

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



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



Sr
**SYNTHÈSE 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 SELLA,
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

§ 1. Problématique et objectifs de la recherche

Le projet de recherche sur la vulnérabilité dans la jurisprudence des cours constitutionnelles et suprêmes italiennes et françaises et dans celle des cours européennes visait principalement à explorer les liens entre usage jurisprudentiel de la notion de vulnérabilité et promotion de l'effectivité des droits fondamentaux de l'individu. Cette préoccupation d'effectivité des droits semble primordiale quand la vulnérabilité d'une personne est mise en avant par le juge, qu'il en tire des conséquences procédurales (dispenser des requérants de l'épuisement des voies de recours internes avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple) ou substantielles (préserver la liberté de choix des personnes en fin de vie tout en les protégeant de possibles abus, par exemple). Le point de départ de la recherche a résidé dans un double constat. Le premier était celui d'une utilisation de plus en plus fréquente de la notion de vulnérabilité, au sein de presque toutes les sciences humaines et sociales et au-delà même des frontières hexagonales : 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... La diversité des emplois du terme est saisissante. Le second constat était celui de l'inexistence d'une approche comparative d'ensemble de la notion. En effet, les études sur les rapports entre vulnérabilité et droit sont le plus souvent d'ordre sectoriel, par branches du droit, mais aussi internes aux systèmes juridiques étudiés. Pour répondre à ce manque, le choix a donc été fait d'une étude jurisprudentielle ample, transversale et comparative.

S'agissant du champ de la comparaison, il paraissait indispensable d'inclure dans l'étude les cours européennes, parties prenantes du système de protection multi-niveaux des droits fondamentaux. En outre, pour ce qui est du droit national, il a paru utile de comparer le cas français à celui d'un autre pays européen proche, afin d'établir de possibles rapprochements ou au contraire de mettre à jour d'éventuelles spécificités dans l'utilisation faite de la notion de vulnérabilité. Le choix de l'Italie s'explique par la proximité de l'appareil juridictionnel et du système de protection des droits fondamentaux de ce pays avec ceux de la France. Les deux États connaissent une dualité d'ordres juridictionnels, au côté d'une Cour constitutionnelle, le tout dans le cadre de systèmes qui ne sont pas fédéraux, comme le système belge ou allemand, ni fortement autonomiques comme le système espagnol, avec toutes les différences qui en découlent. Les convergences concernent aussi 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. Ces modalités procédurales proches rendent particulièrement pertinente la comparaison au fond des jurisprudences rendues. Enfin, des liens établis de longue date comme de précédentes collaborations permettaient de s'appuyer sur une équipe de chercheurs issus des deux pays, familiers des deux systèmes juridiques comme de la méthode comparative.

Par ailleurs, la délimitation de la problématique a reposé sur deux autres choix importants. Le premier est parti du constat de la grande diversité des objets ou sujets qualifiés par la loi de vulnérables, qu'il s'agisse d'habitats naturels, de systèmes d'information, ou de personnes humaines... Or, traiter de ces différentes vulnérabilités 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. Personne en situation de handicap, en perte d'autonomie, étranger en situation irrégulière ou mineur non accompagné... nombreuses sont les personnes susceptibles d'être qualifiées de vulnérables et risquant à ce titre de voir méconnus leurs droits et libertés fondamentaux. Le second choix majeur a été 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 concernent¹. Comme l'a écrit le professeur Azoulai, les juges apparaissent, « du fait de leur position institutionnelle et de leur pouvoir singularisant, [comme] les acteurs privilégiés du droit de la vulnérabilité »². Des entretiens semi-directifs ont complété cette approche juridique d'une dimension de sociologie du droit ; il s'est agi de développer, non pas tant une approche de la vulnérabilité elle-même, que de sa perception par des acteurs du droit – membres de juridictions ou d'autorités dont les décisions étaient étudiées.

Les objectifs de la recherche étaient de répondre à deux questionnements principaux, portant sur la définition du concept de vulnérabilité de la personne et sa portée opératoire pour la protection des droits de la personne.

Sur le plan étymologique, les termes « vulnérabilité » et « vulnérable » viennent du latin *vulnus*, traduit par « blessure, plaie, coup porté ou reçu », mais aussi, dans un sens figuré, « atteinte, plaie, etc. ». Être vulnérable est donc, selon le dictionnaire, être « exposé aux blessures, aux coups », « exposé à la douleur physique, à la maladie » ; l'adjectif désigne encore « ce qui peut être attaqué, atteint facilement » ou qui est « très sensible aux attaques morales, aux agressions ». L'idée générale est donc celle du risque de blessure, de dommage ou de tort, ce qui trouve à s'appliquer à de nombreux objets et à de nombreuses situations. La relative plasticité de la notion contribue à expliquer la diversité de ses emplois : le terme de vulnérabilité, d'abord apparu dans les années 1970 dans la littérature psychiatrique, psychologique, pédiatrique et psychanalytique³, a essaimé dans les années 1980 dans le champ des sciences humaines et sociales⁴. Au sein d'une seule et même discipline, comme on l'a déjà signalé pour le droit, les objets ou sujets qualifiés de vulnérables peuvent être variés. La contrepartie de la plasticité de la notion est donc celle

¹ Réserve faite toutefois de certaines procédures devant le juge constitutionnel, essentiellement abstraites.

² L. AZOULAI, « Sensible droit », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Cahiers Européens, n° 7, Pedone, 2014, p. 232.

³ H. THOMAS, « Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. », *Recueil Alexandries*, Collections Esquisses, janvier 2008 (en ligne : <http://www.reseau-terra.eu/article697.html>).

⁴ *Ibid.*

d'une relative incertitude de ses contours, ce qui se vérifie dans le domaine du droit. Une définition ou des définitions ne ressort/ressortent pas de la loi, qui se contente de lister des situations, contextes ou facteurs rendant la personne vulnérable ; autrement dit, les textes dressent une liste, jamais close, « des mille et un visages de la vulnérabilité »⁵, 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 »⁶. 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 focale mise sur la personne physique nouant naturellement un lien avec la question de ses droits. Ce lien avait déjà été relevé par la doctrine. Donnant quelques exemples de personnes qualifiées de vulnérables par la législation (« les personnes âgées, les personnes handicapées ou malades, celles frappées d'une certaine faiblesse ou encore celles vivant dans des conditions d'extrême pauvreté »), 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 l'autonomie suffisante pour exercer ses droits fondamentaux [...] »⁷. Selon encore 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 »⁸. 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 le second axe majeur de la recherche.

En résumé, 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 vérifier s'il se dégageait des jurisprudences étudiées une notion partagée de « vulnérabilité », avec des critères communs d'identification, et si le concept constituait un levier permettant véritablement de garantir l'effectivité des droits fondamentaux.

⁵ 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.

⁶ 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*, Cahiers Européens, n° 7, Pedone, 2014, p. 239.

⁷ 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.

⁸ X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009, p. 56.

§ 2. Méthode de la recherche, données et terrains

La jurisprudence rendue par les juridictions retenues a constitué la principale donnée de la recherche. Il fallait donc recenser la jurisprudence pertinente pour en délivrer ensuite une analyse comparative systématique. Ce volet principalement juridique a été complété par un volet sociologique, ayant consisté en une série d'entretiens semi-directifs.

A - Une méthode analytique et comparative

Le cœur de la recherche a été constitué par l'analyse de la jurisprudence rendue par les cours nationales françaises et italiennes (Cours constitutionnelles, Cours de cassation et Conseils d'État) et les deux Cours européennes – Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme. 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 réalisée sous la direction du professeur Xavier Lagarde, concernant les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁹. Bien évidemment, cette analyse de la jurisprudence plus récente n'excluait pas que des renvois à des solutions antérieures soient réalisés, lorsqu'ils sont apparus pertinents pour la compréhension des décisions rendues depuis 2010. Par exception, l'analyse sur les Cours constitutionnelles a porté sur l'ensemble de la jurisprudence rendue depuis leur création, le nombre de décisions pertinentes étant peu élevé.

C'est qu'en effet, le nombre de décisions pertinentes (portant sur la protection des droits et libertés d'une personne physique reconnue en situation de vulnérabilité, à l'exclusion donc des autres occurrences du terme comme celles de vulnérabilité d'un territoire ou d'un système informatique par exemple) est très variable d'une juridiction ou d'une AAI à l'autre. Par exemple, depuis sa mise en place en 1959 jusqu'à la fin de l'année 2023, le Conseil constitutionnel a utilisé à 16 reprises seulement les termes vulnérable/vulnérabilité. Pour sa part, de 2010 à 2023, la Cour européenne emploie les mêmes vocables dans plus de 500 affaires. Si donner le nombre global des décisions et documents étudiés n'a guère de sens, ce nombre est donc précisé pour chaque juridiction, formation de jugement ou AAI étudiée.

Les données jurisprudentielles ont été recueillies à partir des bases de données, en faisant une recherche avec le mot-clé « vulnerab* ». En France, les bases de données officielles, disponibles sur le site des juridictions étudiées, ont pu être utilisées, les résultats étant recoupés avec ceux issus de la consultation du site Legifrance. En Italie, il n'existe en revanche pas de base de données officielle aussi maniable pour la Cour de cassation et le Conseil d'État ; la recherche a été faite à partir d'une base privée et payante, utilisée par les universitaires comme par l'ensemble des professionnels du droit. Le corpus ainsi obtenu, parfois constitué de plusieurs centaines de décisions pour une seule

⁹ X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc.

juridiction, a ensuite été dépouillé pour ne retenir que les espèces traitant de la question des droits fondamentaux de la personne physique, ce qui constituait le champ matériel de la recherche. Enfin, les décisions pertinentes ont été analysées à partir d'une grille commune, et ont fait l'objet d'un rapport de synthèse par juridiction ou chambre de juridiction. Cette première phase, d'analyse des droits nationaux et européens, a été suivie d'une phase d'analyse comparative proprement dite, les principales données comparatives ayant été discutées au cours de séminaires d'étape puis d'un séminaire final.

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 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*¹⁰ et le *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*¹¹. Enfin, sur le plan européen, a été étudiée l'Agence des droits fondamentaux de l'UE (*Fundamental Rights Agency*)¹². Les données ont ici été constituées des décisions, avis et rapports qu'émettent ces autorités – la diversité des matériaux ayant impliqué ici une délimitation au cas par cas des documents pertinents. À travers leur analyse, il s'est agi de rechercher comment la notion de vulnérabilité irrigue aussi le champ, de plus en plus déterminant, de la protection non-juridictionnelle des droits fondamentaux ; il s'est agi aussi d'évaluer l'impact que peuvent avoir les interventions de ces autorités au sein des procès, mettant à jour d'éventuelles synergies entre garantie juridictionnelle et garantie non-juridictionnelle des droits fondamentaux.

Signalons enfin que, pour élargir et enrichir la compréhension de la notion de la vulnérabilité, il a été tenu compte de l'apport d'autres disciplines de sciences humaines et sociales, dont les réflexions portent sur la vulnérabilité de la personne, conformément à notre objet de recherche : philosophie, sociologie et histoire. Dans cette perspective, l'équipe de recherche a bénéficié d'une conférence donnée – par zoom – par un spécialiste de la question de chacune de ces disciplines : Silvia Dadà, philosophe et enseignante à l'Université de Pise¹³ ; Axelle Dolino-Brodiez, historienne, Directrice de recherche au CNRS (Centre Norbert Elias)¹⁴ ; Marc-Henry Soulet, sociologue et professeur émérite à l'Université de Fribourg¹⁵.

¹⁰ L'Autorité nationale de garantie pour l'enfance et l'adolescence (<https://www.garanteinfanzia.org/>).

¹¹ Le Garant national des droits des personnes privées de liberté personnelle (<https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/>).

¹² <https://fra.europa.eu/fr>

¹³ La conférence de Madame Dadà a eu lieu le 23 mars 2023.

¹⁴ La conférence de Madame Dolino-Brodiez a eu lieu le 25 janvier 2022.

¹⁵ La conférence de Monsieur Soulet a eu lieu le 7 décembre 2021.

B - Des entretiens semi-directifs

L'analyse jurisprudentielle a été complétée par une série de 12 entretiens (de type semi-directif) auprès de juges et de représentants d'A.A.I., menés par Laura Odasso, sociologue.

Après réflexion, il était en effet apparu que des démarches sociologiques en vue de saisir les situations de vulnérabilité étaient difficilement envisageables dans le cadre d'une recherche principalement juridique. Il était préférable de s'attacher à la *représentation de la notion par certains acteurs du droit eux-mêmes*. L'objet de ces entretiens était ainsi de procéder à une relecture pratique et critique des enseignements ressortant de l'analyse des sources de droit positif.

Concrètement, la grille d'entretien a été établie après les séminaires d'étape, afin d'être nourrie par les premières réflexions et interrogations issues de l'analyse jurisprudentielle. Cette grille proposait une réflexion sur la vulnérabilité (selon les conceptions de la personne interviewée ainsi que selon son institution d'appartenance) à partir de trois thématiques : une thématique substantielle (définition de la notion, distinction éventuelle d'avec les notions proches, distinction vulnérabilité objective ou subjective, ontologique ou situationnelle...) ; une thématique procédurale (comment faire le constat de la situation de vulnérabilité et avec quelles implications sur le plan juridique) ; une thématique temporelle (réversibilité ou non de la vulnérabilité et possibilité pour la décision de contribuer à cette réversibilité).

Les entretiens en France ont eu lieu avec les personnes suivantes :

- un membre du Conseil Constitutionnel et son secrétaire général ;
- deux conseillers de la chambre sociale de la Cour de Cassation ;
- la Défenseure des Droits (et deux de ses conseillers) ;
- un membre du Conseil d'État ;
- le Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Ceux en Italie ont eu lieu avec les personnes suivantes :

- un juge de la Cour constitutionnelle ;
- un juge du Conseil d'État ;
- trois juges de la Cour de cassation (issus des sections pénale et civile) ;
- le *Garante dei luoghi di privazione della libertà*.

Le résultat de ces entretiens a enrichi les réflexions et irrigué l'ensemble du travail ; outre les extraits cités dans le rapport, on retrouve une sélection plus large de tels extraits en annexe au rapport.

§ 3. Principales conclusions de la recherche

Si les données recueillies font ressortir une augmentation, au fil des années, des « occurrences » des termes « vulnérable » et « vulnérabilité » dans les jurisprudences, il reste que l'emploi de ces termes connaît des variations importantes d'une juridiction à l'autre. Ces variations portent bien sûr sur la fréquence du recours à la notion ; la Cour européenne des droits de l'homme, les chambres ou sections pénales des deux Cours de cassation ainsi que les deux Conseils d'État sont ceux qui en font l'usage le plus régulier.

Au contraire, les deux Cours constitutionnelles sont celles qui y ont le moins souvent recours. Toutefois, une autre différence importante doit être signalée selon que cet usage est spontané, détaché de toute référence textuelle, ou au contraire dépendante de l'application au cas d'espèce d'un texte qui emploie lui-même les termes « vulnérable »/ « vulnérabilité ». Alors que ces derniers se retrouvent dans les décisions des chambres pénales et des Conseils d'État en raison de la reprise de textes qui les contiennent, la Cour de Strasbourg les emploie au contraire de façon spontanée, en l'absence de mention dans le texte de la Convention de 1950, et indépendamment de la référence à un texte national qui aurait été appliqué au cas d'espèce. Ainsi, la seule juridiction, parmi celles étudiées, dont la compétence porte exclusivement sur la garantie des droits et libertés, est aussi celle qui s'est le plus largement approprié la notion de vulnérabilité. En outre, la Cour européenne a constamment mis en avant l'exigence d'effectivité des droits fondamentaux, à partir de la formule, contenue dans l'arrêt *Airey* de 1979, selon laquelle elle est chargée de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁶. Ces données confortent les liens que présente la notion de vulnérabilité avec les droits fondamentaux de la personne d'une part et l'exigence d'effectivité de ces droits d'autre part. Il restait à éclaircir comment cette notion se caractérise d'un point de vue juridique et comment, ayant identifié une situation de vulnérabilité, le juge essaie de conjurer le risque d'ineffectivité des droits qu'elle comporte.

Or, il ressort de la 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.

A - Une définition implicite de la vulnérabilité de la personne physique par le droit

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 au risque de méconnaissance des droits. Si l'on reprend la définition commune de la vulnérabilité comme risque de blessure, de tort ou encore de dommage causé au sujet vulnérable, la nature de cette blessure du point de vue juridique se précise donc : elle résidera dans une *atteinte à un intérêt juridiquement protégé de l'individu*, c'est-à-dire à un de ses droits. En outre, à l'analyse, *trois hypothèses de méconnaissance des droits* se présentent : cela peut être aussi bien un risque, en quelque sorte classique, de violation par l'État ou la puissance publique en général, qu'un risque de violation par des tiers, ou enfin que l'impossibilité pratique de l'exercice du droit. Nous définissons donc la vulnérabilité de la personne physique en droit comme 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

¹⁶ Cour EDH, *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, § 26.

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.

Un élément important de cette définition est que la vulnérabilité renvoie à une situation, un contexte, et non à une propriété ou un état intrinsèque de la personne. L'éclairage des autres sciences humaines et sociales, notamment de la philosophie, a permis de conforter cette approche ; il conduit à distinguer une vulnérabilité universelle, anthropologique, liée à la condition humaine elle-même, de vulnérabilités spécifiques, ou situées. Toutefois, ces vulnérabilités spécifiques ne sont pas liées à des catégories figées, qu'il conviendrait de considérer comme intrinsèquement vulnérables. Prenons les cas de personnes porteuses de handicap ou ne disposant que de faibles ressources financières : à égalité de handicap ou de ressources, elles peuvent se trouver dans des situations très différentes selon les soutiens et le capital - humain, amical, culturel ou autre - dont elles bénéficient. Une situation de vulnérabilité pourrait donc être établie pour l'une, mais non pour l'autre. Cette commune vulnérabilité semble peu appréhendée par les décisions de justice et les entretiens n'ont pas permis de les mettre en lumière dans les conceptions que se faisaient de la notion les personnes interviewées ; ces dernières sont favorables au fait de cantonner la vulnérabilité au sujet humain, sans pour autant la définir comme une propriété universelle.

À l'encontre de ce qui vient d'être dit, le droit positif a parfois semblé valider une approche catégorielle de la vulnérabilité, la loi désignant comme vulnérable telle ou telle partie de la population, par exemple mineurs ou victimes de certaines infractions. Toutefois, cette démarche tient surtout à une obligation de suffisante précision des textes normatifs, particulièrement en matière pénale, domaine dans lequel prédomine la tendance à lister des catégories vulnérables. Il ne s'agit le plus souvent que de facteurs de vulnérabilité, laquelle doit être contextualisée au stade de l'application de la loi. Par exception, seule la minorité d'âge paraît être considérée en droit positif, pour des raisons évidentes, comme correspondant par nature à une situation de vulnérabilité – situation néanmoins temporaire ; la Cour européenne a aussi tendance à qualifier certaines catégories de « vulnérables » par principe. Cette dernière position doit selon nous être désapprouvée, la vulnérabilité n'étant pas une propriété ou une caractéristique intrinsèque et son constat devant procéder d'une analyse circonstanciée et concrète de chaque affaire.

C'est au demeurant la démarche généralement retenue par les autorités administratives indépendantes étudiées. Par exemple, la situation de privation de liberté implique potentiellement une vulnérabilité en ce qu'elle place l'individu dans une situation d'entière dépendance à l'autorité publique. Néanmoins, en France comme en Italie, l'autorité administrative en charge de la protection des droits des personnes privées de liberté tend à ne qualifier de vulnérables que celles placées dans une situation particulière, aggravant en quelque sorte la situation de détention : personne malade et ne recevant pas les soins adaptés ; personnes exposées au risque de violences de la part de codétenus etc. Il faut à cet égard souligner la fréquence des cas que nous avons qualifiés de cumuls de vulnérabilités : plusieurs facteurs circonstanciels se conjuguent alors pour exposer la personne à un risque de méconnaissance de ses droits. Le cas des mineurs non accompagnés l'illustre de façon éclairante : ils sont considérés comme triplement vulnérables : en tant que mineurs, en tant qu'étrangers, et en tant que personnes isolées.

Il est fréquent en jurisprudence que ce soit un tel cumul qui incite le juge à dégager des obligations spécifiques de protection de la personne vulnérable, ce qui amène au second point de la recherche sur les usages de la notion.

B - 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.

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.

Les obligations de protection spécifiques sont nombreuses, variées, dépendantes du contexte. On peut les distinguer selon qu'elles sont de nature procédurale ou de nature substantielle. Les conséquences procédurales de la référence à la vulnérabilité peuvent par exemple justifier un renversement ou un aménagement de la charge de la preuve, ou encore dispenser les requérants de l'obligation d'exercer les voies de recours internes avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

Sur le plan substantiel, les conséquences de la référence à la notion de vulnérabilité sont encore bien plus nombreuses et variées. La recherche a permis d'identifier trois principaux domaines dans lesquels cette référence influe sur les solutions au fond rendues par les juges : celui de l'autonomie décisionnelle de la personne, celui de la protection de ses droits sociaux et celui de son intégrité psycho-physique. S'agissant de l'autonomie de la personne, les évolutions du droit paraissent tributaires des réflexions philosophiques sur la vulnérabilité. Leur point de départ 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, 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. Ce mouvement est par exemple à l'œuvre dans les jurisprudences sur les droits des majeurs protégés ou sur l'aide à mourir et l'euthanasie. La vulnérabilité sert aussi à dégager des solutions protectrices des droits socio-économiques de la personne, par exemple dans des affaires sur l'accès à l'hébergement d'urgence, aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, à

l'instruction des enfants Roms, ou encore à la prise en charge des mineurs non accompagnés. Enfin, la notion joue en cas d'atteinte aux droits à l'intégrité psychophysique, le droit pénal jouant alors un rôle privilégié – mais non exclusif.

Si le souci de rendre effectifs les droits et libertés des personnes vulnérables est au cœur des solutions rendues dans la majorité des affaires étudiées dans le cadre de la recherche, il reste que la notion de vulnérabilité n'est pas exempte d'effets ambivalents et peut donner lieu à de véritables mésusages.

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. Une forme de paternalisme persiste à travers certaines interdictions générales, par exemple en matière de dons et de legs. Or, la jurisprudence valide à l'occasion de telles interdictions générales. Les mesures paternalistes ne touchent pas cependant que les personnes frappées d'une incapacité juridique, comme l'illustrent certaines décisions validant la prohibition de la prostitution, même librement choisie.

Largement mis en lumière par la doctrine, ce risque de paternalisme n'a en revanche pas été évoqué au cours des entretiens menés pour la recherche ; plus que d'un possible mésusage de la notion, ces entretiens ont plutôt mis en avant des doutes sur son utilité réelle. Pourtant, le risque de mésusage existe, avec celui que la protection des personnes vulnérables n'en vienne à « essentialiser » leur situation, à les stigmatiser¹⁷, 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 »¹⁸.

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

¹⁷ Voir, 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, « Espace éthique », 2020, p. 151-186.

¹⁸ 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._Ronde.pdf).

vulnérables, selon leur plus ou moins grande vulnérabilité. Cette dernière tendance est illustrée en France par certains usages de la notion de vulnérabilité dans le cadre des référés-libertés. Face au manque de moyens, manque qui résulte d'un choix politique délibéré, le juge 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 que le juge des référés regardait les droits des personnes vulnérables comme de simples « obligations de moyens » et non de résultat¹⁹, ce qui est une contradiction dans les termes - on est même alors aux antipodes de l'effectivité.

Il apparaît donc 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. Des pistes de réflexion s'ouvrent ainsi à l'issue de la recherche.

§ 4. Les pistes de réflexion ouvertes

Comme il ressort de la reconstruction synthétique des résultats de la recherche, une pluralité d'aspects sont susceptibles d'ouvrir la voie à des investigations plus approfondies.

Parmi ces pistes de réflexion, la nécessité de mieux systématiser les obligations de protection, en dépassant la distinction procédurale/substantielle nous semble essentielle et utile.

Il s'avère aussi pertinent de réfléchir aux liens entre vulnérabilité et cas de violations systémiques ou structurelles de certains droits fondamentaux : par exemple en matière de droits sociaux, pour les cas de maltraitances ou encore les victimes d'infractions. Comment identifier ces situations ? Quels critères objectifs utiliser ? Comment les traiter sur le plan juridictionnel ?

Il faudrait également assurer un suivi concernant l'exécution effective des décisions de justice rendues en matière de protection des personnes vulnérables, ce qui pose la question préliminaire des instruments et des méthodes aptes à assurer ce suivi.

Enfin, nous pouvons identifier un autre aspect, d'ordre non strictement juridique, qui nécessiterait une recherche multidisciplinaire : tenter de répondre à la question de savoir dans quelle mesure l'usage de la vulnérabilité par les juges a contribué à la réflexion générale sur ce thème ainsi qu'à l'émergence d'une vision qui ne fait pas de la vulnérabilité un élément de stigmatisation, mais une dimension de la vie de tout individu que l'organisation sociojuridique pourrait intégrer, dans la perspective d'accroître l'effectivité des droits pour toutes et tous.

¹⁹ 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.

amU Faculté de droit
et de science politique
Aix Marseille Université



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

