnérabilité

Le risque le plus communément associé à la vulnérabilité, souligné dans toutes les sciences humaines et sociales qui ont étudié la notion, est celui d'une certaine forme de paternalisme. On le retrouve dans les cas où la vulnérabilité de la personne implique de la protéger en quelque sorte d'elle-même, limitant sa capacité à prendre un certain nombre de décisions. La problématique est donc à nouveau celle, omniprésente, de l'autonomie décisionnelle de la personne. Certes, on a vu que la promotion de la vulnérabilité va plutôt de pair avec une réhabilitation de la capacité décisionnelle de la personne, qui doit être appréciée au cas par cas. La tendance n'est cependant pas univoque et des restrictions de principe des droits de la personne vulnérable subsistent. Le Conseil constitutionnel a ainsi validé une disposition de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, selon laquelle : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci ».

De la sorte, le juge constitutionnel français a donc admis que le législateur considère par principe les personnes en cause comme « placées dans une situation de particulière vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur prodiguaient des soins »[623]. Comme les développements sur les Cours constitutionnelles l'ont souligné, cette décision contraste donc avec celle de mars 2021, rappelée ci-dessus, sur les dons faits par les personnes assistées à domicile aux personnes qui les assistent. Le Conseil constitutionnel avait censuré l'interdiction générale des dons, appelant donc à une appréciation circonstanciée de la vulnérabilité et de son incidence sur l'authenticité des choix de la personne vulnérable. On peut alors s'interroger sur les différences entre les deux espèces. Dans le premier cas, les personnes touchées par l'interdiction ont besoin d'une assistance à domicile ; dans le second, elles ont besoin de soins du fait d'une maladie dont elles décèderont. On peut considérer que la seconde situation emporte une plus grande dépendance et vulnérabilité envers les personnes entre les mains desquelles se trouve placée la vie d'un autre individu. Il reste qu'il s'agit d'une description très abstraite des deux situations, qui méconnaît la diversité des contextes et des expériences humaines auxquelles elles renvoient. Le paternalisme de la disposition validée, s'il demeure modéré, est selon nous appelé à être de plus en plus circonscrit, en vue d'un respect croissant des personnes vulnérables et d'une appréciation concrète et évolutive de leurs capacités.

Les mesures paternalistes ne touchent pas cependant que les personnes frappées d'une incapacité juridique. C'est cette fois une affaire jugée par la Cour constitutionnelle italienne qui l'illustre : il s'agit de la décision de 2019 dans laquelle cette Cour valide la disposition du code pénal qui interdit la prostitution, y compris la prostitution volontaire. La Cour affirme que la disposition législative attaquée est conforme à la Constitution, car elle sert « la poursuite des valeurs rattachées à la protection des droits fondamentaux des

[623] Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1005 QPC, 29 juillet 2022, *Mme Marie D.* [Interdiction de recevoir des libéralités pour les membres des professions de santé], § 5.

personnes vulnérables et de la dignité humaine »[624]. Le raisonnement repose ici sur l'idée selon laquelle la personne qui se prostitue se trouve nécessairement dans un état de vulnérabilité qui affecte son choix, lequel ne peut alors pas être fait librement. Il est donc légitime de lui imposer le respect de sa propre dignité, en dépit de ce choix apparent.

En définitive, le risque est que la protection des personnes vulnérables n'en vienne à « essentialiser » leur situation, à les stigmatiser[625], la protection devenant même potentiellement nuisible. Ce risque d'une protection se retournant en quelque sorte contre la personne a été souligné par la recherche, notamment à propos des détenus qu'une vulnérabilité liée par exemple à une orientation sexuelle ou à une appartenance ethnique amène à isoler des autres. Au prétexte de protection, la mesure isole, coupe la personne de la vie commune, voire de l'accès aux programmes de réinsertion.

Enfin, en permettant de pointer des obligations spécifiques de protection, la notion de vulnérabilité pose la question de la variation des niveaux de protection, et d'un désavantage potentiel des personnes non reconnues comme vulnérables. Ce risque avait été souligné à propos de la désignation par le droit européen de l'asile de certaines catégories comme « vulnérables ». Une auteure relevait alors qu'« un risque d'instrumentalisation de la notion de vulnérabilité existe, celle-ci ne devant pas devenir le prétexte d'une diminution du niveau de protection des demandeurs d'asile qui ne seront pas considérés comme vulnérables »[626]. En réalité, la protection due aux personnes vulnérables ne saurait être considérée comme une faveur à leur égard. Plutôt que de « protection accrue » - expression employée par la Cour européenne des droits de l'homme - nous préférons parler de « protection spécifique » : les personnes vulnérables étant placées dans une situation de désavantage quant à la jouissance de leurs droits par rapport aux autres, il s'agit donc de les remettre à niveau, et non « au-dessus » ; pour le dire encore autrement, il s'agit de les protéger effectivement, et non « plus » ou « mieux » que les autres.

À cet égard, le risque est donc d'établir des distinctions indues entre personnes vulnérables et personnes non vulnérables mais aussi, au sein même des personnes vulnérables selon leur plus ou moins grande vulnérabilité. Cette dernière tendance est malheureusement illustrée par l'usage que fait le Conseil d'État français de la notion de vulnérabilité dans le cadre des référés-libertés visant à l'obtention d'un hébergement d'urgence. Face au manque de moyens, manque qui résulte d'un choix politique délibéré, il valide une politique administrative de priorisation des demandes, seules celles émanant des personnes et familles les plus vulnérables ayant des chances d'aboutir. Cette position a paradoxalement amené la doctrine à considérer qu'il regardait les droits des personnes

[624] Cour constitutionnelle, arrêt n° 141 de 2019.
[625] V., pour une réflexion juridique sur ce sujet, V. FLOHIMONT, « Le droit ne stigmatise-t-il pas les individus en voulant accueillir la vulnérabilité à tout prix ? », *in* D. DOAT et L. RIZZERIO (dir.), *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques,* Toulouse, Érès, Collection Espace éthique, 2020, p. 151-186.
[626] J. RONDU, "Les personnes vulnérables en droit de l'asile", Sixième journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice organisée par le Centre d'études internationales et européennes, Strasbourg, 14 février 2020, p. 13
(en ligne: https://europa.unistra.fr/websites/eem/CEIE/Manifestations_scientifiques/Contribution_J._Rondu.pdf).

vulnérables comme de simples « obligations de moyens » et non de résultat[627], ce qui est une contradiction dans les termes - on est même alors aux antipodes de l'effectivité.

L'usage de la notion de vulnérabilité n'est donc pas sans présenter de possibles ambivalences et il n'est sans doute pas anodin que les entretiens menés dans le cadre de la recherche aient plusieurs fois conduit à émettre des doutes quant à son utilité réelle. Par exemple, selon un magistrat de la Cour de cassation française, « d'un harcelé, on ne va pas dire qu'il est vulnérable. On va dire qu'il est harcelé puisqu'on va mettre en jeu le mécanisme du harcèlement. La femme enceinte, on ne va pas dire que c'est une personne vulnérable. Elle bénéficie d'une protection parce qu'elle est enceinte. Tout le monde comprend ce que cela veut dire et la nécessité de cette protection-là ».

Il apparaît donc bien que la vulnérabilité est une notion complexe, dont l'utilisation doit répondre à un certain nombre de précautions. Ces précautions concernent aussi bien l'étape d'identification de la vulnérabilité que celle consistant à en déduire des obligations spécifiques.

Sur le premier point, il convient de considérer que la vulnérabilité est une situation exposant, compte tenu de circonstances données, à un risque d'ineffectivité des droits. Elle n'est pas une propriété ou une caractéristique intrinsèque et son constat doit procéder d'une analyse circonstanciée et concrète de chaque affaire. Autrement dit, comme l'a écrit Laurence Burgorgue-Larsen, « l'angle d'analyse à mettre en place consiste à plus et mieux valoriser *les contextes de vulnérabilité*, plutôt que les personnes et/ou groupes vulnérables »[628].

Quant au second point, sur les conséquences à en déduire, le fil rouge doit consister en ce que l'obligation spécifique de protection ne soit ni une contrainte pour la personne vulnérable ni un désavantage pour les autres, mais l'exact point de leur rencontre dans la jouissance, effective pour tous, des droits fondamentaux.

[627] F. CAPELIER, « Le respect des droits des personnes vulnérables : une obligation de moyen ou de résultat ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2021, 4, p. 701-712

[628] L. BURGORGUE LARSEN, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'une dialogue interdisciplinaire », préc., p. 242.

ANNEXE N° 1
GRILLE DE QUESTIONS ADRESSÉE AUX JUGES

I – Dimension substantielle

1) Est-ce que la notion de vulnérabilité/personne vulnérable est fréquemment employée par la juridiction à laquelle vous appartenez ? Dans ce cas, les juges utilisent la notion comme argument pendant la délibération et/ou dans la décision de justice elle-même ?

2) Votre juridiction emploie-t-elle la notion de vulnérabilité uniquement par référence à un texte (qui qualifie déjà une personne donnée de vulnérable) ou sans référence directe à un texte ? Est-ce que votre juridiction fait référence à la CEDH, aux décisions de la cour de Strasbourg ou plus largement au droit de l'Union ?
Quand elle est employée par une décision de justice de la juridiction à laquelle vous appartenez, cette notion de vulnérabilité/personne vulnérable est-elle définie ?

3) Pour votre juridiction, qui peut être un sujet vulnérable ? Personnellement, est-ce que vous partagez cette définition/cet usage ?

4) Y a-t-il des catégories de personnes ontologiquement vulnérables, vulnérables en soi pour lesquelles aucune évaluation supplémentaire ne semble nécessaire ? Quelle est la portée de la dimension situationnelle et relationnelle à cet égard ?

5) *On parle aussi des dimensions objective et subjective de la vulnérabilité dans certaines décisions. À votre avis, est-il possible de faire une distinction entre la vulnérabilité dite « objective » et la vulnérabilité dite « subjective » ? Si oui, pensez-vous que les deux dimensions doivent coexister ou est-ce qu'une seule dimension suffit pour confirmer l'existence d'une vulnérabilité et procéder ?*

6) Est-ce que la juridiction à laquelle vous appartenez tient compte du cumul de vulnérabilités ? Que pensez-vous de cette de notion de « cumul de vulnérabilités » ? Quel rôle joue la notion de « vulnérabilité intersectionnelle » à cet égard ?

7) Peut-on considérer que les termes « fragilité/faiblesse » sont des synonymes de celui de vulnérabilité ou ces termes ont-ils une valeur conceptuelle clairement distincte dans la jurisprudence ? Quel est votre avis sur ce point ?

8) Quelle relation la notion de vulnérabilité entretient-elle pour vous avec les notions d'égalité et de dignité ? Et dans les délibérations au sein de votre juridiction ?

II – Dimension procédurale

1) Comment la constatation d'un état de vulnérabilité s'effectue-t-elle en pratique dans votre juridiction ? Ces moyens vous semblent-ils suffisants ?

2) Le juge emploie-t-il spontanément la notion de vulnérabilité ou est-ce que cette notion est employée à la demande des parties ?

3) Quelles sont les implications juridiques de l'existence d'une condition de vulnérabilité, qu'elle soit situationnelle ou relationnelle, objective ou subjective (selon les termes employés par votre juridiction) ? Cela implique-t-il d'améliorer la protection de la personne vulnérable ? Cela conduit-il à l'identification d'obligations spécifiques pour l'autre partie ?

III - Dimension temporelle

1) Quelle fonction la composante temporelle joue-t-elle dans l'évaluation de la vulnérabilité au sein de votre juridiction ?

2) La littérature pense la vulnérabilité comme un processus et non comme un état, quel est votre avis ?

3) Dans les décisions de votre juridiction, s'agit-il de penser la vulnérabilité davantage en matière de protection (besoin immédiat) ou de prévention (besoin sur un temps long, voire à venir) ? Les juges considèrent-ils les deux perspectives ? Pourriez-vous nous donner des exemples de décisions de votre juridiction dans ce sens ?

4) Peut-on parler d'une « vulnérabilité graduée » en fonction du temps et des temporalités ?

5) La vulnérabilité est-elle légalement réversible ? La décision peut-elle réduire la vulnérabilité ou l'éliminer ?
Enfin, une dernière question : quelle pourrait être votre définition de la vulnérabilité ?

Contact personne de référence pour l'entretien :
Laura Odasso
Laura.odasso@college-de-france.fr

ANNEXE N°2
GRILLE DE QUESTIONS ADRESSÉE AUX AAI

I – Dimension substantielle

1) Est-ce que la notion de vulnérabilité/personne vulnérable est fréquemment employée par l'institution à laquelle vous appartenez ? Dans ce cas, la notion est utilisée comme argument pendant la délibération et/ou dans la décision de justice elle-même ?

2) Votre institution emploie-t-elle la notion de vulnérabilité uniquement par référence à un texte (qui qualifie déjà une personne donnée de vulnérable) ou sans référence directe à un texte ? Est-ce que votre institution fait référence à la CEDH, aux décisions de la cour de Strasbourg ou plus largement au droit de l'Union ?
Quand elle est employée dans vos avis et rapports, cette notion de vulnérabilité/personne vulnérable est-elle définie ?

3) Pour votre institution, qui peut être un sujet vulnérable ? Personnellement, est-ce que vous partagez cette définition/cet usage ?

4) Y-a-t-il des catégories de personnes ontologiquement vulnérables, vulnérables en soi pour lesquelles aucune évaluation supplémentaire ne semble nécessaire ? Quelle est la portée de la dimension situationnelle et relationnelle à cet égard ?

5) *On parle aussi des dimensions objective et subjective de la vulnérabilité dans certaines décisions de justice par exemple. À votre avis, est-il possible de faire une distinction entre la vulnérabilité dite « objective » et la vulnérabilité dite « subjective » ? Si oui, pensez-vous que les deux dimensions doivent coexister ou est-ce qu'une seule dimension suffit pour confirmer l'existence d'une vulnérabilité et procéder ?*

6) Est-ce que l'institution à laquelle vous appartenez tient compte du cumul de vulnérabilités ? Que pensez-vous de cette de notion de « cumul de vulnérabilités » ? Quel rôle joue la notion de « vulnérabilité intersectionnelle » à cet égard ?

7) Peut-on considérer que les termes « fragilité/faiblesse » sont des synonymes de celui de vulnérabilité ou ces termes ont-ils une valeur conceptuelle clairement distincte dans la jurisprudence ? Quel est votre avis sur ce point ?

8) Quelle relation la notion de vulnérabilité entretient-elle pour vous avec les notions d'égalité et de dignité ? Et dans les décisions au sein de votre institution ?

II – Dimension procédurale

9) Comment la constatation d'un état de vulnérabilité s'effectue-t-elle en pratique dans votre institution ? Ces moyens vous semblent-ils suffisants ?

10) Quelles sont les implications juridiques de l'existence d'une condition de vulnérabilité, qu'elle soit situationnelle ou relationnelle, objective ou subjective (selon les termes employés par votre institution) ? Cela implique-t-il d'améliorer la protection de la personne vulnérable ? Cela conduit-il à l'identification d'obligations spécifiques pour l'autre partie, la personne mise en cause ?

III - Dimension temporelle

11) Quelle fonction la composante temporelle joue-t-elle dans l'évaluation de la vulnérabilité au sein de votre institution ?

12) La littérature pense la vulnérabilité comme un processus et non comme un état, quel est votre avis ?

13) Dans les décisions de votre institution, s'agit-il de penser la vulnérabilité davantage en matière de protection (besoin immédiat) ou de prévention (besoin sur un temps long, voire à venir) ? Pourriez-vous nous donner des exemples de décisions dans ce sens ?

14) Peut-on parler d'une « vulnérabilité graduée » en fonction du temps et des temporalités ?

15) La vulnérabilité est-elle légalement réversible ? La décision peut-elle réduire la vulnérabilité ou l'éliminer ?
Enfin, une dernière question : quelle pourrait être votre définition de la vulnérabilité ?

Contact personne de référence pour l'entretien :
Laura Odasso
Laura.odasso@college-de-france.fr

ANNEXE 3
COMPTE-RENDU DU VOLET SOCIOLOGIQUE DE LA RECHERCHE

Intervention Laura Odasso
Séminaire Toulon, 26 mai 2023

L'objectif de cette intervention est de faire un retour sur les points les plus intéressants qui émergent des quatorze entretiens effectués en Italie et en France auprès de magistrats et des autorités administratives indépendantes.
Je présenterai ici les slides que vous pourrez trouver dans le document qui suit.

Les entretiens ont été réalisés :
en France, avec
– un membre du Conseil Constitutionnel et son Secrétaire général,
– un membre du Conseil d'État,
– un conseiller de la Chambre sociale de la Cour de cassation,
– la Défenseure des droits, son assistant et un conseiller en charge des questions de discrimination, et
– le CGLPL ;

en Italie, avec :
– un juge de la *Corte Costituzionale*,
– un juge du *Consiglio di Stato*,
– trois juges de la *Corte di Cassazione* (section pénale et section civile, avec un regard spécifique sur l'immigration),
- le *Garante dei luoghi di privazione della libertà*.

Compte tenu du nombre et du type d'entretiens réalisés, il n'est pas possible de tirer de conclusions générales d'un point de vue proprement sociologique. Pourtant, ces entretiens offrent de pistes de réflexion et donnent de l'épaisseur aux résultats du travail d'analyse juridique que l'équipe du projet de recherche a effectué. Je ne propose donc pas une analyse sociologique poussée, mais plutôt un retour sur les points qui me semblent les plus utiles pour nuancer et rendre compte de la complexité de notre réflexion collective.

Avec les collègues porteuses du projet, nous avons conçu **une grille d'analyse** déclinée selon trois dimensions de la vulnérabilité : substantielle, procédurale et temporelle. Bien évidemment, la grille a été réadaptée en fonction des caractéristiques et de compétences de chaque interlocuteur : nous avons ainsi bâti une grille adressée aux juges et une grille adressée aux autorités administratives indépendantes (***cf. grilles de questions à la fin de cette présentation***). Tout en sachant que chacun de mes interlocuteurs était invité à me donner des réponses à la fois au sujet du travail effectif de sa juridiction ou de son institution d'appartenance, et en relation à son point de vue professionnel et personnel. Cet aspect doit être considéré dans l'appréhension du contenu de réponses.
Cette intervention porte davantage sur les juridictions, car pour les autorités administratives indépendantes, le discours est bien différent : la notion de vulnérabilité

fait sens pour les autorités, le défenseur du droit et les garants, et elle est presque une notion intrinsèque à leur travail. Ce constat est notamment souligné à plusieurs reprises par les garants de lieux de privation de liberté. Nous l'avons vu aussi par l'analyse de documents produits par ces acteurs : les personnes privées de liberté sont considérées vulnérables, et à partir de ce constat les autorités garantes proposent des acceptions plus précises — par exemple relationnelles et environnementales (concernant le lieu d'enfermement) — de la vulnérabilité.

Ce qui par contre est, aujourd'hui, à mon sens, plus intéressant, est la variété d'opinions concernant la notion et la définition de la vulnérabilité et son appréhension au sein des juridictions et des magistrat.es contacté.es. Je ne reviendrai pas nécessairement sur les catégories ou les usages concrets de la vulnérabilité dans le travail de ces juridictions, aspects déjà analysés par les collègues juristes.

Les entretiens montrent clairement que le terme vulnérabilité a un meilleur accueil en Italie. Pour le dire autrement, dans les échanges eus dans ce pays, l'usage et la signification du terme sont moins « critiqués ». Le terme est désormais acté dans certains domaines surtout en conséquence de l'apport du droit européen ou de celui des cours d'autres pays outre-Atlantique ou européennes, par exemple la Cour constitutionnelle canadienne et celle allemande sur la question de la fin de vie. Avec ce propos, je ne veux pas dire que le terme ne soit pas utilisé en France, mais plutôt que mes interlocuteurs sont tous plus sceptiques au sujet de l'apport substantiel de l'usage de la notion de vulnérabilité dans leur travail juridique de prise de décision. Cela, à tel point, que parmi les trois interlocuteurs des trois juridictions françaises rencontrés, émerge l'idée que la notion n'est pas assez juridique et, comme nous le verrons, le système juridique prévoit déjà des mécanismes pour protéger – par exemple la notion de « situations particulières » pour la cour de cassation en matière de droit du travail. … »

« Le mot lui-même **n'est pas un mot juridique**. (…) parler d'une notion quand on est juriste qui n'est pas une notion juridique ça embarrasse parce que c'est nécessairement tout de suite **très relatif**, **très subjectif**. C'est un terme dont on ne sait pas si chacun y met le même contenu, **s'il ne changerait pas de contenu selon les situations** (…), pour nous, n'est pas un mot juridique comme on pourrait utiliser le terme de loi, règlement, légalité, principe d'égalité même. » *(Conseil d'État, France)*

« Elle est une **notion pas très juridique**, plutôt **téléologique** : **est vulnérable la personne qui doit être protégée**. Bien, **est-ce que c'est le terme adapté** par exemple quand on parle d'environnement ou de question de violences familiales ? Les termes de force et faiblesse ne sont pas suffisants dans ce dernier cas ? » *(Conseil constitutionnel, France)*

Par ailleurs, selon le droit qui s'applique, la mise en œuvre de la vulnérabilité ne se fait pas dans les mêmes conditions, ce qui rend encore plus compliquée une réflexion globale sur la notion en tant que telle. Je nuance tout de suite ce propos, car, par exemple, la magistrate qui, au Conseil d'État, affirme que « la vulnérabilité n'est pas juridique », ajoute aussi, « je crois, peut-être, que le juge des référés est plus allant pour utiliser des

formules relativement simples, parce que ce sont des décisions de justice qui sont rendues en urgence en saisissant véritablement des situations personnelles ».

Toutes les personnes interrogées s'accordent, en revanche, sur le fait que le terme de vulnérabilité est **polysémique**, et que parfois il fonctionne comme un « passe-partout » pour dire qu'une situation mérite une attention particulière.

«è un termine **polisemantico**… In epoca più recente sicuramente il termine vulnerabile è **entrato un po' nel DNA giuridico**, ma ancora **fa fatica a farsi strada** e **spesso è alternato con l'espressione fragilità**; non esiste un significato per il legislatore dell'espressione vulnerabile, è un po' **una specie di *passe-partout* per dire qualcosa che merita una particolare attenzione** (cf. legge finanziaria 2023 riferita a cose, più che a persone, ritorno pandemico, ISEE, ISEE, disagio economico sociale, ricongiungimento famigliare degli stranieri) » *(Consiglio di Stato, Italia)*

« La vulnérabilité a une portée **vague**, une portée **extensive** qui soulève beaucoup de questions. La vulnérabilité est **multiforme**, il faut une description exacte de la situation qu'on vise, et, par ailleurs, on juge en fonction de dispositifs existants : **quelle est la valeur de fond que nous voulons protéger** ? Quel est le point de départ ? » *(Conseil Constitutionnel, France)*

Et tous s'accordent également sur le fait que, quand il s'agit du droit, **ce terme concerne davantage des êtres humains**, **il concerne la personne**, et cela avec des acceptions précises selon les juridictions envisagées et selon le type de droit.

«Il concetto di vulnerabilità in realtà è **fondamentale**: senza una nozione precisa di vulnerabilità è praticamente **impossibile immaginare di occuparsi di persone**. Quando parliamo di persone parliamo di danni, perché inevitabilmente la giurisdizione ha questo compito un po' infelice. (…) » *(Corte di Cassazione, civile, Italia)*

«io l'accompagnerei a una condizione del soggetto, che può essere intrinseca del soggetto, originaria, ma pure estrinseca, legata alle influenze esterne. Ed è, secondo me, più **impropriamente utilizzata per le cose:** non riesco a immaginare il 'territorio vulnerabile'» *(Consiglio di Stato, Italia)*

Ce terme sera, donc, improprement utilisé pour les territoires, l'environnement ou les choses, ou bien un tel usage cache plutôt l'idée de la relation que ces territoires, etc. ont avec l'humain, le risque que la dégradation environnementale produit pour les individus. C'est notamment l'un des conseillers du Conseil constitutionnel français qui souligne davantage cette nuance quand il affirme :

« Ce terme concerne les êtres humains, les personnes. **Il y a moins d'intérêt d'utiliser la notion pour les territoires, si ce n'est que pour les relier aux êtres humains** »
(Conseil Constitutionnel, France)

Ensuite, un autre aspect de la définition qui semble faire l'unanimité est l'idée que **la personne vulnérable est exposée aux risques et aux atteintes parfois en tant qu'individu, parfois en tant qu'individu appartenant à un groupe**.

«al di là di una dimensione oggettiva che riguarda soprattutto l'emigrazione, c'è sempre e comunque l'**idea di una ferita, un qualcosa che ti colpisce e ti colpisce non necessariamente nella totalità del tuo essere,** no? Insomma, ricordi liceali, lei ricorderà che **Achille** e **Sigfrido erano vulnerabili,** ma **soltanto in una parte del corpo»** *(Corte di Cassazione, civile 2)*

«il concetto di vulnerabilità mi da l'idea di **una persona che si può attaccare facilmente. Si può attaccare facilmente anche perché tu pensi che sia inferiore, ma non è detto che lo sia. Poi penso possa diventare una vulnerabilità sociale, ripensiamo alla convenzione d'Istanbul o alla questione dei Rom et dei Sinti** *(Corte di Cassazione civile1)*

« Quand nous sommes amenés à utiliser ce mot-là précisément dans notre décision de justice, c'est parce que le texte que nous appliquons l'utilise, par exemple en matière de **droit d'asile**, parce qu'on a des directives qui utilisent ce terme-là, ou bien on a eu des textes aussi pendant la **crise sanitaire :** ce sont des personnes qui sont **exposées à davantage de risques** » *(Conseil d'État, France)*

Toutefois, la relation groupe-individu ne fait pas l'accord parmi les interrogé.es, il y a de déclinaisons variées du terme : une vulnérabilité soi-disant « subjective » et une vulnérabilité « objective ». La différence entre ces deux types de vulnérabilité fait sens davantage dans le lexique des magistrats italiens. Alors que cette distinction ne semble pas opérationnelle pour les magistrats français.
Comme les extraits ci-dessous le montrent, l'objectivité de la vulnérabilité trouvera son origine soit dans les « bornes » d'une situation effectivement posées par des sources de droit, par exemple la Constitution,

«la soggettività della vulnerabilità è ineliminabile, ogni persona ha una storia. Allora premesso che **quando alla fine si parla di vulnerabilità tutto dipende sempre e comunque dal soggetto,** sicuramente, per esempio nei casi di **povertà inemendabile,** dove siamo sotto al livello minimo di vita secondo i canoni della nostra Costituzione, quella è sicuramente una **situazione oggettiva di vulnerabilità salvo poi valutarla rispetto al singolo soggetto** » *(Corte di Cassazione, civile, Italia)*

Soit, car elle dérive d'un contexte qui est « objectivement » contraignant pour la personne.

« La vulnerabilità soggettiva non deve essere intesa come la situazione che ha il soggetto. È soprattutto la **condizione riferita al soggetto** e quindi **è insita nel suo stato di salute, nella sua condizione. Poi c'è una vulnerabilità oggettiva che riguarda il contesto.** Quindi spesso è legato alle calamità naturali "in quella specifica situazione, etc.". Beh, **alle volte la vulnerabilità è una condizione, non è mai un atteggiamento** » *(Consiglio di Stato, Italia)*

Puis, il y a une association effectuée entre la vulnérabilité objective et le groupe des personnes presqu'ontologiquement vulnérables :
« … la vulnerabilità sia di per sé soggettiva, cioè nel senso che è della persona. Però possono esservi dei gruppi, dei casi in cui la **vulnerabilità diventa più che oggettiva, sociale** - cioè **qui ci vuole un riferimento normativo** per il gruppo non è che il gruppo, il giudice se lo può inventare però diciamo ci può arrivare se ci sono le basi nella legislazione, ci sono una serie di atti per esempio dell'Unione europea sui rom sinti, le donne nella convenzione di Istanbul, i richiedenti asilo… » *(Corte di Cassazione, civile 1, Italia)*

Une des questions de notre grille visait en fait à comprendre si des catégories sont ontologiquement vulnérables. La réponse est positive et nuancée selon les sensibilités, mais surtout positive selon le texte de référence – soit la norme soit la jurisprudence. Un exemple intéressant dans ce cadre est la décision *MSS contre Belgique et Grèce* : dans cette décision la Cour de Strasbourg affirmait que le migrant est en soi une catégorie vulnérable.

« la sentenza memorabile per me - e per altri molto meno - è una sentenza del **21 gennaio 2011, *M.S.S. contro Belgio e Grecia,*** dove la CEDU si spinge talmente avanti - poi non lo farà mai più - e d**efinisce le vulnerabilità addirittura sotto un profilo ultra oggettivo e cioè il solo fatto di essere migranti e di avere subito naturalmente tutto quello che si subisce durante il passaggio, rende il soggetto vulnerabile a prescindere dalla sua storia personale, e questo obbliga lo Stato, lo Stato di accoglienza, a occuparsene, a farsene carico**» *(Corte di Cassazione, civile, Italia)*

L'extrait d'entretien ici reporté fait apparaître, en outre, en filigrane un élément important qui émerge clairement des entretiens : la sensibilité de chaque juge pour certains sujets ou thématiques. Cela a été mentionné notamment par mes interlocuteurs italiens en matière d'immigration et, plus précisément dans les questions qui articulent immigration, genre et violence.

Une réflexion intéressante est proposée par le juge de la Cour constitutionnelle italienne : la vulnérabilité procède parallèlement avec la « création » de nouveaux droits qui découlent de nouvelles frontières de l'autodétermination pour lesquelles de termes tels que « fragile », « faible » ou encore « situation particulière » ne suffisent pas. Ainsi le juge affirme que la vulnérabilité :

« è un concetto che sta emergendo soprattutto in relazione alle **nuove frontiere dell'autodeterminazione** : la libertà sessuale deve comportare anche la libertà di prostituirsi ? oppure deve essere riconosciuta la possibilità di decidere come morire? Quindi l'autodeterminazione sta raggiungendo frontiere nuove che prima erano tendenzialmente sconosciute. E dentro queste frontiere si pone **il problema della vulnerabilità, cioè di evitare l'abuso che questa autodeterminazione della libertà si esponga alla possibilità di abuso** (…) **Lo sviluppo dei nuovi diritti pone il tema della vulnerabilità. Le nuove frontiere del diritto** che nascono anche dalle **nuove tecnologie**».
(Corte Costituzionale, Italia)

Ainsi, pour le juge constitutionnel, il s'agira de travailler sur la frontière subtile qui existe entre l'ouverture de la voie à une majeure liberté de choix de vivre ses droits et le fait de devoir toutefois prêter attention à ce que la personne concernée par cette liberté ne subisse pas des abus. Alors, dans ce cadre, une énumération de cas/situations spécifiques est proposée : la fin de vie, la prostitution (et les filles *escorts* dans la terminologie italienne) et la parentalité de personnes homosexuelles. Il faut ici noter, en comparaison, que la vulnérabilité, selon mes interlocuteurs français au Conseil constitutionnel, n'est pas mentionnée dans les débats sur la fin de vie en France, bien qu'elle soit — selon leurs propres termes — présente en filigrane.
« Sur la fin de vie la notion de dignité elle **n'est pas explicitée**, **mais elle est certainement présente dans l'approche du juge constitutionnel »** *(Conseil Contitutionnel, France)*

Ensuite, je me suis attachée à essayer de comprendre comment diverses acceptions de la vulnérabilité jouent dans la décision, notamment la question du cumul de vulnérabilité, de la vulnérabilité intersectionnelle, etc. En France, mon interlocuteur de la Cassation affirme :
« la vulnérabilité peut saisir des situations que des règles générales ne saisissent pas forcément, donc elle agit en complémentarité des dispositifs de protection. Ils ne répondent pas aux mêmes objectifs ni aux mêmes situations. Mais ces situations peuvent se cumuler, et alors c'est là que la vulnérabilité a du sens ».

Et le secrétaire du Conseil constitutionnel avance :
« On voit la **situation nouvelle qu'a créé la QPC :** désormais, dans nombre de cas, **le Conseil constitutionnel** peut prendre en compte la réalité de l'application de la loi, et je pense que les débats que j'ai à l'esprit sur le cumul de vulnérabilité, l'intersectionnalité, ce sont des débats qui, me semble-t-il, **sont susceptibles de venir de plus en plus vers nous** » *(Conseil Consitutionnel, France)*

Les juges italiens, en revanche, trouvent cette démultiplication de catégories peu utile, l'objectif étant de protéger les personnes. Les réflexions terminologiques devraient rester dans le domaine de théories et de la philosophie juridique, tandis que dans la pratique juridique il faudrait tendre vers une simplification du langage pour permettre, en concret, aux magistrats, de mieux travailler.

« non è necessario fare tutte queste superfetazioni, io nella mia sentenza non scriverò mai qui c'è un cumulo, che questa è una vulnerabilità intersezionale (…) **con tutte queste distinzioni alla fine perdiamo di vista l'obiettivo**… questa signora è una migrante, disabile quindi se ha due fattori di discriminazione come si può, **io la devo tutelare!**» *(Corte di Cassazione, civile 1, Italia)*

« a me da' l'idea di una costruzione aritmetica o piramidale mi sembra un po' inutile, nel senso che se **la protezione è sempre quella a cosa serve?** Riesce più facile motivare un provvedimento se c'è questa sorta di cumulo, di bipartizione di vulnerabilità oggettive e soggettiva? Ma no! Non ne farei due categorie, non cambia il risultato… quando ci sono tutte e due meglio ancora, è più facile accogliere una domanda, ma questo non vuol dire

che se me ne manca una io non debba valutare concretamente la vicenda del soggetto che mi sta chiedendo protezione ». *(Corte di Cassazione, civile 1, Italia)*

De fait, le fait d'avoir un cumul de vulnérabilité n'ajoute pratiquement rien en termes de protection, excepté dans le champ du droit pénal. Le magistrat de la chambre pénale de la Cour de cassation italienne fait noter que la vulnérabilité a été prise en compte par le législateur en relation à la situation de la personne offensée (victime de l'infraction) qui appartient à la catégorie des « *fasce deboli* » (catégories faibles).
Par contre, il faut ici signaler que ces expressions (cumul de vulnérabilité, etc.) font sens pour les autorités administratives/garants et pour le défenseur des droits, même si elles ne sont pas nécessairement davantage utilisées par ces autorités.

L'observation à propos de l'expression « *fasce deboli* » nous amène à cerner la relation, ou les différences, qui existent entre les termes « faible », « fragile » et « vulnérable ». Les opinions collectées à ce sujet sont variées.

« …ma anche su queste terminologie **non c'è uniformità**. E una **scelta personale del relatore della sentenza**, come si dice dalle mie parti, **se la canta e se la suona**». *(Consiglio di Stato, Italia)*

Elles ne font pas l'unanimité et, surtout, l'usage de ces termes — tout comme celui de vulnérabilité — ne fait pas l'objet d'un travail collectif de réflexion au sein des cours pour manque de temps et en raison de la charge de travail. Si une réflexion est faite, elle se fait ailleurs, dans les colloques ou les meetings internationaux, et non sur le lieu de l'exercice du droit.

« la fragilità forse è più riferibile a situazioni momentanee, la vulnerabilità è strutturale come situazione. La vulnerabilità è un **termine forse più completo rispetto a quello di fragilità,** forse è più oggettivo» *(Corte Costituzionale, Italia)*

« vulnérabilité est un terme assez nouveau, même dans la vie courante, aujourd'hui, sans être, me semble-t-il, aussi courant peut-être que des termes de fragilité, de situations particulières. Je ne sais pas d'ailleurs si c'est exactement la même chose. Il n'y a pas d'interdiction d'utiliser des termes pour essayer de saisir la situation individuelle… Celui de faiblesse, je pense qu'il doit être assez peu courant quand même, peut être celui de fragilité un peu davantage. **Alors que le terme de fragilité m'a l'air déjà un tout petit peu moins subjectif, un peu moins relatif que celui de faiblesse, vraiment encore moins riche comme terme…»** *(Conseil d'État, France)*

La mise en relation de la vulnérabilité avec les notions de « faiblesse » ou de « fragilité » impose une réflexion parallèle sur la temporalité de la condition du sujet, sur la contingence, sur la question relationnelle, et donc demande, de fait, des précisions terminologiques. Un juge du conseil d'État italien nous dit, par exemple, qu'une personne analphabète ne sera pas fragile ou vulnérable, d'après lui, mais plutôt faible. Puis, il précise: « ma anche su queste terminologie non c'è uniformità. E una scelta personale del relatore della sentenza condivisa dal presidente, che sono i due che firmano la sentenza,

poi in alcuni il presidente è anche relatore. Come si dice dalle mie parti, se la canta e se la suona come fa il giudice monocratico, nel civile, e nel penale. »
Ces extraits expriment bien l'ampleur des nuances et les sensibilités personnelles vis-à-vis des terminologies dans la rédaction de décisions.

La vulnérabilité semble avoir une relation très étroite avec la notion de dignité, comme les extraits le montrent, et une relation encore plus particulière avec la notion d'égalité.

« La dignità è questa sorta di **sottotesto** di tutte le norme costituzionali. Ora è chiaro che la vulnerabilità, cioè la **lesione della vulnerabilità, è lesione della dignità**. L'idea di fragilità e di debolezza è diversa perché si può essere fragili o deboli, ma non vulnerabili » *(Cassazione, civile, Italia)*

« **Au centre de tout il y a la dignité de l'être humain**, il y a eu un cheminement positif petit à petit dans les sociétés avec l'avancement de l'état de droit, pour protéger, pour mieux faire » *(Conseil Constitutionnel, France)*

« Il nesso è molto forte **cioè la tutela della persona vulnerabile è funzionale a preservare la sua dignità, la sua dignità certo**. **E anche il suo valore come persona… pensiamo alla prostituzione**, è oggettivamente degradante che tu venda il tuo corpo secondo il secondo comma dell'articolo 41 sull'attività economica privata libera. » *(Corte Costituzionale, Italia)*

Une seule personne — auprès du Conseil d'État français — a dit « je ne sais pas quoi vous répondre, c'est une question trop difficile ! ».

D'une part, la « vulnérabilité » est la base pour les mécanismes de rééquilibrage des asymétries entre les parties dans la décision,

« **Dignità è un'espressione che non troviamo frequentemente**, se non nel rappresentare una condizione delle persone, o una questione è degna di attenzione. Vulnerabilità è più collegata a uguaglianza, quindi a diseguaglianze. Cioè è una motivazione per **riequilibrare delle condizioni**, è più vulnerabile una parte rispetto all'altra » *(Consiglio di Stato, Italia)*

« **Vulnérabilité est un mot commode, très impressionnant, ce qui doit être protégé, situation de déséquilibre à rééquilibrer**. Le consommateur est vulnérable, mais est-ce que ce concept est assez puissant ? **C'est l'asymétrie qui est importante ici**. Est-ce qu'avec ce terme nous allons trouver les bons remèdes ? » *(Conseil Constitutionnel, France)*

Mais d'autre part, une attention particulière doit être portée à l'égard du risque que la vulnérabilité elle-même ne crée pas des inégalités. Ce qui, en d'autres termes, signifie une réflexion au sujet de la proportionnalité de la mesure. Un exemple soulevé par plusieurs interlocuteurs est celui du droit à recevoir les meilleurs soins ou la meilleure éducation ; ou encore la situation particulière du consommateur. Un juge italien me dit que le consommateur est considéré vulnérable, car il est « *credulone* » (qui fait facilement

confiance, naïf), et, par conséquent, particulièrement exposé à la force du message publicitaire.

Or, ce que les entretiens relèvent c'est que **l'usage concret de la notion de vulnérabilité ne s'impose pas pour atteindre l'objectif de protection**, voire aussi de prévention, ce qui bien évidemment nous fait réfléchir. C'est le plus souvent en France qu'est souligné le fait que des mécanismes existent pour rééquilibrer des situations asymétriques, et que l'usage de la notion de vulnérabilité n'apportera rien de plus aux mécanismes déjà en place.

« j'ai du mal avec la notion de vulnérabilité dans une conception aussi large, puisqu'on aurait plutôt des **textes qui ont pour objet d'établir un équilibre voulu par les législateurs** et il y a **une volonté de rééquilibrage par rapport à une partie objectivement faible**. Cela ne veut pas dire qu'elle est faible en réalité. **Les salariés sont protégés, cela n'en fait pas des majeurs incapables pour autant**. Et ce n'est pas la même protection. Il y a un état de faiblesse peut-être, mais ce n'est pas la même faiblesse… D'un harcelé, on ne va pas dire qu'il est vulnérable. **On va dire qu'il est harcelé puisqu'on va mettre en jeu le mécanisme du harcèlement**. La femme enceinte, on ne va pas dire que c'est une personne vulnérable. Elle bénéficie d'une protection parce qu'elle est enceinte. **Tout le monde comprend ce que cela veut dire et la nécessité de cette protection-là »** *(Cour de cassation, travail, France)*

Alors, il faut penser la notion de vulnérabilité et surtout son contenu comme **une sorte de « non-dit »**, un invisible d'un processus et d'un système qui est déjà en place et protège. Il y a l'idée, surtout en France, que d'autres termes sont plus adaptés, car ils sont plus ancrés dans l'histoire juridique et dans les procédures existantes depuis longtemps. Le choix d'« importer » d'autres notions pourra peut-être nous faire courir le risque de les dénaturer, alors que les mécanismes en place, avec leurs propres notions et objets, fonctionnent déjà.

« quand nous sommes amenés à utiliser ce mot-là précisément dans nos décisions de justice, c'est parce que le texte que nous appliquons l'utilise (…). Bien sûr il y a des **inspirations qui se rejoignent**, qui, là aussi, **ne conduisent pas nécessairement à utiliser toujours le même terme**. Parce-que parfois, on n'est pas à l'aise avec un terme qui... comment vous dire ? Dont on a vraiment le **sentiment qu'il a une sorte de droit d'auteur** et qu'il peut y avoir une **ambiguïté à le reprendre exactement alors qu'il a une origine dans un texte international et une vie propre dans ce cercle international**. Parfois, **nos propres notions s'intègrent mieux à notre système de raisonnement »**
(Conseil d'État, France)

Mais des entretiens émerge aussi bien l'idée que la vulnérabilité est un « sous texte » d'un nombre de décisions bien plus important que celles dans lesquelles le mot figure.

« La parola **vulnerabilità** la troverà ripetuta in quasi tutti i **provvedimenti giurisdizionali di protezione internazionale**, mentre **non troverà in tutte le vicende che riguardano i risarcimenti dei danni alle persone ma la trova come sottotesto ed è un presupposto le dico vulnerabilità, quando parliamo in generale di persone ecco, difficilmente lo troverai nelle sentenze, ma è una sorta anche di sottotesto**, cioè il dolore, la relazione è

qualcosa che poi nasce come conseguenza di una vulnerabilità. È chiaro che se ci occupiamo di persone che hanno avuto **una gravissima lesione di un diritto fondamentale**, **ci occupiamo di persone vulnerabili**, se la violazione della libertà sessuale per esempio è un vulnus alla vita, quindi, se vuole, è un po' una sorta di **colonna sonora dei risarcimenti**» *(Cassazione civile, Italia)*

« Nous mettons en œuvre les interprétations données par la Cour de justice, **sans forcément employer ces termes-là**, en rappelant que **le travailleur est la partie faible**. Si on n'en a pas besoin, on n'en a pas besoin dans notre expression à nous. **Ce qui ne veut pas dire qu'on ne le fait pas, qu'on ne le prend pas en compte**. Mais encore une fois, je pense **qu'on est plus dans l'implicite que dans nos délibérés**, on pourra rappeler quand même quelle est la partie protégée et quel est l'objectif » *(Cour de cassation, travail, France)*

Et alors nous avons aussi voulu demander qui mobilise la notion ? Les parties, le juge même peut l'utiliser si elle n'est pas dans le texte à appliquer. Et encore, selon les juridictions, il existe une certaine réticence à employer le mot ou au contraire une certaine liberté… la magistrate de la Cour de cassation italienne affirme disposer d'une certaine liberté dans l'usage et le choix du terme. Le Conseil Constitutionnel français l'utilise dans la moitié des cas recensés alors même que le législateur ne l'utilisait pas.

« qu'il y a bien sûr dans ces décisions là, des décisions qui se réfèrent à la notion de vulnérabilité parce que le législateur lui-même l'a mobilisé. Mais il y en a au moins autant qui **mobilisent cette notion de vulnérabilité de l'initiative même du Conseil Constitutionnel ».** (*Conseil Constitutionnel 2, France*)

« Le **législateur décide en premier chef qui est vulnérable**, et les droits dont il bénéficie, le Conseil constitutionnel n'a jamais dit qu'une catégorie n'est pas vulnérable ! » *(Conseil Constitutionnel 1, France)*

«talvolta la disposizione di legge per ciò che noi troviamo scritto nell'articolato non reca l'espressione. Ma siccome ogni legge è accompagnata da una **relazione illustrativa**, è ben possibile che nella relazione illustrativa per descrivere il destinatario della norma si usi il termine vulnerabile o fragile». *(Consiglio di Stato, Italia)*

Une réflexion du Conseil d'État italien suggère bien que le juge puisse désormais intervenir la où les parties n'ont pas mis en lumière les voies de protection les plus adéquates. Ainsi, dans la plupart de cas, en général, toutes les parties du litige peuvent ou pourraient invoquer la notion de vulnérabilité.
La protection induite par la vulnérabilité s'enracine parfois dans le droit, parfois dans la jurisprudence et, nous l'avons vu, d'autres fois elle est un choix du juge. Alors, pour ouvrir le débat, je voudrais terminer avec l'extrait d'entretien d'un juge de la Corte di Cassazione italienne qui prône pour une non-définition de la vulnérabilité, ou mieux pour une définition souple, lorsqu'il dit :

«Il problema è questo, quando un concetto viene **definito** in una legge, quel **concetto sostanzialmente muore** perché è inglobato in quella definizione, e quindi o l'interprete e quindi il giudice è capace di dare a quel concetto…, di esportarlo anche in situazioni diverse non previste dal legislatore oppure **il rischio è che quando si normativizza una situazione quella situazione viene imbalsamata** e quindi muore… È importante che ci sia una definizione normativa però, è quasi un inizio per quanto riguarda poi **lo sviluppo dell'interpretazione**. L'interprete deve farla vivere concretamente nelle diverse situazioni di vulnerabilità. Si userà o meno la parola vulnerabilità, ma l'effetto dovrebbe essere quello, quello di garantire delle tutele a soggetti che prima erano detti soggetti deboli, vulnerabili, in situazione di vulnerabilità» *(Corte di Cassazione, Italia)*

ANNEXE 4
EXTRAITS DES ENTRETIENS

V. le fichier PDF joint au rapport

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET THÈSES

ALGERI (L.), *Il testimone vulnerabile*, Milan, Giuffrè, 2017.

ÁLVAREZ JOFRÉ (A.S.), *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Chile en el caso de los migrantes indocumentados*, Santiago de Chile, Thèse, Université de Chile, 2020.

ARTUS (O.), AUBOURG (V.), PESAREI (C.) (dir.), *Vulnérabilité(s): du cadre théorique aux enjeux pratiques*, Lyon, UCLY, 2023.

BARRANCO AVILÉS (M.), CHURRUCA MUGURUZA (C.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valence,Tirant lo Blanch, 2014.

BELLANTONI (G.), *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Turin, Giappichelli, 2017.

BELTRÃO (J.F.), MONTEIRO DE BRITO FILHO (J.C.), GÓMEZ (I.), PAJARES (E.), PAREDES (F.), ZÚÑIGA (Y.) (dir.), *Derecho humanos de los grupos vulnerables*, Barcelone, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

BERNARDINI (M.G.), *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Turin, Giappichelli, 2016.

BERNARDINI (M.-J.), Casalini (B.), Giolo (O.), Re (L.), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome, If Press, 2018.

BIONDI DEL MONTE (F.), *Dai diritti sociali alla cittadinanza : la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Turin, Giappichelli, 2013.

BLONDEL (M.), *La personne vulnérable en droit international*, Thèse, Université de Bordeaux, 2015, dactyl.

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 Samalùs, 2013.

BORGHI (V.), *Vulnerabilità, inclusione e lavoro*, Milano, Angeli, 2002.

BOUDJEMAI (M.), *Protéger le majeur vulnérable : tutelle, curatelle et autres mesures*, Paris, Éditions Sociales Françaises – E.S.F., 2021.

BOUGARDIER (M.), *La protection durable de la personne vulnérable en droit civil,* Toulon, Thèse Université de Toulon, 2017.

BROBBEL-DORSMAN (A.), LAPÉROU-SCHENEIDER (B.), KONDRATUK (L.), *Genre, famille et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe*, Paris, L'Harmattan, 2017, 382 p.

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.

CORRIAS (P.), PIRAS (E.), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni - Volume II*, Collection Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari - Serie II, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

CORSO (L.), TALAMO (G.), *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Turin, Giappichelli, 2019.

CORTESE (F.), PELACANI (G.*), Il diritto in migrazione : studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Naples, Editoriale Scientifica, 2017.

COSTA (J.-P.), *La cour européenne des droits de l'Homme : des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2017.

DADÀ (S.), *Etica della vulnerabilità*, Brescia, Morcelliana, 2022.

DE BAUCHE (L.), *Vulnerability in European law 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.

DOAT (D.), RIZZERIO (L.) (dir.), *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, Toulouse, Érès, Collection Espace éthique, 2020.

DONIER (V.), LAPÉROU-SCHNEIDER (B.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Le Mans, Editions L'Epitoge, 2016.

DUGNE (J.), *La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 216, 2023.

DUTHEIL-WAROLIN (L.), *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse, Université de Limoges, 2004.

FANLO CORTÈS (I.), FERRARI (D.), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Turin, Giappichelli, 2020.

FAVALLI (S.), *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 2021.

FERRARI (D.), *Il concetto di minoranza religiosa dal diritto internazionale al diritto europeo. Genesi, sviluppo e circolazione*, Bologne, Il Mulino, Collection Percorsi, 2020.

FERRARI (D.), FANLO CORTES (I.) (dir.), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Turin, Giappichelli, 2020.

FERRER LLORET (J.), SANZ CABALLERO (S.), *Protección de personas y grupos vulnerables : especial referencia al Derecho Internacional y europeo*, Valence, Tirant lo Blanch, 2008.

FINEMAN (M. A.) et GREAR (A.) (dir.), *Vulnerability. Reflections for a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, Ashgate, 2013.

FORTIER (V.) et LEBEL-GRENIER (S.) (dir.), *La vulnérabilité et le droit*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke (mai 2009), Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2010.

FURIA (A.), ZULLO (S.), *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Rome, Carocci, 2020.

FURSTENBERG (C.), GARRAU (M.), CAUSSE (G.), *L'identité en question : entre parcours de vulnérabilités et chemin d'autonomie*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2023.

GAKIS (S.), KAPEKAKI (M.-K.), OKYAY (N. K.), PERRIN (M.), PLACE (R.) (dir.), *La faiblesse en droit*, actes du colloque des doctorants et jeunes docteurs de l'École doctorale des sciences juridiques, Strasbourg, le 13 décembre 2018, Paris, Mare&Martin, 2020.

GÁLVEZ MUÑOZ (L. A.), *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables :teoría, crítica y práctica,* Valence, Tirant lo Blanch, 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.

GENNET (E.), *Personnes vulnérables et essais cliniques. Réflexions en droit européen*, Bordeaux, LEH édition, Collection Thèses, vol. 28, 2021.

GILLIGAN (C.), *Une voix différente : pour une éthique du care*, trad. A. Kwiatek revue par V. Nurock, présentation par S. Laugier et P. Paperman, Paris, Flammarion, Champs essais, 2008 ; nouvelle éd. *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?,* présentation F. Brugère, Paris, Flammarion, Champs, 2019.

GIOLO (O.), PASTORE (B.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Rome, Carocci, 2018.

GNALEDOME (K. I.), *La protection des personnes vulnérables en droit international privé,* Toulon, Thèse Université de Toulon, 2022.

GUERIN (D.) (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, Paris, Lexisnexis, 2021.

HERI (C.), *Responsive Human Rights Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2021.

HURTADO (P.), *Acceso a la justicia y derechos humanos de grupos vulnerables y excluidos en Guatemala*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

IPPOLITO (F.), *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Naples, Editoriale Scientifica, 2020.

JACQUEMIN (H.), Nihoul (M.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Collection Faculté de droit de l'Unamur, Bruxelles, Larcier, 2019.

KIAPEKAKI (M. K.), Gakis (S.), Okyay (N. K.) et al., *La faiblesse en droit*, Paris, Mare et Martin, 2020.

La vulnérabilité, Actes des Journées québécoises des 28 mai – 1er juin 2018, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant, 2020.

LAGARDE (X.), *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009.

LANTHIEZ (M.-L.), *De la vulnérabilité en droit pénal*, Thèse, Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2006.

LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

LEFEUVRE-DARNAJOU (K.), DEPADT-SEBAG (V.), CLAEYS (A.), GUEVEL (D.), CHAMBAUD (L.) (dir.) *Protéger les majeurs vulnérables vol.3. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie ?*, Rennes, Presses de l'École des hautes études en santé publique, vol. 1, 2017.

LEFEUVRE (K.) et MOISDON-CHATAIGNER (S.), *Protéger les majeurs vulnérables. Place à l'éthique !*, Presses de l'EHESP, Collection Regards croisés, 2019.

Le misure della vulnerabilità: un'applicazione a diversi ambiti territoriali, Istituto nazionale di statistica, Roma, 2020.

LICHARDOS (G.), *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse Toulouse, 2015.

MACIOCE (F.), *La Vulnerabilità Di Gruppo: Funzione E Limiti Di Un Concetto Controverso*, Turin, Giappichelli, 2021.

MAILLARD (N.), *La vulnérabilité, une nouvelle catégorie morale*, Labor et fides, Le champ éthique, Genève 2011.

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.

MARTÍNEZ GARZA (M.E.), ELIZONDO GARCÍA (F.) (Dir.), *La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, San Nicolás de los Garzas, UANL, 2015.

MATHIEU (G.), COLETTE-BASECQZ (N.), WATTIER (S.), & NIHOUL (M.), (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, 2020.

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.

MONTSERRAT DE HOYOS (S.) (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Union Europea*, Valence, Tirant lo Blanch, 2013.

MORENO GENE (J.) et FERNANDEZ VILLAZON (L.A.) (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017.

NIFOSI-SUTTON (I.). *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2019.

OLIVITO (E.), *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Rome, Aracne, 2006.

PAILLET (E.), RICHARD (P.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

PANUCCIO DATTOLA (F.), AMODEO (T.), *Vulnerabilità e diritti umani. Strumenti e percorsi di tutela*, Milan, Key Editore, 2022.

PASTORE (B.), *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Turin, Giappichelli, 2021.

PASTOR SELLER (E.) et CANO SORIANO (L.) (dir.), *Políticas e intervenciones ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorios:análisis comparado Mexico-España*, Madrid, Dykinson, 2016.

PECQUEUR (E.), PECAUT-RIVOLIER (L.), *Protéger un majeur vulnérable,* Paris, Dalloz, 2018.

PETERKA (N.), CARON-DEGLISE (A.), Arbellot (F.), *Protection de la personne vulnérable 2024/25. Protection judiciaire et juridique des mineurs*, Paris, Dalloz, 2023.

PÉTIN (J.), *La vulnérabilité en droit européen de l'asile*, Thèse, Université de Pau, 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 tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*: seminari di alta formazione internazionale, Imperia, ottobre-novembre 2011, Rome, Aracne, 2015.

RAOUL-CORMEIL (G.), MARIA (I.), REBOURC (M.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives,* Paris, LexisNexis, 2020.

ROMANELLI (B.), *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milan, EDUCatt Università Cattolica, 2020.

ROUVIÈRE (F.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

ROUX-DEMARRE (F.-X.), *Sexe et vulnérabilité* [actes de la journée d'étude organisée par l'Université de Bretagne occidentale le 12 février 2016], Paris, Institut Varenne, 2017.

SALVADEGO (L.), SAVINO (M.), SCOTTI (E.), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale. Atti del II Doctoral Colloquium dell'Accademia Diritto e migrazioni (Macerata, 5-6 dicembre 2019)*, Turin, Giappichelli, 2021.

SANZ CABALLERO (S.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos : perspectiva internacional*, Valence, Tirant lo Blanch, 2010.

SAURON (J.-L.), *La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice critiquée des « libertés invisibles »*, Fondation pour l'Innovation politique, 2019.

SCARLATTI (P.), *I diritti delle persone vulnerabili*, Collection CRISPEL – Sezione di diritto pubblico italiano ed europeo, Naples, Editoriale Scientifica, 2022.

SEVERINO (C.), ALCARAZ (H.) (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence : Droits international, Comparé et européen, Confluence des droits (en ligne), 2021.

SONELLI (S.A.), *I minori e i loro diritti: una tutela a più dimensioni*, Turin, Giappichelli, 2022.

SUSÍN BETRÁN (R.) et BERNUZ BENEITEZ (M.) (dir.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014.

TAYLOR (P.), MORLEY (S.), POWELL (J.), *Mental Health and Punishments. Critical Perspectives in Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2020.

TIRA (A.), EDIGATI (D.) (dir.), *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, Turin, Giappichelli, 2021.

THOMAS (H.), *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éditions du Croquant, Collection Terra, 2010.

TORRECILLA (E.) (dir.), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Huygens, 2015.

TRONTO (J.), *Un monde vulnérable, pour une politique du care* (*Moral Boundaries : a Political Argument for an Ethic of care*, 1993), traduit de l'anglais par Hervé Maury, 2009, La Découverte.

VIGLIANISI FERRARO (A.), *Soggetti deboli e diritto incerto, un'indagine multidisciplinare,* Rome, Aracne, 2015.

ZAGREBELSKY (V.), Chenal (R.), Tomasi (L.), *Manuale dei diritti fondamentali*, Bologne, Il Mulino, Collection Manuali, 2022.

ZANETTI (G.), *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologne, Il Mulino, Collection Itinerari, 2015.

ZANETTI (G.), *Filosofia della vulnerabilità : percezione, discriminazione, diritto*, Milan, Carocci, 2019.

ZIMMERMAN (N.), *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Contours et utilité d'un concept en vogue*, Zürich, Schulthess, Collection Genevoise, 2022.

RAPPORTS ET DOSSIERS

CARON DÉGLISE (A.), L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, Rapport de mission interministérielle, 2018.

CARON DÉGLISE (A.), Penser les protections juridique et sociale à partir des droits des personnes les plus vulnérables à être entendues et soutenues dans une société solidaire, États généraux des maltraitances, Rapport de mission interministérielle, 2023.

DÉFENSEUR DES DROITS, Protection juridique des majeurs vulnérables, 2016.

GILLES (P.) (Coord.), Vulnérabilité et crises financières, Revue Région et développement n° 26/2007, Paris, L'Harmattan, 2007.

LAGARDE (X.), Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2010.

LARDEUX (L.) (dossier thématique coordonnée par), Vulnérabilité, identification des risques et protection de l'enfance. Nouveaux éclairages et regards croisés, La documentation française, mai 2014, 139 p.

Dossier Vulnérabilité et droits fondamentaux, RDLF, 2019, [en ligne] avec les contributions :

DORAY (B.), POMART (C.), JOUVENOT (C.), DUCRAY (P.-M.), « Vulnérabilité et cellule familiale », RDLF, 2019, chronique n° 10, 21 p.

LANTERO (C.), MOTTET (D.), TELES (D.), PUIG (P.), « Vulnérabilité, santé et soins », RDLF, 2019, chronique n° 11, 20 p.

LANTERO (C.), LICHARDOS (G.), BARRUE-BELOU (R.), « Vulnérabilité et mobilité des personnes », RDLF, 2019, chronique n° 15, 19 p.

FRUTEAU (C.), POMART (C.), GEINDREAU (D.), DEMARLE (E.), ALAMELOU (J.), « Vulnérabilité et justice pénale », RDLF, 2019, chronique n° 16, 10 p.

ROMAN (D.), « Vulnérabilité et droits fondamentaux. Rapport de synthèse », RDLF, 2019, chronique n° 19, 15 p.

Dossier « Vulnérabilités », Les Cahiers de la justice, 2019/4, n° 4.

Dossier « Du juge d'instance au juge des contentieux de la protection : quels changements dans le traitement des vulnérabilités ? », Actes du colloque de Brest du 6 mars 2020, Droit de la famille, n° 5, mai 2020.

Dossier « La vulnérabilité », Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux, n° 18, 2020.

Dossier « La vulnérabilité dans le soin », Revue Médecine et Philosophie, n° # 10/2023, dirigé par J. TINLAND

ADAMO (U.), « Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili », *Rivista AIC*, 2016, n° 2, p. 1-31.

AILINCAI (A.), « Handicap et accessibilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit sanitaire et social*, 2023, 1, p. 52-62.

AL TAMINI (Y.), « The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights », *Journal européenne des droits de l'homme*, n° 5, 2016, p. 561-583.

ANTONINI (L.), « I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento », exposé présenté à Lisbonne, III Incontro Quadrilaterale, 10-12 octobre 2019 (en ligne : https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/incontri.do).

AZOULAI (L.), « Sensible droit », *in* L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 227-234.

BARRAL (O.), « Le juge et la vulnérabilité : protéger ou contraindre ? », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4, p. 631-639.

BAZIN-BEUST (D.) et THOUROUDE (J.-J.), « La vulnérabilité des usagers des services publics et des consommateurs », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 73.

BENNINI (A.), « Vulnérabilité et sociétés », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 93.

BERNARD (S.), BRÉMOND (Z.), « Le carcan de la vulnérabilité : retour sur l'incapacité de disposer de son patrimoine en faveur des professions de santé », *La Semaine Juridique. Notariale et Immobilière*, novembre 2022, n° 46, 4 p.

BERNARDINI (M.G.), « Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa », *Rivista di filosofia del diritto*, n° 2, 2017, p. 365-384.

BERNARDINI (M.G.), « Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: il «vulnerable groups approach» in pratica », *Ars interpretandi*, n° 2, 2018, p. 77-93.

BESSON (S.), « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 59-85.

BIOY (X.), « L'interdiction de recevoir des libéralités pour les membres des professions de santé devant le Conseil constitutionnel. Retour sur la vulnérabilité pensée par le droit », *La Semaine juridique. Édition générale*, 10 octobre 2022, n° 40, p. 1820-1823.

BOURDELAIS (P.), « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *Annales de démographie historique*, 2005/2, n° 110, p. 5-9.

BRODIEZ-DOLINO (A.), « Le concept de vulnérabilité », *La vie des idées.fr*, [en ligne] 10 p.

BROUSSE (A.), « Protection juridique des majeurs, comment favoriser l'autonomie d'une personne vulnérable dans le cadre d'une mesure contrainte », *Vie sociale*, 2021, 1, p. 141-152.

BURGORGUE LARSEN (L.), « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire », *in* L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 241.

CAPELIER (F.), « Le respect des droits des personnes vulnérables : une obligation de moyen ou de résultat ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2021, 4, p. 701-712.

CARLIER (J-Y.), « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, 2, p. 175-204.

CARO (M.), « Le Conseil d'État impose le retour aux anciens critères de vulnérabilité à la Covid-19 », *Semaine sociale Lamy*, 26 octobre 2020, n° 1926, p. 7-8.

CARON-DEGLISE (A.), RAOUL-CORMEIL (G.), « La fin de vie, qui en décide ? La fin de vie de la personne protégée et l'office du juge des tutelles. Réflexions sur la

recherche du consentement des personnes vulnérables », *Les Cahiers de la Justice,* 2017, 3, p. 443-455.

CASADEI (T.), « Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e "diritto diseguale" », *Ragion Pratica*, 2008, p. 291-312.

CASADEI (T.), « Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani », *in* CASADEI (T.) (dir), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Turin, Giappichelli, 2012.

CATANZARITI (M.), « I volti della vulnerabilità: l'esempio della Corte Interamericana dei Diritti Umani », *Ars interpretandi*, 2019, n° 2, p. 95-113.

CATHERINE (A.), ETOA (S.), « Vulnérabilité et droit public », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 21.

CERF-HOLLENDER (A.), « Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 31.

CERF-HOLLENDER (A.), « Les multiples facteurs de la vulnérabilité de la victime en matière pénale », *Actu-Juridique.fr*, 02/10/2020 (en ligne).

CHARDIN (N.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la vulnérabilité », *in* F. Rouvière (dir.), Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 367.

CHASSIN (C.-A.), KORSAKOFF (A.), MAUGER-IÉLPEAU (L.), « La vulnérabilité des migrants », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 55.

CHENAL (R.), « La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *Ars Interpretandi*, 2018, n. 2, p. 35-56.

CONTI (R.), « Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno », *Questione giustizia*, 8 febbraio 2014.

CONTI (R.), « Violenza in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte Edu, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric. n. 41237/14 (non definitiva) », *Questione giustizia*, en ligne 23 mars 2017.

CORSO (L.), « Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo », *Ars Interpretandi*, 2018, n. 2, p. 57-76.

COSTE-VETRO (M.-H.), « Vulnérabilités explicites ou induites dans la jurisprudence pénale », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4, p. 641-647.

CUKANI (E.), « Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati », *consulta Online*, 2019, n° 2, p. 257-270.

DE GIULI (A.), « Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di giustizia UE », *Diritto penale e uomo*, n° 10, 2020, p. 88-106.

DEL CARMEN BARRANCO AVILES (M.), « La disabilità intellettiva e la disabilità psicosociale come situazione di vulnerabilità », *Rivista di filosofia del diritto*, n° 2, 2018, p. 301-320.

DENOLLE (A.-S.), GABROY (F.), « Vulnérabilité et harcèlement moral : étude comparée du droit de la fonction publique et du droit du travail », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 65.

DICIOTTI (E.), « La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Ars interpretandi », n° 2, 2018, p. 13-34.

DOURAKI (T.), « Vulnérabilité, dignité humaine, traitements abusifs du malade : éthique et protection européenne des droits de l'homme », *in Mélanges dédiés à Albert Weitzel,* Paris, Pedone, 2013, p. 261-278.

DOUVILLE (T.), HERVOCHON (C.), NOEL (E.), PAQUIER (Y.), « Les vulnérabilités numériques », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 111.

DUBOUT (E.), « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », *in* Burgorgue Larsen (L.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 31-58.

ENNUYER (B.), « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, Medicine and Public Health*, (2017) 3, pp. 365-373

EYRAULT (B.) et VIDAL-NAQUET (P.), « La vulnérabilité saisie par le droit », *Revue Justice Actualités*, 2013, p. 3.

FERRARESE, « Vivre à la merci. Le *care* et les trois figures de la vulnérabilité dans les théories politiques contemporaines », *Multitudes*, 2009, vol. 37-38, p. 132-142.

Id., « Les vulnérables et le géomètre. Sur les usages du concept de vulnérabilité dans les sciences sociales », *Raison publique*, nº 14, 2011, p. 17-37

FINEMAN (M. A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law and Feminism*, n° 1, vol. 20, 2008, p. 1-23.

FIN-LANGER (L.), « La vulnérabilité en droit privé », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 11.

FULCHIRON (H.), « Pour un instrument international sur la protection des personnes âgées vulnérables » *in Mélanges dédiés à Marie-France Callu,* LexisNexis, 2013, p. 189-205.

FUSARO (A.), « Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità », *Ars Interpretandi*, 2019, n° 2, p. 39-62.

GARCÍA RAMÍREZ (S.), « Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia "transformadora" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2019, n° 41, p. 3-34.

GARRAU (M.), « Regards croisés sur la vulnérabilité. "Anthropologie conjonctive" et épistémologie du dialogue », *Tracés. Revue de sciences humaines*, Hors série 2013, mis en ligne le 1er janvier 2017, p. 141-166 (https://doi.org/10.4000/traces.5731)

GATE (J.), « CEDH : protection accrue des personnes vulnérables », *Dalloz actualité*, 11 mars 2013.

GENARD (J.-L.), « Une réflexion sur l'anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et la souffrance », *in* PÉRILLEUX (T.) et CULTIAUX J. (dir.), *Destins politiques de la souffrance*, Toulouse, Érès, Collection Sociologie clinique, 2009, p. 27-45.

GENNET (E.), « Vulnérabilité et essais cliniques. Réflexions en droit européen », *Revue générale du droit médical*, 1er mars 2020, n° 74, p. 147-165.

GIALUZ (M.), « Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili », *in* S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária (cur.), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 59.

GIOLO (O.), « Conclusions. Vulnerability and Strenght. A Timeworn Pairing in Need of Reconsideration », *Gènero & Direito*, n° 5, vol. 3, 2016, p. 221-230.

GILLET (J.-L.), « Réflexions sur le rapport de la Cour de cassation relatif aux "personnes vulnérables" (2010) », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4, p. 649-653.

GODIVEAU (G.), « Relations économiques, libre concurrence et vulnérabilités en Europe », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 101.

GOSSELIN-GORAND (A.), FIN-LANGER (L.), « La vulnérabilité de l'entreprise individuelle », *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 83.

GRIBOMONT (H.), « Vulnérabilité : de la protection à l'exclusion » ? Le cas des mutilations génitales féminines devant la Cour européenne des droits de l'homme », mis en ligne le 11 mai 2020, Actes du colloque de Nantes du 18 octobre 2019 *La vulnérabilité physique et psychique des demandeurs d'asile : de la reconnaissance à ses usages* (https://arreco.hypotheses.org/2276)

GUIZZARDI (L.), « Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi », *Politica del diritto*, 2021, n° 2, p. 193-222.

HACHEZ (I.), HARDT (M.), LOSSEAU (L.), NEDERLANDT (O.), SAROLÉA (S.), TRIAILLE (L.), « Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité : à quoi sert le droit en temps de Covid ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1er octobre 2021, n° 128, p. 929-990.

HURST (S.), BODENMANN (P.), WOLFF (H.) et MADRID (C.), « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », *Revue médicale suisse*, vol. 386, 15 mai 2013, p. 1054-1057.

IPPOLITO (F.), « La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani ? », *Ars Interpretandi*, 2019, n° 2, p. 63-93.

JARDONNET (J.), « Un nouveau critère de discrimination prohibé, fondé sur l'état de vulnérabilité économique d'une personne : un instrument adapté pour lutter contre l'exclusion ? », *Droit ouvrier*, 1er nov. 2016, n° 820, p. 686-688.

KIM (S.Y.), « Les vulnérables : evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights », *Legal Studies*, 2021, p. 1-16.

LAMBERTI (A.), « Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti a prova della pandemia », *Federalismi.it*, 2022, n° 6, p. 159-239.

LAMIROY (A.), « L'intérêt de nouveaux concepts philosophiques dans la protection des droits humains : l'exemple du concept de "personne vulnérable" devant la Cour européenne des droits de l'homme », Implications philosophiques, mis en ligne le 10 mars 2022 (https://www.implications-philosophiques.org/linteret-de-nouveaux-concepts-philosophiques-dans-la-protection-des-droits-humains-lexemple-du-concept-de-personne-vulnerable-devant-la-cour-europeenne-des-droits-de/).

LAVAUD-LEGENDRE (B.), « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *R.D.S.S.*, n° 3/2010, p. 520-534.

LEVENEUR (L.), « L'appréhension de la vulnérabilité par le droit privé », *Droit de la famille*, n° 2, Février 2023, dossier 1.

LEVORATO (C.), « Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità », *Consulta Online*, n° 3, 2019, p. 662-677.

LORUBBIO (V.), « Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU », *Familia*, en ligne 10 mars 2020, p. 1-5. (https://www.rivistafamilia.it/2020/03/10/soggetti-vulnerabili-diritti-fondamentali-lesigenza-un-portale-della-giurisprudenza-cedu/)

LUCIANI (M.), « "Le persone vulnerabili e la Costituzione" », Rome, 22 avril 2022 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/roma_2022-persone_vulnerabili_-_massimo_luciani_20220503170920.pdf).

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST (A.), « Chapitre II. La capacité et la protection des personnes vulnérables », *Droit international privé et droit notarial*, 2017, p. 33-40.

MARZOCCO (V.), « La disabilità mentale tra vulnerabilità soggettiva e controllo sociale. Il caso della sofferenza psichica », *Rivista di filosofia del diritto*, n° 2, 2018, p. 321-334.

MELKEVIK (B.), « Vulnérabilité, droit et autonomie. Un essai sur le sujet de droit », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n° 72, jan./jun. 2018, p. 153-186. https://doi.org/10.4000/traces.5731

MOULAY-LEROUX (S.), « Le contentieux stratégique : une tribune pour la voix des personnes vulnérables ? », *in* BOYER-CAPELLE (C.) et CHEVALIER (E.), (dir.), *Contentieux stratégiques. Approches sectorielles*, éd. Lexis-Nexis, 2021, p. 57-75.

NICOLINI COEN (C.), « Condizioni di possibilità e valore della discrezionalità nell'ambito giudiziario », *Ars Interpretandi,* 2018, n° 2, p. 95-112.

O'BOYLE (M.), « The Notion of "Vulnerable Groups" in the Case Law of the European Court of Human Rights », Human Rights', Venice Commission, Doc CDL-LA (2016) 003, 12 février 2016, p. 1-10.

PALMISANO (G.), « La protezione europea dei diritti delle persone vulnerabili: il ruolo della Carta sociale e del Comitato europeo dei diritti sociali », Rome, 22 avril 2022 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/sapienza_22_aprile_2022_palmisano.pdf).

PARRINELLO (C.), « L'inclusione sociale del minore immigrato : il limite del multiculturalismo », *Il Diritto di Famiglia e delle Persone,* 2020, n° 4, p. 1539-1576.

PARIOTTI (E.), « Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti », *Ars Interpretandi,* 2019, n° 2, p. 155-170.

PASTORE (B.), « Vulnerabilità situata e risposta alle vulnerazioni », *Etica & Politica,* 2020, n° 1, vol. 22, p. 283-291.

PERONI (L.), TIMMER (A.), « Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law », *International Journal of Constitutional Law,* n° 4, vol. 11, 2013, p. 1056-1085.

PÉTIN (J.), « La notion de personne vulnérable dans le droit européen de l'asile », *Jeunes et Mineurs en Mobilité,* n° 3, 2017, p. 25-36.

PÉTIN (J.), « Vulnérabilité et droit européen de l'asile : quelques précisions nécessaires », *Reveu des Droits et Libertés Fondamentaux*, n° 2, 2017, (en ligne : https://revuedlf.com/theses/la-vulnerabilite-en-droit-europeen-de-lasile/)

PICCONE (V.), « Vulnerabilità del singolo e universalità dei diritti : un nuovo corso per la nomofilachia ? », Questionegiustizia.it, 10/02/2021 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/vulnerabilita-del-singolo-e-universalita-dei-diritti-un-nuovo-corso-per-la-nomofilachia).

PIERRON (J.-P.), « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire », *Les Cahiers de la justice*, 2014, n° 4, p. 569-580.

PIZZOLATO (F.), « Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità », *Ars Interpretandi*, 2019, n° 2, p. 25-38.

POULLET (Y.), « Numérique, droit et vulnérabilités », *in* MATHIEU (G.), COLETTE-BASECQZ (N.), WATTIER (S.), & NIHOUL (M.), (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin… Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, 2020, p. 419-438.

PRADEL (J.), « Brèves remarques sur la vulnérabilité, un concept moderne en droit pénal », *in Mélanges dédiés à Roger Bernardini,* Paris, L'Harmattan, Collection Droit privé et sciences criminelles, 2017, p. 213-223.

PUIGELIER (C.), « Juliette Dugne, La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé », *RTD Civ.*, 2023, p. 237.

RACHO (T.), « La vulnérabilité dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in* TINIÈRE (R.), VIAL (C.) (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruylant, 2020.

RANCI (C.), « Fenomenologia della vulnerabilità sociale », *Rassegna italiana di sociologia*, n. 4/2002, p. 521-552.

RAOUL-CORMEIL (G.), « Protection juridique des majeurs – Vulnérabilité et protection juridique des majeurs », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2020, dossier 11.

RAOUL-CORMEIL (G.), « La notion de personne vulnérable en droit civil, Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 47.

REBOUL-MAUPIN (N.), « Vulnérabilité versus propriété : un équilibre à trouver dans la protection », *Recueil Dalloz Sirey*, 22 avril 2021, n° 14, p. 750-751.

REUT (C.), « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, n° 102, p. 317-339.

ROMAN (D.), « Vulnérabilité et vieillissement – Le regard d'une juriste », *La revue des droits de l'Homme*, 1er janvier 2020, n° 17, p. 8.

ROGERS (W.), MACKENZIE (C.) et DODDS (S.), « Why bioethics needs a concept of vulnerability », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 5, n°2, 2012, p. 11-38.

ROSSI (S.), « Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale », *Rivista AIC*, n° 2/2017, [en ligne : https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/stefano-rossi/forme-della-vulnerabilit-e-attuazione-del-programma-costituzionale].

ROTA (M.), « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » *in* Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses Universitaires de Caen, p. 39.

ROUX-DEMARE (F.-X.), « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit des jeunes*, 2015/5, n° 345 - 346, p. 35-38.

ROUX-DEMARE (F.-X.), « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 619-630.

RUET (C.), « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 102/2015, p. 317-340.

RUIZ-RICO RUIZ (G.), « Las minorías vulnerables y el derecho fundamental de acceso a la justicia », *Dirittifondamentali.it*, 2019, n° 2, p. 1-30.

SAGONE (C.), « La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale », *Federalismi.it*, 2023, n° 1, p. 224-275.

SALLES (S.), « Âge, vulnérabilité et propriété : attention aux protections disproportionnées ! », note sous Conseil constitutionnel, 12 mars 2021, décision n° 2020-888 QPC, *La Gazette du Palais*, 29 juin 2021, n° 24, p. 30-31.

SCARLATTI (P.), « Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia », *Dirittifondamentali.it*, 2022, n° 1, p. 145-161.

SCARLATTI (P.), « Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale », *Rivista di Diritti comparati*, Special Issue V, 2024, p. 68-88.

SCIARRA (S.), « Lectio magistralis de Robert Spano "Droits de l'homme et personnes vulnérables" », Rome, 22 avril 2022 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/sciarra_discussant_spano_finale_20220503170804.pdf).

SEVERINO (C.), « De l'intérêt de la prise en compte des faits dans la protection par le juge constitutionnel des personnes en situation de vulnérabilité », *in* GAY (L.), SEVERINO (C.) (dir.), *Faits et preuves dans le contrôle de constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Bruylant, 2024, p. 295-310.

SEVERINO (C.), ALCARAZ (H.), « La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? », *Titre VII* [en ligne], *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne*, octobre 2020, *Titre VII*, hors-série, octobre 2020, [en ligne sur le site du Conseil constitutionnel]. Publié également dans la version brochée de la revue *Titre VII*, p. 92-132.

SOULET (M.-H.), « Reconsidérer la vulnérabilité », *Empan* 2005/4, n° 60, p. 24-29 [en ligne sur cairn.fr]

Id., « La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique », *Pensée plurielle*, 2005, vol 2, n° 10, p. 49-59.

Id., « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », *in* L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 7-27.

SPANO (R.), « Lectio magistralis "Droits de l'homme et personnes vulnérables" », Rome, 22 avril 2022 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/intervento_spano_20220503170732.pdf)

STEPHAN (A.), « La mobilité des personnes vulnérables au sein de l'Union européenne », *Revue juridique de l'Ouest*, 2018-4, p. 37-49.

THARAUD (D.), « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *R.D.L.F.*, chron. 2017/5 (en ligne : http://www.revuedlf.com/droit-social/etude-critique-du-motif-de-discrimination-resultant-de-la-vulnerabilite-economique/)

THOMAS (H.), « Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, *etc.* », *Recueil Alexandries*, Collections Esquisses, janvier 2008, url de référence: http://www.reseau-terra.eu/article697.html

TOMASI (M.), « Verso una definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità », *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 519-560.

TRAPELLA (F.), « La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi », *Archivio Penale*, 2019, n. 3, p. 1-39.

TRAVAGLINO (G.), « La protezione umanitaria tra passato e futuro », *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, n. 1, p. 96-139

VANNUCCINI (S.), « Situazioni di «particolare vulnerabilità» dei minori di età e obblighi di protezione dello Stato: note a margine della sentenza V. C. c. Italia », mis en ligne 8 septembre 2020, p. 1-8. (https://diritti-cedu.unipg.it/vannuccini-s-situazioni-di-particolare-vulnerabilita-dei-minori-di-eta-e-obblighi-di-protezione-dello-stato-note-a-margine-della-sentenza-v-c-c-italia/)

VERON (P.), « Les décisions de soins en contexte de vulnérabilité : quels arbitrages du droit entre autonomie et contrainte ? », *Science sociales et santé*, 2020, 2, vol. 38, p. 67-75.

VILLELA (J.-M.), « Vulnérabilité(s), un concept opératoire en histoire ? », mis en ligne le 5 mars 2022, Les métamorphoses de la vulnérabilité (https://metavulnera.hypotheses.org/).

WONG (C.), « Histoire des mesures de protection en France et en Europe », *in* C. Wong (dir.), *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Paris, Dunod, *Guides Santé Social*, 2009, p. 11-46.

ZIELINSKI (A.), « La vulnérabilité dans la relation de soin, “fonds commun d’humanité” » e « pretese di diritto », *Cahiers philosophiques,* 2011/2, n° 125, Être patient, être malade, p. 89-106.

ZULLO S., « Lo spazio sociale della vulnerabilità tra « pretese di giustizia » e « pretese di diritto ». Alcune considerazioni critiche », *Politica del diritto*, 2016, p. 475-508.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale **4**
Section 1 – Diversité des approches des vulnérabilités : le contexte du projet 7
§ 1. Vulnérabilité et médecine 8
§ 2. Vulnérabilités et sciences humaines et sociales : quelques exemples 11
§ 3. Vulnérabilité, droit positif français et science juridique 20
§ 4. Conclusions intermédiaires : invariants des approches de la vulnérabilité de la personne humaine 27
Section 2 – Une approche juridique unifiée de la vulnérabilité de la personne physique : l'objectif du projet 29
§ 1. Le choix d'une étude jurisprudentielle sur les droits fondamentaux de la personne 29
§ 2. Problématique de la recherche 30
§ 3. Champ de la recherche 31
§ 4. Méthode de la recherche 34

Chapitre I. Le recours contrasté à la notion de vulnérabilité par les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne **37**
Section préliminaire 37
§ 1 – Les différents systèmes et leurs sources 38
§ 2 – Le rôle des juges 38
§ 3 – Les relations avec les systèmes juridiques nationaux 39
Section I – Les Cours européennes 42
§ 1 – L'emploi du terme 42
§ 2 – Les contentieux intéressés 46
§ 3 – La vulnérabilité devant le juge : accès au juge, caractérisation de la situation de vulnérabilité, charge de la preuve 50
§ 4 – Les conséquences de la référence 54
Section II – L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne 58

Chapitre II. Le recours largement conditionné à la notion de vulnérabilité par les cours nationales **61**
Section I – Les Cours constitutionnelles 61
§ 1 L'emploi du terme 63
§ 2 Les contentieux intéressés 68
§ 3 La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité 70
§ 4 Les conséquences de la référence 77
Section II – Les Conseils d'État 80
§ 1 L'emploi du terme 81
§ 2 Les contentieux intéressés 84
§ 3 La caractérisation de la vulnérabilité 90
4 § Les conséquences de la référence 92
Section III – Les Cours de cassation 102
Sous-section préliminaire 102
Sous-section 1 La jurisprudence civile 103
Sous-section 2 La jurisprudence sociale 113
Sous-section 3 La jurisprudence pénale 122

Chapitre III. Le recours pragmatique à la notion de vulnérabilité par les Autorités administratives indépendantes **138**
Section préliminaire – Présentation des Autorités administratives indépendantes 139

Section I – L'emploi du terme 145
Section II – Les conséquences de l'emploi du terme sur la protection des droits 150

CONCLUSION GÉNÉRALE 155
§ 1 - Une définition implicite de la vulnérabilité de la personne physique par le droit 155
§ 2 Des usages diversifiés de la notion de vulnérabilité de la personne physique par le juge 159

ANNEXE N° 1 166

GRILLE DE QUESTIONS ADRESSÉE AUX JUGES 166

ANNEXE N°2 168

GRILLE DE QUESTIONS ADRESSÉE AUX AAI 168

ANNEXE 3 170

COMPTE-RENDU DU VOLET SOCIOLOGIQUE DE LA RECHERCHE 170

ANNEXE 4 181

EXTRAITS DES ENTRETIENS 181

Bibliographie 182

Table des matières 207

La vulnérabilité apparaît comme une notion en vogue, dont l'usage s'est imposé dans presque toutes les sciences humaines et sociales. Dans le champ juridique, le terme est employé aussi bien par le législateur que par les juges: l'identification d'une situation de vulnérabilité leur sert à pointer un risque d'exclusion du bénéfice des droits fondamentaux, et manifeste la volonté subséquente d'en garantir la jouissance effective. À ce jour, toutefois, le thème a fait l'objet de travaux doctrinaux essentiellement ciblés, par juridiction ou par branche du droit. Or, la montée en puissance de ce paradigme, bien au-delà des frontières hexagonales, appelle une approche globale, qui permette d'éprouver cette fonction de garantie de l'effectivité des droits fondamentaux.

Le projet de recherche s'est concentré sur l'étude de la jurisprudence rendue entre 2010 et 2023, avec une approche large, transversale et comparative. En particulier, les décisions des Cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg, ainsi que des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes françaises et italiennes (Cour de cassation et Conseil d'État) ont été analysées et comparées. Le volet jurisprudentiel, principal, a été complété par l'examen des travaux de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que – au niveau national – de certaines Autorités administratives indépendantes, qui s'occupent de la protection des droits des personnes vulnérables. Un volet sociologique a également enrichi la réflexion, il s'est appuyé sur une série d'entretiens semi-directifs.

Il ressort de la recherche que la notion de vulnérabilité n'est jamais définie par les juges ou autorités qui l'emploient, mais qu'elle y apparaît comme l'exposition de la personne vulnérable à un risque de méconnaissance de ses intérêts juridiquement protégés, c'est-à-dire de ses droits fondamentaux. Cette méconnaissance peut résulter de l'absence d'exercice concret du droit par la personne, ou de sa violation par les pouvoirs publics ou par les tiers. Ce lien intime entre vulnérabilité de la personne physique et potentielle méconnaissance des droits explique un recours large et spontané à la notion aussi bien par la Cour européenne des droits de l'homme que par les AAI, notamment dans le contentieux des étrangers et du droit d'asile, ou dans ceux relatifs à la protection de l'enfance ou en matière de détention, alors que les cours nationales et la Cour de justice de l'Union européenne utilisent plutôt la notion par application d'un texte qui s'y réfère.

Devant tous les juges et autorités étudiées, la mise en exergue de la vulnérabilité de la personne physique permet de mettre à jour des obligations de protection spécifiques à son égard, qui se déploient au niveau procédural aussi bien que substantiel. Toutefois, la notion n'est pas dénuée d'ambivalences et peut donner lieu à des mésusages ; on peut relever à cet égard les risques d'essentialisation et de stigmatisation des personnes vulnérables, mais aussi de paternalisme. En outre, une interprétation restrictive de la vulnérabilité lui fait dans certains cas jouer un rôle de filtre, excluant indûment certaines personnes de la protection juridictionnelle.

Laurence GAY, Directrice de recherche au CNRS
Laura MONTANARI, Professeur à l'Université d'Udine
Caterina SEVERINO, Professeur à Sciences Po Aix

amU Faculté de droit et de science politique Aix Marseille Université
INSTITUT LOUIS FAVOREU AIX-EN-PROVENCE
UMR 7318 Droits International, Comparé et Européen
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE hic sunt futura
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
CDPC JEAN-CLAUDE ESCARRAS CNRS UMR DICE
Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice