

## VULNÉRABILITÉ ET CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Gaëlle LICHARDOS<sup>1</sup>

« On peut comprendre la réglementation normative des relations interpersonnelles comme une enveloppe poreuse qui protège le corps vulnérable et la personne qui s'y incarne des contingences auxquelles ils sont exposés »<sup>2</sup>. Jürgen HABERMAS, en ces quelques mots nous enseigne à propos de la vulnérabilité qu'elle relève du corps humain *exposé*. Aussi l'auteur résume-t-il ici tout le paradoxe de la vulnérabilité : elle est inhérente à l'humain mais ne s'exprime en réalité qu'au travers de ses rapports avec l'extérieur. En effet, si de prime abord la vulnérabilité peut sembler relever de l'intrinsèque, l'observation de son contenu ne peut qu'amener à l'apprécier selon une perception extrinsèque. Résumer la vulnérabilité à un phénomène qui serait intérieur à l'humain revient à l'amputer de ce qui fait son essence : si la vulnérabilité est intrinsèque, alors tout le monde est vulnérable et par conséquent personne ne l'est. Dans l'absolu, nous sommes tous vulnérables à quelque chose. À ce titre, le droit ne peut la prendre en compte car la tâche est irréalisable. Nous sommes tous vulnérables à quelque chose, certes, mais nous ne sommes pas tous dans une situation de vulnérabilité. Celle-ci est constituée par un déséquilibre et par son abus, or ce critère est tout à fait contrôlable. S'il souffre il est vrai d'un certain nombre de limites, notamment celle de son appréciation, il offre cependant un avantage indéniable : cet abus peut être pris en compte dans le cadre du contrôle opéré par le juge.

La vulnérabilité<sup>3</sup>, du latin *vulnus* c'est-à-dire « qui peut être blessé » est devenue, au fil du temps, un sujet « à la mode » : tout ce qui est perçu comme devant être protégé sera qualifié de vulnérable. Le champ juridique n'échappe pas à la règle, et depuis l'introduction en droit de la consommation français de « l'abus de faiblesse » dans les années 1970, l'emploi de la notion de vulnérabilité a fait l'objet d'une augmentation exponentielle.

---

1 Maître de conférences à la Faculté libre de droit de Toulouse.

2 J. HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, Gallimard, Paris, 2002, p. 52.

3 Une grande partie de ce travail repose sur nos travaux de doctorat : « La vulnérabilité en droit public », thèse soutenue en décembre 2015 à l'Université de Toulouse 1 Capitole.

Au plan national, en 1992, deux lois ont ainsi modifié le Code pénal, précisant la vulnérabilité de catégories de personnes ciblées en raison de l'âge, d'un handicap, d'une infirmité, d'un état de maladie ou d'un état de grossesse<sup>4</sup>. Par suite, plusieurs lois ont complété la protection des *personnes vulnérables*, toujours en raison d'une appartenance à l'une des catégories précitées<sup>5</sup>. Par ailleurs, la loi sur les mouvements sectaires y ajoute les personnes « en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables »<sup>6</sup>. De plus, une loi du 7 juillet 2014 vise la vulnérabilité des jeunes filles dans certains États<sup>7</sup>, et plus récemment, la loi du 29 juillet 2015 sur le droit d'asile rappelle la prise en compte de la vulnérabilité de certains réfugiés<sup>8</sup>.

À la marge, dans le contexte de crise sanitaire mondiale de ces derniers mois, un décret est venu préciser une liste de situations ou de maladies nécessitant, dans le cadre professionnel, des dispositions spécifiques<sup>9</sup>.

Cette amplification législative prenant en compte la vulnérabilité est non seulement significative de l'importance accordée par la France à la protection des *personnes vulnérables*, mais aussi évolutive : si pendant des années la vulnérabilité est restée cantonnée à l'appartenance à des catégories bien déterminées, celle-ci s'efface peu à peu au profit d'une analyse contextuelle.

Par ailleurs, au niveau international, la vulnérabilité est surtout reconnue en raison de l'appartenance à des *groupes* tels que mis en évidence par le rapport de la XXVII<sup>e</sup> conférence du Comité international de la Croix Rouge (CICR)<sup>10</sup>, ajoutant aux catégories déjà connues les personnes réfugiées et déplacées. Ces groupes vulnérables font par ailleurs l'objet de l'attention du Conseil de sécurité de l'ONU, qui dans une résolution « décide que la MONUC<sup>11</sup>, [...] aura pour mandat : [...] de faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire et de veiller au respect des droits de l'homme, en prêtant une attention particulière aux groupes vulnérables, y compris les femmes, les enfants et les enfants soldats démobilisés »<sup>12</sup>.

4 Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes et Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens.

5 V. par exemple : Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses adaptations dans le domaine de la justice en application du droit de l'UE et des engagements internationaux de la France, Loi n° 2014-813 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes,

6 Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, article 20.

7 Loi n° 2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale, § 1.2.

8 Loi n° 2015-905 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, article 7.

9 Décret 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle.

10 Rapport de la XXVII<sup>e</sup> conférence du CICR du 31 octobre 1999, annexe 2 de la résolution 1.

11 La MONUC est la Mission des Nations unies en République démocratique du Congo, rebaptisée le 1<sup>er</sup> juillet 2010 en MONUSCO « Mission de l'Organisation des Nations unies pour la Stabilisation en République démocratique du Congo ».

12 Résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU R/RES/1291 du 14 février 2000, §7-g. V. aussi ONU, rapport annuel du 1<sup>er</sup> août 2014 au 31 juillet 2015, § 128.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est aussi emparée de la vulnérabilité depuis la fin des années 1970 dans une perspective catégorielle et depuis les années 1990 dans une perspective situationnelle. En effet, l'analyse de la jurisprudence de la Cour met en évidence une conception multiple de la vulnérabilité. Elle constate ainsi tant la vulnérabilité « classique », c'est-à-dire en raison de l'appartenance à une catégorie prédéterminée, que la *situation de vulnérabilité* dont on peut considérer, en raison de l'ampleur de sa jurisprudence et de son importance en droit national, qu'elle est le principal promoteur. La Cour a par conséquent construit progressivement une conception situationnelle de la vulnérabilité.

La vulnérabilité est ainsi de plus en plus fréquemment saisie par le droit, que ce soit au travers de *catégories*, de *groupes*, ou de *situations*. Cependant, cette inflation de l'utilisation de la « vulnérabilité » ne nous renseigne que partiellement sur son contenu. En effet, la vulnérabilité est classiquement perçue comme étant liée à la catégorisation : le droit national, bien qu'il ne fasse pas de l'appartenance à une catégorie l'exclusif critère de détermination de la vulnérabilité, retient celle-ci presque systématiquement. Certes, la seule appartenance à l'une des catégories visées dans ce que l'on nommera « la vulnérabilité classique » ou encore « catégorielle » n'est pas suffisante pour caractériser une vulnérabilité saisissable par le juge. Cependant, cette catégorisation retient finalement toute l'attention du juge comme de la doctrine, pour faire passer en arrière-plan ce qui constitue une des réalités de la vulnérabilité : son caractère situationnel.

Dès lors analyser la vulnérabilité selon un prisme situationnel implique d'étudier son interprétation par le juge : en effet, la mise en évidence de la *situation de vulnérabilité* nécessite son intervention, car il est le seul à même de la constater dans le cadre de son office. Celui-ci est en effet le principal révélateur de la situation de vulnérabilité, puisque son rôle consiste à appliquer, dans le cadre d'un contrôle concret, une règle de droit à des faits, autrement dit, à appliquer la norme à une *situation* donnée. À ce titre, il en est le témoin privilégié puisque le droit positif reprend largement une perception catégorielle de la vulnérabilité, laissant ainsi aux juges le soin de son application pratique.

Tant par les compétences qui lui sont confiées par la Constitution de 1958 que par son histoire et son évolution, le Conseil Constitutionnel est un promoteur majeur de la protection des droits et libertés fondamentales en France, notamment au travers de la construction progressive et évolutive de ce que l'on nomme le « bloc de constitutionnalité ». Une première réflexion peut être précisée à ce stade : le mot « vulnérabilité » n'apparaît pas dans le bloc de constitutionnalité. Pourrait-on penser que le Conseil, tenu de s'en tenir à la Constitution française, se désintéresse de la question ? Bien au contraire, il semblerait qu'au travers de sa jurisprudence, le Conseil se saisisse de plus en plus de la protection de ceux qui sont perçus comme vulnérables (les catégories visées devant, et c'est le problème essentiel, être précisées).

La révision de Constitutionnelle de 2008 ainsi que la loi organique de 2010 sont venues renforcer le rôle de gardien des droits et libertés fondamentales du Conseil, en instaurant, sous certaines conditions, la possibilité pour un justiciable dans le cadre d'un procès en cours de soulever une non-conformité possible entre la loi qui lui est opposée et le bloc de constitutionnalité. Or, le type de contrôle effectué par le Conseil ne lui permet pas, en réalité, de se saisir, sinon pleinement, au moins directement de la notion de vulnérabilité, puisque la Constitution elle-même ne s'en préoccupe pas directement, pour des raisons essentiellement historiques : quand les textes fondateurs du bloc de constitutionnalité ont été rédigés, la protection des droits et libertés fondamentales ne se percevait pas directement au travers du prisme de la vulnérabilité.

Aussi plusieurs interrogations se posent-elles : tout d'abord, qu'entend-on par le mot « vulnérabilité » ? Juridiquement, la notion a-t-elle un sens ? Ensuite, le juge est-il pleinement saisi par cette notion ? Le type de contrôle opéré par lui a-t-il une influence sur sa prise en compte de la vulnérabilité ? Enfin, existe-t-il des écarts entre les différentes juridictions, tant nationales qu'internationales ?

Il semble qu'actuellement la notion de vulnérabilité transcende largement la perception catégorielle classique « femme enceinte, enfant, personne âgée, personne malade ou en situation de handicap » au profit d'une analyse de plus en plus orientée vers la situation d'un ou de plusieurs individus, sans pour autant que les catégories historiquement ciblées. Nous y voyons deux raisons, l'une sociale, et l'autre pratique : en effet, certains groupes d'individus bénéficient d'une présomption de vulnérabilité ( les enfants par exemple) ; par ailleurs, la catégorisation est en soi une technique pratique qui permet, au moins en théorie, d'apporter de la clarté à une notion *a priori* complexe.

## **I. La prise en compte par le juge national de catégories d'individus dans le cadre de la protection des personnes vulnérables**

L'utilisation des catégories d'individus dans la mise en œuvre de la protection des vulnérabilités reste majoritaire en droit français. En ce sens, les trois cours suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État et Conseil Constitutionnel) se fondent sur les catégories classiques pour qualifier la vulnérabilité : la Cour de cassation et le Conseil d'État adoptant un positionnement similaire en la matière (A), le Conseil Constitutionnel n'étant quant à lui que peu saisi directement de la question (B).

### **A. L'utilisation persistante par la Cour de cassation et le Conseil d'État des catégories de personnes vulnérables**

La Cour de cassation est juge du droit, ou plus précisément, juge de l'application du droit. À ce titre, elle constitue la Cour suprême de l'ordre judiciaire, et a pour but d'uniformiser l'interprétation que font les différents juges du fond (pour le versant judiciaire) de la norme appliquée sur le territoire. *De facto*, la Cour de cassation est soumise à la norme devant elle présentée, à cela près que plus celle-ci est vague, plus son pouvoir d'appréciation sera fort. Par exemple, on se souviendra qu'à propos de la réforme de la garde à vue consécutive à la QPC de juillet 2010, elle avait considéré que la

loi, qui prévoyait une application différée dans le temps, essentiellement pour des raisons pratiques, était d'application immédiate, prenant ainsi au dépourvu l'ensemble des services de police. Pour autant, la Cour de cassation, bien qu'elle puisse parfois se démarquer de la législation, n'en reste pas moins l'interprète suprême, ce qui implique avant tout le respect du texte.

En matière de vulnérabilité, cet état de fait a un impact immédiat : celui de la conservation de la catégorisation ; puisque la loi se sert d'une perspective catégorielle pour analyser la vulnérabilité, la Cour la maintient nécessairement, dans la mesure où s'en exonérer reviendrait à contredire la loi. Pourtant, la Cour n'est pas totalement indifférente à la question de la vulnérabilité, tant et si bien qu'elle a en 2009 consacré son rapport annuel aux « personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation »<sup>13</sup>. Les thèmes abordés sont ainsi les mineurs, les majeurs protégés, les étrangers retenus, le particulier endetté, les personnes aux ressources insuffisantes souhaitant accéder à la justice, l'emprunteur et l'assuré, les personnes bénéficiant du régime de sécurité sociale agricole, le droit des baux d'habitation appliqué aux personnes vulnérables, la vulnérabilité de l'investisseur et celle de l'emprunteur de caution, la dépendance économique, les personnes âgées et/ou malades, la précarité de certains contrats de travail, la vulnérabilité des salariés et celle du stagiaire, et les victimes vulnérables. Au travers des thèmes abordés, il semble qu'il existe, pour la Cour de cassation, à la fois une vulnérabilité catégorielle classique, et d'autres hypothèses qu'elle *envisage* comme relevant de la vulnérabilité. En effet, comme le rappelle à juste titre X. LAGARDE dans son avant-propos, « il est rare que le législateur fasse expressément de la vulnérabilité la condition de son intervention. La protection des personnes vulnérables inspire assurément de nombreuses règles, mais ces dernières désignent rarement comme telles les personnes dont elles assurent la protection »<sup>14</sup> : puisque le législateur ne se saisit que très rarement de la vulnérabilité, le juge, dont le rôle est de « garantir l'effectivité des droits fondamentaux »<sup>15</sup>, s'en empare à pleines mains, prenant ainsi « parti sur la notion de vulnérabilité »<sup>16</sup>, quitte à ce qu'il y ait des « divergences d'appréciation »<sup>17</sup>.

En somme, le juge s'empare de la notion de la vulnérabilité devant le défaut du législateur, mais en l'absence de texte mettant en place une réelle définition de celle-ci, il doit se positionner dans un sens ou dans un autre : plusieurs juges pourront ainsi avoir plusieurs interprétations de la vulnérabilité, y compris au sein de la Cour de cassation. Léger paradoxe ici, qu'une Cour dont le but est d'uniformiser l'interprétation des textes puisse finalement interpréter différemment la vulnérabilité en fonction de l'appartenance du litige à une chambre ou une autre : la confusion inévitable qui en ressort n'est pas le meilleur outil de protection de la vulnérabilité et ne fait qu'augmenter l'incompréhension de la notion.

13 Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel, La documentation française, rapport annuel, 2009, 584 p.

14 X. LAGARDE, « avant propos », in Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 56.

15 *Idem.*

16 *Idem.*

17 *Idem.*

En effet, il semble que la perception de la Cour de cassation de la vulnérabilité relève plus de l’assertion que de la notion : elle utilise le mot « vulnérabilité » qu’elle « plaque » sur des situations jugées par elle contraires aux droits fondamentaux et s’en sert (dans son analyse doctrinale) pour justifier une censure ou une augmentation de droit.

À l’instar de la Cour de cassation, le Conseil d’État se préoccupe de façon exponentielle de la question de la vulnérabilité : ainsi, même si le contentieux relatif à la celle-ci reste infiniment moins important que son équivalent devant la Cour de cassation, il a, depuis le début des années 1990, connu un essor indéniable. Les situations mises en évidence par le Conseil d’État sont, en toute logique, moins fréquentes que devant la Cour de cassation : en effet, au-delà du domaine réservé de chaque Cour, les hypothèses devant lesquelles le Conseil d’État pourrait réellement mettre en œuvre une analyse de la situation de vulnérabilité relèvent du champ de la détention et constituent l’essentiel de sa réflexion.

Le Conseil d’État, bien qu’il n’en ait pas souvent l’occasion, a pu, parfois en filigrane, souligner la vulnérabilité des catégories de personnes ciblées traditionnellement dans le régime de la vulnérabilité : ainsi en 1991, il rappelle la particulière vulnérabilité d’habitants d’un immeuble « âgés, dont certains tout à fait invalides, ou peu valides »<sup>18</sup> dans lequel le propriétaire n’avait pas effectué les travaux de sécurité nécessaires, ce qui avait poussé le maire à fermer l’établissement pour raisons de sécurité. De la même façon, un arrêt de 2014 rappelle « la vulnérabilité des jeunes face aux violences homophobes »<sup>19</sup> dans le cadre d’une campagne ministérielle de lutte contre l’homophobie en milieu scolaire. Le malade<sup>20</sup> est aussi reconnu comme vulnérable par le Conseil d’État, venant en cela confirmer la loi et le positionnement de la Cour de cassation.

## B. Une prise en compte directe de la vulnérabilité amoindrie du Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel, n’a pas réellement été saisi sur la question de la vulnérabilité. Pourtant, trois décisions, respectivement de 1999, 2003 et 2010 permettent en filigrane de noter l’adhésion partielle du Conseil à la perspective catégorielle de la vulnérabilité.

Dans sa décision de 1999 relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale, le Conseil précise que « l’article 68 du statut oblige la Cour à prendre toutes les mesures de nature à assurer la sécurité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins, notamment en dérogeant au principe de la publicité des débats s’agissant de l’audition de personnes vulnérables »<sup>21</sup>. Or, l’article 68

18 Conseil d’État, 4 mars 1991, 5/10 SSR, requête n° 75632.

19 Conseil d’État, 15 octobre 2014, 4/5 SSR, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, requête n° 369965, §8 ; obs. J. VEYRET, *CFPA*, 1<sup>er</sup> décembre 2014, p. 109-110, A. DE DIEULEVEULT, *D.*, 4 décembre 2014, p. 2451-2455, J.-B. CHEVALIER, *AJDA*, 26 janvier 2015, p. 100-105, G. EVEILLARD, *DA*, 1<sup>er</sup> février 2015, p. 27-29.

20 Conseil d’État, 8 septembre 1999, 9/8 SSR, requête n° 176324, Conseil d’État, 2 septembre 2009, 5/4 SSR, requête n° 310932 ; Conseil d’État, 8 septembre 1999, 9/8 SSR, requête n° 176324.

21 Const. Const., n°98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour Pénale Internationale*, cons. 28 ; obs. J.-E. SCHOTTL, *AJDA*, 20 mars 1999, p. 230-235, B. GENEVOIS, *RFDA*, 1<sup>er</sup> avril 1999, p. 285-313, F. LUCHAIRE, L. FAVOREU, *RFDC*, 1<sup>er</sup> juillet 1999, p. 324, P. ESPLUGAS, *LPA*, 5 juillet 1999, p. 4-9, S. SCIORTINO-BAYART, *RFDC*, 20 août 1999, p. 315-323, J.-E. SCHOTTL, *RDP*, 1<sup>er</sup> septembre 1999, p. 1037-1046, M. BERTRAND

du statut vise spécialement les « victime(s) de violences sexuelles ou d'un enfant qui est victime ou témoin »<sup>22</sup>, qui fondent la qualification de « personnes vulnérables » par le Conseil Constitutionnel. Il y a donc ici reconnaissance explicite par celui-ci de la vulnérabilité des « victimes de violences sexuelles » et des « enfants victimes ou témoins ». Deux constats s'imposent : d'une part, il existe une analyse situationnelle de la part du Conseil (les personnes victimes de violences sexuelles) assortie d'une analyse catégorielle (les enfants) et d'autre part l'analyse catégorielle est restrictive (les enfants doivent être *victimes ou témoins*). L'appellation de « vulnérable » assortie à ces deux cas semble relever plus de l'assertion que d'une réelle conception de la vulnérabilité ; pour autant, il y a une forme de reconnaissance intuitive de ce que *pourrait être* la vulnérabilité : si l'analyse situationnelle paraît indéniable en ce qui concerne les personnes victimes de violences sexuelles, l'analyse catégorielle touchant aux enfants n'est pas sans laisser une place à une analyse similaire. En effet, ce ne sont pas les enfants qui sont ciblés par le Statut, mais les enfants *victimes ou témoins* : nulle mention ici de l'enfant soupçonné d'une infraction, ou même de la définition de « l'enfant », alors même que le même article prévoit la possibilité d'un huis clos pour « protéger les victimes et les témoins ou un accusé »<sup>23</sup>. Le fait que le Conseil Constitutionnel les qualifie de « vulnérables » n'est selon nous pas anecdotique, au regard notamment de la faible utilisation du mot par celui-ci.

Cependant, par suite, le Conseil est revenu sur une analyse catégorielle : dans une décision de 2003 à propos de la loi sur la sécurité intérieure, il valida sur le fond la conception pénaliste de la vulnérabilité, en tant qu'elle doit être connue par l'auteur présumé des faits et qu'elle est « particulière » en ce sens qu'elle relève de la catégorisation<sup>24</sup>.

Enfin, la décision de 2010 relative à la loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne vient entériner la présomption de vulnérabilité pesant sur les mineurs : en effet, ceux-ci sont expressément visés par la loi (sans mention de leur vulnérabilité), ce qui est mis en évidence par le Conseil : « considérant, en l'espèce, qu'en adoptant la loi contestée, le législateur a [...] édicté des mesures destinées à prévenir une accoutumance, à protéger les *publics vulnérables* [...] »<sup>25</sup>. Or, la loi ne vise expressément que les mineurs, les personnes connaissant une dépendance au jeu, étant elles-mêmes énoncées à part par le Conseil : celui-ci reconnaît donc la vulnérabilité des mineurs, ce qui en soit n'est guère surprenant, et fait de leur protection un objectif valable et légitime de la loi. Cependant, pourquoi alors ne pas viser directement les mineurs ? De plus, le terme de « publics vulnérables », au pluriel, peut laisser à penser qu'il existe d'autres publics vulnérables que les mineurs, mais lesquels ? S'il s'agit des personnes souffrant d'une dépendance,

*et alii*, LPA, 20 septembre 1999, p. 8-15, E. SALES, RA, 1<sup>er</sup> novembre 1999, p. 584, N. LIGNEUL, RA, 1<sup>er</sup> novembre 1999, p. 595, M. BERTRAND et M. VERPAUX, JCP G, 26 janvier 2000, p. 139-150, M. FROELICH, RA, 1<sup>er</sup> septembre 2001, p. 473-481.

22 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 68, §2.

23 *Idem*.

24 Cons. Const., n° 2003-467 DC 13 du mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 65 ; obs. M. FATIN-ROUGE STEFANINI *et alii*, RFDC, 1<sup>er</sup> avril 2003, p. 363-389, S. DE CACQUERAY *et alii*, RFDC, 1<sup>er</sup> juillet 2003, p. 547-590, L. DOMINGO *et alii*, RFDC, 1<sup>er</sup> octobre 2003, p. 759-818.

25 Cons. Const., n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 25 ; obs. G. DRAGO, *Gaz. Pal.*, 23 mai 2010, p. 12-16, D. ROUSSEAU, *Gaz. Pal.*, 23 mai 2010, p. 16-18, B. MATHIEU, JCP G, 24 mai 2010, p. 1077-1080, S. LAVRIC, *D.*, 27 mai 2010, p. 1205, B. MATHIEU, JCP A, 31 mai 2010, p. 34-36, D. SIMON et A. RIGAUD, *Europe*, 1<sup>er</sup> juin 2010, p. 1-2, A. MARON et M. HASS, *Dr. Pén.*, 1<sup>er</sup> juin 2010, p. 39-44, A. LEVADE, *D.*, 3 juin 2010, p. 1321-1324, J. MONEGER, *Loyers et copropriétés*, 1<sup>er</sup> juillet 2010, p. 1-2, P. DEUMIER, *RTD Civ.*, 1<sup>er</sup> juillet 2010, p. 499-504, R. VANDERMEEREN, *RJDA*, 1<sup>er</sup> août 2010, p. 779-783, M. GUILLAUME, *RLDA*, 1<sup>er</sup> décembre 2010, p. 11-14, Y. CHAPUT, *RLDA*, 1<sup>er</sup> décembre 2010, p. 35-39, G. CANIVET, *RLDA*, 1<sup>er</sup> décembre 2010, p. 40-44.

pourquoi sont-elles visées à part ? Même la doctrine reprend à son compte cette analyse, sans jamais préciser *quel* public est vulnérable<sup>26</sup> : en effet, bien que visant spécifiquement les articles 1<sup>er</sup>, 3, 5 et 7 de la loi, celle-ci ne prend réellement en compte que les mineurs. Dans ces conditions, le Conseil ainsi que son commentateur utilisent-ils la vulnérabilité comme assertion ou comme notion ?

## II. L'évolution des jurisprudences vers la prise en compte d'individus en situation de vulnérabilité

Si le recours à la catégorisation reste la règle en droit national français, force est de constater que les juges éprouvent de plus en plus de difficulté à prendre en compte la vulnérabilité sans sortir du champ classique de celle-ci. Qu'il le fasse implicitement ou explicitement, le juge national s'ouvre peu à peu à l'idée d'une vulnérabilité situationnelle (A), sans que l'on puisse douter de l'influence de la jurisprudence des cours européennes de ce point de vue (B).

### A. L'admission progressive d'hypothèses transcendant la vulnérabilité classique par les juges nationaux

Pour X. LAGARDE, les personnes vulnérables « sont celles qui, dans une situation pathologique ou hors-norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés »<sup>27</sup> : on retrouve ici sans mal l'analyse situationnelle de la vulnérabilité, mais replacée dans un contexte « hors-norme » et perçu du point de vue de la personne en situation de vulnérabilité comme lui empêchant d'exercer ses droits. Cependant, pour l'auteur, « les consommateurs et les salariés ne peuvent pas être par principe assimilés à des personnes vulnérables »,<sup>28</sup> car leur situation est normale : l'auteur fait ici du critère de la situation « hors norme » l'élément déterminant de la situation de vulnérabilité, parce qu'il maintient en réalité une analyse catégorielle de celle-ci, affirmant qu'à partir de la définition qu'il donne de la vulnérabilité, deux conceptions émergent l'une personnelle et relevant de l'intrinsèque<sup>29</sup>, et l'autre, marginale, qu'il nomme « réelle » qui concerne un individu qui « exerce des droits ou des fonctions dans un contexte qui ne caractérise aucune anomalie »<sup>30</sup>. X. LAGARDE, qui fait ici référence aux emprunteurs, investisseurs et professionnels en situation de dépendance économique mise en exergue par les différentes chambres, estime ainsi que sa propre définition, impliquant une situation « hors norme » puisse être dépassée : la Cour de cassation reconnaît, au travers de son rapport, des hypothèses de vulnérabilité dépassant le champ de la conception personnelle de la vulnérabilité. Et l'auteur de rajouter « qu'à côté de la vulnérabilité personnelle il est, en quelque sorte, une vulnérabilité du fait des choses ; d'où le terme de conception réelle. *La vulnérabilité ne résulte pas d'une faiblesse personnelle qui empêche a priori l'individu d'exercer convenablement l'ensemble des attributs de la personnalité juridique. Elle se constate lors de la conclusion d'un*

26 Voir les commentaires sous CCC, n° 29, « commentaire de la décision n° 2010-605 du 12 mai 2010 », p. 13.

27 *Ibid.*, p. 59.

28 X. LAGARDE, « Avant-propos », in Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 59.

29 *Idem* p. 59-63 et plus spéc. p. 59.

30 *Ibid.* p. 63.

*acte ou de l'exercice d'un droit à l'occasion desquels les circonstances rendent la personne vulnérable* »<sup>31</sup> : l'auteur accepte ici l'idée d'une conception situationnelle de la vulnérabilité, même s'il admet que cette « conception n'est pas toujours admise »<sup>32</sup>, notamment par la chambre criminelle, alors que celle-ci est particulièrement attachée au respect de la légalité (ce que l'auteur admet), qui elle-même impose une vision catégorielle de la vulnérabilité. La situation de vulnérabilité est ainsi envisagée par la Cour de cassation, sans pour autant qu'elle devienne dominante, en raison principalement du principe légaliste.

Pourtant, le juge cherche à se saisir de la vulnérabilité, avec plus ou moins de succès, en fonction notamment du contentieux qui lui est soumis. L'une des contributions de la première chambre civile étudiant le majeur protégé met ainsi en évidence que celui-ci est principalement perçu dans « l'hypothèse d'une vulnérabilité résultant d'une altération des facultés mentales [...], mais l'altération des facultés corporelles est aussi envisagée dès lors qu'elle empêche l'expression de la volonté »<sup>33</sup>. La première chambre civile dégage ici un critère : une altération des facultés mentales empêchant l'expression de la volonté, ce qui implique une prise en compte de la nature des rapports entre la personne ciblée et son entourage et, donc, une analyse contextuelle de la vulnérabilité. Si l'auteur admet que « toutes les personnes vulnérables ne sont pas privées de tout ou partie de leur capacité. La catégorie des personnes vulnérables est donc plus large que celle des «incapables majeurs» »<sup>34</sup>, il reste néanmoins sur une analyse catégorielle de la vulnérabilité, sans prendre en compte réellement la situation particulière dans laquelle se trouve le majeur protégé.

La deuxième chambre mettra quant à elle en avant la vulnérabilité économique des personnes éligibles à l'aide juridictionnelle<sup>35</sup>, sans préciser en quoi elles sont vulnérables (non pas que nous le contestions), alors qu'une fois de plus il s'agit d'une analyse contextuelle, extrinsèque de la vulnérabilité : les personnes sans ressources confrontées à un problème juridique nécessitant les conseils d'un avocat seraient dans une situation de vulnérabilité s'il n'existait pas l'aide juridictionnelle, puisqu'elles assisteraient alors à une réduction de leur droit le plus élémentaire à une défense et donc à un procès équitable.

Plus concrètement, la Cour de cassation semble vouloir retenir un certain nombre de critères qui lui permettraient d'envisager, dans le cadre d'une analyse situationnelle, de nouvelles hypothèses de vulnérabilité : le rapport de force<sup>36</sup> et le risque<sup>37</sup>.

31 *Idem.* p. 64. Souligné par nous.

32 *Idem.*

33 Ch. MELLOOTTEE et C. BOBIN, « Les majeurs protégés », *op. cit.*, p. 97.

34 *Idem.*

35 P. MAYNIAL *et alii*, « L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes : le contentieux de l'aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009) », *op. cit.*, p. 150.

36 V. par exemple les travaux de P. MAYNIAL *et alii*, « L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage », *op. cit.*, p. 165 ; v. aussi A. GARIAZZO et L. JACQUES, « Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation », *op. cit.*, p. 193.

37 V. par exemple les travaux de P. MAYNIAL *et alii*, « Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 179.

L'extériorité de la vulnérabilité est cependant reconnue par certaines analyses du rapport : par exemple, la chambre sociale, mentionne des situations et précise que « la vulnérabilité apparaît ainsi comme une notion toute relative puisqu'elle dépend de l'aptitude de l'individu à se défendre »<sup>38</sup>. Il y a ainsi reprise du critère du rapport de force (implicitement) remis dans son contexte réel c'est-à-dire situationnel, auquel est rajoutée la notion de risque : « est vulnérable celui qui prend un risque lourd et la lourdeur de ce risque sera naturellement fonction des épaules qui le supportent. *En droit commercial, la personne (physique ou morale) vulnérable protégée sera donc celle qui se trouve anormalement exposée à prendre des risques inconsidérés* ». Le « défaut d'information »<sup>39</sup> est ainsi créateur de vulnérabilité tout comme la « situation économique »<sup>40</sup> ou encore « la nécessité de l'opération »<sup>41</sup>.

Cette analyse situationnelle est largement mise en œuvre par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui, bien qu'elle rattache dans certains cas la vulnérabilité à une « fragilité particulière », renvoie malgré tout à une incapacité au moins partielle « à exercer leurs droits et libertés au mieux de leurs intérêts »<sup>42</sup> pour inclure les personnes âgées ou malades dans son champ. On pourrait alors croire à un retour vers une analyse catégorielle, pourtant immédiatement contredite par la substance des propos des auteurs : ils justifient en effet la vulnérabilité des personnes âgées ou gravement malades comme étant un facteur de désinsertion professionnelle, statistiques à l'appui, amenant donc à les observer dans leur contexte (ici celui du marché de l'emploi, en crise). Cette analyse situationnelle est poursuivie ensuite, au travers de l'étude du salarié syndiqué ou représentant du personnel, « particulièrement vulnérables aux discriminations de la part d'employeurs qui peuvent être tentés de les évincer en usant de leur pouvoir disciplinaire ou de leur pouvoir de direction »<sup>43</sup> : le rapport de force est ici évident, et l'analyse qui en est faite est situationnelle ; en effet, nulle mention d'une quelconque faiblesse « intérieure », puisque c'est la qualité de représentant élu ou syndiqué, phénomène purement extrinsèque qui détermine la *situation de vulnérabilité* dans laquelle se trouvera le salarié, notamment en raison de son lien de subordination<sup>44</sup>. Un dernier parallèle est fait par la chambre sociale, du point de vue de stagiaire, perçu comme vulnérable en raison de « l'absence ou, à tout le moins, l'insuffisance de l'encadrement juridique du stage ainsi que celle du statut du stagiaire plaçaient ce dernier dans une situation d'insécurité juridique et le rendaient ainsi vulnérable »<sup>45</sup> : l'analyse est une fois de plus situationnelle ; la chambre sociale ne prend pas nécessairement en compte les catégories classiquement envisagées par les textes, mais le contexte dans lequel est placé le salarié ou le stagiaire.

La Cour de cassation navigue ainsi entre deux eaux, maintenant une appréciation catégorielle de la vulnérabilité tout en cherchant à protéger ce qu'elle admet intuitivement comme relevant de la vulnérabilité, sans que les textes en fassent spécifiquement mention. La Chambre criminelle aborde

38 *Idem.*

39 *Idem.*

40 *Idem.*

41 *Ibid.*, p. 210.

42 J. DUPLAT et L. PECAUT-RIVOLIER, « Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi », *op. cit.*, p. 231.

43 J. DUPLAT et L. PECAUT-RIVOLIER, « Les salariés protégés », *op. cit.*, p. 270.

44 *Idem.*, p. 274.

45 J. DUPLAT et L. PECAUT-RIVOLIER, « Brève réflexion sur les contours de la vulnérabilité du stagiaire en entreprise », *op. cit.*, p. 283.

par exemple la vulnérabilité de la victime, au travers d'une appréciation plutôt large : « des décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation se dégagent quelques traits saillants relatifs à la caractérisation de la vulnérabilité qui peut présenter des situations variées selon qu'il s'agit d'un état permanent ou passager, apparent ou non, tenant aussi bien à *l'état physique, psychique ou psychologique de la victime, ou à sa situation sociale ou économique* »<sup>46</sup> ; la victime sera ainsi appréhendée selon « l'état physique ou psychique »<sup>47</sup> ou encore la situation « économique et sociale »<sup>48</sup>, avec, dans certaines hypothèses, des présomptions de vulnérabilité, non seulement pour le mineur, mais aussi pour l'étranger nouvellement arrivé sur le territoire<sup>49</sup>.

Il semblerait donc que la Cour de cassation s'attache à viser tant les catégories classiquement abordées par le Code que les *situations* particulières dans lesquelles peuvent se trouver les victimes d'une infraction. Cette question de la situation de vulnérabilité est d'ailleurs succinctement abordée dans le rapport à propos de « l'état d'infériorité dans lequel se trouve le citoyen auquel la justice demande des comptes, et qui justifie que des règles particulières soient posées afin de garantir à l'intéressé l'exercice de ses droits et tout particulièrement les droits de la défense ; c'est l'un des objets de la procédure pénale »<sup>50</sup> : situation pure que celle de l'individu confronté à la justice prise en compte par la chambre criminelle. De façon très marginale, la chambre a ainsi pu se prononcer sur la situation de vulnérabilité du détenu<sup>51</sup>, suivant en cela la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais lui déniait un recours mettant en œuvre des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine : en effet, la Cour interprète les modalités de l'article 225-14 du Code pénal comme impliquant « l'exploitation de la personne hébergée en vue d'un enrichissement de l'exploitant des lieux »<sup>52</sup>, excluant d'office les détenus.

Le Conseil d'État n'est pas non plus indifférent à l'extériorité de la vulnérabilité, acceptant par exemple l'idée de rapport de force mettant en place une situation de vulnérabilité : ainsi, dans l'hypothèse où un infirmier agresse sexuellement deux patientes hospitalisées dans son service, celles-ci sont perçues comme particulièrement vulnérables, notamment en raison de l'autorité qu'avait l'infirmier sur elles<sup>53</sup>. Bien sûr, le Conseil d'État ne fait que suivre une jurisprudence constante de la Cour de cassation ; cependant, le rappel et l'utilisation de la notion de vulnérabilité sont évidemment un signe d'acceptation de celle-ci.

Cependant, si le Conseil d'État reste préoccupé par la vulnérabilité, en l'absence de définition législative, il connaît le même écueil que la Cour de cassation en utilisant la vulnérabilité comme une assertion. Il précise ainsi à quelques occasions la vulnérabilité de tel ou tel individu ou groupe d'individus sans pour autant développer son raisonnement : il met ainsi en exergue la « plus

46 Ch. RAYSSEGUIER *et alii*, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle », *op. cit.*, p. 291. Souligné par nous.

47 *Idem*, p. 292 et s.

48 *Idem*, p. 296 et s.

49 Article 225-15-1 du nouveau code pénal introduit par la loi n° 2013-711 du 30 août 2013.

50 Ch. RAYSSEGUIER *et alii*, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle », *op. cit.*, p. 296.

51 *Ibid.*, p. 305.

52 *Ibid.*, p. 298.

53 Conseil d'État, 20 novembre 2002, 9/10 SSR, requête n° 237984.

grande vulnérabilité chez les patients de moins de vingt-six ans aux troubles de nature psychiatrique »<sup>54</sup>, l'incidence de la modification du remboursement de soins » sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées »<sup>55</sup>, « la vulnérabilité particulière du demandeur »<sup>56</sup> sur le calcul du montant d'une astreinte, la nécessité de ne pas exposer « les personnes les plus vulnérables [...] à des agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction »<sup>57</sup>, ou encore « la vulnérabilité à des pressions extérieures »<sup>58</sup> pour un homme dont le recrutement par l'armée avait été refusé sur ce motif. Par ailleurs, le Conseil d'État a parfois considéré la vulnérabilité *a contrario* : un homme « seul et sans difficulté de santé »<sup>59</sup> est ainsi perçu comme moins vulnérable sans que l'on sache explicitement par rapport à qui (bien que l'on puisse supposer *de facto* qu'une femme malade serait prioritaire). En l'espèce il s'agit de la question de l'hébergement d'urgence de personnes en difficulté, qui a donné au Conseil d'État l'ingrate tâche de déterminer entre Charybde et Scylla : le Conseil d'État mettra alors en avant l'assertion « d'extrême vulnérabilité »<sup>60</sup> de certaines personnes sans-abri, permettant à l'administration de « trier » entre plusieurs situations précaires.

Tout en utilisant la vulnérabilité en tant qu'assertion, le Conseil d'État met en évidence des *situations de vulnérabilité*, extérieures à l'individu. L'un des domaines où il a eu le plus l'occasion de se prononcer (en dehors du contentieux de la détention) est sur la question de l'entrée sur le territoire des étrangers.

Un étranger condamné en France peut, pour des raisons d'ordre public et après avoir purgé sa peine, être expulsé vers son pays d'origine. Ce point n'est pas contesté par le Conseil d'État qui confirme systématiquement les arrêtés d'expulsion quand il s'agit de protéger l'ordre public, y compris quand les demandeurs font état de leur vulnérabilité, en raison par exemple de ressources insuffisantes et d'une position isolée dans leur pays d'origine. Cependant, le Conseil d'État est moins conciliant sur la question de la demande d'asile. Par un référé du 15 mai 2012, le Conseil d'État a par exemple censuré le refus par le préfet de faire acte d'une demande d'asile d'une prostituée faisant l'objet d'une mesure d'éloignement<sup>61</sup>.

54 Conseil d'État, 26 février 2007, 1/6 SSR, requête n° 297084.

55 Conseil d'État, 6 mai 2009, 1/6 SSR, requête n° 312462 ; obs. A.-S. GINON, *Droit ouvrier*, 1<sup>er</sup> novembre 2009, p. 570-572, B. MATHIEU et M. VERPAUX, *JCP G*, 21 décembre 2009, p. 46-53, H. RIHAL, *AJDA*, 15 février 2010, p. 283-285 ; Conseil d'État, 27 juillet 2011, 1/6 SSR, *Association FNATH & autres*, requête n° 337065 ; obs. V. VIOUJAS, *RDSS*, 1<sup>er</sup> octobre 2011, p. 957-960, M. FONTAINE, *Gaz. Pal.*, 10 novembre 2011, p. 47-48, L. GAY, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1<sup>er</sup> janvier 2012, p. 186-191 ; Conseil d'État, 27 juillet 2012, 1/6 SSR, requête n° 349173, §10 ; obs. L. CAMAJI *et alii*, *Droit ouvrier*, 1<sup>er</sup> décembre 2012, p. 807-814, L. GAY, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1<sup>er</sup> janvier 2013, p. 241-245, B. MATHIEU *et alii*, *JCP G*, 24 mars 2014, p. 567-574 ; Conseil d'État, 26 octobre 2012, 1/6 SSR, requête n° 352210, §3 ; obs. V. VIOUJAS, *RDSS*, 1<sup>er</sup> novembre 2012, p. 1137-1140, B. MATHIEU *et alii*, *JCP G*, 24 mars 2014, p. 567-574.

56 Conseil d'État, avis, 2 juillet 2010, 4/5 SSR, requête n° 332825 ; obs. S. ROBERT-CUENDET, *AJDA*, 18 octobre 2010, p. 1948-1950, F. ZITOUNI, *JCP A*, 18 octobre 2010, p. 24-28, M.-Ch. ROUAULT, *LPA*, 9 mars 2011, p. 6-15.

57 Conseil d'État, 9 octobre 2002, 1/2 SSR, requête n° 231869.

58 Conseil d'État, 31 juillet 1992, 5/3 SSR, requête n° 99271.

59 Conseil d'État, référé, 10 février 2012, requête n° 356456 ; obs. M. TOUZEIL-DIVINA, *JCP G*, 20 février 2012, p. 373, O. LE BOT, *JCP A*, 20 février 2012, p. 37-40, A. DURANTHON, *AJDA*, 9 avril 2012, p. 716-719, G. DELMAS, *JCP G*, 7 mai 2012, p. 955-957, R. PIASTRA, *AJDI*, 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 411-413, O. BOSCOVIK *et alii*, *D.*, 7 février 2013, p. 324-337.

60 Conseil d'État, 23 décembre 2011, 4/5 SSR, requête n° 350884.

61 Conseil d'État, référé, 15 mai 2012, requête n° 359106.

En dehors du contentieux de la détention, le Conseil d'État reste ainsi relativement timoré face à la situation de vulnérabilité, en dépit d'une volonté nette de poursuivre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, si le Conseil d'État confirme, voire applique à la lettre la jurisprudence de la Cour en matière de détenus, le cas des étrangers n'est pas autant exploité. Même dans les hypothèses où il admet la situation de vulnérabilité du ressortissant étranger dans son pays d'origine, la protection de celui-ci ne résistera pas à la mise en balance avec l'ordre public, quand bien même les infractions reprochées seraient-elles minimales. En 2006, un Rom originaire de Bosnie-Herzégovine ayant été précédemment condamné en France pour vol et recel, avait épousé une Française à l'étranger et cherchait à la rejoindre en France. Devant le refus de délivrance de visa par l'ambassade de France, il forma un référé, arguant de sa vulnérabilité au moment des faits (sans plus de précision), ainsi que celle relative à l'hostilité importante manifestée à l'encontre de la population Rom dans son pays d'origine. Le juge des référés considéra d'une part que le refus de visa en raison de la sauvegarde de l'ordre public n'est manifestement pas mal fondé malgré sa « vulnérabilité au moment des faits »<sup>62</sup>, et d'autre part que « le moyen tiré des risques auxquels serait exposé le requérant en Bosnie-Herzégovine en raison de son appartenance à la communauté rom, moyen dépourvu de toute précision, n'est pas davantage de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision »<sup>63</sup> : partant, bien que reconnaissant partiellement la vulnérabilité du requérant (au moins initiale), il rejette sa situation de vulnérabilité en tant que membre d'une communauté pourtant largement discriminée. En cela le Conseil d'État ne rejoint pas réellement la position de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a plutôt une tendance protectrice vis-à-vis des ressortissants Rom. Pourtant, plusieurs précisions sont à faire : tout d'abord, la « vulnérabilité » au moment des faits lui ayant valu une condamnation d'un an de prison avec sept mois de sursis n'est pas précisée, alors qu'elle est reconnue par le Conseil d'État. Ensuite, la vulnérabilité incidente à l'appartenance à la communauté Rom est rejetée par le Conseil d'État non en tant que telle, mais parce que le juge des référés considère que le moyen n'est pas précisé. Cependant la situation particulière des Roms est largement mise en évidence par la Cour européenne des droits de l'Homme, ce qui aurait pu donner un argument en faveur du plaignant. Enfin, la question tiendrait à la prise en compte particulière du cas du requérant : devant le constat de l'insuffisance du moyen soulevé, s'agit-il pour le Conseil d'État d'appréhender la situation de vulnérabilité d'un individu avant toute considération groupale, ou d'éviter de qualifier le groupe Rom de « vulnérable » par essence afin d'éviter des demandes à répétition de visa sur ce simple motif ? Il y a là tout le nœud de l'appréciation de la vulnérabilité non par le prisme du groupe ou de la catégorie, mais par celui de la situation. Cependant, dans cette hypothèse, il semblerait plus logique de mettre en œuvre une analyse plus poussée de la situation particulière de l'individu concerné.

62 Conseil d'État, référé, 27 octobre 2006, requête n° 297975.

63 *Idem*.

## B. Le rôle majeur des cours européennes en matière de développement de la prise en compte des situations de vulnérabilité

L'Union européenne n'est pas non plus indifférente à la protection des personnes vulnérables, et a plus particulièrement cherché à protéger les consommateurs vulnérables « en raison d'une infirmité mentale, physique ou psychologique, de leur âge ou de leur crédulité, d'une façon que le professionnel puisse raisonnablement prévoir »<sup>64</sup>, les enfants<sup>65</sup>, les personnes âgées<sup>66</sup>, les patients hospitalisés<sup>67</sup>, « clients vulnérables »<sup>68</sup> ou encore la situation de vulnérabilité<sup>69</sup> et les groupes de consommateurs vulnérables<sup>70</sup>. À l'instar de la perception française de la vulnérabilité, l'Union européenne protège ainsi des *catégories de personnes vulnérables*, mais évolue progressivement vers une prise en compte de la *situation de vulnérabilité*.

La Cour européenne des droits de l'Homme endosse un rôle majeur, pour ne pas dire central, dans la protection des droits de l'Homme en Europe. Ce rôle majeur lui permet de sanctionner un État partie qui contreviendrait aux droits contenus dans la Convention. Bien qu'elle confère une certaine marge d'appréciation aux États parties, il est indéniable qu'elle poursuit un objectif d'uniformisation des droits et libertés contenus dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

La Cour, dont l'existence est prévue au sein même de la Convention<sup>71</sup>, est ainsi considérée comme une juridiction singulière, car « elle est la seule à offrir un contrôle juridictionnel spécifique du respect des droits de l'homme »<sup>72</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du onzième protocole le 1<sup>er</sup> juin 2010, en dehors de l'épuisement des voies de recours en droit national, n'importe quel individu, organisation non gouvernementale, groupe de particuliers ou État partie peut saisir directement la Cour quand ils considèrent qu'un État membre déroge aux stipulations de la Convention, dans un délai de six mois à partir de la décision nationale définitive, à condition que la question n'ait pas déjà été examinée par la Cour et sous réserve que le préjudice subit soit suffisamment important.

64 Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, §34.

65 V. par exemple la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, la directive 2009/48/CE du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, la directive 2014/81/UE du 23 juin 2014 relative à la sécurité des jouets en ce qui concerne le bisphénol A, la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, la directive 2005/84/CE du 14 décembre 2005 modifiant pour la vingt-deuxième fois la directive 76/769/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses, la directive 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, et la directive 2000/69/CE du 16 novembre 2000 concernant les valeurs limites pour le benzène et le monoxyde de carbone dans l'air ambiant.

66 V. par exemple la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001, *op. cit.*, §8.

67 V. par exemple la directive 2000/69/CE du 16 novembre 2000, *op. cit.*, §8.

68 Affaire C-236/18 GRDF SA contre Eni Gas & Power France SA, Direct énergie, Commission de régulation de l'énergie conclusions de l'avocat général.

69 V. par exemple la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, *op. cit.*, §25-26.

70 V. par exemple la directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

71 Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, titre 2, plus spéc. article 19.

72 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>e</sup> édition, PUF, collection droit fondamental, Paris, 2011, p. 703.

Or, l'atteinte présumée aux droits contenus dans la Convention peut provenir *d'une action positive comme d'une abstention* de l'État : en matière de situation de vulnérabilité, ce point sera particulièrement important puisque la Cour sanctionne non seulement les situations de vulnérabilités créées directement par l'État, mais aussi celles résultant de son abstention<sup>73</sup>.

La Cour est devenue, en quelques décennies, le principal organe de protection des personnes dans une situation de vulnérabilité<sup>74</sup>. Cette protection offerte par la Cour ne s'est pas étendue exclusivement aux catégories d'ores et déjà visées par les différents droits nationaux, mais est venue englober des *situations* en les qualifiant de situations de vulnérabilité. La construction de cette nouvelle conception a été permise grâce à l'adoption d'une approche extra-catégorielle par la Cour nécessitant une adaptation du contrôle exercé en présence de *situations de vulnérabilité*.

Elle adopte parfois, mais non exclusivement un positionnement extra-catégoriel dans son analyse de la vulnérabilité : plutôt que de se cantonner à une vision classique de celle-ci, elle utilise aussi la *situation de vulnérabilité* dans le cadre de son office et ce de façon exponentielle.

Depuis le début des années 1990, la Cour, en s'appropriant la situation de vulnérabilité, en est devenue le protecteur par essence, en s'exonérant progressivement de la *catégorisation* pour se focaliser sur la *situation* : en délaissant l'individu au profit de l'individu *situé*, elle a construit une perception moderne et réaliste de la vulnérabilité. En effet, la perception catégorielle étant par nature excluante, elle souffre d'insuffisances structurelles qui sont résolues par la perception situationnelle : en élargissant la protection qu'elle offre aux personnes dans une situation de vulnérabilité, la Cour évite ainsi leur exclusion.

Cette construction provient tant d'une volonté marquée de la Cour de s'emparer de la vulnérabilité que de la nature de son office puisqu'elle fait une appréciation *in concreto* des violations alléguées. En raison du pragmatisme de ce dernier, elle met en évidence la *situation de vulnérabilité*. En effet, l'examen concret auquel elle se livre lui a permis de se saisir de la vulnérabilité dans une perspective situationnelle, l'amenant à la révéler. Par ailleurs, cette révélation naturelle a eu pour conséquence un enrichissement du champ de la vulnérabilité développé par la Cour, mettant en exergue des *situations* relevant purement de l'extrinsèque.

Que ce soit au travers d'espèces quasi uniques, comme l'affaire du journaliste ukrainien ou par le biais de contentieux récurrents, comme celui de la protection des personnes sous le contrôle exclusif de l'État, la constatation de situations de vulnérabilité est devenue courante pour la Cour. Par ce biais, elle a non seulement développé le champ de la vulnérabilité, mais elle l'a aussi dotée d'un régime juridique. Ce faisant, la Cour lui a donné une consistance, une densité sans précédent. Si on remonte le temps de quelques décennies jusqu'aux années 1980, la vulnérabilité n'est qu'une

73 Cette abstention étatique peut par exemple provenir d'un défaut effectif de protection d'un droit.

74 Ce constat se fonde sur l'analyse effectuée par nos soins de la jurisprudence de la Cour. Au total, nous avons retenu pour cette étude environ quatre cents arrêts, sélectionnés en fonction du critère de la mention explicite de la vulnérabilité dans les motivations de la Cour (nous avons ainsi exclu les arrêts qui reprenaient dans l'exposé des faits et de la procédure les mots « vulnérabilité » et « vulnérable (s) » au seul titre du rappel par la Cour de l'état du droit national de l'État incriminé).

assertion que l'on rattache à certaines catégories dont on considère intuitivement qu'elles méritent une protection supplémentaire. En mettant en évidence la situation de vulnérabilité telle qu'elle a été développée depuis, la Cour a donné à la notion de vulnérabilité tout son sens et toute son ampleur.

Elle aurait cependant pu se contenter de relever les situations de vulnérabilité sans aller plus loin : après tout, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales n'en faisant pas mention, rien n'obligeait la Cour à le faire. Or, c'est la position contraire qui a été adoptée : en adaptant son régime aux situations de vulnérabilité, la Cour en fait un élément de contrôle fort, un outil précieux lui permettant de sanctionner les États.

En cela, la protection des personnes placées dans une situation de vulnérabilité devient un objectif primordial de la Cour. En effet, au-delà de la dimension juridique donnée à la situation de vulnérabilité, c'est aussi tout un symbole qui est érigé : la Cour, défenseur suprême des droits des individus *ne pouvait pas* s'abstenir de protéger les personnes placées dans une telle situation. Le contraire reviendrait en effet à une autolimitation impropre et non compatible avec les objectifs de la Cour qui sont, au sens de l'article 19 de la Convention, « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles ».

La situation de vulnérabilité n'est cependant pas la seule perception adoptée par la Cour, pas plus d'ailleurs que par les juges nationaux : en effet, quand bien même la situation de vulnérabilité est dorénavant connue et reconnue, la perception catégorielle de la vulnérabilité est maintenue. Ce maintien a ainsi pour conséquence une coexistence entre les différentes analyses de la vulnérabilité.

La Cour européenne des droits de l'Homme est ainsi le vecteur principal d'une analyse situationnelle de la vulnérabilité. Pour autant, au-delà des limites inhérentes à son fonctionnement même, cette analyse situationnelle n'est pas exclusive. En effet, il existe une persistance de l'utilisation de l'analyse catégorielle en matière de vulnérabilité par la Cour : non seulement elle reprend les critères « classiques » de la vulnérabilité catégorielle, mais en plus mets en œuvre une nouvelle perception de celle-ci au travers des *groupes vulnérables*. Or, cette dualité d'analyse de la vulnérabilité, à la fois catégorielle, groupale et situationnelle, est particulièrement évidente en droit national. En effet, l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les Cours nationales est indéniable, particulièrement sur les deux cours suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation). En tant qu'interprète de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi un rôle déterminant par le biais de sa jurisprudence sur les Cours nationales. Cependant, au-delà d'une rigueur juridique imposée par la Constitution, les cours nationales (et notamment les Cours suprêmes) sont plus ou moins sensibles à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : la double (voire triple) perspective opérée par la Cour amène en droit national à une sorte d'incertitude quant à la notion de vulnérabilité : en effet, le maintien d'une grille d'analyse à plusieurs niveaux, au lieu d'élargir le champ de la vulnérabilité, a plutôt tendance à ajouter à l'incertitude que fait nécessairement naître des points de vue finalement

diamétralement opposés. Aussi, le « travail d'équipe » qui est censé être mis en place par la collaboration entre les différentes cours nationales et la Cour européenne des droits de l'Homme est-il quelque peu remis en question par l'absence de positionnement clair, tant en droit national qu'en droit de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'Homme, à côté d'une analyse situationnelle de la vulnérabilité maintient et entérine parallèlement une analyse catégorielle : même si elle accepte l'évaluation de la vulnérabilité en tant que phénomène situationnel, elle ne remet pas en question la notion de vulnérabilité en raison de l'appartenance à une catégorie pré-déterminée ou non. Dans l'affaire *Lambert & autres c. France*, la Cour rappelle ainsi qu' : « une attention particulière a été accordée à des facteurs de vulnérabilité, tels que l'âge, le sexe ou le handicap, propres à empêcher certaines victimes de soumettre leur cause à la Cour, compte dûment tenu par ailleurs des liens entre la victime et la personne auteur de la requête »<sup>75</sup>. Même si la Cour élargit la notion de vulnérabilité catégorielle (en prenant notamment en compte le sexe, ce qui n'est pas le cas en droit national), elle reste cependant sur une reprise classique des critères de vulnérabilité intrinsèque. La Cour confirme ainsi le positionnement traditionnel vis-à-vis de la vulnérabilité au travers de la reprise des catégories classiques. Cependant, en parallèle des catégories classiques ciblées en droit, elle crée de nouvelles catégories qu'elle nomme « groupes vulnérables », sortes d'hybrides entre la catégorie traditionnelle et la situation pure. Or, ces « groupes vulnérables » ne sont, selon nous, que la transposition d'une *situation* systématiquement considérée comme relevant de la situation de vulnérabilité.

\*\*\*

La vulnérabilité est ainsi conçue en droit national en fonction de deux principaux axes : le premier, qui trouve sa source dans le droit positif, est lié à une perception catégorielle de celle-ci. Le second, dont l'inspiration est largement influencée par la Cour européenne des droits de l'Homme, l'analyse comme pouvant être situationnelle.

Cependant, la persistance en droit positif d'une vision de la vulnérabilité en raison de l'appartenance à une ou plusieurs catégories prédéterminées empêche le juge national de réellement se saisir de la *situation de vulnérabilité*. Il semble, de ce point de vue, que l'on assiste actuellement à une phase transitoire dans la perception de la vulnérabilité : longtemps assimilée à la faiblesse, elle est progressivement analysée en fonction d'un contexte, pour, peut-être dans le futur, devenir exclusivement situationnelle.

<sup>75</sup> CEDH, 5 juin 2015, *Lambert & autres c. France*, requête n° 46043/14, §92 ; obs. F. SUDRE, *JCP G*, 22 juin 2015, p. 1210, L. CIMAR, *Rev. des droits et libertés fondamentaux*, 22 juin 2015, I. CORPART, *RJPF*, 1<sup>er</sup> juillet 2015, p. 20-21, F. SUDRE, *JCP G*, 6 juillet 2015, p. 1331-1335, J.-G. MAHINGA, *LPA*, 9 juillet 2015, p. 7-10, F. VIALLA, *D.*, 30 juillet 2015, p. 1625-1630.

