Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux

Approches de droit franco-italien et européen

sous la direction de
Laurence Gay, Laura Montanari, Caterina Severino

30

INFLUENCE des droits
collection « ouvrages numériques »

DICE Éditions

Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux

Approches de droit franco-italien et européen

Sous la direction de Laurence Gay, Laura Montanari et Caterina Severino

Éditeur : DICE Éditions
Lieu d'édition : Aix-en-Provence
Année d'édition : 2026
Date de mise en ligne : 9 avril 2026
Collection : Confluence des droits
ISBN numérique : 979-10-97578-39-8

https://books.openedition.org

Édition imprimée
Nombre de pages : 490

RÉFÉRENCE NUMÉRIQUE

Gay, Laurence, et al., éditeurs. *Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux*. DICE Éditions, 2026, https://books.openedition.org/dice/19034.

Ce document a été généré automatiquement le 9 avril 2026.

Le format PDF est diffusé sous licence Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International - CC BY-NC-ND 4.0 sauf mention contraire.

Le format ePub est diffusé sous licence Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International - CC BY-NC-ND 4.0 sauf mention contraire.

RÉSUMÉ

La vulnérabilité est une notion en vogue, désormais mobilisée par la plupart des sciences humaines et sociales. En droit positif, elle est utilisée aussi bien par les textes que par les juges.

Quant aux travaux doctrinaux, ils ont analysé cet emploi essentiellement de façon sectorielle, par champ du droit. Le présent ouvrage s'emploie au contraire à développer une approche transversale et comparative de la notion de vulnérabilité de la personne humaine en droit. Pour cela, une recherche a été conduite sur les décisions rendues par les Cours suprêmes et les Cours constitutionnelles françaises et italiennes, ainsi que par les deux Cours européennes. Les travaux d'autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine des droits fondamentaux ont également été pris en compte. Il ressort de l'analyse que la notion de vulnérabilité est implicitement définie comme l'exposition de la personne vulnérable à un risque de méconnaissance de ses droits fondamentaux. La mise en exergue de cette vulnérabilité vise en principe à mettre au jour des obligations de protection spécifiques à son égard, permettant de conjurer ce risque, et d'assurer l'effectivité de ses droits. Toutefois, cette tendance n'est pas univoque ; des applications plus discutables de la notion doivent être relevées, soit en raison de ses ambivalences propres, soit en raison d'un mésusage par le juge.

NOTE DE L'ÉDITEUR

Les responsables scientifiques de cet ouvrage remercient l'Institut Robert Badinter (IERDJ) de leur avoir offert l'opportunité de mener la recherche scientifique présentée dans ce volume.

LAURENCE GAY (DIR.)

Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France
Laurence Gay est directrice de recherches au CNRS, membre de l'unité de recherches « Droits international, comparé et européen » (DICE). Ses recherches portent sur le droit constitutionnel français et comparé, la justice constitutionnelle et les droits fondamentaux. Elle s'intéresse plus particulièrement aux droits sociaux fondamentaux et au constitutionnalisme environnemental.

LAURA MONTANARI (DIR.)

Professeure à l'Université d'Udine
Laura Montanari est professeure de droit public comparé à l'Université d'Udine où elle a été coordinatrice du cours de doctorat inter-universitaire Udine-Trieste en droit pour l'innovation dans l'espace juridique européen. Elle consacre une grande partie de ses recherches aux transitions constitutionnelles dans les Balkans occidentaux, au pouvoir judiciaire et à la protection des droits fondamentaux en Europe.

CATERINA SEVERINO (DIR.)

Sciences Po Aix, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France
Caterina Severino est professeure de droit public à Sciences Po Aix, membre de l'Institut Louis Favoreu-GERJC et directrice adjointe de l'UMR DICE. Elle consacre une grande partie de ses activités d'enseignement et de recherche au droit constitutionnel français et comparé ainsi qu'aux mécanismes de protection des droits fondamentaux. Elle s'intéresse aux systèmes de justice constitutionnelle, aux questions liées à la vulnérabilité, au droit des étrangers.

NFLUENCE
des droits
collection d’ouvrages numériques

Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, 2017.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, 2017.

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, 2017.

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, 2018.

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, 2018.

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, 2019.

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, 2019.

DARGENT Fleur, *La consultation en droit public interne*, 2020.

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?,* 2020.

COURNIL Christel (dir.), *Les grandes affaires climatiques,* 2020.

MEHDI Rostane, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile*, 2020

LE BOT Olivier, LE BŒUF Romain, *L'inapplication du droit*, 2020.

FUTHAZAR Guillaume, *Les modalités d'influence de l'IPBES sur l'évolution du droit international de l'environnement en Méditerranée*, 2020.

SEVERINO Caterina, ALCARAZ Hubert, *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, 2021.

BROSSET Estelle, MEHDI Rostane, RUBIO Nathalie, *Solidarité et droit de l'Union européenne. Un principe à l'épreuve*, 2021.

BERGÉ Jean-Sylvestre, *Rethinking Flow Beyond Control. An Outreach Legal Essay*, 2021.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, MAGNON Xavier, *Les assemblées citoyennes. Nouvelle utopie démocratique ?*, 2022.

BROSSET Estelle, RENOUX Thierry, TRUILHÉ Ève, VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique. Leçons de la crise sanitaire*, 2022.

VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *Constitution et passé. Entre mémoire et histoire*, 2023.

LE BOT Olivier (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de l'animal*, 2023.

DUFFY-MEUNIER Aurélie, PERLO Nicoletta (dir.), *L'influence du populisme sur les changements constitutionnels. Approche de droit comparé*, 2024.

MAHALATCHIMY Aurélie, NICOLAS Guylène (dir.), *Transhumanisme. De nouveaux droits ?*, 2024.

LANFRANCHI Marie-Pierre (dir.), *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Bilan et perspectives*, 2024.

COURNIL Christel (dir.), *Expertises et argumentaires juridiques. Contribution à l'étude des procès climatiques*, 2024.

GAY Laurence, LE BOT OLIVIER (dir.), *Des droits fondamentaux pour le système Terre. Approches plurielles des droits de la nature*, 2025.

BIOY Xavier, MAGNON Xavier (dir.), *La fin de vie et la mort saisies par le droit constitutionnel*, 2025.

CONNIL Damien, JENSEL-MONGE Priscilla et DE MONTIS Audrey (dir.), *Les non-inscrits. Quelle place pour les parlementaires n'appartenant à aucun groupe dans un régime représentatif ?*, 2025.

GROSBON Sophie, ROBERT Sabrina (dir.), Critique écosystémique des droits humains. Une introduction, 2026.

ALCARAZ Hubert, CERDA-GUZMAN Carolina (dir.), *Le pari constituant chilien ou la Constitution impossible ?*, 2026.

https://books.openedition.org/dice/

GAY Laurence, MONTANARI Laura, SEVERINO Caterina (dir.), *Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux. Approches de droit franco-italien et européen*, Confluence des droits [en ligne], Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2026.

ISBN : 979-10-97578-38-1
ISSN : 2556-1162

DICE Éditions
UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence
dice-editions@univ-amu.fr

Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux

Approches de droit franco-italien et européen

sous la direction de

Laurence Gay

Laura Montanari

Caterina Severino

IC Editions

Sommaire

Remerciements 9

Introduction générale 11

Laurence Gay, Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Partie 1
Étude comparative de la jurisprudence des Cours européennes, des Cours nationales et des décisions des Autorités administratives indépendantes

Laurence Gay, Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Laura Montanari, Professeure à l'Université d'Udine

Caterina Severino, Sciences Po Aix, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Chapitre I. Le recours contrasté à la notion de vulnérabilité par les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne 43

Chapitre II. Le recours largement conditionné à la notion de vulnérabilité par les cours nationales 63

Chapitre III. Le recours pragmatique à la notion de vulnérabilité par les Autorités administratives indépendantes 137

Conclusion de la première partie 153

Partie 2
Analyses sectorielles de l'usage de la vulnérabilité Jurisprudences nationales, européenne et activité d'Autorités administratives indépendantes

Chapitre 1
Les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

La vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 167

Marina Calamo Specchia, Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato all'Università di Bari Aldo Moro

Francesco E. Grisostolo, Professore associato di Diritto pubblico comparato all'Università di Udine

Nicola Maffei, Dottore di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro

Laura Montanari, Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato all'Università di Udine

Laura Restuccia, Assegnista di ricerca all'Università di Milano-Bicocca

La vulnerabilità nell'attività dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) 203
Pietro Dunn, Dottore di ricerca all'Università di Bologna e all'Università del Lussemburgo. Funzionario addetto all'ufficio per il processo presso il Tribunale Ordinario di Torino

Chapitre 2
Les Cours nationales

Sur la notion de vulnérabilité d'après la Cour constitutionnelle italienne 217
Leonardo Pace, Maître de conférences à l'Université Roma Tre
Giuliano Serges, Maître de conférences à l'Université Roma Tre

Il Consiglio di Stato italiano e il concetto di vulnerabilità 245
Alessia-Ottavia Cozzi, Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico all'Università di Udine

La vulnérabilité dans la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation en France 265
Mélina Douchy-Oudot, Professeure à la Faculté de droit, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France

Il ruolo della vulnerabilità nella giurisprudenza civile della Corte di cassazione italiana 275
Claudia Morgana Cascione, Professoressa associata di Diritto privato comparato all'Università di Bari Aldo Moro
Sabrina Akram Ibrahim El Sabi, Dottoressa di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro
Paola Francesca Rizzi, Dottoressa di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro

La prise en compte de la vulnérabilité des salariés par la Cour de cassation 309
Franck Petit, Professeur, Aix Marseille Univ, CDS, Aix-en-Provence, France

Le declinazioni lavoristiche della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza delle Alte Corti in Italia 317
Marco Chiaramonte, Assegnista di ricerca all'Università del Molise
Carla Spinelli, Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro all'Università di Bari Aldo Moro
Andrea Violante, Dottorando di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro

La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation 329
Catherine Tzutzuiano, Maîtresse de conférences, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France

La vulnerabilità nella giurisprudenza della sezione penale della Corte di Cassazione italiana 353
Enrico Amati, Professore associato di Diritto penale all'Università di Udine
Luca Baron, Dottore di ricerca all'Università di Udine

Prison et vulnérabilité 373
Natalia Rombi, Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine

Chapitre 3
Les autorités administratives indépendantes

La notion de vulnérabilité dans les décisions du Défenseur des droits 401
Odile de David-Beauregard, Professeure de droit public, Agrégée des Facultés de droit, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France, Ancienne déléguée du Défenseur des droits dans le Var

La vulnérabilité dans les lieux d'enfermement. Analyse du regard du Contrôleur général des lieux de privation de liberté 419
Pauline Mallejac, Docteure en droit, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Chapitre 4
La perspective sociologique

La vulnérabilité dans les discours des hauts magistrats et des autorités de contrôle en France et en Italie. Une étude des dimensions conceptuelles et pratiques 433
Laura Odasso, Maîtresse de conférences, Université Paris 8, LIAgE

Annexes du chapitre 4 459

Bibliographie 463
Table des matières 479

Remerciements

Les responsables scientifiques de cet ouvrage remercient l'Institut Robert Badinter (IERDJ) de leur avoir offert l'opportunité de mener la recherche scientifique présentée dans ce volume.

Elles remercient très sincèrement l'UMR Droit International Comparé et Européen (UMR 7318 DICE) d'avoir accepté de publier cette analyse au sein de la Collection d'ouvrages Confluence des droits.

Elles remercient également le Centre de droit et de politiques comparés Jean-Claude Escarras, l'Institut Louis Favoreu-GERJC, ainsi que le Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Udine pour le soutien scientifique et l'apport logistique fournis tout au long de la réalisation de ce projet.

Enfin, leurs remerciements s'adressent aussi à l'ensemble des enseignants-chercheurs ayant participé à cette recherche, pour leur implication et leur précieux travail :

Odile de David-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) ; **Éloïse Gennet**, Professeure junior à Aix-Marseille Université (CERIC, UMR 7318 DICE) ; **Pauline Mallejac**, Docteure en droit à Aix-Marseille Université (ILF-GERJC, UMR 7318 DICE) ; **Laura Odasso**, Maîtresse de conférences à l'Université Paris 8, LIAgE. ; **Franck Petit**, Professeur à Aix-Marseille Université (Centre de droit social) ; **Nathalie Rubio**, Professeure à Aix-Marseille Université (CERIC, 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**, Docteur en droit à l'Université d'Udine ; **Claudia Castelli**, Doctorante à l'Université d'Udine ; **Marco Chiaramonte**, Chercheur postdoctoral à l'Université du Molise ; **Pietro Dunn**, Docteur en droit de l'Université de Bologne et de l'Université du Luxembourg ; **Fausto Caggia**, Maître de conférences à l'Université d'Enna « Kore » ; **Marina Calamo Specchia**, Professeure à l'Université de Bari Aldo Moro ; **Claudia Cascione**, Maîtresse de conférences à l'Université de Bari Aldo Moro ; **Alessia Ottavia Cozzi**, Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine ; **Sabrina El Sabi**, Docteure en droit à l'Université de Bari Aldo Moro ; **Francesco Emanuele Grisostolo**, Maître de conférences à l'Université d'Udine ; **Nicola Maffei**, Docteur en droit à l'Université de Bari Aldo Moro ; **Savina Ottieri**, Doctorante à l'Université d'Udine ; **Leonardo Pace**, Maître de conférences à l'Université Roma Tre ; **Oreste Pollicino**, Professeur à l'Université L. Bocconi de Milan ; **Giorgio Resta**, Professeur à l'Université Roma Tre ;

Laura Restuccia, Chercheure postdoctorale à l'Université Milano-Bicocca ; **Paola Francesca Rizzi**, Docteure en droit à l'Université de Bari Aldo Moro ; **Natalia Rombi**, Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine ; **Edoardo Ruzzi**, Docteur en droit à l'Université Roma Tre ; **Giuliano Serges**, Maître de conférences à l'Université Roma Tre ; **Andrea Scella**, Professeur à l'Université d'Udine ; **Carla Spinelli**, Professeure à l'Université de Bari Aldo Moro ; **Camilla Storace**, Docteure en droit à l'Université Roma Tre ; **Andrea Violante**, Doctorant à l'Université de Bari Aldo Moro.

INSTITUT
ROBERT BADINTER
Études et recherches
sur le droit et la justice

Introduction générale

Laurence Gay[1]

Vulnérabilité d'un territoire au changement climatique ; vulnérabilité d'un système informatique aux cyberattaques ; vulnérabilité de certaines personnes à la Covid ; vulnérabilité du jeune enfant dépendant des soins de ses parents ; vulnérabilité des écosystèmes à la pollution… Depuis quelques années, nous connaissons un « contexte d'extension vertigineuse du champ sémantique couvert par le mot »[2] vulnérabilité. Avant même d'envisager d'en donner une définition, on est frappé par la diversité des choses ou sujets susceptibles d'être qualifiés de vulnérables. À partir des exemples aléatoires précités, on peut procéder par couples de choses/sujets opposés. La vulnérabilité peut ainsi toucher des choses inanimées (vulnérabilité d'un système informatique), ce qui s'oppose à la vulnérabilité du vivant. Au sein du vivant, on distinguera la vulnérabilité du vivant non humain (vulnérabilité d'un écosystème à la pollution, vulnérabilité d'espèces protégées) et celle des humains. Au sein des êtres humains, on pourra enfin distinguer la vulnérabilité de groupes ou populations (vulnérabilité des personnes âgées ou atteintes de certaines pathologies à la Covid) et la vulnérabilité d'un individu en particulier. On peut ajouter, même si cela ne ressort plus de nos exemples, que la considération du sujet humain amène à opposer une vulnérabilité commune à tous et des vulnérabilités spécifiques à certaines ou certains. Cette diversité des objets/sujets qualifiés de vulnérables ne résulte pas seulement du langage commun, mais aussi du langage savant : la notion a en effet conquis un grand nombre de champs du savoir.

Selon la professeure Hélène Thomas, le terme « vulnérabilité » a percé dans les années 1970 dans la littérature psychiatrique, psychologique, pédiatrique et psychanalytique[3]. Cette auteure mentionne aussi les notions de fragilité ou faiblesse qui s'imposent alors en gériatrie (*frailty/frail elderly*) et qu'elle considère comme équivalentes, mais on verra que les deux termes sont, au contraire, considérés comme distincts par une majorité d'auteurs[4]. Hélène Thomas explique aussi que le terme se diffuse dans les années 1980, se répand massivement dans les années 1990. Dans ce domaine de la santé mentale, la vulnérabilité est en outre associée à d'autres notions, comme celle de résilience. Cette dernière est

---

1 Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

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

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

4 Voir *infra*, section 1, § 4 de cette introduction.

au départ un concept de physique défini comme « la valeur caractérisant la résistance au choc d'un métal »[5]. Transposée au domaine psychologique, la résilience désigne la résistance psychique, la capacité à faire face (*coping* en anglais) aux stress importants et aux événements traumatiques, avec l'idée d'un retour, si ce n'est à l'état antérieur, du moins à un certain état d'équilibre[6]. Pour ce qui nous intéresse, on notera que le terme introduit la question des ressources pouvant être mobilisées pour faire face aux risques auxquels le sujet vulnérable est exposé, thématique que l'on retrouvera dans de nombreuses disciplines.

En effet, la notion de vulnérabilité essaime, avec souvent les concepts liés comme celui de résilience. Selon Hélène Thomas, « C'est à partir des années 1980 que [ces] notions [...] émergent avec celle de risques au niveau international dans le champ des sciences humaines et sociales ». Un *working paper* de 2001 produit au sein de la Banque mondiale se propose ainsi de faire état des conceptions de la vulnérabilité et des façons de la mesurer dans les disciplines suivantes : « l'économie, la sociologie et l'anthropologie, le management des catastrophes, les sciences environnementales, la santé et la nutrition »[7] : le spectre est large, et ne couvre au demeurant pas que des sciences sociales. Les auteurs relèvent que chacune des disciplines recensées tend à définir la vulnérabilité « d'une façon légèrement différente », puisque chacune s'occupe « de différentes sortes de risques »[8]. La vulnérabilité d'un groupe à la maladie n'est pas sa vulnérabilité à un risque naturel : leur analyse ne mobilise ni les mêmes facteurs de risque ni les mêmes facteurs de résilience… En outre, même en se cantonnant au champ des sciences humaines et sociales, on retrouve une diversité des objets ou sujets vulnérables. Il existe ainsi une importante littérature en géographie, sciences des risques et catastrophes naturelles, environnement et changement climatique, qui va prioritairement considérer la vulnérabilité de territoires, en lien avec celle des communautés humaines qui les habitent[9]. D'autres approches se centrent sur l'individu, le cas échéant considéré dans le cadre de ses interactions sociales : philosophie, sociologie, histoire, linguistique, anthropologie… Pour trouver à être employée utilement à des situations si différentes, et aux disciplines tout aussi différentes qui les étudient, la notion de vulnérabilité présente une plasticité certaine, que met en lumière l'étymologie du terme.

Selon le site CNRTL[10], la définition première de l'adjectif vulnérable, qui se rapporte à une partie du corps, un être animé, est celle d'être « exposé aux blessures, aux coups » et, par extension, « exposé à la douleur physique, à la maladie ». Une deuxième acception, se rapportant aux objets

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

6 Voir par ex. M. Manciaux, « La résilience. Un regard qui fait vivre », *Études*, 2001/10, t. 395, p. 321-330; M. Anaut, « Le concept de résilience et ses applications cliniques », *Recherches en soins infirmiers*, 2005-3, n° 82, p. 4-11 ; M. Anaut et B. Cyrulnik (dir.), *Résilience : de la recherche à la pratique*, Paris, Odile Jacob, 2014, 202 p. ; J.-P. Pourtois et H. Desmet, *Au cœur de la résilience. Quinze approches conceptuelles*, Paris, Odile Jacob, 2022, 411 p.

7 J. Alwang, P. B. Siegel et S.L. Jorgensen, « Vulnerability: a view from different disciplines », n° 23304, juin 2001 (en ligne : https://documents1.worldbank.org/curated/en/636921468765021121/pdf/multi0page.pdf).

8 *Ibid.*, p. 4.

9 Voir par ex. B. Barroca, M. Di Nardo et I. Mboumoua, « De la vulnérabilité à la résilience : mutation ou bouleversement ? », *EchoGéo*, 24 | 2013, 18 p. (en ligne : https://doi.org/10.4000/echogeo.13439) ; S. Becerra, « Vulnérabilité, risques et environnement : l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain », *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 12 Numéro 1 | mai 2012, mis en ligne le 29 mai 2012, consulté le 19 mars 2024. DOI : https://doi.org/10.4000/vertigo.11988.

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

inanimés, définit « vulnérable » comme « ce qui peut être attaqué, atteint facilement ». Enfin, selon un troisième sens, vulnérable désigne, s'agissant d'une « personne » ou d'un « aspect de sa personnalité », ce qui est « très sensible aux attaques morales, aux agressions ». Si l'on s'en tient à la personne, à l'individu – seul objet de cette recherche, on y reviendra –, la vulnérabilité est donc usuellement définie comme le risque d'une atteinte, d'une *blessure*, dont on constate – en vertu des significations 1 et 3 de l'adjectif vulnérable présentées ci-dessus – qu'elle peut être corporelle, ou non (morale, spirituelle, psychologique…).

« *Blessure* » : c'est en effet la première traduction du mot latin *vulnus,* dont sont issus les termes français « vulnérable » et « vulnérabilité ». Le vocable latin inclut déjà la double dimension, matérielle et figurée, de cette blessure potentielle[11]. Ainsi, selon le dictionnaire Gaffiot[12], *vulnus* se traduit par « blessure, plaie, coup porté ou reçu », mais aussi, dans un sens figuré, « atteinte, plaie, etc. » (« coup porté à l'ordre public » ou « les plaies de la guerre » dans des formules de Cicéron), « angoisse, douleur, peine » (chez Lucrèce) ou encore « blessure de l'amour » (chez Lucrèce, Virgile…). Le même dictionnaire fait aussi apparaître les entrées *vulnĕrāre* (« blesser, faire des blessures à quelqu'un par des paroles »), *vulnĕrātĭō* (« la blessure, la lésion »), *vulnĕrābĭlis* (« vulnérable » ou « qui blesse ») et vulnĕrārĭus (« relatif aux blessures »).

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

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

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

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

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

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

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

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

que vulnérable « signifie figurément “Qui peut être attaqué, qui offre prise” »[18]. En outre, l'entrée vulnérabilité apparaît[19], alors qu'elle n'existait pas dans la version de 1762. Jean-Marie Villela relève ainsi que « c'est en fait essentiellement au tournant du xx^e^ siècle que l'adjectif vulnérable et le substantif vulnérabilité ont été plus largement utilisés »[20]. Alors que l'emploi du terme invulnérable stagne, « le xx^e^ siècle apparaît donc comme celui de la diffusion du terme “vulnérable” dans les usages lexicaux »[21]. Cette progression résulte d'une multiplication des usages du terme, dans des champs de plus en plus diversifiés comme on l'a relevé à titre liminaire.

C'est ce contexte de pluralité des approches qui est à l'origine du présent projet de recherche. Cette pluralité des approches se vérifie entre disciplines, mais aussi souvent au sein d'une seule et même discipline, faute d'acception établie des termes vulnérable/vulnérabilité. À cet égard, et malgré les travaux existants, on peut faire pour le domaine du droit un constat dressé dans les années 1980 à propos de l'analyse des risques naturels : « l'analyse de la vulnérabilité manque encore de langages et d'outils opératoires. Le mot lui-même souffre d'un trop-plein sémantique, puisqu'il évoque aussi bien la dépendance ou la fragilité que l'insécurité, […] ou la faible résilience »[22]. Un des points de départ de la recherche était donc de ne pas se contenter du constat de flou ou de polysémie qui est généralement dressé à propos de la vulnérabilité, et d'éprouver la possibilité d'en faire une conceptualisation opératoire. Dès lors, il s'est agi d'analyser et comprendre comment le droit appréhende la vulnérabilité de la personne physique – cette limitation du champ de la recherche à la personne physique, on y reviendra, étant nécessaire pour se donner un objet d'étude cohérent. Avant de présenter plus avant cette recherche, il paraît cependant utile de revenir sur son contexte : celui d'une pluralité d'approches disciplinaires de la vulnérabilité. Nos développements à cet égard, cantonnés à des approches de la vulnérabilité de l'individu, ont pour objet une première appréhension de la notion, en même temps qu'un enrichissement des observations qui pourront être faites de l'analyse du droit positif.

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

On pourrait penser que l'appréhension de la vulnérabilité en médecine est une pure question de physiologie appliquée : il s'agirait d'analyser la plus ou grande exposition d'un organisme donné aux maladies, troubles et autres blessures physiques et psychiques potentielles. Or, si la dimension technique n'est pas absente, les choses sont plus subtiles et un aperçu de quelques questions suscitées par la notion de vulnérabilité dans le champ médical peut utilement compléter la présentation de l'approche de cette même notion par certaines sciences humaines et sociales. Nous étudierons donc respectivement ces champs – médecine, certaines sciences humaines et sociales – avant d'exposer la

18 [https://academie.atilf.fr/8/consulter/VULN%C3%89RABLE?options=motExact].
19 [https://academie.atilf.fr/8/consulter/VULN%C3%89RABILIT%C3%89?options=motExact].
20 J.-M. Villela, « Vulnérabilité(s), un concept opératoire en histoire ? », préc.
21 *Ibid.*
22 J. Theys, « La société vulnérable », in J.-L. Fabiani et J. Theys (dir.), *La société vulnérable. Évaluer et maîtriser les risques, Presses de l'ENS*, 1987, p. 21.

situation dans la science juridique et le droit positif français puis de clore ces premiers développements par quelques conclusions intermédiaires, visant à faire ressortir ce qui apparaît selon nous comme des invariants dans ces différentes approches de la vulnérabilité de la personne.

§ 1. Vulnérabilité et médecine

En tant qu'elle vise la possibilité de blessure, du corps ou de la *psychè*, la vulnérabilité en médecine est d'abord et avant tout celle du patient. Il est intéressant à cet égard de se référer aux définitions du *Dictionnaire médical* de l'Académie de médecine, lesquelles montrent que, en dépit du caractère technique de l'art médical, la vulnérabilité n'est pas appréhendée de façon univoque. En effet, ce terme est défini comme « l'état traduisant l'impossibilité pour une personne de répondre de façon adéquate à une quelconque modification homéostatique »[23]. On est bien ici dans la technique pure et l'on comprend, sans être spécialiste, que l'absence de réponse adéquate à une modification homéostatique va entraîner une dégradation de l'état de la personne, débouchant potentiellement sur la maladie. Toutefois, le même *Dictionnaire médical* donne deux définitions de l'adjectif vulnérable, qui sont les suivantes :

> « 1) Au sens général, état d'une personne qui, quel que soit son âge, est sans protection, et donc plus particulièrement exposée à des conditions délétères externes : alcool, drogues, tabac, infections, stress, agressions, abus ou maltraitance.
>
> 2) En médecine gériatrique, état des malades le plus souvent les plus isolés, mal nourris, physiquement fragiles et limités sur le plan mental[24]. »

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

Par ailleurs, sur le terrain médical, la vulnérabilité peut être appréhendée au niveau d'un individu, ou au niveau d'un groupe donné selon une approche de santé publique. S'agissant de l'individu, la notion implique déjà un mélange complexe de facteurs intrinsèques, proprement physiologiques, et de facteurs sociétaux et environnementaux – comme les définitions ci-dessus l'ont montré. Quant à l'approche de santé publique consistant à identifier des catégories de personnes plus spécifiquement exposées à un risque sanitaire, elle a été particulièrement mise en lumière par la pandémie de Covid. La vulnérabilité à la Covid de certaines personnes a pu amener à des recommandations particulières

---

23 Académie de médecine, *Dictionnaire médical*, éd. 2024 (en ligne : https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=vuln%C3%A9rabilit%C3%A9).

24 [https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=vuln%C3%A9rable].

à leur endroit, comme observer un confinement strict, y compris en évitant les réunions familiales de fin d'année pour les personnes âgées. Dans d'autres cas, elle s'est traduite par des mesures juridiques spécifiques : il a par exemple été institué un dispositif de chômage partiel concernant principalement les salariés affectés à un poste de travail susceptible de les exposer à de fortes densités virales, ne pouvant pas recourir totalement au télétravail, ni bénéficier de certaines mesures de protection renforcées et, enfin, présentant un critère de vulnérabilité à la Covid[25]. La liste de ces critères de vulnérabilité, tous liés à des pathologies définies ou à l'âge, a d'ailleurs donné lieu à un contentieux devant le Conseil d'État, qui a contraint le Gouvernement à revoir sa copie[26]. Toutefois, la littérature médicale a pu mettre en évidence, au-delà de ces critères liés à l'état physique de la personne, des vulnérabilités plus larges, souvent liées aux conditions socio-économiques des personnes. Par exemple, un article relevait le plus lourd tribut payé, en termes d'infections et de décès, par les Afro-Américains, les Latino-Américains et les Amérindiens aux États-Unis[27]. La chaîne de causalités de cette situation est complexe[28] mais la vulnérabilité des personnes concernées réside dans une « inégalité systémique »[29] dans les déterminants sociaux de la santé. Cet exemple rappelle une nouvelle fois la coexistence ou le cumul de facteurs de vulnérabilité, dans le domaine médical comme dans les autres. Il fait aussi ressortir que ces facteurs interagissent selon des mécanismes complexes, qu'il convient d'analyser pour mettre en œuvre une action publique pertinente.

En ce qui concerne le domaine médical, il importe aussi de rappeler que la notion de vulnérabilité revêt une importance toute particulière dans le contexte de la recherche clinique. L'éthique biomédicale impose à l'évidence des précautions particulières en cas de participation d'une personne vulnérable à une telle recherche. La mise en lumière de cette exigence éthique date du rapport dit Belmont de 1979, s'intitulant *Principes éthiques et directives concernant la protection de sujets humains dans le cadre de la recherche*[30]. Ce rapport a été publié par le département d'État américain de la santé et constitue une étape décisive de l'éthique biomédicale, après le Code Nuremberg. À l'inverse de ce dernier, il mentionne expressément la question des personnes vulnérables. En effet, le rapport intervient après le scandale de l'étude Tuskegee, qui avait consisté à étudier l'évolution de la syphilis chez des hommes de couleur de peau noire, issus d'un milieu rural défavorisé. Aucun participant n'avait reçu le traitement, pourtant efficace, afin d'observer l'évolution de la maladie jusqu'à son issue létale[31]. En réaction à ce scandale, le rapport Belmont pose les principes éthiques de la recherche : respect de la personne, bienfaisance et justice[32]. Il mentionne d'emblée que le respect de la personne se

25 Dispositif mis en place par l'article 20 I de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificatives pour 2020 et précisé par décret.

26 CE, ord., 15 octobre 2020, n° 444425, inédit.

27 D. M. Gray, A. Anyane-Yeboa, S. Balzora *et al.,* « COVID-19 and the other pandemic: populations made vulnerable by systemic inequity », *Nat. Rev. Gastroenterol. Hepatol.,* sept. 2020, vol. 17, p. 520–522.

28 Voir le schéma explicatif dans l'article, *ibid.*, p. 521.

29 *Ibid.*

30 The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, 18 avril 1979 (en ligne: https://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/the-belmont-report-508c_FINAL.pdf).

31 Voir M. Illy, « Éthique et syphilis : l'affaire de Tuskegee », in Y. Ardagna et B. Pouget (dir.), *La syphilis. Itinéraires croisés en Méditerranée et au-delà. XVI^e – XXI^e siècles*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2021, p. 407-416.

32 *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, *op. cit.*, p. 4-6.

traduit par deux convictions éthiques : « premièrement, les personnes doivent être traitées comme des agents autonomes, deuxièmement, les personnes avec une autonomie diminuée ont droit à une protection »[33]. Un passage discute donc de l'évaluation de l'autonomie, de son caractère changeant et de l'étendue de la protection requise[34]. Le manque d'autonomie n'est toutefois pas la seule cause de vulnérabilité envisagée, puisqu'au titre de la justice, le rapport mentionne les problèmes susceptibles de naître de l'implication systématique de sujets vulnérables – prisonniers, membres de minorités raciales ou ethniques ou encore personnes placées en institutions ; il appelle donc à la vigilance à cet égard[35]. La problématique est depuis devenue centrale dans la réflexion sur la recherche biomédicale en général et sur les essais cliniques en particulier.

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

33 *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, *op. cit.*, p. 4.

34 *Ibid.*

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

36 S. Hurst, P. Bodenmann, H. Wolff et C. Madrid, « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », *Revue médicale suisse*, vol. 386, 15 mai 2013, p. 1054.

37 *Ibid.*

38 Voir, par exemple, W. Rogers, C. Mackenzie et S. Dodds, « Why bioethics needs a concept of vulnerability », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 5, No. 2, Special Issue on Vulnerability (Fall 2012), p. 11-38 ; S. Hurst, P. Bodenmann, H. Wolff et C. Madrid, « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », préc. ; E. Racine, D. Bracken-Roche, « Enriching the concept of vulnerability in research ethics: An integrative and functional account », *Bioethics*, 2019, 33:19-34. [https://doi.org/10.1111/bioe.12471].

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

40 Voir article L. 1121-5 et s. du code de la santé publique.

41 É. Gennet, « Vulnérabilité et essais cliniques. Réflexions en droit européen », *Revue générale de droit médical,* n° 74, mars 2020, p. 148. Voir aussi la thèse de cette auteure : *Personnes vulnérables et essais cliniques. Réflexions en droit européen*, LEH édition, coll. Thèses, vol. 28, 458 p.

en réalité similaires et les listes de facteurs s'allongent »[42]. C'est pourquoi les institutions comme la doctrine réclament une définition de la vulnérabilité qui s'extraie de cette approche catégorielle. Il conviendrait de se diriger vers une « approche analytique (axée sur l'analyse des types et des sources de vulnérabilité) »[43]. Selon l'Agence européenne du médicament, « la vulnérabilité doit être considérée en termes d'état ou de situation affectant les personnes et les rendant vulnérables dans une situation particulière, plutôt que de considérer une population spécifique comme vulnérable (les personnes qui font partie d'une population spécifique considérée comme vulnérable peuvent être ou ne pas être vulnérables) »[44].

Deux dernières remarques d'intérêt pour notre recherche peuvent être faites s'agissant du domaine médical. D'une part, si l'on s'intéresse à la vulnérabilité dans la relation de soin et pas seulement à celle du patient, il a été souligné que la vulnérabilité est aussi celle du soignant[45]. Il y a là un « fonds commun d'humanité »[46], qui met l'accent sur une forme de vulnérabilité universelle, à l'opposé des vulnérabilités catégorielles ou circonstancielles. La vulnérabilité du soignant nous rappelle aussi que cette notion est étroitement liée à l'interrelation. D'autre part, si l'on poursuit l'approche philosophique de la relation de soin, on relèvera aussi la notion de vulnérabilité « capacitante » proposée par Cynthia Fleury. Cette dernière explique ainsi que « La vulnérabilité n'est pas qu'une faiblesse. Car dans l'adversité la plus intense, nous produisons des savoirs et des savoir-faire de l'ordre du soin, du souci de soi. Nous fabriquons sans même nous en rendre compte une expertise, des compétences qui vont nous permettre de nous en sortir »[47]. Les réflexions de la philosophe se réfèrent aux travaux sur les capabilités d'Amartya Sen et à l'éthique du *care*, laquelle « nous invite à fonder un concept d'autonomie qui ne soit pas découplé de celui de la vulnérabilité »[48]. De la considération de la vulnérabilité du patient à l'éthique de la relation de soin, et au *care* dans un sens plus général, on voit ainsi que la notion crée naturellement des ponts entre les disciplines. Cela nous amène donc à envisager l'approche des vulnérabilités par les sciences humaines et sociales.

42 É. Gennet, « Vulnérabilité et essais cliniques. Réflexions en droit européen », *op. cit.*, p. 149.

43 E. Racine, D. Bracken-Roche, « Enriching the concept of vulnerability in research ethics: An integrative and functional account », *op. cit.*, p. 19.

44 AEM, Reflection paper on ethical and GCP aspects of clinical trials of medicinal products for human use conducted outside of the EU/EEA and submitted in marketing authorisation applications to the EU Regulatory Authorities, EMA/121340/2011, 16 April 2012, p. 24.

45 A. Zielinski, « La vulnérabilité dans la relation de soin "Fonds commun d'humanité" », *Cahiers philosophiques*, 2011/2, n° 125, p. 89-106; v. aussi C. Dopchie, « Comme médecin, je réfléchis à comment vivre avec la vulnérabilité : la mienne, la sienne, la nôtre », in D. Doat et L. Rizzerio, *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, éd. Érès, coll. Espace éthique, 2020, p. 231-247.

46 *Ibid.*

47 C. Fleury, « La vulnérabilité en partage », entretien des 22 mai et 3 juillet 2017, en ligne, p. 6 (https://www.solidarum.org/sante/cynthia-fleury-vulnerabilite-en-partage).

48 C. Fleury, « L'éthique du *Care* dans l'accompagnement des personnes vulnérables : un double regard philosophique et psychanalytique », in K. Lefeuvre et S. Moisdon-Chataigner, *Protéger les majeurs vulnérables. Place à l'éthique !*, Presses de l'EHESP, coll. Regards croisés, 2019, p. 73.

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

Au sein d'une même discipline, il est usuel de rencontrer une pluralité de définitions ou d'approches de la vulnérabilité. Ainsi, un auteur signale que, s'agissant de la seule vulnérabilité sociétale aux aléas naturels, il a pu être dénombré 25 définitions différentes, six écoles théoriques, une vingtaine de manuels et plusieurs guides concernant son évaluation[49]. L'on comprend donc que toute prétention à l'exhaustivité est vaine. Pour notre part, nous nous intéresserons à des disciplines qui ont fait porter leur réflexion sur la vulnérabilité de l'individu, en cohérence avec notre objet de recherche. Pour chaque discipline envisagée, il ne s'agira pas de faire une présentation complète des auteurs et de leurs thèses respectives sur la vulnérabilité mais plutôt d'envisager les principaux angles d'approche disciplinaires de la question et leur apport potentiel pour comprendre la façon dont le droit appréhende cette même question. Nous nous attacherons à trois disciplines : la philosophie, la sociologie et l'histoire.

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

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

Marie Garrau explique ainsi que, pour la philosophe américaine Martha Nussbaum, l'être humain est certes vulnérable « d'abord en raison des limites dont il est naturellement porteur et qui sont déterminées par son équipement biologique : l'être humain est mortel, sensible à la douleur et à la dégénérescence »[50] ; toutefois, « il l'est également au sens où il est en proie à des besoins qui ne peuvent être satisfaits sans la médiation de l'environnement naturel et social, et porteur de capacités spécifiques – telles que la raison pratique et la capacité à se lier – dont le développement requiert deux conditions : que l'environnement naturel le permette et que l'environnement social y contribue effectivement »[51]. La vulnérabilité n'est donc pas, dans cette approche, purement corporelle ; elle

---

49 J. Birkmann, *Measuring vulnerability to natural hazard*, New-Delhi, Unu-Teri Press, 2006, cité par S. Becerra, « Vulnérabilité, risques et environnement : l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain », *op. cit.*, p. 2.

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

51 M. Garrau, « Regards croisés sur la vulnérabilité. "Anthropologie conjonctive" et épistémologie du dialogue », *Tracés. Revue de sciences humaines*, 13/2013, Hors-série 2013 Philosophie et sciences sociales, p. 145. Voir aussi, sur l'approche de la vulnérabilité de M. Nussbaum : L. Rizzerio, « Aristote et Marthe Nussbaum : leur contribution à une éthique de la vulnérabilité », in D. Doat et L. Rizzerio, *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, *op. cit.*, p. 121-149.

est la condition de base de l'être humain, à partir de laquelle peuvent – ou non – se développer des capabilités de base. La perspective s'approfondit avec Axel Honneth. Ce dernier part d'une critique de l'autonomie libérale et individualiste conçue comme protection des interférences. Il propose au contraire une notion d'autonomie comme « capacité qui n'existe que dans le contexte des relations sociales qui la soutiennent et seulement en conjonction avec le sentiment interne d'être autonome »[52]. Dans cette perspective éminemment relationnelle, la vulnérabilité tient à ce que l'individu peut manquer d'amour (ou plus généralement de *care*), de respect ou d'estime ; la notion tient donc dans le déni d'une des trois formes de reconnaissance que Honneth juge nécessaires à l'individu et à l'épanouissement de ses capacités. À ces auteurs, il faut bien sûr ajouter les travaux développant l'éthique du *care*, aux États-Unis à partir de Carol Gilligan[53] et Joan Tronto[54], puis en France à partir du milieu des années 2000[55]. Au sein des « hypothèses prioritaires » de ces études, figure celle qui consiste à définir le « sujet comme ontologiquement vulnérable »[56].

Nathalie Maillard[57] s'est efforcée de développer une approche englobante des différents facteurs de cette vulnérabilité qu'elle qualifie d'anthropologique. Ainsi, selon cette auteure, « Si l'homme est un être vulnérable. C'est parce qu'il est : 1. Un être corporel et temporel [...] »[58] ; « 2. Un être relationnel [...] »[59] ; « 3. Un être dont l'existence est conditionnée [...] »[60]. Sur la première caractéristique, Nathalie Maillard rappelle que :

> « Nous vivons dans le temps et sommes soumis à la maladie et aux accidents, comme nous sommes soumis à la maturation et à la dégénérescence. Nos capacités humaines ne sont donc pas toujours disponibles et elles s'abîment, à des degrés divers, avec le temps. Elles peuvent aussi être confisquées par la maladie[61]. »

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

> « les théoriciens de la vulnérabilité veulent construire une anthropologie fondée sur le lien à l'autre. Il s'agit ici d'insister non seulement sur le fait que la vie humaine peut être mise en danger, déstabilisée ou détruite par l'action d'autrui (ou par ses omissions, sur le plan

52 J. Anderson et A. Honneth, « Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice », in J. Christman et J. Anderson (dir.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays*, Cambridge University Press, 2005, p. 129.

53 Pour ne citer que son ouvrage fondateur : C. Gilligan, *Une voix différente : pour une éthique du care*, trad. A. Kwiatek revue par V. Nurock, présentation par S. Laugier et P. Paperman, Flammarion, Champs essais, 2008, 284 p. ; v. aussi la nouvelle éd. *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, présentation F. Brugère, Flammarion, Champs, 2019, 283 p.

54 J. Tronto, *Un monde vulnérable : pour une politique du care*, traduit de l'anglais par Hervé Maury, 2009, La Découverte, 238 p.

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

56 C. Ibos, « Éthiques et politiques du *care*. Cartographie d'une catégorie critique », *op. cit.*, p. 187.

57 N. Maillard, *La vulnérabilité, une nouvelle catégorie morale ?*, Genève, Labor et Fides, coll. Le champ éthique, 2011, 386 p.

58 N. Maillard, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit.*, p. 38.

59 *Ibid.*, p. 39.

60 *Ibid.*, p. 41.

61 *Ibid.*, p. 38.

affectif notamment) mais aussi sur le fait qu'elle ne peut se maintenir ni se développer sans la présence des autres personnes[62]. »

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

« de ce qui est hors d'elles ; un environnement naturel viable, des ressources matérielles (nourriture, abri), du travail, des soins médicaux, des relations pacifiées avec les autres. La présence de ces conditions rend la vie, en tant que vie humaine, possible. Leur absence est au contraire un facteur vulnérant[63]. »

À ce stade, il est utile de souligner deux conséquences, sur la représentation de l'homme, de cette considération d'une vulnérabilité partagée, commune, universelle, ontologique ou encore anthropologique. La première est qu'elle amène à penser cette caractéristique en termes de degrés, d'intensité – non seulement d'un sujet à l'autre mais aussi, pour un même sujet, d'un moment de sa vie à l'autre. La notion s'inscrit ainsi dans le cadre d'une anthropologie que Jean-Louis Genard a qualifiée de « conjonctive »[64], en opposition à l'anthropologie « disjonctive »[65] qui partageait les êtres en catégories antinomiques (capables/incapables ; responsables/irresponsables). Le passage de l'une à l'autre approche aurait débuté au tournant des XIX^e^ et XX^e^ siècle et se serait accentué dans les décennies récentes[66]. Ce nouveau regard amènerait à percevoir l'homme selon un « *continuum* anthropologique » : « Toujours vulnérable (et appelant donc attention et sollicitude), mais jamais totalement démuni (et exigeant donc rappel à la responsabilité et à la reprise en main de soi) »[67]. Par ailleurs, la prise en compte de la vulnérabilité anthropologique amène à distinguer les cas dans lesquels cette vulnérabilité reste une potentialité et les cas dans lesquels elle devient « actuelle » ; Nathalie Maillard relève ainsi que si, « nous sommes tous, eu égard à la fragilité anthropologique, potentiellement vulnérables, certains d'entre nous vivent cependant des situations de vulnérabilité actuelles ou effectives : les personnes malades ou les très jeunes enfants, par exemple »[68]. Dans un registre proche, Marie Garrau évoque une « intensification »[69] de la vulnérabilité ; si l'on reprend l'approche d'Axel Honneth, l'être humain est vulnérable au déni de reconnaissance ; un tel déni intervient-il que sa vulnérabilité en est intensifiée. La « blessure » est advenue, accroissant encore la vulnérabilité du sujet. On peut d'ores et déjà se demander si l'action du droit ne consistera pas précisément à essayer d'éviter une telle intensification de la vulnérabilité, qui résiderait dans la réalisation de la blessure.

---

62 N. Maillard, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit.*, p. 39.

63 *Ibid.*, p. 41.

64 J.-L. Genard, « Une réflexion sur l'anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et la souffrance », in T. Périlleux et J. Cultiaux (dir.), *Destins politiques de la souffrance*, éd. Érès, coll. Sociologie clinique, 2009, p. 28.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*, p. 33.

67 *Ibid.*, p. 36.

68 N. Maillard, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit.*, p. 37.

69 M. Garrau, « Regards croisés sur la vulnérabilité. "Anthropologie conjonctive" et épistémologie du dialogue », *op. cit.*, p. 146.

Enfin, cette approche de la vulnérabilité anthropologique interpelle aussi les conceptions juridiques classiques en ce qu'elle amène à réévaluer la notion d'autonomie, centrale dans la théorie du sujet de droit[70]. La réflexion philosophique a mis en avant cette notion de vulnérabilité précisément en réaction au « sujet à la fois abstrait et arbitrairement supposé autonome, soit sans inscriptions sociales »[71] des éthiques morales et politiques classiques. Le caractère désincarné et en définitive illusoire de l'individu placé dans la position originelle du voile d'ignorance de John Rawls est particulièrement visé. On l'a vu, les éthiques du *care*, et les approches philosophiques de la vulnérabilité en général, invitent à repenser l'autonomie à la lumière de cette caractéristique humaine fondamentale. L'autonomie ne s'oppose plus à la vulnérabilité, mais doit se réaliser à partir d'elle, grâce au soutien apporté aux capacités/capabilités de chacune et chacun. Une telle perspective amène à repenser le statut et les modalités de protection des personnes dites incapables en droit, comme plus généralement la liberté décisionnelle accordée à l'individu dans certaines situations de grande vulnérabilité. Par exemple, relève Nathalie Maillard, « Il n'y a pas […] de rapport simple et nécessaire qui irait de la prise en considération de la vulnérabilité à l'interdiction de l'euthanasie. Une demande de mort n'est pas nécessairement inauthentique parce que la personne qui la formule est affaiblie ou souffrante »[72]. Dans le cadre actuel, la société attend une solution de droit à ce type d'enjeu éthique, solution qu'elle sollicite le cas échéant du juge à défaut de prise de décision du législateur. On verra précisément que la Cour constitutionnelle italienne, saisie de cette question de l'aide à mourir, a mobilisé la catégorie de la vulnérabilité, pour y apporter une solution nuancée[73].

Pour compléter ces quelques remarques sur l'approche philosophique de la vulnérabilité, on mentionnera le travail de Marie Garrau. Cette auteure fait dialoguer les approches philosophique et sociologique de la notion, en vue d'un enrichissement réciproque. Des théories philosophiques, elle retient la possibilité d'« une théorie politique alternative au libéralisme rawlsien : une théorie politique fondée sur la reconnaissance de la vulnérabilité fondamentale des êtres humains et visant à y répondre »[74]. Elle relève cependant que les théories sociologiques permettent de tenir compte de l'inégale distribution de la vulnérabilité au sein de la société et des différenciations dans son vécu ; la considération de cette autre dimension est tout aussi indispensable à une théorie politique visant à répondre à la question des vulnérabilités. Marie Garrau est ainsi amenée à appréhender la vulnérabilité « sous ces deux aspects : a) comme une structure d'existence commune – nous dirons ici en tant que "vulnérabilité fondamentale" ; b) dont l'intensité peut s'accroître de manière inégalitaire dans certains contextes sociaux sous l'effet de processus sociaux spécifiques – nous parlerons alors de "vulnérabilités problématiques" »[75]. Cette perspective paraît particulièrement féconde et amène à présenter les approches sociologiques des vulnérabilités qualifiées par Marie Garrau de « problématiques ».

---

70 B. Melkevik, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », *Rev. Fac. Direito UFMG,* Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018, p. 153-186.

71 C. Ibos, « Éthiques et politiques du *care*. Cartographie d'une catégorie critique », *op. cit.*, p. 182.

72 N. Maillard, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit.,* p. 65.

73 Voir *infra*, chapitre 2, section 1.

74 M. Garrau, *Politiques de la vulnérabilité*, Paris, CNRS Éditions, 2018, 368 p. ; réed., CNRS éd., coll. Biblis, 2023, 505 p. (p. 47 de l'édition de 2023 pour la citation).

75 *Ibid.*, p. 49.

B. Les approches de la vulnérabilité en sociologie

Sans qu'il s'agisse d'un usage exclusif, la notion de vulnérabilité se retrouve particulièrement dans les travaux sur la protection sociale et la question sociale en général. Le terme tend à en supplanter d'autres, considérés comme n'étant pas/plus opérationnels, ceux de nouvelle pauvreté, de précarité ou surtout celui d'exclusion, qui avait été très en vogue à la fin des années 1980 et dans les années 1990. Il nous semble toutefois qu'il existe un décalage partiel entre les conceptions et le registre sémantique des auteurs de sociologie d'une part, et le langage de l'action publique dont dépend directement le langage du droit (positif) d'autre part. En effet, si les termes précités de précarité et d'exclusion semblent considérés comme dépassés dans le premier cas, on les rencontre encore assez fréquemment dans le langage politique et dans les textes juridiques. Pour ce qui est de la réflexion sociologique, la cause majeure du déclin de la notion d'exclusion semble avoir résidé dans le fait qu'elle fonctionne sur le mode de l'antinomie (inclus/exclus) ; autrement dit, elle présente ce caractère « disjonctif » de moins en moins en phase avec les « coordonnées anthropologiques »[76] du moment, selon la démonstration déjà évoquée de Genard. Pour le sociologue Marc-Henry Soulet[77], le succès de la notion de vulnérabilité tiendrait alors dans trois ordres de raison complémentaire.

Tout d'abord, la réforme de l'État social dans les social-démocraties européennes et nord-américaines a fait émerger une solidarité de responsabilisation. Ce mode d'action publique correspond bien pour sa part au caractère conjonctif de la vulnérabilité, en ce qu'il tient compte des risques auxquels est exposé l'individu sans lui dénier pour autant toute capacité d'action. Ensuite, toujours selon M. Soulet, « il existe un lien fort entre le fait que la vulnérabilité se soit imposée comme grille de lecture dominante des situations sociales problématiques et le fait que la société contemporaine ait placé l'incertitude et le risque au centre de notre représentation du monde et de notre action sur celui-ci »[78]. Or, l'exposition au risque entraîne la vulnérabilité. Enfin, le sociologue avance un troisième ordre de raison, à titre plus hypothétique, qui résiderait dans « un alliage (et non une alliance), [...], entre, d'une part, une vulnérabilité promue comme réalité intrinsèque du monde social appelant à reconnaître le *care* comme le fondement d'un nouvel ordonnancement politique et moral du monde [...] et, d'autre part, la montée d'un registre compassionnel au sein de l'État social promoteur d'un nouvel ordre protectionnel en direction des plus fragiles socialement, fondant des politiques sociales de la décence dans lesquelles le prendre soin devient une référence nodale »[79].

Si les raisons du passage d'un paradigme à un autre sont plurielles, il reste à définir, celui, nouveau, de vulnérabilité. Dès lors que la vulnérabilité est l'exposition à un risque de blessure, la prédominance de son usage sociologique dans le champ des politiques sociales pourrait conduire à

---

76 J.-L. Genard, « Une réflexion sur l'anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et la souffrance », *op. cit.*, p. 27.

77 À l'occasion de la recherche dont est issu le présent ouvrage, le professeur Marc-Henry Soulet a dispensé par zoom une conférence à destination de l'équipe de recherche, le 7 décembre 2021.

78 M.-H. Soulet, « Les raisons d'un succès. La vulnérabilité comme analyseur des problèmes sociaux contemporains », in A. Brodiez-Dolino, I. Von Bueltzingsloewen, B. Eyraud, C. Laval et B. Ravon, *Vulnérabilités sanitaires et sociales. De l'histoire à la sociologie*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 60.

79 *Ibid.*, p. 63.

penser qu'elle se définit ici comme l'exposition au risque de pauvreté. On s'en doute, une telle approche est simpliste : elle ne tient pas compte de l'intrication des facteurs exposant à la pauvreté et, au-delà, à la désaffiliation. « Désaffiliation » : nous reprenons ici le terme promu par Robert Castel et défini par lui comme « rupture de lien sociétal »[80]. Castel est en effet l'un des sociologues français le plus souvent cités pour son approche de la vulnérabilité. Il a été l'un des premiers à questionner le terme d'exclusion, « mot-valise »[81] dépourvu selon lui de portée analytique en raison de « l'hétérogénéité de ses usages »[82]. En outre, dire de personnes qu'elles sont exclues renvoie à un « état », dissimulant que cet état est « l'aboutissement de *trajectoires* différentes »[83], trajectoires faites « d'une série de décrochages par rapport à des états d'équilibre antérieurs plus ou moins stables, ou instables »[84]. Autrement dit, la notion ne permet pas d'analyser l'essentiel, à savoir les processus à l'œuvre dans la désaffiliation. Enfin, l'exclusion clive : il y a les « in » et les « out » alors qu'« il importe de reconstruire le *continuum* des positions qui relient les "in" et les "out", et de ressaisir la logique à partir de laquelle les "in" produisent des "out" »[85].

Pour conduire cette nécessaire analyse, Castel met donc en avant deux axes complémentaires d'intégration des individus à la société : l'insertion par l'occupation d'un emploi stable salarié (avec les protections et droits progressivement arrimés à ce statut salarial au cours du XX^e siècle) d'une part, et l'insertion relationnelle (protection rapprochée liée à la famille, au voisinage, à la communauté…) d'autre part. En croisant les deux axes, on obtient les sphères de vie sociale qui sont l'intégration et la désaffiliation, ainsi que la vulnérabilité et l'assistance. Ainsi, « la zone d'intégration signifie que l'on dispose des garanties d'un travail permanent et que l'on peut mobiliser des supports relationnels solides ; la zone de vulnérabilité associe précarité du travail et fragilité relationnelle ; la zone de désaffiliation conjugue absence de travail et isolement social »[86]. La zone d'assistance caractérise pour sa part des personnes éloignées de l'emploi stable, mais entourées de proches : elles sont dépendantes de l'assistance sans être isolées socialement. Si l'on en revient à la vulnérabilité, qui nous intéresse plus particulièrement, elle est une zone de fragilisation, précédant la potentielle désaffiliation – la « blessure » proprement dite, si l'on reprend cette image. Or, Castel décrit la montée d'une « vulnérabilité de masse », avec le chômage de masse et la précarisation des statuts d'emploi, privant l'individu des protections attachées au salariat. Critique des politiques de lutte contre l'exclusion, qui interviennent *a posteriori* sur des publics cibles, auxquels elles apportent des « bouffées d'oxygène » sans régler leur problème de déficit de protections, Castel préconise d'intervenir en amont, « puisque le sort des "exclus" se joue pour l'essentiel avant qu'ils ne basculent »[87].

---

80 R. Castel, « De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle », in J. Donzelot (dir.), *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Esprit, 1991, p. 139.

81 R. Castel, « Les pièges de l'exclusion », *Lien social et politiques*, n° 34, automne 1995, p. 13. Voir aussi R. Castel, « Cadrer l'exclusion », in S. Karsz (dir.), *L'exclusion, définir pour en finir*, Paris, Dunod, 2000, p. 35-60.

82 R. Castel, « Les pièges de l'exclusion », *op. cit.*, p. 13.

83 *Ibid.*, p. 14.

84 *Ibid.*, p. 15

85 *Ibid.*

86 R. Castel, « De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle », *op. cit.*, p. 148.

87 R. Castel, « Les pièges de l'exclusion », *op. cit.*, p. 16.

Sans être exclusive, l'approche de Castel permet de mettre en avant l'intérêt des conceptions sociologiques de la vulnérabilité, en particulier ce en quoi elles vont concerner le droit : la vulnérabilité correspond à une nouvelle représentation de certains phénomènes sociaux, laquelle doit influer sur les modalités d'action vis-à-vis de ces derniers. Autrement dit, elle devient une « catégorie de l'action publique »[88], et va donc se traduire par des réglementations – et des pratiques administratives. À cet égard, l'approche sociologique de la vulnérabilité fait ressortir la nécessité d'agir sur la diversité de ses causes et de ses dimensions. Elle implique aussi, on l'a vu avec Robert Castel, ce que Marc-Henry Soulet appelle un élargissement de « l'empan temporel »[89] de l'action publique. Si elle regarde l'individu vulnérable comme apte à agir lui-même contre le risque de désaffiliation, moyennant des soutiens, elle l'expose en revanche au risque d'une responsabilisation excessive en cas d'échec. Ce risque est unanimement souligné, et pointe l'ambivalence potentielle du discours sur l'autonomie de l'individu vulnérable, qui peut conduire à une minimisation de ses difficultés réelles. Les politiques dites d'activation doivent ainsi véritablement apporter au sujet les soutiens indispensables à sa re-capacitation. On mentionnera en outre que, si de nombreux auteurs soulignent ce risque sans récuser la notion, la professeure Hélène Thomas en a fait au contraire une critique véhémente[90]. Dans son ouvrage *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, elle s'attache à « cerner l'espace sémantique de la vulnérabilité et des termes associés »[91] puis à montrer « que l'entrée dans les jargons experts et scientifiques de ces mots flous s'est opérée au moment même où la prise en charge des pauvres par les démocraties changeait de nature, de fondement et de visée »[92] ; pauvres qui feraient désormais « l'objet de technologies disciplinaires, biopolitiques et de contrôle »[93]. S'il n'est pas utile ici d'entrer dans le détail des arguments de cette auteure[94], il fallait mentionner le rejet que suscitait aussi le paradigme de la vulnérabilité. Plus souvent considérée avec prudence[95], ou pleinement appropriée, cette notion de vulnérabilité a néanmoins acquis une place importante dans le champ sociologique, qui se penche préférentiellement sur les vulnérabilités dites problématiques par Marie Garrau, ou situationnelles et conjoncturelles. En cela, l'usage qui en est fait par les sociologues se rapproche de celui, moins généralisé toutefois, que l'on trouve aussi chez les historiens.

88 M.-H. Soulet, « La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique », *Pensée plurielle*, 2005, vol 2, n° 10, p. 49-59 ; A. Brodiez-Dolino, « La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publiques », *Informations sociales,* 2015/2 (n° 188), p. 10-18.

89 M.-H. Soulet, « Vulnérabilité et prévention : de quelques enjeux sociologiques », in M. Bonnefoy et *al.*, *Quelle prévention universelle et ajustée à la vulnérabilité ?*, Érès, coll. 1001 et +, 2022, p. 15.

90 H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éd. du Croquant, coll. Terra, 2010, 254 p. ; *id.*, « Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. », préc.

91 H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, *op. cit.*, p. 245.

92 H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, *op. cit.*, p. 245-246.

93 *Ibid.*, p. 247.

94 Pour une présentation de cette critique et des objections à celle-ci, v. M. Garrau, *Politiques de la vulnérabilité*, *op. cit.*, p. 39-41.

95 M.-H. Soulet, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », in L. Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 7-27.

C. Les approches de la vulnérabilité en histoire

Selon Axelle Brodiez-Dolino[96], directrice de recherche au CNRS, les historiens utilisent la notion de vulnérabilité sans pour autant la revendiquer ou s'employer à la systématiser. Toutefois, un important article de 2005, publié dans les *Annales de démographie historique*, s'approprie le terme : il est intitulé « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? »[97]. Patrice Bourdelais y fait le constat d'une utilisation croissante de l'expression « populations vulnérables », concernant alternativement des populations menacées par des catastrophes naturelles et des populations menacées de maladies graves, notamment en raison de la pauvreté ; il fait remonter cet usage à deux décennies. Ce constat fait, Bourdelais se réfère à un article de 1758 de Süssmilch, article s'efforçant d'analyser les raisons de la mortalité exceptionnellement élevée de l'année 1757 dans les régions de Prusse et de Poméranie. Süssmilch y expose les maladies impliquées et les personnes frappées : souvent pauvres, exposées du fait de leur métier au froid, sans protection pour faire face à une augmentation des prix, touchées alors par un stress qui affaiblit encore leur état… Au terme de ce processus de fragilisation, « un petit coup renverse aussitôt la personne », explique l'auteur, formule expressive reprise comme sous-titre de l'article de Bourdelais. On comprend par elle le rapprochement fait entre un terme d'usage récent et une situation du XVIII^e^ siècle : c'est que Süssmilch décrit précisément, remarque Bourdelais, « les principaux mécanismes de la vulnérabilité économique et sociale ainsi que les conséquences qu'ils entraînent »[98]. Peu après, en 2008, l'Agence nationale de la recherche publie un appel à projets sur le thème « Vulnérabilités : à l'articulation du sanitaire et du social ». Deux projets en histoire sont retenus[99], qui contribueront donc à ancrer en France la recherche historique sur la notion.

Sans entrer dans le détail de ces travaux, on peut faire trois remarques sur l'emploi des termes « vulnérable » et « vulnérabilité » par les historiens. Première remarque, les travaux en cause décrivent des processus à l'œuvre bien avant que ces termes ne soient à la mode – c'est toute la démonstration faite dans l'article de Patrice Bourdelais, quand il cite Süssmilch. Autrement dit, ils permettent de montrer que la chose y était, à défaut du mot. En cela, appliquer la notion à un contexte historique antérieur à son usage ne relève pas d'un anachronisme, lequel consisterait à attribuer à une époque ce qui appartient à une autre. L'on pouvait déjà au demeurant en faire le constat avec les travaux sociologiques. Si l'on reprend l'exemple des travaux de Robert Castel, ils montrent bien que les formes de protection de l'individu et de son intégration à la société ont varié depuis le Moyen Âge, mais qu'en être éloigné a exposé au fil du temps à une même vulnérabilité. Les mécanismes de désaffiliation et leurs logiques ont évolué mais la vulnérabilité, quant à elle, est demeurée. Ce rappel

96 À l'occasion de la recherche dont est issu le présent ouvrage, Madame Brodiez-Dolino a dispensé par zoom une conférence à destination de l'équipe de recherche, le 25 décembre 2022.

97 P. Bourdelais, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *ADH*, 2005/2, n° 110, p. 5-9.

98 P. Bourdelais, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *op. cit.*, p. 6.

99 Projet « Les philanthropes en Europe et la vulnérabilité sociale (1880-1920) », coordonné par C. Topalov ; projet « Un siècle de vulnérabilités sociales et sanitaires : formes et traitement de la précarité à Lyon au XX^e^ siècle », coordonné par Axelle Brodiez-Dolino.

de l'approche sociologique permet de souligner, au titre d'une deuxième remarque sur l'approche historique de la vulnérabilité, la proximité des populations et des phénomènes sociaux étudiés dans les deux cas. En effet, qu'il s'agisse d'histoire de la démographie, d'histoire de la santé ou d'histoire sociale, les thématiques sont proches de celles de la pauvreté, de la précarité, objets de prédilection des travaux sociologiques sur la vulnérabilité. Enfin, comme dans ces derniers, mais aussi comme dans l'approche philosophique dominante, il ressort de l'approche historique que « la vulnérabilité des personnes est rarement due à une caractéristique intrinsèque »[100]. Citant deux contributions sur la protection de l'enfance abandonnée, Patrice Bourdelais relève ainsi que « la vulnérabilité [...] dépend du contexte social et culturel dans lequel ils vivent »[101]. On voit donc apparaître des invariants, dont il faudra se demander s'ils sont remis en cause ou confirmés par le droit au terme de notre recherche. À ce stade, il est nécessaire de faire une brève présentation de l'émergence de la thématique de la vulnérabilité dans ce champ juridique, dont la particularité implique de devoir distinguer le droit positif lui-même de la science juridique doctrinale.

§ 3. Vulnérabilité, droit positif français et science juridique

Dans le domaine du droit, Laurence Burgorgue-Larsen mentionne « les études pionnières »[102] de l'Américaine Martha Fineman, qui a consacré au sujet un important article paru en 2008[103], auquel fait suite un ouvrage dans lequel différents auteurs discutent sa thèse[104]. Car, il s'agit bien d'une « thèse de la vulnérabilité » que défend Fineman, à partir de laquelle elle propose de penser à nouveau l'État et les institutions. Son approche de la vulnérabilité est présentée comme alternative à la traditionnelle analyse en termes d'égale protection[105]. Elle commence donc par critiquer l'approche traditionnelle de l'égalité dans le droit américain, qu'elle qualifie de formelle[106], mais aussi la culture d'un État restreint ou bridé (*restrained State*)[107]. Notant ensuite que le qualificatif de vulnérable désigne usuellement des catégories stigmatisées, elle propose au contraire de penser la vulnérabilité comme une caractéristique commune, dont la prise en compte devrait justifier l'établissement d'un État plus (ré)actif (*responsive State*) et responsable[108]. Le travail de Fineman ne consiste donc en aucun cas en une analyse de l'utilisation de la vulnérabilité par le droit. Il s'agit d'une réflexion à l'intersection du droit et de la philosophie politique, raison pour laquelle il présente des proximités évidentes avec des travaux philosophiques déjà cités (l'auteure faisant elle-même référence à Martha Nussbaum[109],

100 P. Bourdelais, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *op. cit.*, p. 6.
101 *Ibid.*, p. 7.
102 L. Burgorgue-Larsen, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014, p. 240.
103 M. A. Fineman, « The Vulnerable subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, 2008, p. 8; *Emory Public Law Research Paper* No. 8-40 (nous citons cette version).
104 M. A. Fineman, A. Grear (dir.), *Vulnerability. Reflections for a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, Ashgate, 2013, 236 p.
105 M. A. Fineman, « The Vulnerable subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*, p. 1.
106 *Ibid.*, p. 2-5.
107 *Ibid.*, p. 5-8.
108 *Ibid.*, p. 8 et s.
109 Voir p. 14, note 39.

mais aussi à Judith Butler[110] – pour s'en distancier dans les deux cas) ; ces points communs résident dans la prise en compte d'une vulnérabilité ontologique et dans la volonté de penser les institutions à partir de l'individu vulnérable en lieu et place « du sujet autonome et indépendant affirmé par la tradition libérale »[111]. En cela, ce travail se différencie des recherches menées à ce jour sur la vulnérabilité en France.

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

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

> « Dans la législation nationale transposant les dispositions du chapitre II relatives aux conditions matérielles d'accueil et aux soins de santé, les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés de mineurs et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle[115]. »

---

110 Voir p. 12, note 31.

111 *Ibid.*, p. 2.

112 A. Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 18/2020, p. 31.

113 Cité par A. Cerf-Hollender, *ibid.*

114 Voir par ex. articles L. 225-13 du Code pénal, L. 225-14, L. 225-14-2.

115 Article 17, 1. de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres.

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

La diffusion de la notion opère donc par différents canaux. Elle peut intervenir par réception du droit européen, comme dans le cas de l'asile, exemple auquel on pourrait ajouter la reprise par des juges internes de la notion de vulnérabilité largement employée par la Cour européenne des droits de l'homme[122]. Elle peut aussi intervenir par sédimentation interne, une première référence en appelant une autre, sous l'influence d'un climat intellectuel de plus en plus sensible à la notion. Le rôle légitimant de précédentes références a par exemple joué à l'occasion d'une réforme opérée par une loi du 24 juin 2016[123], qui a permis d'introduire dans la législation française un vingt et unième critère de discrimination, celui fondé sur la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique de la personne. Une telle évolution avait été préconisée par le monde associatif, en particulier par

116 Chapitre IV de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

117 Respectivement articles 23, 24 et 25 de la directive du 26 juin 2013.

118 Article 22 de la directive du 26 juin 2013.

119 Voir L. De Bauche, *La vulnérabilité en droit européen de l'asile : une conceptualisation en construction. Étude en matière d'accueil des demandeurs d'asile*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit de l'ULB, 2012, p. 3-4.

120 Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile et décret n° 2015-1166 du 21 septembre 2015 pris pour l'application de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.

121 Voir *infra*, chapitre 2 du rapport.

122 Voir *infra*, chapitre 2 du rapport.

123 Loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, *JO* n° 147 du 25 juin 2016, texte 1.

ATD Quart-Monde, qui avait constaté que des préjugés ancrés à l'encontre des personnes en situation de précarité se traduisaient fréquemment par des comportements discriminatoires (refus de location, de soins, d'inscription dans les cantines…)[124]. Il avait aussi été constaté que certains pays prohibaient déjà les discriminations fondées sur la fortune, l'origine sociale, ou la situation sociale[125]. La réforme française résulte d'une initiative législative sénatoriale, laquelle visait initialement les situations de « précarité sociale ». Cette notion a été considérée comme imprécise par le rapporteur de la loi, qui a proposé de lui substituer celle de vulnérabilité, en ce qu'elle était déjà connue du droit pénal spécial, lequel se réfère à la vulnérabilité à raison de la situation sociale ou économique[126] ; il a donc été suivi. Pour notre recherche, il est donc intéressant de voir se confirmer que le champ pénal est un domaine privilégié de référence à la vulnérabilité par la loi, et que la présence de la notion a une fonction de légitimation pour de nouvelles utilisations.

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

L'accroissement des occurrences de ces vocables ne peut que renforcer le constat déjà fait en 2019 par François-Xavier Roux-Demare, à savoir que « les situations ou les contextes de vulnérabilité sont divers et hétéroclites »[130]. La notion concerne d'abord, bien évidemment, la personne physique. Les facteurs de vulnérabilité sont, comme déjà signalé à propos du domaine pénal, parfois indéterminés, parfois spécifiés : le code de l'action sociale et des familles traite par exemple de la maltraitance « envers une personne majeure en situation de vulnérabilité du fait de son âge ou de son handicap »[131], ou envers les « enfants protégés ayant une double vulnérabilité en raison de leur handicap et de

124 ATD Quart Monde France et ISM Corum, *Discrimination et pauvreté. Livre blanc : analyse, testings et recommandations*, octobre 2013, 72 p.

125 D. Roman, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *Rec. D.*, n° 28, 2013, p. 1911-1918.

126 Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Yannick Vaugrenard et plusieurs de ses collègues visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, par M. Philippe Kaltenbach, Sénat, 10 juin 2015, p. 21-22.

127 F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, p. 620.

128 Dernière mise à jour le 22 juillet 2024, recherche effectuée à partir du site Legifrance.

129 La catégorie des « textes consolidés » sur lesquels la recherche a été faite sur Legifrance comprend les lois, ordonnances, décrets et arrêtés.

130 F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *op. cit.*, p. 622.

131 Article L. 119-2 du CASF, issu de la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie.

la protection de l'enfance »[132]. Toutefois, la personne physique est loin d'être la seule concernée, ce que démontrent les quelques exemples qui suivent. Ainsi, le code des assurances se réfère à la vulnérabilité d'un « bien ou d'une activité »[133] aux risques naturels ; le code de la consommation, à la « situation de vulnérabilités connues dans le logiciel ou le matériel »[134] à propos des contrats de fourniture de services de communication électroniques ; le code de la Défense, à la « vulnérabilité des populations ou des équipements principaux »[135] à propos de la mise en garde ; le code de l'énergie, au « niveau de vulnérabilité des consommateurs »[136] à propos des ordres de délestage en matière de consommation de gaz naturel ; le code forestier, à des « facteurs particuliers de vulnérabilité, tels que la sécheresse du climat, la violence des vents, etc. »[137], à propos des risques d'incendie ; le code des postes et des communications électroniques, à la « vulnérabilité des systèmes d'information »[138] à propos de la prévention des menaces affectant les systèmes d'information ; ou encore le code de l'environnement, à « la vulnérabilité des habitats naturels et habitats d'espèces »[139] à propos des trames vertes et bleues ayant pour objectif d'enrayer la perte de biodiversité… Sans plus multiplier les exemples, on constate que le langage de la loi reflète la diversité de l'emploi du terme dans les différents champs du savoir, soulignée dans l'ouverture de cette introduction. Il semble malgré tout que le plus grand nombre de références à la vulnérabilité de la personne physique se trouve toujours dans le Code pénal. En revanche, les termes vulnérable et vulnérabilité n'ont toujours pas fait leur entrée dans le Code civil.

Cette absence du Code civil contraste avec les usages doctrinaux. Il est en effet devenu courant de traiter la question des majeurs protégés en les qualifiant de personnes vulnérables, en l'absence, donc, de cette qualification dans la loi. Rappelons à cet égard que l'article 425 du Code civil prévoit un régime de protection à l'égard de « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »[140]. Impossibilité de pourvoir à ses intérêts et/ou empêchement d'exprimer sa volonté : on est donc bien face à une atteinte à l'autonomie décisionnelle de la personne, qui constitue le champ privilégié de la vulnérabilité selon l'approche philosophique. Il n'est dès lors pas étonnant que ce nouveau paradigme soit considéré comme adéquat pour décrire les situations en cause, et par conséquent employé par les thèses,

132 Article L. 312-4, 6° du CASF.
133 Article L. 125-6 du code des assurances.
134 Article D. 224-58, 4° du code de la consommation.
135 Article L. 2141-1 al. 2 du code de la Défense.
136 Article L. 434-2, al. 3 du code de l'énergie.
137 Article R 132-1 du code forestier.
138 Article R 9-12-4 du code des postes et des communications électroniques.
139 Article L. 371-1, I, 1° du code de l'environnement.
140 Article 425 du Code civil, dans sa rédaction en vigueur depuis le 1er janvier 2009 et résultant de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

ouvrages[141] et rapports[142] les plus récents sur le sujet. La question était évidemment abordée dans l'étude du professeur Xavier Lagarde sur *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, parue dans le rapport d'activité 2009 de la Cour de cassation[143]. Cette recherche a fait date, compte tenu de son ampleur comme de sa publication au sein d'une source de doctrine « officielle », signalant l'intérêt de la Cour suprême concernée pour la notion. Elle n'était cependant pas la première sur le sujet.

Un premier ouvrage intitulé *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit* paraît en effet dès 2000[144]. Il est vrai cependant que l'intérêt doctrinal pour la question s'intensifie nettement à partir des années 2010. On signalera en particulier les ouvrages *La vulnérabilité et le droit* de 2010[145] ; *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, de 2010 aussi[146] ; *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne* de 2014[147], ou encore *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, de la même année[148]. À côté de ces premières approches, qui restent générales, vont aussi paraître au cours de cette décennie 2010, des études plus spécifiques sur l'accès à la justice de la personne vulnérable[149], la vulnérabilité dans le contexte de la migration[150], ou encore sexe et vulnérabilité[151]. Quant aux thèses, elles tendent à privilégier une approche de la vulnérabilité par domaine du droit, comme celles précitées sur les majeurs protégés, à l'exception de la thèse soutenue par Gaëlle Lichardos en 2015 portant sur *Vulnérabilité et droit public : pour l'abandon de la catégorisation*[152]. Pour finir ce tour d'horizon, non exhaustif, on peut signaler un certain nombre de dossiers parus dans des revues juridiques : *Vulnérabilités*[153] ; *Vulnérabilité et droits fondamentaux*[154] ou encore *La vulnérabilité*[155].

---

141 M. Bougardier, *La protection durable de la personne vulnérable en droit civil,* Toulon, Thèse Université de Toulon, 2017 ; E. Pecqueur, L. Pecaut-Rivolier, *Protéger un majeur vulnérable,* Paris, Dalloz, 2018 ; G. Raoul-Cormeil, I. Maria, M. Rebourc, *Majeurs protégés : bilan et perspectives,* Paris, LexisNexis, 2020 ; M. Boudjemai, *Protéger le majeur vulnérable : tutelle, curatelle et autres mesures*, Paris, Éditions Sociales Françaises – ESF, 2021 ; J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 216, 2023.

142 A. Caron Déglise, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables,* Rapport de mission interministérielle, 2018, 108 p. + annexes.

143 Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation,* Rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2009, p. 73 et s.

144 F. Cohet-Cordet (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG, 2000.

145 V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La vulnérabilité et le droit*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke (mai 2009), Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2010, 142 p.

146 F. Rouvière (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

147 E. Paillet et P. Richard (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

148 L. Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, préc.

149 V. Donier, B. Lapérou-Schneider (dir.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Le Mans, L'Épitoge, 2016.

150 P. Mbongo, *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault, 2015.

151 F.-X. Roux-Demarre, *Sexe et vulnérabilité* [actes de la journée d'étude organisée par l'Université de Bretagne occidentale le 12 février 2016], Paris, Institut Varenne, 2017.

152 G. Lichardos, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse Toulouse, sous la direction de W. Mastor, dactyl., 2015

153 Dossier Vulnérabilités, Les Cahiers de la justice, #2019/4.

154 Actes du colloque des 19 et 20 avril à l'Université de La Réunion, *RDLF*, 2019 (en ligne : https://revuedlf.com/dossier/colloque-vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-19-20-avril-2018-universite-de-la-reunion/)

155 *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020 (disponible en ligne : https://doi.org/10.4000/crdf.6382).

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

Or, et c'est un autre constat au point de départ de la recherche, les études sectorielles, par branches du droit, ont été à ce jour privilégiées ; de nombreuses études se basent ainsi sur la juxtaposition d'études plus spécifiques sur la vulnérabilité dans les différents champs du droit, ou à partir d'un sujet donné (vulnérabilité du consommateur, vulnérabilité du patient, etc.). Il existe encore peu d'approche comparative du sujet, qu'il s'agisse de comparaison interne ou externe avec les droits étrangers. Pourtant, la montée en puissance de la notion de vulnérabilité se retrouve au-delà des frontières hexagonales et paraissait devoir rendre cette comparaison particulièrement féconde : cela explique le choix fait d'une étude comparative, tenant compte des droits européens, mais aussi des apports d'un autre pays proche de la France à bien des égards : l'Italie. Il convient à présent d'exposer plus précisément les objectifs, méthodes et problématiques de la recherche, non sans avoir cependant tirer quelques conclusions intermédiaires des approches de la vulnérabilité présentées dans cette première section : il en ressort en effet d'ores et déjà quelques invariants.

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

Au terme de ces premières approches, on peut relever l'existence de termes connexes à celui de la vulnérabilité, qui entretiennent un lien plus ou moins étroit avec la notion : risque, dépendance, autonomie, résilience, capacités ou capabilités… On l'a signalé au début de l'introduction, être vulnérable, c'est être exposé à une blessure, une atteinte, un coup, dans un sens propre ou figuré. La vulnérabilité

156 S. Moulay-Leroux, « Le contentieux stratégique : une tribune pour la voix des personnes vulnérables ? », in C. Boyer-Capelle et E. Chevalier (dir.), *Contentieux stratégiques. Approches sectorielles*, LexisNexis, 2021, p. 58.

157 L. Burgorgue-Larsen, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », *op. cit.*, p. 239.

158 F. Cohet-Cordet *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *op. cit.*, p. 9.

159 S. Bascougnano et S. Burdin, « Vulnérabilité et capacité d'action du grand âge. Quelques points de réflexion sociologique et juridique », *Journée d'études sur le vieillissement*, Jan 2011, Rennes, citées par B. Ennuyer, « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, medicine, and public health*, vol. 3, issue 3, July/Sept. 2017, p. 368.

renvoie donc d'abord et avant tout à un risque, dont la nature diffère selon le champ du savoir qui mobilise la notion : maladie physique ou mentale, défaut de reconnaissance de la part d'autrui, maltraitance, pauvreté et désaffiliation sociale, violation d'un droit, etc. C'est alors qu'entrent en jeu des protections et soutiens, eux aussi variables selon le domaine considéré, qui vont permettre de potentialiser les capacités de résistance et résilience de l'individu ; l'approche en termes de capabilités, développée par Amartya Sen et reprise par Martha Nussbaum, se révèle donc particulièrement congruente avec la notion. La mise en lumière de la vulnérabilité amène à cet égard à reconsidérer l'autonomie de l'individu, qui n'est pas indépendance, isolement et absence d'interférence de la part d'autrui, mais se déploie au contraire en fonction des capabilités, dans la relation à l'autre.

Cette dimension relationnelle est décisive et permet de conclure que la vulnérabilité n'est pas une propriété ou une caractéristique intrinsèque du sujet, pas plus que d'un groupe humain ou d'une population. Là, passe la ligne de partage entre vulnérabilité et fragilité. La première est extrinsèque au sujet vulnérable, elle « porte la marque du rapport à l'autre »[160] alors que la seconde est intrinsèque. « On dira d'un cendrier qu'il est fragile, mais pas vulnérable », relève Nathalie Maillard[161] ; il est constitutivement fragile. Au contraire, « la vulnérabilité survient toujours dans une dynamique et dans l'interaction entre la personne et son environnement au sens large »[162]. En outre, certaines situations renvoient à un cumul de facteurs vulnérabilisants. En médecine, une approche en termes de strates (*layers*) a ainsi été proposée[163] : ces couches ou strates ne font pas que s'additionner, elles interagissent. Cette question du cumul des vulnérabilités est soulignée dans toutes les disciplines ; Axelle Dolino-Brodiez propose aussi la formule d'intrication des facteurs de vulnérabilité. Enfin, la vulnérabilité peut s'intensifier ou décroître en fonction de l'évolution de la situation de la personne, de l'apparition de nouveaux facteurs vulnérabilisants ou au contraire du gain de nouvelles protections ou de nouveaux soutiens. La notion appelle donc une approche en termes de processus, de mécanismes, et par conséquent de possible réversibilité[164].

Tous ces éléments amènent en définitive à revenir sur la distinction, décisive quand la vulnérabilité désigne la personne humaine, entre vulnérabilité partagée/commune/universelle/ontologique/anthropologique et vulnérabilités spécifiques/situationnelles/contextuelles/problématiques. En réalité, les deux notions ne s'opposent pas mais sont au contraire complémentaires. En effet, la vulnérabilité anthropologique ne doit pas dissimuler une inégale répartition, dans la vie sociale, de l'exposition au(x) risque(s) ; certaines situations exposent donc plus à la blessure. Ce constat est à l'origine de l'approche par catégories : personnes malades ou handicapées, personnes âgées, mineurs, etc. Pourtant, cette approche par catégories tend à être rejetée, on l'a vu, en médecine, en philosophie, en sociologie comme chez certains juristes[165] : en effet, elle essentialise ce qui ne doit pas l'être, tendant à faire de la vulnérabilité une caractéristique nécessaire d'une population donnée. L'appréhension de catégories supposément

160 B. Ennuyer, « La vulnérabilité en question ? », *op. cit.*, p. 370.
161 N. Maillard, « À quoi sert la vulnérabilité ? Enjeux éthiques et politiques d'un concept émergent », *op. cit.*, p. 35.
162 B. Ennuyer, « La vulnérabilité en question ? », *op. cit.*, p. 370.
163 F. Luna, « Identifying and evaluating layers of vulnerability – a way forward », *Developing World Bioeth*, 2019, 19, p. 86-95.
164 C'est apparemment une des raisons pour lesquelles le terme de fragilité est préférée en gérontologie – le vieillissement étant un processus irréversible.
165 G. Lichardos, *La vulnérabilité en droit public: pour l'abandon de la catégorisation*, préc. ; L. Burgorgue-Larsen, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », *op. cit.*, p. 242.

vulnérables néglige qu'à situations sociales égales, des protections différenciées des individus concernés les éloignent ou les rapprochent de la vulnérabilité et des risques auxquels elle expose. Le droit positif, lui, nomme parfois certaines catégories ; on a vu par exemple que la loi pénale peut viser une personne dont la particulière vulnérabilité est due à l'âge, à la maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, etc. Cela s'explique au moins en partie par la nécessité d'un droit précis, éloignant le risque d'arbitraire – exigence particulièrement forte au demeurant en droit pénal. Quoi qu'il en soit, il est évident que le droit s'intéresse aux vulnérabilités spécifiques ou situationnelles, la vulnérabilité anthropologique étant trop large et indéterminée pour être saisie par des normes juridiques. Ces vulnérabilités sont corrélées à un risque d'atteinte aux droits de la personne, ce qui explique le choix de cet angle dans le cadre de notre recherche, dont il convient maintenant de présenter le champ, la problématique et la méthode.

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

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

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

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

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

de la vulnérabilité met en œuvre une double exigence, de « contextualisation »[167] d'une part, et de « particularisme et de singularisation »[168] d'autre part. Et d'ajouter que « cette double exigence [...] fait des juges, au demeurant, du fait de leur position institutionnelle et de leur pouvoir singularisant, les acteurs privilégiés du droit de la vulnérabilité »[169].

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

§ 2. Problématique de la recherche

Le projet visait à analyser, selon une approche comparative, la notion de vulnérabilité, telle qu'elle résulte des décisions de justice relatives aux droits fondamentaux de la personne et rendues par les Cours suprêmes (Cour de cassation et Conseil d'État) et les Cours constitutionnelles françaises et italiennes, et par les Cours européennes. Il s'agissait de répondre aux interrogations suivantes : quels sont les cas dans lesquelles la notion de vulnérabilité est mobilisée dans le raisonnement juridictionnel ?

---

167 L. Azoulai, « Sensible droit », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, p. 232.
168 *Ibid.*, p. 233.
169 *Ibid.*, p. 232.
170 D. Roman, « Rapport de synthèse », colloque *Vulnérabilité et droits fondamentaux* des 19 et 20 avril 2018 à l'Université de La Réunion, *RDLF*, 2019, chron. n° 19.
171 E. Paillet, « Avant-propos », in E. Paillet et P. Richard, *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, *op. cit.*, p. 2.
172 *Ibid.*, p. 4.
173 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.
174 X. Lagarde, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 56 (souligné par nous).

Une définition de la vulnérabilité plus précise ressort-elle de cette jurisprudence ? Ou n'a-t-on pas affaire à une notion essentiellement fonctionnelle, dont l'invocation servirait avant tout à déclencher un régime de protection renforcée – comme le suggère la Cour de Strasbourg quand elle affirme que, « dans le cas des personnes vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue »[175] ? Mais alors, ce renforcement de la protection est-il réel ou l'invocation de la vulnérabilité revêt-elle parfois un aspect purement rhétorique ?

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

Il s'est donc agi d'étudier de façon systématique la jurisprudence pour comprendre comment et avec quelles conséquences précises les juges mobilisent le concept de vulnérabilité. L'interrogation sous-jacente est en définitive de savoir pourquoi ce paradigme tend à s'imposer dans le champ de la protection des droits et libertés ou, comme l'écrit le professeur Azoulai, « Quelles sont [...] les "ressources analytiques" de ce concept pour la pensée du droit ? Que conduit-il à voir que les moyens et les catégories classiques ne permettent pas de voir ? »[176]. Le caractère généralisé de cette évolution consistant en une invocation croissante de la vulnérabilité de certains bénéficiaires de droits et libertés appelait logiquement une recherche comparative, dont il s'agit maintenant de préciser le champ.

§ 3. Champ de la recherche

Pour répondre à ces questionnements, l'approche comparative, à la fois horizontale (comparaison France – Italie) et verticale (comparaison avec la jurisprudence des Cours européennes) a paru indispensable et particulièrement pertinente. Le choix d'analyser, dans un domaine comme celui de la vulnérabilité, les décisions rendues par les Cours européennes (CEDH et CJUE), allait de soi. Ces Cours sont en effet sensibles à la protection des droits des personnes vulnérables. De plus en plus souvent, elles se réfèrent (directement ou par le biais d'expressions voisines) aux situations de vulnérabilité, pour imposer aux États des obligations positives spéciales de protection ou de prévention et donc pour considérer comme un facteur aggravant la violation de ces obligations[177].

Quant à la comparaison horizontale, la volonté de mener une analyse jurisprudentielle approfondie à l'échelle de toutes les juridictions supérieures (suprêmes et constitutionnelles) impliquait de limiter le nombre de pays retenus. Le choix a donc naturellement été fait de comparer

175 CEDH, 21 janvier 2014, *Zhou c/ Italie*, § 58 (souligné par nous).

176 L. Azoulai, « Sensible droit », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, op. cit.*, p. 232.

177 Le constat est unanime. Voir notamment S. Besson, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 73 et s. ; M. Rota, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020 (La vulnérabilité), p. 39 et s. ; F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit des jeunes*, 2015/5 n° 345-346, p. 38 et s. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que les ordres juridiques conventionnel et européen ont eu un impact important sur le développement de la notion d'effectivité de la protection des droits fondamentaux (sur l'influence de la jurisprudence UE et CEDH sur la protection des droits fondamentaux dans l'époque contemporaine, v., en langue italienne, M. Cartabia, « L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti" », *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, p. 537-568).

la situation française à celle de l'Italie, compte tenu de précédentes recherches mettant en œuvre une comparaison entre les deux pays et de la possibilité de mobiliser un réseau de chercheurs également familiers des deux systèmes[178]. Sur le fond, les travaux communs déjà mis en œuvre avaient confirmé la pertinence de cette comparaison entre les deux États, qui présentent à la fois des points de convergence importants, mais aussi des points de divergence intéressants et significatifs.

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

Précisons enfin que le choix a été fait de concentrer la recherche sur *la jurisprudence rendue à partir de l'année 2010*. Un créneau temporel plus large risquait de rendre le travail irréalisable ; plus restreint, celui retenu permettait en revanche de disposer d'un corpus jurisprudentiel significatif,

178 Ce projet s'inscrivait dans le prolongement d'une recherche collective réalisée dans le cadre de l'appel à projets « QPC 2020 », lancé par le Conseil constitutionnel à l'occasion des dix ans de la Question prioritaire de constitutionnalité. La recherche avait pour but d'évaluer l'efficacité de la QPC sous l'angle particulier de la protection des personnes en situation de vulnérabilité et selon une approche de droit comparé. Une synthèse de la recherche a été publiée dans la revue *Titre VII* (« La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? », *Titre VII* [en ligne], octobre 2020, hors-série (URL : https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-qpc-outil-efficace-de-protection-des-personnes-en-situation-devulnerabilite)). Le rapport final a été diffusé en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/projets-retenus-et-rapports-definitifs-qpc-2020. Une version enrichie des résultats a été publiée sous la forme d'un ouvrage en ligne : C. Severino et H. Alcaraz (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Confluence des droits [en ligne], Aix-en-Provence, DICE Éditions, 579 p. https://doi.org/10.4000/books.dice.8184.

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

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

portant en outre sur les données les plus récentes. L'année 2010 est au demeurant celle de l'entrée en vigueur de la QPC en France, tout comme l'année qui suit la fin de l'importante étude déjà citée, réalisée sous la direction du professeur Xavier Lagarde, concernant les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation[181]. Bien évidemment, cette analyse de la jurisprudence plus récente n'exclut pas que des renvois à des solutions antérieures soient réalisés, lorsqu'ils sont pertinents pour la compréhension des décisions rendues depuis 2010 (par exemple lorsque l'on enregistre un changement de jurisprudence important ou lorsqu'une décision marquante a été rendue dans le passé et reste d'actualité).

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 ont pour mission de contribuer à la protection des droits et libertés des personnes vulnérables. 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*[182] et le *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*[183]. Enfin, sur le plan européen, a été étudiée l'Agence des droits fondamentaux de l'UE (FRA)[184].

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

§ 4. Méthode de la recherche

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

Le cœur de la recherche a été constitué par l'analyse de la jurisprudence rendue à partir de l'année 2010 par les deux Cours européennes ainsi que, pour l'Italie et la France, par les Cours constitutionnelles et les Cours suprêmes administrative et judiciaire. Il s'agissait de recenser les cas dans lesquels la juridiction recourt à la notion de « vulnérabilité » / « personne vulnérable », ou

---

181 X. Lagarde, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009, préc.
182 L'Autorité nationale de garantie pour l'enfance et l'adolescence (https://www.garanteinfanzia.org/).
183 Le Garant national des droits des personnes privées de la liberté personnelle (https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/).
184 [https://fra.europa.eu/fr].

une notion proche, et d'en identifier les conséquences. Le but était donc de procéder à une étude jurisprudentielle ample, transversale et comparative, pour rechercher s'il s'en infère ou non une approche commune de la vulnérabilité.

Comme toute démarche comparative, l'étude a comporté deux principales étapes : celle du recueil des données propres à chaque système d'une part, celle de la mise en parallèle et de la comparaison proprement dite, d'autre part.

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

L'analyse jurisprudentielle a été complétée par une série d'entretiens auprès de juges et de représentants d'A.A.I. Ces entretiens, de type semi-directif, ont été réalisés par Laura Odasso, spécialiste des migrations. Il a paru en effet plus simple et cohérent de confier à une seule et même personne la totalité du volet sociologique de la recherche, complémentaire du volet juridique qui reste prédominant.

Quant au choix d'entretiens de type semi-directif, il visait à laisser un espace pour l'expression libre et spontanée des personnes interviewées, susceptible de faire surgir des orientations ou problématiques qui n'auraient pas été abordées dans la grille d'entretien. L'objet de ces entretiens était de procéder à une relecture pratique et critique des enseignements ressortant de l'analyse des sources de droit positif. Cette relecture a enrichi les réflexions, conforté certaines hypothèses et en a fait surgir d'autres. Elle irrigue donc l'ensemble du travail et fera l'objet de développements séparés dans la seconde partie de cet ouvrage.

Plan de l'ouvrage

Le présent ouvrage réunit les principaux résultats de la recherche. La **première partie** reproduit le rapport de synthèse réalisé par les trois porteuses du projet. Elle consiste en une analyse comparative et transversale entre les juridictions européennes, les juridictions nationales et les autorités administratives indépendantes italiennes et françaises, en procédant selon une distinction par type de juridiction. L'analyse jurisprudentielle couvre la période 2010-2023. La **seconde partie** réunit certaines des contributions par pays et par juridiction sur lesquelles la première partie s'appuie. Elles ont été, le cas échéant, actualisées à une date postérieure à 2023, précisée par l'auteur.

Partie 1

Étude comparative de la jurisprudence des Cours européennes, des Cours nationales et des décisions des Autorités administratives indépendantes*

Laurence Gay [1]
Laura Montanari [2]
Caterina Severino [3]

* La première partie de cet ouvrage est le fruit d'une réflexion et d'une conception communes aux trois responsables scientifiques de l'ouvrage, elle s'appuie sur les résultats de la recherche collective réalisée. La rédaction de cette partie a été subdivisée de la manière suivante : Laura Montanari a rédigé les parties relatives aux Cours européennes et aux Autorités administratives indépendantes ; Caterina Severino a rédigé les parties relatives aux Cours constitutionnelles et aux Cours de cassation ; Laurence Gay a rédigé la partie relative aux Conseils d'État et la conclusion.

1 Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.
2 Professeure à l'Université d'Udine.
3 Sciences Po Aix, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

Chapitre I
Le recours contrasté à la notion de vulnérabilité par les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Le point de départ de notre analyse devait naturellement être constitué par la jurisprudence supranationale sur la vulnérabilité. Cela devait permettre de prendre en compte ses répercussions au niveau national, dans le contexte de la « protection multi-niveaux » des droits. Il s'agit de la dimension verticale de notre comparaison, entre des systèmes opérant à différents niveaux : national, supranational et international.

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

Comme nous le verrons dans la suite de l'analyse, un rôle particulier doit être reconnu à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui a largement contribué à l'émergence de la notion de vulnérabilité, avec des répercussions importantes au niveau national[2].

Le recours à la notion par les Cours européennes peut donc être qualifié de contrasté, car beaucoup plus important du côté de Strasbourg que de celui de Luxembourg. Il est aussi spontané dans le premier cas, et au contraire souvent lié à l'application de textes législatifs européens qui contiennent le terme (vulnérabilité et/ou vulnérable) dans le second. L'une des explications tient certainement à des modalités de saisine et des fonctions différentes entre les deux juridictions.

---

1 Le cadre a ensuite été modifié par le règlement (UE) 2022/555. Pour les références précises, voir *infra* notes n° 88 et 89.

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

Comme chacun le sait, la Cour de Strasbourg est une Cour des droits, juge du respect de la Convention de 1950 et de ses protocoles additionnels. Tout individu peut à cette fin la saisir pour faire constater la violation de ses droits conventionnels par l'un des États parties . Par conséquent, cette juridiction est aussi fondamentalement juge du fait : elle doit constater le respect ou la violation de la convention dans l'affaire concrète soumise à son examen. Au contraire, la Cour de justice de l'Union européenne est appelée à assurer la validité et l'application uniforme du droit européen au sein de l'Union (article 19 TUE) . En outre, l'accès des particuliers à la Cour est, on le sait, très limité et l'intervention de cette dernière n'est donc pas principalement destinée à protéger leurs droits et libertés. Rappelons toutefois que depuis le Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a valeur de droit primaire, constituant un *Bill of Rights* propre à l'Union dont la Cour est de plus en plus appelée à garantir le respect. Malgré cette dernière évolution au niveau de l'Union européenne, le recours à la notion de vulnérabilité reste à ce jour beaucoup plus large dans la jurisprudence strasbourgeoise. La Cour européenne des droits de l'homme, en mobilisant cette notion, confirme le lien intime qu'elle entretient avec les droits et libertés de l'individu. Le constat d'une vulnérabilité appelle selon elle le déploiement de mesures de protection spécifiques, permettant de protéger des droits effectifs et concrets selon son expression.

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

Section I
Les Cours européennes

Avant de commencer l'analyse, il convient de faire un bref rappel de la méthode de travail et des données examinées. La recherche a été effectuée à travers les moteurs de recherche présents sur les sites internet des deux Cours[3]. Comme pour l'ensemble des juridictions étudiées, la période 2010-2023 a été prise comme référence, en utilisant le mot-clé « vulnerab* ». En ce qui concerne la Cour de Luxembourg[4], 416 documents (arrêts, ordonnances, conclusions) pour 326 affaires ont été examinés. Seuls 161 ont été utiles à l'étude, qui s'est concentrée – comme il a été expliqué dans l'introduction –

3 Pour la Cour de justice, le formulaire sur son site web (curia.europa.eu) a été utilisé ; pour la Cour européenne des droits de l'homme, le moteur de recherche officiel HUDOC (https://www.echr.coe.int/hudoc-database).

4 La recherche sur la Cour de Justice de l'Union européenne a été faite par Nathalie Rubio et Éloïse Gennet.

sur la question de l'individu/personne physique. Dans le cas de la Cour de Strasbourg[5], compte tenu des caractéristiques du système de la CEDH, les décisions examinées sont plus nombreuses. Si l'on considère uniquement les Chambres et la Grande Chambre, il y a eu plus de 500 décisions (plusieurs décisions peuvent correspondre à une affaire) dans la période considérée, environ 400 d'entre elles ont été examinées. Les données que nous venons de mentionner indiquent déjà, sur un plan purement quantitatif, une différence significative dans l'utilisation du terme vulnérabilité entre les deux Cours européennes. Dans un article de 2014, Edouard Dubout soulignait comment, face au renforcement de la référence à la vulnérabilité dans la réflexion juridique et les décisions de justice, « [...] étrangement, le langage de la vulnérabilité n'est employé qu'avec parcimonie, voire méfiance, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, où le mot est quasiment absent »[6]. La situation actuelle ne semble pas très différente. Il convient également d'ajouter que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, contrairement à celle de la Cour de justice, fait l'objet d'une riche doctrine, qui s'est avérée utile pour identifier certaines décisions « phares » qui ont aidé au départ le travail de classification[7].

§ 1. L'emploi du terme

En ce qui concerne l'analyse de la jurisprudence, et en particulier l'utilisation du terme « vulnérabilité » par les Cours, il convient tout d'abord de rappeler que les dispositions de la CEDH (et de ses Protocoles) ne font pas référence à la vulnérabilité. En ce qui concerne l'Union européenne, la même situation se produit pour le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tandis que le terme est utilisé dans plusieurs actes de droit dérivé, règlements et directives[8].

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) ne contient pas non plus le terme de vulnérabilité, même si certaines de ses dispositions sont consacrées à des sujets qui – comme nous le verrons – appartiennent à des « catégories » généralement qualifiées de vulnérables : par exemple, les mineurs, les personnes âgées, les personnes handicapées. Par ailleurs, l'article 52 de la Charte, qui régit l'interprétation de cette Charte, prévoit que pour les droits correspondant à des droits également garantis par la CEDH, « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention », à moins que le droit de l'Union n'accorde une protection plus

5 La recherche sur la Cour européenne des droits de l'homme a été effectuée par Marina Calamo Specchia, Laura Montanari, Francesco Emanuele Grisostolo, Nicola Maffei et Laura Restuccia.

6 E. Dubout, « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », in L. Burgorgue Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Éditions Pedone, Paris, 2014, p. 31 et s., spec. p. 32.

7 Voir, parmi beaucoup d'autres, N. Zimmermann, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Schulthess Éditions Romandes, 2022 ; R. Chenal, « La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *Ars interpretandi*, 2/2018; Y. Al Tamini, « The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights », *Journal européen des droits de l'homme*, 5/2016.

8 Dans certains cas, c'est le législateur européen lui-même qui établit la liste des personnes vulnérables ; voir l'exemple cité dans la note n° 219.

étendue[9]. Malgré la complexité des relations entre les deux Cours, comme en témoigne le rejet par la Cour de Justice du projet d'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH[10], le rôle assumé aujourd'hui par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confirme, à notre avis, la possibilité de dégager des tendances communes à propos du thème qui nous occupe : la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables.

Pour en revenir à l'analyse des deux systèmes, dans le cadre de la Convention européenne – à la lumière de ce qui vient d'être dit – le terme de vulnérabilité est apparu de manière spontanée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et a assumé un rôle de plus en plus important au fil du temps. Cela se traduit, quantitativement, par son utilisation dans de nombreuses décisions, bien que d'une manière et avec des résultats différents. La Cour EDH est un juge des faits, appelé à examiner la situation concrète du plaignant pour déterminer s'il y a eu violation des droits de la Convention par l'État. La vulnérabilité d'une personne est donc, dans la plupart des cas, liée aux particularités du cas concret, à la reconstruction duquel est consacrée une grande partie du raisonnement mis en œuvre dans la décision. Par ailleurs, il convient de rappeler que la Cour ne s'est pas arrêtée à une interprétation littérale ou « originaliste » de la Convention, mais a au contraire affirmé dès les premières décisions que « […] la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles »[11]. Par conséquent, la Cour cherche à élargir le plus possible le potentiel d'interprétation du texte juridique afin de répondre aux exigences de protection formulées par les plaignants[12].

L'utilisation du terme « vulnérabilité » s'inscrit certainement dans la boîte à outils argumentatifs que les juges européens utilisent à cette fin. On peut citer les propos tenus en 2022 par le professeur Robert Spano, alors président de la Cour européenne des droits de l'homme, dans une *Lectio magistralis* consacrée à *Droits de l'homme et personnes vulnérables*, dans laquelle – bien que se concentrant principalement sur les personnes handicapées – il a déclaré que « la Cour a développé sa jurisprudence […] à travers un fil conducteur : celui de la protection des personnes vulnérables dans un esprit de solidarité sociale » et encore « La prise en compte de la vulnérabilité dans notre jurisprudence fait partie du processus d'universalisation des droits fondamentaux »[13].

---

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

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

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

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

13 La *Lectio magistralis* du Prof. Robert Spano, *Droits de l'homme et personnes vulnérables*, a eu lieu à Rome le 22 avril 2022 et est disponible sur le lien suivant : [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/iterv ento_spano_20220503170732.pdf].

Comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, la qualification d'une personne comme vulnérable permet à la Cour une interprétation « renforcée » des dispositions conventionnelles pertinentes, dans certains cas même en esquissant des « obligations positives » de la part de l'État, qui peut être condamné pour ne pas avoir fait ce qui est nécessaire pour assurer la jouissance effective des droits[14] ou pour empêcher leur violation par des tiers[15].

Enfin, il convient de souligner que dans les décisions de la Cour de Strasbourg, l'utilisation du terme vulnérabilité est dans certains cas étayée par la citation de textes de *soft law* ou de *hard law*, au niveau national, de l'Union européenne ou au niveau international[16]. Ces deux dernières hypothèses sont particulièrement intéressantes, car elles peuvent contribuer à la recherche d'un sens partagé pas seulement au niveau européen, dans la perspective de « l'universalisation des droits fondamentaux » évoquée plus haut. Quant aux conventions internationales, elles sont pertinentes en référence à des catégories particulières de personnes vulnérables, contribuant à définir leur position et à renforcer leur garantie ; c'est le cas, par exemple, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)[17] et de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui affirme le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant[18].

14 Cour EDH, *Talpis c. Italie*, arrêt du 2 mars 2017 et Cour EDH, *Çam c. Turquie*, arrêt du 23 février 2016.

15 Voir Cour EDH, *D.M.D. c. Romania*, arrêt du 3 octobre 2017.

16 Les textes nationaux sont relativement peu nombreux par rapport à la jurisprudence analysée. Toujours à titre d'exemple, on peut rappeler pour la France l'article 222-12 (au moment des faits) du Code pénal rappelé dans l'arrêt *Darraj c. France* du 4 novembre 2010 et les articles 225-13, 225-14 (au moment des faits), 225-15-1 du Code pénal rappelés dans l'arrêt *C. N. et V. c. France* du 16 octobre 2012 ; pour le Royaume-Uni, l'article 189 (1) (c) du *Housing Act* 1996 visé dans l'arrêt *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011 ; pour la Belgique, le Rapport établi par le Médiateur fédéral belge à la suite de l'enquête sur le fonctionnement des centres fermés gérés par l'Office des étrangers de juin 2009, visé dans l'arrêt *Kanagaratnam et al. c. Belgique* du 13 décembre 2011. Beaucoup plus nombreuses sont les références à des textes européens, adoptés tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne, ou internationaux : sans prétendre à l'exhaustivité, on citera par exemple, dans le cadre du Conseil de l'Europe, les Résolutions 1663 (2009), 1821/2011, 2225/2018 de l'Assemblée parlementaire ; le rapport 2019 du Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) ; la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains ; dans la sphère du droit de l'UE, les directives 2012/29/UE, 2008/115/CE, 2011/36/UE, 2003/9/CE, 2013/33/UE ; dans la sphère des Nations unies, l'article 6 de la recommandation générale n° 35 de 2013 sur la lutte contre le discours haineux adoptée par le Comité des Nations unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), le protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

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

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

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice, la référence au droit dérivé de l'Union européenne – règlements et directives – qui utilise le terme vulnérabilité, est prépondérante[19]. Entre autres, le fait que la reconnaissance soit présente dans le texte que la Cour est appelée à appliquer a comme conséquence que la référence à la vulnérabilité – issue de la recherche textuelle – ne joue pas toujours un rôle significatif dans le raisonnement. Les hypothèses de citation spontanée sont très limitées. Un outil intéressant pour comprendre l'émergence du terme vulnérabilité dans l'interprétation du droit de l'Union est l'analyse des conclusions des avocats généraux. On le retrouve dans un nombre important de conclusions par rapport au nombre de décisions examinées, bien que les références faites à la vulnérabilité ne soient pas toujours reprises par la Cour[20].

Des considérations similaires s'appliquent aux références faites par les avocats généraux à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. On peut citer, à titre d'exemple, l'affaire *I.S. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* concernant l'interprétation du règlement (UE) n° 604/2013 relatif aux critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale en ce qui concerne la situation d'un mineur non accompagné[21]. Au-delà des aspects substantiels, il convient de noter que, dans son argumentation, l'avocat général Nicholas Emiliou non seulement met en relation les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les dispositions correspondantes de la CEDH, réaffirmant ainsi les liens entre les deux systèmes de protection, mais, en qualifiant les mineurs non accompagnés de « personnes particulièrement vulnérables », il se réfère expressément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, citant plusieurs arrêts en note de bas de page[22]. La Cour de justice, en revanche, dans sa décision, en ce qui concerne le profil en question, se contente de se référer au considérant 13 du règlement Dublin III, qui affirme également la « vulnérabilité particulière » des mineurs non accompagnés[23].

Une dernière réflexion sur le développement limité de la définition de la vulnérabilité par la Cour de justice peut être faite à la lumière du fonctionnement du système européen. Dans les renvois préjudiciels, qui sont prédominants dans les affaires analysées, les juges européens sont appelés à

---

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

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

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

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

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

interpréter le droit de l'Union en relation avec les règles nationales de transposition, mais il revient toujours au juge de l'État de vérifier l'impact de l'arrêt sur la situation faisant l'objet du jugement et donc l'appréciation concrète de la vulnérabilité.

§ 2. Les contentieux intéressés

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

La Cour de Strasbourg est appelée à vérifier le respect des droits conventionnels par les États, sans limites de domaines d'action. Cela explique la richesse de la jurisprudence relative à la protection des personnes vulnérables et ses répercussions au niveau national, tant dans l'interprétation des juges que dans l'action de l'État, notamment à la suite d'une condamnation. L'examen des arrêts permet de dégager des axes principaux qui seront exposés ci-après. Dans le cas de la Cour de justice, l'utilisation du terme « vulnérabilité » est presque toujours liée – comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent – à la législation européenne dont l'interprétation est demandée. D'ailleurs, dans de nombreux cas, ce sont les dispositions elles-mêmes qui identifient les personnes vulnérables en se référant à une réglementation spécifique[24]. Les caractéristiques du système de l'Union, fondé sur le principe d'attribution, impliquent que l'intervention de la Cour est limitée aux questions relevant de la compétence de l'ordre juridique européen, qui concernent principalement la sphère économique. Dans la perspective de cette recherche, l'analyse se limitera aux décisions dans lesquelles la vulnérabilité se réfère à des personnes physiques[25].

Une question débattue est celle de l'approche de la vulnérabilité. Celle-ci peut être « catégorielle » ou « casuistique », c'est-à-dire se référer à la situation de l'individu. Au-delà des réflexions doctrinales, ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence des deux Cours, c'est la possibilité de rassembler des décisions sur la base de certaines catégories de personnes ou de groupes qui, pour la Cour de justice, sont souvent directement identifiées par la législation européenne, tandis que pour la Cour européenne des droits de l'homme, elles sont le résultat d'une tentative de systématisation de la grande masse des décisions. Cependant, l'appartenance de la personne concernée par l'affaire à une certaine « catégorie » n'implique pas une reconnaissance automatique de sa vulnérabilité. Dans ses décisions, la Cour de Strasbourg est attentive aux particularités du cas qui lui est soumis[26].

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

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

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

La catégorie est le résultat de la collecte de précédents relatifs à la même situation ou à des questions similaires, avec la reconstruction de courants interprétatifs qui, dans certains cas, ont vu le jour avant même l'utilisation du terme « vulnérabilité »[27]. La Cour de Luxembourg exige presque toujours l'existence d'autres conditions spécifiques[28].

Si l'on revient à l'examen des litiges concernés, les différences liées au champ d'action des deux Cours apparaissent clairement. Dans le cas de la Cour de justice, les litiges portent sur les domaines matériels de compétence de l'Union, ce qui rend plus complexe leur regroupement[29]. Il y a les questions relatives à la protection de la sécurité et de la santé au travail, qui concernent par exemple la travailleuse enceinte ou allaitante[30], mais la protection de la santé touche aussi la production de dispositifs médicaux, en raison de la vulnérabilité des patients concernés[31]. La protection des consommateurs se retrouve dans une pluralité de secteurs : dans les transports[32], mais aussi dans le marché intérieur de l'électricité et du gaz (consommateurs vulnérables, utilisateurs socialement vulnérables)[33].

Deux catégories relèvent de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) et leur protection met directement en jeu la responsabilité de l'État. Il s'agit des questions relatives aux migrants [34] et à la position de la victime dans le procès[35]. Dans ces cas, les possibilités de recoupement avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont plus importantes et peuvent donc constituer un outil de comparaison.

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

28 Pour la question du cumul des vulnérabilités, voir *infra*, § 3.

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

30 CJUE, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, 19 septembre 2013, affaire C-5/12. Voir aussi l'affaire *C.D. c. S. T.*, 18 mars 2014, C-167/12, pt. 37, dans lequel la vulnérabilité est liée au fait que la femme était enceinte et avait accouché, ce qui a permis de conclure que la législation en question ne peut se référer à la mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse. La protection des femmes enceintes en tant que groupe vulnérable est également pertinente dans d'autres secteurs, tels que l'agriculture en ce qui concerne l'utilisation des pesticides. Dans ce cas, la référence se trouve dans les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, qui reprend le considérant 8 du règlement (CE) nº 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 21 octobre 2009, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, où il est dit que « Il convient d'accorder une attention particulière à la protection des groupes vulnérables de la population, notamment les femmes enceintes, les nourrissons et les enfants » pour conclure « Par conséquent, il devrait être démontré, avant leur mise sur le marché, que les produits phytopharmaceutiques présentent un intérêt manifeste pour la production végétale et n'ont pas d'effet nocif sur la santé humaine ou animale, notamment celle des groupes vulnérables, ou d'effet inacceptable […] sur l'environnement » : 8 septembre 2022, pt. 43 ; aucune référence n'est trouvée dans la décision de la Cour : CJUE, *Pesticide Action Network Europe ASBL, Nature et Progrès Belgique ASBL, TN c. État belge*, 19 janvier 2023, affaire C-162/21.

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

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

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

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

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

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

Nous ne pouvons citer que quelques exemples. Les mineurs sont parmi les premières personnes à avoir été désignées comme vulnérables, bien que la nécessité d'une protection particulière les concernant soit apparue plus tôt. Les domaines les plus importants sont la famille, avec la violation des articles 2, 3 et 8 par l'un ou les deux parents, incapables d'exercer leurs fonctions ou désireux de porter atteinte à l'intégrité de leurs enfants[36], et l'école, où, outre les cas de violence, des situations de discrimination peuvent se produire[37]. En ce qui concerne les personnes handicapées, nous sommes souvent confrontés à un cumul de vulnérabilités, bien qu'il soit intéressant de noter l'interprétation très large que la Cour donne du handicap, lié à la fois à des pathologies physiques et mentales, mais aussi ouvert à une conception « sociale », qui privilégie les relations de la personne avec le monde extérieur[38]. Des similitudes particulières avec la jurisprudence de la Cour de justice caractérisent la protection contre la discrimination, qui peut concerner les catégories mentionnées ci-dessus, également considérées comme groupe[39]. On peut penser à l'hypothèse de l'enseignement différencié prévu par la Croatie, basé sur des critères apparemment objectifs, qui a plutôt abouti à une discrimination à l'égard des mineurs appartenant au groupe ethnique des Roms[40].

Quant aux détenus, c'est leur situation de privation de liberté et de dépendance à l'égard de l'État qui les place dans une position particulièrement vulnérable. Là aussi, la jurisprudence est très riche et a un impact important au niveau national, comme l'« arrêt pilote »[41] contre l'Italie en raison de la surpopulation carcérale[42]. À cette occasion, la Cour a déclaré que l'État supporte la charge d'« une

---

36 Cour EDH, Grande Chambre, *Z. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 mai 2001 et *E. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 2002.

37 Voir Cour EDH, *V. K. c. Russie*, arrêt du 7 mars 2017, pour un cas de violence physique ; Cour EDH, *Enver Şahin c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 2018 et Cour EDH, *G. L. c. Italie*, arrêt du 10 septembre 2020, pour discrimination à l'égard d'élèves handicapés.

38 Cette évolution est reconstituée par exemple par C. Sagone, « La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale », *federalismi.it*, 1/2023, p. 242 et s.

39 Voir à ce propos L. Peroni, A. Timmer, « Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law », *I•CON* (2013), vol. 11, n° 4, p. 1056 et s. ; F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo. Funzioni e limiti di un concetto controverso*, Torino, Giappichelli, 2021. Des indications utiles peuvent également être trouvées dans le « Manuel de droit européen en matière de non-discrimination » résultant de la collaboration entre la Cour européenne des droits de l'homme et la FRA : https://fra.europa.eu/fr/publication/2018/manuel-de-droit-europeen-en-matiere-de-non-discrimination-edition-2018. Pour quelques considérations critiques, voir SY Kim, « Les vulnérables : evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights », *Legal Studies*, 2021, p. 1 et s., https://doi.org/10.1017/lst.2021.21

40 Cour EDH, Grande Chambre, *Oršuš et autres c. Croatie*, arrêt du 16 mars 2010 ; voir aussi Grande Chambre, *D. H. et autres c. République tchèque*, arrêt du 13 novembre 2007 ; *Horváth et Kiss c. Hongrie*, arrêt du 29 janvier 2013.

41 L'« arrêt pilote » identifie une violation systémique et demande à l'État d'intervenir avec des mesures de nature générale, également au niveau législatif, pour éliminer les causes de la situation de conflit avec la Convention. Les arrêts pilotes ont été créés par la Cour de Strasbourg et formalisés plus tard dans l'article 61 du règlement de la Cour.

42 Cour EDH, *Torreggiani et autres c. Itali*a, arrêt du 8 janvier 2013, où la Cour réaffirme sa « sensibilité » à l'égard des « vulnérabilité particulière des personnes se trouvant sous le contrôle exclusif des agents de l'État, telles les personnes détenues », pt. 72. Comme nous le verrons, cette jurisprudence est également évoquée dans les arrêts de la Cour de cassation.

obligation positive qui consiste à s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention »[43].

En ce qui concerne les personnes âgées, la Cour est plus réticente à les reconnaître en tant que catégorie, privilégiant la marge d'appréciation de l'État ; toutefois, les personnes âgées « dépendantes » sont qualifiées de « groupe vulnérable » en raison de la discrimination qu'elles ont subie dans le passé[44]. La reconstruction en termes de groupe s'applique également aux personnes handicapées[45], ainsi que, bien sûr, aux membres des minorités. Dans ce cas, la jurisprudence se concentre principalement sur la minorité Rom, que nous avons déjà mentionnée[46]. En ce qui concerne les femmes en tant que sujets vulnérables, trois domaines d'intérêt peuvent être identifiés : la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution[47] ; les droits reproductifs et parentaux[48] ; la violence domestique[49].

Enfin, il convient de signaler le cas des migrants, sur lesquels la Cour de Strasbourg met fortement l'accent, en particulier en ce qui concerne les demandeurs d'asile/de protection internationale, les mineurs et les mineurs non accompagnés. Les demandeurs d'asile, contrairement aux migrants économiques, sont considérés comme « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale »[50]. Toutefois, les conditions dramatiques dans lesquelles ils se rendent souvent en Europe signifient que les migrants en général peuvent également se trouver dans une situation d'« extrême vulnérabilité », par exemple lorsqu'« ils venaient de survivre à un naufrage et certains d'entre eux avaient perdu leurs proches »[51]. Il convient de revenir à la comparaison avec la Cour de justice, pour préciser qu'elle ne considère pas les demandeurs d'asile comme un groupe vulnérable en tant que tel, mais exige des caractéristiques particulières, qui conduisent à l'examen du cas individuel, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant[52].

---

43 *Ivi*, pt. 65.

44 Cour EDH, *Jivan c. Romania,* arrêt du 8 février 2022.

45 Cour EDH, *Kiyutin c. Russia*, arrêt du 10 mars 2011.

46 Cour EDH, *V. C. c. Slovaquie*, arrêt du 8 novembre 2011 ; Cour EDH, *Winterstein et al. c. France*, arrêt du 17 octobre 2013 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Aksu c. Turquie*, arrêt du 15 mars 2012.

47 Cour EDH, *B.S. c. Espagne*, arrêt du 24 juillet 2012 ; Cour EDH, *S.M. c. Croatie*, arrêt du 25 juin 2020.

48 Cour EDH, *R.R. c. Pologne*, arrêt du 26 mai 2011.

49 Cour EDH, *E.M. c. Roumanie*, arrêt du 30 octobre 2012 ; Cour EDH, *Valiulienė c. Lituania*, 26 mars 2013.

50 Cour EDH, Grande chambre, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, pt. 251 ; voir aussi Cour EDH, Grande Chambre, *Khlaifia et autres c. Italie*, arrêt du 15 décembre 2016.

51 Cour EDH, *Safi e altri c. Grecia*, arrêt du 7 juillet 2022, pt. 196. En l'espèce, les requérants allèguent une violation de l'article 3 de la CEDH en raison de la fouille corporelle qu'ils ont subie à leur arrivée à *Farmakonisi* à la suite du naufrage de leur bateau.

52 Pour une comparaison critique de ces deux solutions, voir J. Pétin, « Vulnérabilité et droit européen de l'asile : quelques précisions nécessaires », 18 avril 2015, [https://www.gdr-elsj.eu/2015/04/18/asile/vulnerabilite-et-droit-europeen-de-lasile-quelques-precisions-necessaires].

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

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

Quant à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il convient toutefois de faire une précision liminaire, car la vulnérabilité affecte également la recevabilité du recours intenté directement par la victime (avec les précisions qui seront apportées ci-dessous). Plusieurs aspects se dégagent à cet égard, qui méritent d'être brièvement examinés[53].

Comme on le sait, le contrôle de la Cour européenne est de nature subsidiaire et exige, conformément à l'article 35 de la CEDH, l'épuisement préalable des voies de recours internes. Il existe une abondante jurisprudence à ce sujet, qui part du principe qu'il ne suffit pas d'assurer formellement un moyen de recours, mais que celui-ci doit également être accessible et offrir de réelles possibilités de succès[54]. En ce qui concerne les personnes vulnérables, la Cour a également pris en considération le contexte dans lequel ces recours opèrent et la situation personnelle des requérants[55].

Le contentieux lié au conflit kurde-turc – qui mérite d'être mentionné, même s'il est antérieur à la période examinée – est particulièrement révélateur. La Cour a en effet considéré que la vulnérabilité des requérants, due également à la crainte de représailles de la part des autorités, était suffisante pour les dispenser de l'obligation d'exercer les voies de recours internes[56]. Toujours en ce qui concerne les exceptions d'irrecevabilité au titre de l'article 35, on peut mentionner un certain nombre de décisions contre la Roumanie, dans lesquelles la Cour a pris en compte la « vulnérabilité particulière » des requérants, en l'occurrence des détenus souffrant de troubles mentaux et donc incapables de se plaindre de manière adéquate et cohérente des mauvais traitements subis, afin de considérer leurs plaintes comme recevables[57]. Enfin, il convient de mentionner la relation entre la vulnérabilité et le *locus standi* des ONG. Parfois, en effet, la Cour, confrontée au décès de personnes en situation de « vulnérabilité exceptionnelle », a reconnu la légitimité à agir de certaines ONG dépourvues de procuration valable[58].

---

53 Voir sur ces aspects P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, *op. cit.*, p. 80 et s.

54 Pour une reconstruction concise du fonctionnement du système de la CEDH, voir V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 3e éd., 2022.

55 Voir N. Zimmermann, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 396 et s.

56 La Cour a évoqué l'état d'insécurité et de vulnérabilité des requérants en raison de la destruction de leurs habitations et le fait qu'ils étaient donc dépendants des autorités pour leurs besoins essentiels. Voir Cour EDH, Grande Chambre, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, pt. 73 et pt. 105 ; Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1999, § 159-165 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Tanrıkulu c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999, pt. 131 ; Cour EDH, *Akkoç c. Turquie*, arrêt du 10 octobre 2000, pt. 125.

57 Voir Cour EDH, *V. D. c. Roumanie*, arrêt du 16 février 2010, pt. 87 ; Cour EDH, *Epure c. Roumanie*, arrêt du 11 mai 2021, pts. 54–55 et aussi Cour EDH, *Tokic et autres c. Bosnie-Herzégovine*, 8 juillet 2008, pt. 59.

58 Trois exemples peuvent être cités : un garçon d'origine rom, séropositif et souffrant d'un handicap sévère, admis dans un hôpital psychiatrique dans de très mauvaises conditions (Cour EDH, Grande Chambre, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, arrêt du 17 juillet 2014) ; un détenu d'un hôpital pénitentiaire souffrant d'une maladie mentale (Cour EDH, *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, arrêt du 24 mars 2015) ; une enfant à la suite de mauvais traitements infligés par ses parents (Cour EDH, *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, arrêt du 4 juin 2020).

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

Une première question est celle du cumul de vulnérabilités, que l'on retrouve souvent dans les affaires soumises aux Cours européennes. Cet élément peut revêtir différentes significations. Pour la Cour de Strasbourg, le cumul de vulnérabilités peut dépendre de raisons contingentes – par exemple, le détenu souffrant d'une maladie mentale[59] ou discriminé en raison de son orientation sexuelle[60] – et conduit à renforcer la protection d'une certaine catégorie. La personne ou le groupe concerné est défini comme « particulièrement vulnérable » ou « extrêmement vulnérable ». En vertu du droit de l'Union européenne, le cumul est nécessaire dans certains cas pour que la protection soit activée. En d'autres termes, il ne suffit pas d'appartenir à une catégorie, par exemple demandeur d'asile ou malade, pour être considéré comme vulnérable. La Cour de justice exige des conditions supplémentaires, même en dehors des textes, comme dans le cas du stagiaire handicapé qui est, « par définition, dans une situation plus vulnérable qu'une personne qui dispose d'un travail stable »[61].

Un cas intéressant de cumul de vulnérabilités est celui des migrants, en particulier des migrants irréguliers, qui sont des mineurs ou même des mineurs non accompagnés. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, cela conduit, par exemple, à abaisser le seuil de gravité pour la reconnaissance de la violation de l'article 3[62]. L'Union européenne prévoit déjà au niveau normatif que les États tiennent compte dans la réglementation nationale transposant des directives « […] de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés […] »[63].

59 Cour EDH, *S.F. c. Suisse*, arrêt du 30 juin 2020 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Rooman c. Belgique*, arrêt du 31 janvier 2019 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Fernandes De Oliveira c. Portugal*, arrêt du 31 janvier 2019 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Medvedyev et autres c. France*, arrêt du 29 mars 2010.

60 Cour EDH, *Stasi c. Francia*, arrêt du 20 octobre 2011 ; Cour EDH, *X. c. Turchia*, arrêt du 9 octobre 2012.

61 Voir les conclusions de l'avocat général M. Athanasios Rantos, dans *XXXX c. HR Rail SA*, affaire C 485/20, 11 novembre 2021, pt. 46 ; considérations qui ne sont toutefois pas reprises par la Cour dans sa décision du 10 février 2022.

62 Voir Cour EDH, *Popov c. France*, arrêt du 19 janvier 2012 et Cour EDH, Grande Chambre, *Tarakhel c. Suisse*, arrêt du 4 novembre 2014. En ce qui concerne les MNA, on peut se référer à l'arrêt *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, dans lequel la Cour a estimé que le requérant « relève incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société », pt. 87.

63 C'est le cas, par exemple, de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, dont l'article 21, intitulé « Principe général », dispose : « Dans leur droit national transposant la présente directive, les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés […] ».
Le règlement (UE) nº 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (« règlement Dublin III »), reconnaît que « Conformément à la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant de 1989 et à la [Charte], l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale des États membres lorsqu'ils appliquent le présent règlement » ce qui implique, entre autres, que « Il convient […] de fixer des garanties de procédure spécifiques pour les mineurs non accompagnés, en raison de leur vulnérabilité particulière » (cons. 13). En se référant à cela, la Cour de justice a interprété le règlement Dublin III comme exigeant de l'État « de conférer un droit de recours juridictionnel contre sa décision de refus au mineur non accompagné, au sens de l'article 2, sous j), dudit règlement, qui demande la protection internationale » : CJUE, *I, S c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, 1er août 2022, affaire C-19/21.

Il faut aussi envisager les cas dans lesquels le juge reconnaît une gradation de la vulnérabilité. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, cela apparaît, par exemple, lorsque la situation de vulnérabilité met en cause la survie : le degré de gravité des risques est pris en compte[64]. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'appréciation du cas concret peut être lue dans la même perspective. Pensons à la protection du mineur, considéré comme une catégorie paradigmatique de sujet vulnérable ; toutefois, le fait d'atteindre l'âge de la majorité n'implique pas en soi que les exigences de protection liées au niveau de maturité et aux capacités intellectuelles et émotionnelles soient dépassées[65]. On peut rappeler les mots de Roberto Chenal selon lesquels « la vulnérabilité n'est pas une catégorie "tout ou rien", mais comporte plusieurs gradations internes »[66].

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

Dans certains cas, la personne vulnérable doit bénéficier d'une présomption favorable, comme les mères allaitantes dans la jurisprudence de la CJUE[67], ou imposer à l'État un devoir accru de protection et d'attention particulière[68].

Dans d'autres contextes, la situation est plus complexe et l'on peut constater des appréciations différentes de la part des deux juridictions. La jurisprudence en matière d'immigration en est un exemple. Pour la Cour de justice, il existe des situations dans lesquelles la charge de la preuve incombe à la personne vulnérable : l'arrêt *Jawo* affirme qu'il appartient à un demandeur de protection internationale de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles, telles qu'« il se trouverait, en raison de sa vulnérabilité particulière, indépendamment de sa volonté et de ses choix personnels, dans une situation de dénuement matériel extrême »[69]. La Cour de Strasbourg, quant à elle, considère

---

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

65 Voir Cour EDH, *Martin c. Estonia*, arrêt du 30 mai 2013.

66 R. Chenal, « La definizione della vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *op. cit.*, p. 46.

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

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

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

à plusieurs reprises les demandeurs d'asile comme « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable », sans avoir à prendre en compte d'autres facteurs tels que l'âge ou l'appartenance à une minorité[70].

En ce qui concerne la CEDH, les conséquences les plus importantes de la vulnérabilité en termes de charge de la preuve sont liées à la violation de l'article 3, relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Cela s'applique en particulier aux cas impliquant des détenus ou des personnes soumises à d'autres formes de restriction de leur liberté personnelle, qui se trouvent dans une situation de dépendance totale vis-à-vis des autorités de l'État. Il en résulte une condition de vulnérabilité qui conduit à une inversion de la charge de la preuve, comme l'obligation pour l'État de prouver la non-gravité (et donc la légitimité) de la mesure prise, plutôt que de fournir, en cas de blessures, des explications et des preuves susceptibles de lever les objections de la victime[71].

§ 4. Les conséquences de la référence

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

Tout d'abord, en ce qui concerne les personnes (groupes) vulnérables, l'État est tenu d'accorder une « attention particulière » et une « protection accrue ». On peut citer l'arrêt *A.I. c. Italie* dans lequel la Cour de Strasbourg, condamnant l'Italie pour avoir empêché tout contact entre la mère naturelle et ses filles mineures dans le cadre d'une procédure de placement préadoptif, soutient que les juridictions nationales n'ont pas tenu compte de la situation de vulnérabilité de la requérante – une femme d'origine nigériane victime de la traite – lors de l'évaluation de sa capacité parentale et de sa demande de maintien des contacts avec ses filles[72]. En ce qui concerne l'Union européenne, on peut rappeler que pour les demandeurs d'asile, c'est la législation elle-même qui exige la prise en compte de la « situation particulière des personnes vulnérables », imposant un traitement spécial en termes d'accueil ou de procédures[73]. La référence à la vulnérabilité est également utilisée dans le contexte de la protection contre la discrimination – qui revêt une importance significative dans les deux systèmes de protection des droits – toujours dans le but de renforcer l'attention portée à

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

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

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

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

certains groupes de personnes (*vulnerable group approach*). C'est le cas, que nous avons déjà évoqué, de la minorité Rom : dans la décision *D.H. et autres c. République tchèque*, la Cour de Strasbourg rappelle que « […] la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers […] »[74]. La même approche permet de lier le concept de vulnérabilité à la condition des membres de la communauté LGBTQIA+, en relation, d'une part, avec l'orientation sexuelle des demandeurs et, d'autre part, avec leur identité de genre. On peut mentionner l'arrêt *Alexeïev c. Russie* dans lequel la Cour souligne que l'orientation sexuelle relève du champ de protection de l'article 14 de la CEDH et appartient à la sphère la plus intime et la plus vulnérable de chaque individu, exigeant à ce titre une charge de justification accrue de la part des autorités de l'État lorsqu'elles adoptent des mesures controversées fondées sur ce critère. Par conséquent, elle a jugé que l'interdiction de discrimination prévue par la Convention avait été violée lorsque les autorités avaient interdit l'organisation de manifestations en faveur de la communauté gay et lesbienne au motif qu'elles n'étaient pas suffisamment valables[75].

En prenant en considération les modes de décision, axée sur le cas concret, l'objectif de protection de la personne vulnérable peut conduire la Cour européenne à moduler le sens de certaines expressions, telles que « traitement inhumain et dégradant », en se référant au « niveau minimum de gravité »[76]. Dans d'autres cas, il peut conduire à étendre la portée de certains droits. Par exemple, dans le cas d'une plainte pour mauvais traitement de mineurs ou de personnes âgées, qui s'est avérée infondée, l'intérêt de protéger les personnes vulnérables prime sur la protection de la liberté d'expression en vertu de l'article 10[77]. Là encore, il peut être utilisé pour circonscrire la marge d'appréciation laissée à l'État, en la déclinant en fonction de la situation spécifique considérée[78]. Un examen rigoureux est appliqué aux décisions affectant les droits des individus appartenant à des groupes « qui ont souffert d'une discrimination considérable dans le passé »[79].

---

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

75 Cour EDH, *Alexeïev c. Russie*, arrêt du 21 octobre 2010, pt. 108.

76 Cour EDH, *Irucu c. la République de Moldavie*, arrêt du 9 avril 2013 et Cour EDH, Grande chambre, *Rooman c. Belgique*, arrêt du 31 janvier 2019.

77 Cour EDH, *Heinisch c. Allemagne*, arrêt du 1 juillet 2011.

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

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

Une autre conséquence importante, toujours dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, est l'imposition d'obligations positives à l'État. Les dispositions de la CEDH affirment essentiellement des libertés négatives, qui sont réalisées par l'abstention de l'État. Toutefois, afin de protéger les droits (par exemple, ceux garantis par les articles 2, 3, 8 et 14) des personnes vulnérables – en particulier les femmes, les mineurs et les prisonniers – l'État est tenu de prendre des mesures spécifiques pour prévenir les violations. Dans ces cas, il faut vérifier que les autorités étaient conscientes de la situation de risque immédiat et réel et qu'elles ont pris toutes les mesures nécessaires[80]. Dans les cas où le droit a été violé, l'État doit garantir une enquête efficace et prévoir un droit pénal (matériel et procédural) qui garantisse les conditions d'une punition efficace et adéquate des responsables[81].

Cette question est liée à celle, plus spécifique, de la protection des victimes au moment du procès. Elle appelle à la mise en place de mesures de protection appropriées pour les « victimes vulnérables ». À cet égard, on peut rappeler l'exemple des femmes victimes de violences, qui risquent de subir une sorte de « victimisation secondaire » au cours de la procédure[82]. L'Union européenne est également sensible à cette question. Nous avons déjà mentionné l'affaire *Pupino*, déjà ancienne, mais qui est le précurseur de la jurisprudence de la Cour de justice sur les victimes vulnérables dans les procédures pénales[83]. La directive 2012/29/UE sur les « normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité » aborde expressément la question des « victimes particulièrement vulnérables » et des victimes susceptibles de faire l'objet d'une victimisation secondaire, avec des indications spécifiques à destination des États pour sa transposition[84]. Des références à la CEDH, également en rapport avec les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peuvent être trouvées dans les décisions de la Cour de justice sur ce sujet[85].

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

80 Cour EDH, *Đorđević c. Croatie*, arrêt du 24 juillet 2012 : la Cour reconnaît une violation des articles 3 et 8 lorsqu'une femme handicapée et sa mère sont soumises à un harcèlement physique et verbal constant de la part de garçons d'une école voisine ; voir en ce qui concerne la violence dans la famille Cour EDH, *Talpis c. Italie*, arrêt du 2 mars 2017 ; Cour EDH, *M. G. c. Turquie*, arrêt du 22 mars 2016.

81 Cour EDH, *M.S. c. Italie,* arrêt du 7 juillet 2022 ; Cour EDH, *Z contre Bulgarie*, arrêt du 20 mai 2020.

82 Cour EDH, *J. L. c. Italie*, arrêt du 27 mai 2021 ; Cour EDH *A et B contre Croatie*, arrêt du 20 juin 2019, pt. 121.

83 Voir CJUE, X, affaire C-507/10, 21 décembre 2011, pts. 25 et s.

84 La Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil contient plusieurs références à l'identification et à la protection des victimes vulnérables (voir en particulier l'article 22 sur l'Évaluation personnalisée des victimes afin d'identifier les besoins spécifiques en matière de protection).

85 CJUE, EP, affaire C-467/18, 19 septembre 2019, citant Cour EDH, *Stanev c. Bulgarie*, arrêt du 17 janvier 2012.

capacité d'une personne[86]. La Cour de Strasbourg tente toutefois de tempérer ces effets, d'une part, en évitant les mesures rigides et prédéterminées et, d'autre part, en garantissant le droit de la personne à être entendue[87]. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, on peut rappeler une décision problématique du Tribunal de la fonction publique, qui, même en l'absence d'un texte, a relevé la vulnérabilité d'un fonctionnaire, vulnérabilité mettant alors en cause sa loyauté et sa fiabilité dans l'exercice de ses fonctions[88].

Enfin, il convient de mentionner la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui limite la capacité de l'État à invoquer des raisons financières pour exclure sa responsabilité lorsque des personnes vulnérables sont impliquées. Cela s'applique en particulier aux enfants vulnérables, tandis que dans d'autres cas, comme les personnes âgées, une plus grande marge d'appréciation est laissée à l'État[89].

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

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

Comme indiqué précédemment, l'Agence a été créée par le règlement (CE) n° 168/2007[90], récemment modifié par le règlement (UE) n° 2022/555 du 5 avril 2022[91]. Conformément à l'article 2 du règlement fondateur, son objectif est de « fournir aux institutions, organes et organismes compétents de l'Union et des États membres […] une assistance et une expertise en matière de droits fondamentaux », afin de promouvoir le plein respect des droits fondamentaux par les institutions. Son activité n'est pas de nature judiciaire ou administrative, mais essentiellement consultative et de

86 Cour EDH, *A.-M.V. c. Finlande*, arrêt du 23 mars 2017 ; Cour EDH, *M. K. c. Luxembourg*, arrêt du 18 mai 2021.

87 En effet, la Cour a affirmé le principe selon lequel, même s'il existe des motifs justifiant une mesure limitant la capacité d'une personne, la mesure de protection doit refléter au mieux les souhaits de la personne capable d'exprimer sa volonté et que l'absence de prise en compte de son avis peut conduire à des situations d'abus et nuire à l'exercice des droits de la personne vulnérable : Cour EDH, *P. W. c. Autriche*, arrêt du 21 juin 2022.

88 Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, *Bruno Arguelles Arias c. Conseil de l'Union européenne*, affaire F – 122/12, 21 novembre 2013.

89 Cour EDH, *Nencheva et al. c. Bulgarie*, arrêt du 18 juin 2013 et *Cour EDH, G. L. c. Italie*, arrêt du 10 septembre 2020 ; quant aux personnes âgées voir Cour EDH, *Arras et al. c. Italie*, 14 février 2012.

90 Règlement (CE) 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE L 53/1, 2007.

91 Règlement (UE) 2022/555 du Conseil du 5 avril 2022 modifiant le règlement (CE) n° 168/2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE L* 108/1, 2022.

recherche/promotion dans le domaine de la protection des droits fondamentaux[92]. L'Agence n'est pas une nouveauté absolue, puisqu'elle est née de l'évolution, envisagée dès 2003, de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, créé par le règlement (CE) n° 1035/97[93], dans le but d'élargir son champ d'intervention. Les premiers considérants du règlement (CE) n° 168/2007 identifient les points de référence de son activité, en se référant à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et en particulier à la CEDH, que le même article mentionne, et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le nom a inspiré celui de l'Agence[94]. Confirmant les liens que l'Agence des droits fondamentaux assure entre l'UE et le système conventionnel, on peut citer la décision commune de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'Agence, datant de janvier 2010, de collaborer à la préparation d'un « Manuel de droit européen en matière de non-discrimination »[95].

La recherche a été effectuée via le moteur de recherche du site web de l'Agence[96]. En utilisant les mots-clés « vulnerable » et « *vulnerability* », a été obtenu un total de 291 résultats pour la période 2010-2023. Cependant, il s'est avéré que ces résultats comprenaient également des références à des entités et des personnes extérieures à l'Agence des droits fondamentaux. Par conséquent, l'analyse s'est concentrée sur les documents politiques (documents d'orientation) soumis annuellement par l'Agence, qui guident ses activités de recherche et de soutien. Ainsi, 11 documents couvrant la période considérée ont été examinés afin de déterminer comment la notion de vulnérabilité influence l'action de l'Agence.

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

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

---

92 Pour une liste détaillée des activités, voir l'article 4 du règlement (CE) 168/2007.

93 Voir les considérants 5-7 du règlement (CE) 168/2007.

94 Il convient de rappeler qu'au moment de la création de l'Agence, le traité de Lisbonne, qui confèrera à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne une force juridique contraignante, n'était pas encore entré en vigueur.

95 Voir le texte [https://fra.europa.eu/fr/publication/2018/manuel-de-droit-europeen-en-matiere-de-non-discrimination-edition-2018] ; la collaboration a également donné lieu à d'autres publications.

96 La recherche sur l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a été effectuée par Oreste Pollicino et Pieto Dunn.

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

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

Ce sont précisément les fonctions essentiellement consultatives et de recherche de la FRA qui lui permettent de jouer un rôle moteur en ce qui concerne les politiques de protection des droits fondamentaux au niveau de l'UE, mais aussi au niveau national. La centralité de la lutte contre la discrimination et l'accent mis sur les besoins de l'individu pour éviter la création de situations difficiles peuvent être interprétés comme l'expression de l'émergence progressive, au niveau européen, du concept d'égalité substantielle[97].

***

Dans ce chapitre, nous avons cherché à vérifier l'existence d'un standard européen partagé en ce qui concerne l'utilisation du terme vulnérabilité et ses répercussions sur l'efficacité de la protection des droits. Comme nous l'avons indiqué, les deux Cours européennes opèrent dans des systèmes juridiques différents et leurs missions sont différentes. Il a donc été difficile d'établir un schéma de comparaison, notamment en ce qui concerne les modalités et les domaines d'intervention.

Il a toutefois été possible d'identifier certains éléments qui témoignent d'une évolution commune, caractérisée par une utilisation croissante du terme vulnérabilité ces dernières années, comme le confirme également l'analyse des documents de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour de Strasbourg dispose évidemment d'un champ d'action plus large, comme le montre la richesse de sa jurisprudence, tandis que la Cour de justice intervient dans les domaines de compétence de l'UE et est davantage liée à la donnée normative.

---

97 M. De Vos, « Substantive Formal Equality in EU Non-Discrimination Law », in T. Giegerich (ed.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Springer, Cham, 2020, p. 245 et s.

Il convient tout d'abord de noter que, malgré les différences, certaines « catégories » de personnes/situations sont prises en considération par les deux Cours et la jurisprudence de Strasbourg peut offrir des exemples d'interprétation utiles, non seulement pour les juges nationaux, mais aussi pour ceux de la Cour de justice de l'UE. On peut penser, par exemple, à la protection des mineurs, en particulier des mineurs non accompagnés, ou à celle des victimes dans le cadre d'un procès, afin d'éviter toute forme de victimisation secondaire, ou encore à la protection des demandeurs d'asile.

Les cas de cumul de vulnérabilité sont fréquents, mais peuvent avoir des conséquences différentes : dans le système conventionnel, la présence de plusieurs facteurs de vulnérabilité conduit à un renforcement de la protection des droits ; dans la jurisprudence de la Cour de justice, en revanche, elle peut être une condition pour garantir cette protection. Des considérations similaires peuvent être avancées en ce qui concerne la question de la charge de la preuve. Pour la Cour de Strasbourg, la condition de vulnérabilité implique que, face aux contestations des requérants, c'est à l'État qu'il appartient de justifier son comportement. Cela vaut en particulier pour les personnes soumises à l'autorité publique, comme les détenus. Pour la Cour de Luxembourg, en revanche, il existe des situations dans lesquelles la personne doit démontrer les facteurs de vulnérabilité particulière pour bénéficier d'une protection.

Toutefois, sur le fond, on peut affirmer de manière générale, pour reprendre les termes de la Cour de Strasbourg, que « dans le cas des personnes vulnérables, les autorités doivent leur accorder une attention particulière et leur garantir une protection accrue » (Cour EDH, *A.I. c. Italie*, arrêt du 1er avril 2021, pt. 102).

Cela se traduit par la prise en compte de la situation particulière de certaines personnes (par exemple, les femmes enceintes, les stagiaires, les mineurs handicapés…), à tel point qu'on parle d'une « gradation de la vulnérabilité », avec la possibilité de moduler l'interprétation des dispositions de référence. D'autre part, il convient également de tenir compte de l'approche dite « vulnerable group approach », qui prend en considération la situation particulière de groupes de personnes qui ont été victimes, y compris dans le passé, de formes de discrimination et qui, pour cette raison, doivent faire l'objet d'une attention particulière. Les minorités en sont un exemple classique ; au niveau européen, comme le reconnaissent également les documents de la FRA, l'un des cas les plus significatifs est celui des Roms.

Il convient de mentionner un aspect particulier de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui, afin de protéger les personnes vulnérables, a tiré des dispositions de la Convention, qui garantissent essentiellement des libertés négatives, des obligations positives à la charge de l'État afin d'éviter toute violation ; le cas paradigmatique est celui de la violence à l'égard des femmes.

Enfin, un dernier élément ressort de l'analyse de la jurisprudence européenne et surtout de celle des documents de la FRA, à savoir l'attention portée aux nouvelles formes de vulnérabilité liées à la situation économique des personnes ou aux innovations scientifiques et techniques.

Chapitre II
Le recours largement conditionné à la notion de vulnérabilité par les cours nationales

Comme il a été signalé en introduction, l'un des points d'appui à la comparaison entre la France et l'Italie réside dans la proximité de leur architecture juridictionnelle. On trouve ainsi dans les deux pays une dualité d'ordres de juridiction : d'un côté, les juridictions judiciaires avec à leur sommet une Cour de cassation, de l'autre côté les juridictions administratives avec à leur sommet un Conseil d'État. S'y adjoint une juridiction constitutionnelle (*Corte costituzionale* en Italie et Conseil constitutionnel en France), détenant le monopole du contrôle de constitutionnalité de la loi. Cette proximité n'exclut évidemment pas certaines différences organisationnelles, qui concernent en particulier les deux Cours de cassation : alors qu'en France, la juridiction judiciaire suprême comporte cinq chambres civiles (dont une chambre sociale et une chambre commerciale) et une chambre criminelle, on dénombre en Italie cinq sections civiles[98] (dont une section du travail et une section fiscale) et sept sections pénales. Compte tenu du champ de l'étude portant sur la seule vulnérabilité de la personne physique, certains domaines – en particulier les domaines commercial et financier – ont en tout état de cause été exclus de l'analyse.

Le champ ainsi délimité n'en reste pas moins vaste. L'objet du chapitre ne sera donc pas de faire une présentation exhaustive des jurisprudences étudiées, mais plutôt d'en montrer les points saillants, notamment en termes de différences ou au contraire de similitudes entre les deux pays. Un point d'intérêt particulier réside évidemment dans l'influence potentielle de la jurisprudence, présentée dans le chapitre précédent, de la Cour européenne des droits de l'homme. La façon dont cette influence est susceptible de se déployer dépend notamment des modalités du contrôle de conventionnalité de la loi. À cet égard, une importante différence entre les deux pays doit être rappelée. Alors qu'en France, ce contrôle est exercé par les juges ordinaires à la suite du refus du Conseil constitutionnel de le prendre en charge, la situation est inverse en Italie. En effet, la Cour constitutionnelle a établi une forme de contrôle centralisé avec les arrêts 348 et 349 de 2007 : le juge ordinaire qui détecte un conflit avec la CEDH doit suspendre son jugement et soulever une question de constitutionnalité, en utilisant la norme conventionnelle comme une « norme interposée », en ce

98 Précisons que jusqu'à octobre 2022, il existait aussi une sixième section civile, appelée « section filtre », dont le but était de trier les pourvois, certains pouvant être décidés en Chambre du conseil, d'autres devant être traités en audience publique. Le traitement en Chambre du conseil concernait tous les cas où le pourvoi était considéré comme inadmissible, irrecevable, manifestement infondé ou manifestement fondé.

sens que sa violation détermine indirectement la violation de la Constitution. De cette manière, c'est la Cour constitutionnelle qui décide de la validité de la loi avec effet *erga omnes*[99].

S'agissant des Cours nationales, le constat premier est celui d'un recours à la notion de vulnérabilité majoritairement conditionné : la présence du terme dans la décision de la Cour constitutionnelle ou de la Cour suprême résulte de l'application d'un texte qui le contient ou d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui l'emploie. Les juridictions italiennes, en particulier la Cour constitutionnelle et les sections pénales de la Cour de cassation, font toutefois preuve d'une inclination un peu plus grande à s'y référer spontanément.

L'usage fait de la notion varie. Il peut arriver que la notion figure dans la décision car elle se trouve dans un texte cité sans qu'elle joue de rôle au fond ; au contraire, le juge s'en saisit parfois pleinement et lui fait jouer un rôle dans son raisonnement. Quant à la reprise d'une jurisprudence, il s'agit essentiellement de celle de la Cour de Strasbourg qui apparaît ainsi comme un vecteur majeur du développement de la vulnérabilité dans les ordres juridiques nationaux. Le but de la reprise est alors en général de transposer les solutions protectrices des droits et libertés des personnes vulnérables affirmées par cette Cour. Pour autant, le recours à cette notion n'apparaît pas univoque : des cas de mésusages sont également à relever. On le démontrera à travers la présentation successive des jurisprudences des Cours constitutionnelles (**section 1**), des Conseils d'État (**section 2**) et des Cours de cassation (**section 3**).

Section I
Les Cours constitutionnelles

La recherche portant sur la protection des droits et libertés des personnes physiques, ont été exclues de l'analyse les décisions rendues dans le cadre de procédures contentieuses relatives aux institutions, comme celles relatives au contentieux électoral en France ou aux conflits entre les pouvoirs de l'État en Italie. S'agissant de la France, la jurisprudence prise en compte est celle issue du contrôle *a priori* des lois, prévu par l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, ainsi que de la question prioritaire de constitutionnalité. En ce qui concerne l'Italie, deux procédures contentieuses[100] ont

99 La réforme constitutionnelle de 2001 a introduit dans le premier paragraphe de l'art. 117 de la Constitution italienne la règle selon laquelle « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordonnancement communautaire et des obligations internationales ». La Cour constitutionnelle, dans les décisions de 2007 citées dans le texte, a affirmé que lorsqu'une loi viole une disposition de la CEDH, elle viole indirectement l'article 117 de la Constitution : les normes du droit international conventionnel sont donc qualifiées de « normes interposées » pour le contrôle de constitutionnalité, affirmant ainsi substantiellement leur primauté sur les lois ordinaires. Pour une reconstruction générale de ces problématiques, v. not. F. Jaquelot, L. Montanari, « Les rapports de systèmes en Italie », in B. Bonnet (dir.), *Les rapports entre ordre juridiques : bilan, enjeux, perspectives*, Paris, LDGJ, 2016, p. 1653-1675.

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

également été retenues : d'une part, le contrôle de constitutionnalité par voie incidente, qui permet le contrôle des lois et actes ayant force de loi sur renvoi des juges ordinaires et, d'autre part, le contrôle des mêmes actes par voie d'action. Alors que le procès par voie incidente peut être rapproché de la QPC française[101], le procès par voie d'action, dit aussi par voie principale, n'a pas d'équivalent en France. Il permet aux régions de faire un recours contre une loi étatique ou contre une loi d'une autre région dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi, si elles estiment que cette dernière empiète sur leurs compétences ; il permet en outre à l'État de faire un recours contre une loi régionale également dans les soixante jours, mais, contrairement aux régions, il peut contester toute invalidité de la loi régionale, même si elle ne concerne pas la répartition des compétences. La jurisprudence issue de ces différentes procédures constitue donc le corpus à partir duquel a été analysée la mobilisation du concept de vulnérabilité dans la protection des droits et libertés des individus par les deux Cours[102].

§ 1. L'emploi du terme

Avant d'analyser les résultats de la recherche, quelques précisions s'imposent. Il faut dire tout d'abord, d'un point de vue méthodologique, que les recherches sur les décisions des juges constitutionnels ont été réalisées à travers les moteurs de recherche présents sur les sites internet des deux juridictions. Les chercheurs ont utilisé le mot-clé vulnérab*, mais aussi, pour ce qui est de la Cour constitutionnelle italienne, les mots-clés « *soggetti fragili* » et « *soggetti deboli* », synonymes de l'expression « *persone vulnerabili* »[103]. Nous devons préciser également que la période prise en compte pour l'analyse jurisprudentielle relative aux juridictions constitutionnelles est plus large que celle relative aux autres juridictions, car la recherche porte sur toutes les décisions adoptées par ces juges depuis le début de leur activité, et pas seulement sur celles adoptées depuis 2010. Cette période va donc de 1958 à 2023, pour le Conseil constitutionnel, et de 1956 à 2023, pour la Cour constitutionnelle[104]. Nous avons opté pour ce champ d'analyse étendu par rapport aux autres juridictions étudiées, car le nombre de décisions rendues par les juges constitutionnels dans ce domaine est assez modeste et pour répondre ainsi à la nécessité de pouvoir disposer d'un ensemble de décisions assez large afin de dégager des tendances jurisprudentielles pertinentes concernant l'utilisation de la notion de vulnérabilité par ces juges.

---

101 Pour une analyse de la QPC dans une approche comparative, v. L. Gay (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

102 La recherche sur les décisions du Conseil constitutionnel français a été menée par Caterina Severino et celle sur les décisions de la Cour constitutionnelle italienne par Giuliano Serges et Alessandro Pace.

103 La traduction littérale de « *soggetti fragili* » est « personnes fragiles », tandis que celle de « *soggetti deboli* » est « personnes faibles ».

104 Le Conseil constitutionnel a commencé son activité dès son instauration par la Constitution du 4 octobre 1959 (sa première décision date de 1959), tandis que la Cour constitutionnelle n'a commencé son activité qu'en 1956, soit sept années après sa prévision par la Constitution du 27 décembre 1947, ce retard étant dû à l'adoption tardive des textes réglementant le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle ainsi qu'au retard pris pour l'élection par le Parlement italien de cinq membres de la Cour.

Il faut souligner aussi, d'un point de vue du contenu de la recherche, que les textes de référence du contrôle de constitutionnalité français et italien n'emploient pas le terme « vulnérabilité » ni ses synonymes. Ainsi, l'utilisation de ces termes par les juges constitutionnels ne peut découler que d'une reprise des expressions employées par la loi soumise au contrôle de constitutionnalité, ou par les recours adressés au juge constitutionnel, ou bien d'une utilisation spontanée de ce juge. Or, comme nous le verrons dans les développements qui suivent, la recherche a mis en évidence une différence d'approche importante entre les juridictions constitutionnelles française et italienne[105]. Alors que le Conseil constitutionnel emploie très rarement le terme de « vulnérabilité », et que dans la plupart des cas il ne fait que reprendre les mots utilisés par le texte législatif soumis à son examen, la Cour constitutionnelle italienne semble, en revanche, plus incline à utiliser ce terme, mais aussi ses synonymes ; et elle le fait, dans la plupart des cas, de manière spontanée. On constate par ailleurs une montée en puissance, dans les dernières années, de la présence de la notion de vulnérabilité devant les deux juridictions constitutionnelles.

A. Un emploi largement conditionné chez le juge constitutionnel français

Pour ce qui concerne le Conseil constitutionnel, la recherche a fait ressortir seize décisions, tous contentieux confondus[106]. Parmi ces décisions, seules quinze sont pertinentes pour notre réflexion, car l'une d'entre elles concerne l'environnement et les sites à risque[107]. L'analyse des quinze décisions pertinentes montre que dans onze d'entre elles le Conseil constitutionnel n'emploie pas le terme vulnérabilité ou vulnérable de manière spontanée, mais ne fait que reprendre de manière mécanique les mots utilisés par le texte soumis à son contrôle.

En particulier, dans quatre décisions, adoptées entre 2018 et 2021, le Conseil constitutionnel reprend les termes employés dans diverses dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), lesquelles expriment essentiellement l'impératif, pour l'administration, de tenir compte de l'éventuel état de vulnérabilité de l'étranger, sans pour autant donner plus de détail sur le contenu de cette notion[108]. Dans trois décisions, rendues entre 2003 et 2018, le

105 Ce constat confirme d'ailleurs les résultats auxquels nous étions parvenus lors de la recherche réalisée dans le cadre de la démarche « QPC 2020 » (C. Severino et H. Alcaraz [dir.], *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Confluence des droits [en ligne], 2021, 579 p.).

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

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

108 Conseil constitutionnel, décision n° 2018-762 DC (le Conseil constitutionnel cite l'article L. 551-1 du CESEDA à propos du placement en rétention d'un étranger et de l'évaluation du risque de fuite « il appartient à l'administration d'apprécier, sous le contrôle du juge, les situations caractérisant un risque non négligeable de fuite sur la base d'une évaluation individuelle prenant en compte l'état de vulnérabilité de l'intéressé et de tenir compte d'éventuelles circonstances particulières ne permettant pas de regarder le risque allégué comme établi ») ; n° 2019-807 QPC (le Conseil cite l'article L. 556-1 du CESEDA à propos de la demande d'asile en rétention « Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. Il précise

Conseil constitutionnel se réfère à diverses dispositions du Code pénal qui précisent les situations dans lesquelles les victimes d'une infraction peuvent être considérées comme étant des victimes vulnérables[109]. Dans la décision n° 2022-1034 QPC rendue en février 2023, le Conseil constitutionnel reprend les termes employés par un article du code de procédure pénale relatif aux moyens dont peuvent disposer l'agent ou l'officier de police judiciaire pour l'identification des mineurs et qui enjoint à l'agent ou à l'officier de tenir compte de la situation de vulnérabilité de la personne[110]. Il faut dire cependant, à propos de cette décision, que bien que le Conseil constitutionnel reprenne les mots de la loi, il prête toutefois une certaine attention, dans son raisonnement, à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les mineurs, en vérifiant que les mesures adoptées les protègent effectivement. De même, dans la décision n° 2016-745 DC, adoptée dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil reprend l'expression « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique », en citant une disposition législative soumise à son contrôle visant à modifier le Code du travail[111]. Dans la décision n° 2021-937 QPC, le Conseil constitutionnel se réfère à une disposition du Code de la Sécurité sociale relative à l'augmentation du montant du redressement des cotisations sociales applicable en cas d'infraction commise par l'employeur envers un employé vulnérable[112]. Enfin, bien qu'il s'agisse d'une décision adoptée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des Traités avant leur ratification, et non dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi, nous signalons

les modalités de prise en compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile et, le cas échéant, de ses besoins particuliers »); n° 2019-818 QPC (le Conseil cite l'article L. 213-2 du CESEDA à propos de la décision de refus d'entrée sur le territoire : « Une attention particulière est accordée aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs, accompagnés ou non d'un adulte »); n° 2021-983 QPC (le Conseil cite l'article L. 221-1 du CESEDA à propos du placement en zone d'attente d'un demandeur d'asile « Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. Il précise les modalités de prise en compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile et, le cas échéant, de ses besoins particuliers »).

109 Conseil constitutionnel, déc. n° 2003-467 DC et n° 2018-761 QPC (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 225-12-1 CP selon lequel « Est puni des mêmes peines le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »); déc. n° 2004-492 DC (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale qui fixe la liste des infractions, relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, auxquelles s'appliquent les règles de procédure définies par le nouveau titre XXV du livre IV du code de procédure pénale, parmi lesquelles figure « le crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée lorsqu'il est commis de manière habituelle sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, crime passible de trente ans de réclusion criminelle en application de l'article 222-4 modifié du Code pénal »).

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

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

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

la décision n° 98-408 DC relative au statut de la CPI, dans laquelle le Conseil constitutionnel emploie le mot « vulnérable » en citant une disposition du statut qui permet de déroger au principe de la publicité des débats s'agissant de l'audition de personnes vulnérables[113].

Dans toutes ces décisions, la référence à la vulnérabilité ne joue donc pas un rôle significatif dans le raisonnement du juge constitutionnel, mais elle ne représente qu'une reprise mécanique des termes « vulnérabilité » ou « vulnérable » présents dans la disposition législative soumise à son contrôle.

Seules quatre décisions, parmi les quinze décisions recensées, paraissent mettre en lumière une approche différente de la part du Conseil constitutionnel à l'égard de la notion de vulnérabilité, car dans celles-ci, le Conseil utilise cette notion alors qu'elle est absente du texte examiné. Il s'agit, en particulier, de deux décisions, rendues respectivement en 2010 et en 2021, dans le cadre du contrôle *a priori*, et de deux décisions, rendues respectivement en 2021 et en 2022, dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Ainsi, dans la décision n° 2010-605 DC, relative à la loi régulant le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil constitutionnel fait spontanément référence à la notion de vulnérabilité en se référant aux mineurs, alors que les dispositions examinées, tout en visant expressément les mineurs, ne mentionnaient pas leur vulnérabilité[114]. Dans la décision n° 2021-834 DC portant sur la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel indique spontanément que le législateur, en mettant en place un dispositif spécifique, avait tenu compte de la « vulnérabilité particulière des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique »[115]. Enfin, dans les décisions n° 2020-888 QPC, *M^me^ Fouzia*, et n° 2022-1005 QPC, *M^me^ Marie D.*, adoptées en matière de protection de personnes dépendantes et portant sur la question des limites imposées par la loi à leur capacité à donner, le Conseil constitutionnel mobilise la notion de vulnérabilité pour apprécier la constitutionnalité de la loi soumise à son contrôle[116]. Dans ces deux affaires, bien qu'en reprenant les expressions « vulnérabilité particulière » et « situation de vulnérabilité » employées par les requérantes, le juge constitutionnel se penche sur la situation de vulnérabilité des personnes dépendantes afin de vérifier l'adéquation entre la disposition législative et la protection des droits et libertés.

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

---

113 Conseil constitutionnel, déc. n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cit. (le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 68 du statut qui oblige la Cour à prendre toutes les mesures de nature à assurer la sécurité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins, notamment en dérogeant au principe de la publicité des débats s'agissant de l'audition de personnes vulnérables).

114 Conseil constitutionnel, déc. n° 2010-605 DC, cit., pt. 25.

115 Conseil constitutionnel, déc. n° 2021-834 DC, cit., pt. 9.

116 Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC cit., pts. 7, 9 et 10 ; n° 2022-1005 QPC, cit., pts. 5 et 7.

législateur français qui, à son tour, s'inscrit dans une tendance plus large, constatée dans la dernière décennie, consistant en une utilisation de plus en plus fréquente de la notion de vulnérabilité dans le langage juridique et non juridique.

B. Un emploi essentiellement spontané chez la Cour constitutionnelle italienne

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

La recherche par les mots-clés « vulnerab* », « *soggetti fragili* » et « *soggetti deboli* » a fait ressortir environ 80 décisions rendues depuis 1956, tous contentieux confondus[117]. Parmi celles-ci, 48 décisions ont été jugées pertinentes, après avoir éliminé celles dans lesquelles la référence à la vulnérabilité n'est que la conséquence de la citation de l'ordonnance de renvoi (c'est-à-dire l'acte par lequel le juge *a quo* renvoie la question à la Cour constitutionnelle).

L'analyse de ces décisions a montré tout d'abord une montée en puissance, depuis 2017, tant de l'utilisation du terme « *vulnerabilità* », employé désormais quasi systématiquement à la place des expressions synonymes « soggetti fragili » et « *soggetti deboli* », que de la référence au concept lui-même, quels que soient les termes employés, aux fins de l'appréciation du texte soumis au contrôle. Concernant le premier aspect, la recherche montre qu'avant 2017, la Cour constitutionnelle utilise presque exclusivement l'expression « *soggetti deboli* »[118]. Seuls deux arrêts, parmi les onze décisions recensées dans cette période, utilisent le terme « *vulnerabile* » : le premier à propos du majeur ayant une maladie mentale victime d'une infraction[119], le second à propos des détenus « rendus plus vulnérables [...] par les limitations des libertés fondamentales inhérentes, en général, à l'état de détention »[120]. En revanche, après 2017, la Cour constitutionnelle utilise de manière quasi systématique les termes « *vulnerabile/vulnerabilità* »[121], les expressions « *soggetti deboli* » ou « *soggetti fragili* » étant employées de manière sporadique[122]. Concernant le second aspect, relatif à la montée en puissance de l'utilisation du concept de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, quels que soient les termes employés, la recherche montre qu'entre 1956 et 2017, soit en 61 ans d'activité, 11 décisions significatives ont été adoptées, alors qu'entre 2017 et 2023, soit en 6 ans seulement, 37 décisions significatives ont été rendues. Les auteurs de la recherche concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne parlent d'une véritable « explosion » de l'utilisation de la notion de vulnérabilité chez cette Cour.

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

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

119 Cour constitutionnelle, arrêt n° 63/2005.

120 Cour constitutionnelle, arrêt n° 143/2013.

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

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

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

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

§ 2. Les contentieux intéressés

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

Concernant le premier aspect, pour ce qui est de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un équilibre entre les deux contentieux est constaté, car sur les 15 décisions recensées, 7 relèvent du contentieux *a priori*[123] et 8 relèvent du contentieux *a posteriori*[124]. Cette équivalence des contentieux intéressés par l'utilisation de la notion de vulnérabilité chez le juge constitutionnel français peut être considérée comme un signe ultérieur du fait que le concept de vulnérabilité n'est pas véritablement opérant dans la jurisprudence de ce juge, sauf rares exceptions. En effet, logiquement, ce concept devrait être davantage mobilisé dans le contentieux *a posteriori* que dans celui réalisé à titre préventif, car dans ce dernier, le juge constitutionnel est amené à réaliser un contrôle abstrait, une pure confrontation entre la norme législative et la norme constitutionnelle, alors que dans le contentieux QPC, *a posteriori*, étant donné que la question de constitutionnalité porte sur une loi en vigueur et qu'elle naît au cours d'un litige concret, le juge constitutionnel peut être porté à examiner la conformité aux droits et libertés de la loi appliquée dans la réalité. Dans ce type de procès, contrairement au contentieux *a priori*, la loi contestée peut être examinée et interprétée eu égard aux effets qu'elle produit lors de son application concrète, auprès de personnes qui en subissent les conséquences et dont la situation de vulnérabilité peut être ainsi constatée et prise en compte par le juge afin de déceler d'éventuelles atteintes aux droits et libertés fondamentaux. Nous devons par

123 Conseil constitutionnel, déc. n° 98-408 DC ; n° 2003-467 DC ; n° 2004-492 DC ; n° 2010-605 DC ; n° 2016-745 DC ; n° 2018-762 DC ; n° 2021-834 DC.

124 Conseil constitutionnel, déc. n° 2018-761 QPC ; n° 2019-807 QPC ; n° 2019-818 QPC ; n° 2020-888 QPC ; n° 2021-937 QPC ; n° 2021-983 QPC ; n° 2022-1005 QPC ; n° 2022-1034 QPC.

ailleurs souligner que dans la grande majorité des décisions recensées au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la présence du terme « vulnérabilité » dans la décision ne signifie pas que l'objet de la question de constitutionnalité ait un rapport avec la vulnérabilité. Bien au contraire, cela ne s'avère que dans quelques hypothèses, parmi les décisions recensées, à savoir dans les décisions n° 2020-888 QPC[125] et n° 2022-1005 QPC[126] relatives à la protection des personnes dépendantes et à leur capacité à donner, dans la décision n° 2018-761 QPC concernant la protection des personnes se livrant à la prostitution[127] et, en partie, dans la décision n° 2022-1034 QPC relative au placement ou maintien en détention provisoire des mineurs et relevés signalétiques sous contrainte[128].

Le constat diffère sensiblement concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, car même si quelques décisions recensées relèvent du contrôle par voie d'action[129] ou du contrôle réalisé dans le cadre du référendum abrogatif[130], la grande majorité des décisions dans lesquelles apparaît le concept de vulnérabilité relèvent du procès par voie incidente. Cette donnée importante peut être considérée comme la marque ultérieure d'une attention véritable, de la part du juge constitutionnel italien, à l'égard de la notion de vulnérabilité, cette notion étant mobilisée par ce juge pour l'appréciation des possibles atteintes portées par la loi aux droits et libertés fondamentaux et, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, pour l'évaluation de la meilleure décision à adopter pour leur protection effective.

En ce qui concerne le second aspect de la recherche, relatif aux domaines principalement intéressés par l'utilisation de la notion de vulnérabilité, pour ce qui est de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si nous écartons les décisions dans lesquelles l'utilisation de la notion n'est pas le signe d'une mobilisation du concept, mais une simple reprise des mots de la loi – pour ces décisions la matière principalement concernée étant le droit des étrangers, suivie par le droit pénal, en particulier les normes relatives à la victime vulnérable[131] –, le domaine majoritairement intéressé est celui relatif à la protection de personnes dépendantes et aux limitations de leur capacité à donner[132]. Les autres domaines dans lesquels le Conseil constitutionnel a été amené à mobiliser le concept de vulnérabilité sont celui de la protection des personnes dans le cadre des jeux d'argent et de hasard en ligne[133], celui du droit de la sécurité intérieure et de la procédure pénale, avec la question particulière de la garantie des droits et libertés des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique lors de leur placement sous vidéosurveillance[134], et celui de la protection des mineurs dans le cadre de la justice pénale[135].

125 Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, *M^me^ Fouzia L.*, cit.
126 Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1005 QPC, *M^me^ Marie D.* cit.
127 Conseil constitutionnel, déc. n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres*, cit.
128 Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1034 QPC, *Syndicat de la magistrature et autres*, cit.
129 Voir notamment Cour constitutionnelle, arrêts n° 166/2008 ou n° 194 de 2019.
130 Cour constitutionnelle, arrêt n° 50/2022, cit.
131 Voir notamment Conseil constitutionnel, déc. n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres*, cit., concernant la protection des personnes se livrant à la prostitution.
132 Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC cit., pts. 7, 9 et 10 ; n° 2022-1005 QPC, cit., pts. 5 et 7.
133 Conseil constitutionnel, déc. n° 2010-605, cit., pt. 25.
134 Conseil constitutionnel, déc. n° 2021-834 DC, cit., pt. 9.
135 Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1034 QPC, cit., pt. 22.

Devant la Cour constitutionnelle, les secteurs concernés par la mobilisation du concept de vulnérabilité sont très nombreux et variés. Ces secteurs concernent notamment la protection des personnes malades[136], handicapées[137], ou souhaitant faire un choix quant à leur fin de vie[138], la protection des mineurs[139], celle des détenus[140], celle des personnes se livrant à la prostitution[141], la protection des migrants[142], ou encore la protection des femmes vulnérables sur le plan économique et social dans le cadre de la maternité de substitution[143], la protection des personnes souffrant d'une dépendance aux jeux de hasard ou aux jeux d'argent[144], la garantie des victimes d'une infraction[145], celle des consommateurs[146], des travailleurs[147], ou encore celle des catégories sociales défavorisées[148]. Dans toutes les décisions recensées, la Cour constitutionnelle fait référence à la vulnérabilité de manière systématique en employant ce terme ou des expressions synonymes. Il est alors important de comprendre si cette référence à la vulnérabilité est expliquée ou explicitée par le juge constitutionnel, si ce juge donne ou pas une définition de la situation de vulnérabilité.

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

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

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

---

136 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 423/2000.

137 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 233/2005 ; n° 203/2013.

138 Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018 ; arrêts n° 242/2019 et n° 50/2022. Ces trois décisions s'inscrivent dans l'affaire dite « Cappato », voir *infra*.

139 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts 236/2002 ; n° 467/2002 (mineur handicapé) ; n° 18/2020 (enfant handicapé d'un détenu) ; n° 1/2021 (mineurs victimes de violences (y compris violences sexuelles) ; n° 14/2021 (mineur témoignant dans un procès pénal concernant des crimes de violence sexuelle).

140 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 422/1999 ; n° 137/2021.

141 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 141/2019 ; 22/2022.

142 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 172/2013.

143 Cour constitutionnelle, arrêt n° 33/2021.

144 Cour constitutionnelle, arrêt n° 185/2021.

145 Cour constitutionnelle, arrêt n° 223/2015.

146 Cour constitutionnelle, arrêt n° 469/2022.

147 Cour constitutionnelle, arrêt n° 114/2015.

148 Par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 166/2008 ; n° 121/2010 (concernant les classes économiquement les plus faibles).

A. La présomption de vulnérabilité des mineurs

Concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la présomption de vulnérabilité des mineurs se manifeste au sein des trois décisions pertinentes recensées. Ainsi, dans la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 relative à la loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil constitutionnel emploie spontanément l'expression « publics vulnérables » pour désigner les mineurs et pour valider les dispositions législatives contestées qui visaient à les protéger en soumettant le marché des jeux et des paris en ligne au contrôle de l'État, alors que ces dispositions, tout en visant expressément les mineurs, ne mentionnaient pas leur « vulnérabilité »[149]. Le Conseil ne s'attache pas à expliquer en quoi ces personnes sont vulnérables et considère cette situation comme acquise. De même, dans la décision n° 2021-834 DC portant sur une loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel, en validant les dispositions contestées et en indiquant spontanément que le législateur avait tenu compte de la « *vulnérabilité particulière* des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique »[150], semble considérer à nouveau que les mineurs se trouvent toujours dans une situation de vulnérabilité et semble donc adhérer à une conception catégorielle ou ontologique de la vulnérabilité, conduisant toujours à une protection spécifique et souvent dérogatoire par rapport au droit commun de ces personnes. À nouveau, dans la décision n° 2022-1034 QPC rendue en février 2023, à propos du placement ou maintien en détention provisoire des mineurs et des relevés signalétiques sous contrainte, la présomption de vulnérabilité des mineurs semble confirmée. La lecture du commentaire de la décision publié sur le site internet du Conseil constitutionnel conforte par ailleurs cette analyse, car il indique que « Pour tenir compte des finalités particulières de la justice pénale des mineurs *et de la vulnérabilité de ces derniers*, les règles de procédure pénale sont également adaptées »[151]. Comme nous le verrons dans le paragraphe qui suit, dans tous les cas recensés, la condition de vulnérabilité des mineurs conduit le Conseil constitutionnel à veiller à ce que la protection des droits et libertés de ces personnes soit renforcée.

Quant à la Cour constitutionnelle, dans diverses décisions, elle a pu considérer, elle aussi, les mineurs comme des personnes vulnérables, avec une sorte de présomption de vulnérabilité et sans justifier davantage son raisonnement. En particulier, dans l'arrêt n° 14 de 2021, la Cour utilise la

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

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

151 Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023, *Syndicat de la magistrature et autres*, sur [https://www.conseil-constitutionnel.fr/], p. 4. Le commentaire souligne en particulier que le code de la justice pénale des mineurs « a instauré une procédure en trois temps devant le juge des enfants et le tribunal pour enfants : une première audience sur la culpabilité doit se tenir dans un délai compris entre dix jours et trois mois après la saisine de la juridiction ; s'ouvre alors une période de mise à l'épreuve éducative d'une durée de six à neuf mois, au cours de laquelle le mineur bénéficie d'un accompagnement éducatif adapté à sa personnalité et ses besoins ; enfin, une seconde audience relative au prononcé de la sanction a lieu ».

notion de vulnérabilité par rapport au mineur témoin d'un crime sexuel, pour justifier l'exception aux règles de procédure pénale qui prévoient que la preuve doit être acquise au cours du procès. La Cour constitutionnelle déclare en effet que la disposition législative qui permet d'obtenir le témoignage du mineur avant le procès (incident probatoire) n'est pas contraire à la Constitution, non seulement lorsque le mineur est la victime de crimes sexuels, mais aussi lorsque le mineur est un simple témoin[152].

B. La mobilisation casuistique du concept de vulnérabilité

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

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

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mises à part les décisions relatives aux mineurs, deux décisions significatives mobilisant le concept de vulnérabilité ont été adoptées dans la période étudiée, les deux concernant les personnes dépendantes et la question de leur capacité à disposer[153]. Dans ces affaires, se posait la question de la conformité à la Constitution (en particulier au droit de propriété et au droit de disposer de ses propres biens) des limitations mises en place par le législateur dans le but de protéger les personnes dépendantes ou malades contre les risques de captation venant de personnes les assistant à leur domicile ou du personnel de santé ayant prodigué des soins pour une maladie dont le patient serait ensuite décédé. Malgré la similitude des deux espèces, le Conseil constitutionnel a adopté un raisonnement différent quant à l'évaluation de la situation de vulnérabilité de ces personnes et à la protection à apporter. Alors que dans la première décision, *Mme Fouzia*, rendue en mars 2021[154], le Conseil constitutionnel a demandé à réaliser une appréciation concrète de la situation de vulnérabilité des personnes visées par la loi et a ainsi censuré la disposition législative qui interdisait de manière générale et absolue aux personnes dépendantes de disposer en faveur de leur aide à domicile, dans la seconde décision, *Mme Marie D.*, rendue en juillet 2022[155], il a, au contraire, validé la disposition législative qui prévoyait une présomption générale et irréfragable de vulnérabilité (et d'incapacité à consentir) de la personne malade vis-à-vis des personnels de santé lui ayant prodigué des soins pour une maladie à laquelle elle ne survit pas. Aux fins qui nous occupent, il est intéressant d'analyser plus dans le détail le

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

153 Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, *M^me^ Fouzia*, cit. et n° 2022-1005 QPC, *M^me^ Marie D.*, cit.

154 Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC cit.

155 Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1005 QPC, cit.

raisonnement suivi par le juge constitutionnel dans les deux affaires. Dans la première décision, le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives qui empêchaient une personne rendant service à domicile de recevoir de la personne qu'elles assistaient, au motif que l'incapacité spéciale de la personne vulnérable à disposer était trop large et limitait de manière excessive le droit de propriété de la personne dépendante. Le juge affirme expressément que si le législateur avait bel et bien poursuivi un but d'intérêt général en voulant protéger les personnes qui ont besoin d'être assistées à leur domicile vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur apportent cette assistance, il ne pouvait pas déduire « du seul fait que les personnes auxquelles une assistance est apportée sont âgées, handicapées ou dans une autre situation nécessitant cette assistance pour favoriser leur maintien à domicile, que leur capacité à consentir est altérée »[156]. Pour le Conseil, il n'y a donc pas de correspondance générale et absolue entre la situation de dépendance de la personne et son incapacité à consentir, une évaluation au cas par cas étant nécessaire. Par un raisonnement très explicite, peu commun dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce juge précise également que « le seul fait que ces tâches soient accomplies au domicile des intéressées et qu'elles contribuent à leur maintien à domicile ne *suffit pas à caractériser, dans tous les cas, une situation de vulnérabilité des personnes assistées à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance* »[157]. Le Conseil constitutionnel semble donc adhérer à une conception situationnelle de la vulnérabilité, cette situation devant être évaluée (et prouvée) au cas par cas, sans présomption aucune. En outre, en affirmant qu'il faut prouver que les personnes assistées se trouvent dans « une situation de vulnérabilité *à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance* »[158], le juge constitutionnel semble adopter une conception relative de la vulnérabilité, cette situation pouvant se présenter ou pas selon les personnes avec qui l'on interagit et selon les circonstances du contexte. Enfin, le Conseil semble également adhérer à une conception prônant l'autonomie des personnes nécessitant une aide à domicile, en exigeant que la limitation des droits de ces personnes soit la plus limitée possible[159].

Dans la décision n° 2022-1005 QPC, *Mme Marie D.*, le Conseil constitutionnel adopte en revanche une démarche différente, car il valide les dispositions de l'article 909 du Code civil qui interdisent à un patient de consentir un don ou un leg aux membres des professions de santé lui ayant prodigué des soins au cours de la maladie dont ce patient serait décédé. Ainsi faisant, le juge constitutionnel a validé la présomption générale et irréfragable d'incapacité prévue par la loi, à savoir la correspondance entre l'état dans lequel se trouve le donneur et son incapacité à savoir se déterminer vis-à-vis du médecin ou de l'infirmier qui lui a prodigué les soins. Malgré le fait que la requérante, forte de la

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

décision rendue un an auparavant, faisait valoir que cette interdiction, formulée de façon générale, sans que soit prise en compte la capacité de la personne malade à consentir une libéralité ni que puisse être apportée la preuve de son absence de vulnérabilité ou de dépendance, portait atteinte à son droit de disposer librement de son patrimoine, le Conseil constitutionnel valide la disposition législative, qui peut être considérée comme caractérisant une certaine forme de paternalisme[160]. Cet aspect représente l'un des risques que peut entraîner la mobilisation du concept de vulnérabilité.

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

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

Les décisions relatives à ce que l'on appelle « l'affaire *Cappato* », à savoir l'ordonnance n° 207 de 2018 et l'arrêt n° 242 de 2019 sont emblématiques à cet égard. Dans cette affaire, très connue en Italie, le requérant demandait de déclarer contraire à la Constitution la disposition du Code pénal qui punit le délit d'aide au suicide même dans les cas où la personne qui souhaite mettre fin à son existence est une personne malade, en phase terminale, désirant mettre fin à sa souffrance. En l'espèce, la Cour constitutionnelle a mobilisé le concept de vulnérabilité pour adopter deux décisions très audacieuses, visant à protéger les droits de la personne demandant l'aide à mourir. La Cour a ici identifié une situation de vulnérabilité méritant une protection spécifique de la part du législateur tant eu égard aux personnes concernées (ces personnes étant qualifiées comme « *le persone più deboli e vulnerabili* »[161]), que par rapport à la situation dans laquelle elles se trouvaient (qualifiée de « *situazione di vulnerabilità* »[162]). Elle va ainsi considérer qu'une disposition législative sur l'aide à mourir doit être adoptée. Nous verrons dans les lignes consacrées aux conséquences de l'utilisation de la notion de vulnérabilité que dans cette affaire, la Cour a poussé très loin son pouvoir d'intervention vis-à-vis du législateur, par la mise en place d'une réglementation de substitution ayant pour but une protection adéquate des droits et libertés des personnes concernées.

L'arrêt n° 50 de 2022 relatif à la recevabilité du référendum abrogatif de la disposition législative interdisant l'homicide de la personne consentante – disposition qui avait fait déjà l'objet des deux décisions adoptées lors de l'affaire *Cappato* – est, lui aussi, particulièrement significatif, car la Cour nuance la position adoptée dans les deux décisions précédentes qui exigeaient une législation sur l'aide à mourir. En effet, elle juge ici qu'il ne faut pas pour autant abroger l'interdiction d'homicide de la personne consentante en ce qu'elle vise aussi à protéger des personnes vulnérables. Elle semble

160 En ce sens, X. Bioy, « L'interdiction de recevoir des libéralités pour les membres des professions de santé devant le Conseil constitutionnel. Retour sur la vulnérabilité pensée par le droit », *La Semaine juridique. Édition générale*, 10 octobre 2022, n° 40, p. 1821.

161 Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018, pt. 6 en droit.

162 *Ibidem*, pt. 10 en droit.

adopter une conception « extensive » de cette notion[163]. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle déclare irrecevable la demande de référendum abrogatif de l'article 509 du Code pénal punissant l'homicide du consentant, au motif que cette disposition, en punissant le fait de donner la mort à une personne avec son consentement, « poursuit le but, comme celle concernant l'aide au suicide (ordonnance n° 207 de 2018), [...] de protéger le droit à la vie, avant tout – mais faut-il ajouter : pas seulement – des personnes les plus faibles et les plus vulnérables, par rapport à des choix extrêmes et irréparables, liés à des situations, peut-être seulement temporaires, de difficulté et de souffrance, ou même tout simplement insuffisamment réfléchies »[164]. La Cour indique en particulier que la protection du droit à la vie doit rester en vigueur au sein de l'ordre juridique italien, car « Les situations de vulnérabilité et de faiblesse auxquelles se référaient les décisions susmentionnées de cette Cour [la Cour se réfère ici à l'ordonnance n° 207/2018 et à l'arrêt n° 242/2019] ne se limitent en aucun cas à la minorité d'âge, à la maladie mentale et à la déficience mentale, mais peuvent être liées à des facteurs de nature diverse (pas seulement liés à la santé physique, mais aussi de nature affective, familiale, sociale ou économique) »[165]. Ainsi, la Cour adopte une conception large de la vulnérabilité, ce concept étant susceptible d'être mobilisé dans de nombreuses circonstances, pour des situations temporaires tout comme pour des situations plus consolidées.

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

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

Tout d'abord, dans la décision n° 141 de 2019, la Cour constitutionnelle valide les dispositions législatives qui sanctionnent pénalement le fait de faciliter ou d'engager des prostituées qui pratiquent l'activité de prostitution *volontairement* et *sciemment*. L'affaire, très médiatisée, concernait le recrutement, par un entrepreneur, de filles « *escort* » pour des « dîners galants » organisés dans la résidence de Silvio Berlusconi. Pour valider la disposition du Code pénal qui interdit la prostitution, même lorsqu'elle est « choisie » par les personnes qui se prostituent, la Cour affirme que cette disposition se fonde sur l'idée selon laquelle « le choix de pratiquer la prostitution trouve normalement son origine dans *un état de vulnérabilité, lié à des causes individuelles et sociales* (telles que "la destruction de la vie familiale, l'insuffisance de l'éducation, le besoin", "les risques particuliers inhérents à certaines professions" ou le "cadre environnemental" de moralité dégradée) »[166]. Partant

163 Selon le terme employé par les auteurs de la recherche Giuliano Serges et Leonardo Pace.
164 Cour constitutionnelle, arrêt n° 50 de 2022, pt. 5.3. en droit.
165 *Ibidem*, pt. 5.4. en droit.
166 Cour constitutionnelle, arrêt n° 141 de 2019, pt. 4.3. en droit.

de cette conception de la prostitution, liée à l'état de vulnérabilité de la personne qui se prostitue, laquelle peut dépendre à son tour de plusieurs facteurs socio-économiques, la Cour affirme que la disposition législative attaquée est conforme à la Constitution, car elle est sert « la poursuite des valeurs rattachées à la protection des droits fondamentaux des *personnes vulnérables et de la dignité humaine* »[167]. La Cour lie ainsi la vulnérabilité à la dignité de la personne humaine, entendue dans un sens objectif, c'est-à-dire, selon les propres mots de la Cour, « comme un principe qui s'impose, quelles que soient la volonté et les croyances de l'individu »[168], ce qui rappelle la conception développée par la jurisprudence du Conseil d'État français *Commune de Morsang-sur-Orge*[169]. Comme le relèvent les auteurs de la recherche jurisprudentielle sur la Cour constitutionnelle italienne[170], ainsi qu'une partie de la doctrine ayant commenté l'arrêt n° 141 de 2019[171], cette orientation fait courir le risque d'imposer une vision moralisatrice et paternaliste, rappelant les notions de moralité publique et de bonnes mœurs appartenant à une époque qui devrait être désormais révolue au sein de l'ordre juridique italien.

Le même type de raisonnement développé dans l'arrêt n° 141 de 2019 se retrouve dans deux décisions relatives à la maternité de substitution. Dans les arrêts n° 33 de 2021 et n° 79 de 2022 la Cour utilise, en effet, la notion de vulnérabilité en se référant aux femmes qui concluent un contrat de maternité de substitution, c'est-à-dire qui acceptent d'entamer une grossesse pour le compte d'autrui. Ici aussi, comme dans le cas relatif à la prostitution, la situation de vulnérabilité est en partie explicitée par la Cour et liée aux difficultés sociales et économiques que rencontre la personne. La Cour affirme en effet que « les accords de maternité de substitution comportent *un risque d'exploitation de la vulnérabilité des femmes qui se trouvent dans des situations sociales et économiques défavorisées*; situations qui, lorsqu'elles existent, peuvent influencer fortement leur décision de commencer une grossesse dans l'intérêt exclusif de tiers, auxquels l'enfant doit être remis immédiatement après sa naissance »[172]. En outre, dans cet arrêt aussi la Cour constitutionnelle lie la vulnérabilité de la personne aux possibles atteintes à sa dignité, lorsqu'elle affirme que la maternité de substitution « porte intolérablement atteinte à la dignité de la femme et porte profondément atteinte aux relations humaines (arrêt n° 272 de 2017 et, plus récemment, arrêt n° 33 de 2021), soutenant une marchandisation inacceptable du corps, souvent au détriment des femmes les plus vulnérables économiquement et socialement »[173].

167 *Ibidem*, pt. 5.4. en droit.
168 *Ibidem*, pt. 4.1. en droit.
169 Il s'agit de la célèbre affaire relative au lancer de nain, Conseil d'État, A et s., 27 octobre 1995, 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.
170 Giuliano Serges et Leonardo Pace écrivent dans leur rapport que « Les déclarations faites par la Cour constitutionnelle sont très lourdes, car elles peuvent ouvrir la voie à de dangereuses visions moralistes et paternalistes visant à comprimer l'autodétermination individuelle ».
171 Voir notamment, R. Bin, « La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019) », *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019 (https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/11/La-libert%C3%A0-sessuale-e-prostituzione.pdf).
172 Cour constitutionnelle, arrêt n° 33 de 2021, pt. 5.1. en droit (nous soulignons).
173 Cour constitutionnelle, arrêt n° 79 de 2022, pt. 5.2.3. en droit et Cour constitutionnelle, arrêt n° 33 de 2021, pt. 5.1 en droit. Dans le même sens, mais sans la référence à la vulnérabilité, Cour constitutionnelle, arrêt n° 272 de 2017, pt. 4.2. en droit.

§ 4. Les conséquences de la référence

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

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

Dans d'autres cas, plus problématiques, la protection des personnes vulnérables passe par la restriction et la limitation de leurs droits et libertés. Dans ces affaires, le juge constitutionnel veille généralement à ce que cette limitation ne soit pas excessive. Toutefois, comme nous l'avons vu à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les personnes dépendantes et leur capacité à disposer, l'intensité du contrôle réalisé par le juge constitutionnel peut avoir un impact sur l'effectivité de la protection apportée. Ainsi, alors que dans la décision du Conseil constitutionnel *M^me^ Fouzia*, rendue en 2021, le contrôle plus poussé réalisé par le Conseil constitutionnel sur la disposition législative, exigeant la vérification au cas par cas de l'existence d'une situation de vulnérabilité et d'une incapacité à agir de la personne dépendante, conduit à un renforcement de la protection des droits de cette personne, car il délimite la possibilité de les restreindre, dans la décision *M^me^ Marie M.*, rendue en 2022, le contrôle abstrait réalisé par le Conseil constitutionnel et la validation de la présomption irréfragable mise en place par le législateur, sans aucune nuance possible, conduit à une protection réduite, voire à une véritable atteinte du droit de propriété des personnes malades qui seraient pourtant en pleine possession de la capacité de disposer de leurs biens.

Au-delà de ces aspects d'ordre général, l'analyse sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne semble montrer que la mobilisation du concept de vulnérabilité par ce juge lui permet d'adopter des solutions jurisprudentielles très créatives et très audacieuses, conduisant à de véritables empiétements dans la sphère de compétence du législateur. L'affaire Cappato constitue l'une des manifestations les plus significatives de cette démarche[174]. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle était saisie de l'inconstitutionnalité de l'article 509 du Code pénal italien qui interdit l'homicide. L'affaire concernait le cas d'un homme tétraplégique, conscient et cloué dans son lit d'hôpital, qui souhaitait mourir dignement et que Marco Cappato, membre d'une association militant pour la légalisation de l'euthanasie, avait aidé dans cette entreprise en se dénonçant ensuite aux autorités italiennes pour créer un litige stratégique porté devant la Cour constitutionnelle. La Cour avait donné une première réponse dans l'ordonnance n° 207 du 24 octobre 2018[175]. Dans celle-ci, de manière inédite, après avoir constaté que la norme attaquée violait la Constitution italienne en tant qu'elle ne permettait pas l'aide à mourir en faveur de personnes se trouvant dans des conditions particulièrement difficiles, la Cour avait décidé de renvoyer l'audience de onze mois avant de rendre une décision définitive, afin de ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur et lui laisser ainsi le temps de légiférer. Dans cette même ordonnance de 2018 la Cour avait également indiqué au législateur les limites, en énonçant des consignes bien précises à respecter dans la future loi, pour qu'elle puisse être considérée comme conforme aux exigences constitutionnelles. La Cour intervient donc ici au soutien de l'autonomie décisionnelle des personnes particulièrement vulnérables. Dans un second temps, dans l'arrêt n° 242 de 2019, la Cour constate l'absence d'adoption de la loi dans le délai indiqué et élimine l'inconstitutionnalité constatée en 2018 en comblant le vide normatif à peine créé, par une réserve d'interprétation additive, édictant les normes applicables en l'espèce et dans les cas similaires, en matière de fin de vie et d'assistance au suicide.

Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreuses critiques au sein de la doctrine italienne. Pour ce qui concerne plus particulièrement la question de l'utilisation du concept de vulnérabilité, les auteurs de la recherche Leonardo Pace et Giuliano Serges ont exprimé de nombreuses réserves, en considérant que dans ces décisions, la Cour constitutionnelle ferait un usage « rhétorique » du concept de vulnérabilité, la mobilisation de ce concept, que la Cour ne définit à aucun moment, permettant à la Cour de justifier ses solutions fortement créatives, déliées de tout ancrage textuel, et de s'arroger ainsi un pouvoir arbitraire en envahissant la sphère de compétence du législateur. Nous pourrions considérer cependant, d'un autre point de vue, que c'est précisément en présence de situations de vulnérabilité, impossibles à définir de manière stricte et nécessitant une protection

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

175 Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018. Sur cette ordonnance qui a fait couler beaucoup d'encre, voir, en langue française, J. Vachey, Commentaire au sein de la chronique Italie de l'*AIJC*, vol. XXXIV, 2019, p. 985 ; A.-M. Lecis Coccu Ortu, « "Questa legge s'ha da fare" : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions,* n° 2/2019, p. 5 ; G. Serges, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 ("*Ordinanza Cappato*") : une nouvelle typologie de décision ou un "*non liquet*" avec date d'expiration ? », *RFDC*, n° 120/2019, p. 67 de la version électronique.

spécifique, que la Cour doit veiller à ce que la protection des droits et libertés soit la plus effective, et qu'elle soit ainsi davantage amenée à remplacer le législateur défaillant. Dans cette optique, le concept de vulnérabilité serait un outil conceptuel maniable et quasiment intuitif, permettant à la Cour d'affirmer qu'elle se trouve en présence de situations nécessitant une protection accrue et ainsi de passer outre les vides textuels, d'ordre procédural ou substantiel, afin de rendre la solution la plus protectrice qui soit des droits et libertés des personnes ayant le plus besoin de protection. Il est tout aussi vrai, cependant, et nous rejoignons ici l'inquiétude exprimée par les auteurs de la recherche sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que le risque d'arbitraire dans ce type de situations est important. Il faudrait ainsi pouvoir le conjurer, pour éviter que la Cour n'adopte de décisions véritablement politiques, éventuellement par une réflexion de la part du juge constitutionnel, aidé en cela par la doctrine, sur la notion de vulnérabilité, ses contours, ses limites, ses conséquences en termes juridiques.

Section II
Les Conseils d'État

Une grande proximité fonctionnelle existe entre les Conseils d'État italien et français, qui possèdent tous deux des compétences consultatives à l'égard du Gouvernement et des compétences juridictionnelles. En tant que juridiction administrative – seul aspect qui nous intéresse ici –, le Conseil d'État italien comporte six sections alors que la section contentieuse du Conseil d'État français compte, comme on le sait, dix chambres.

Au titre des différences qu'il importe de mentionner, figurent les critères de répartition des compétences juridictionnelles. En Italie, la compétence du juge administratif s'applique en principe en cas d'atteinte présumée par l'administration à un intérêt légitime, et celle du juge judiciaire en cas d'atteinte présumée à un droit subjectif par cette même administration. À titre dérogatoire, toutefois, des lois peuvent attribuer compétence au juge administratif en cas d'atteinte à un droit subjectif. Outre qu'il est particulièrement complexe, cet édifice ménage au juge judiciaire italien une compétence à l'égard de l'administration tendanciellement plus large que celle de son homologue français[176]. Il est aussi important de relever que le système juridique français prévoit le mécanisme du référé-liberté qui permet aux individus de saisir le juge administratif pour la protection de leurs droits et libertés fondamentaux.

C'est à la lumière de ces différences que l'on doit appréhender l'emploi de la notion de vulnérabilité par les deux Conseils d'État, français et italien[177].

176 Pour de plus amples précisions sur cette répartition des compétences entre les ordres juridictionnels en Italie, voir *infra*, partie 2, la contribution d'Alessia Cozzi.

177 La recherche sur le Conseil d'État italien a été faite par Alessia Cozzi et celle sur le Conseil d'État français par Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay.

§ 1. L'emploi du terme

L'emploi du terme vulnérabilité apparaît légèrement plus important devant le Conseil d'État français que devant le Conseil d'État italien. Dans les deux pays, en revanche, cet emploi résulte essentiellement de la citation d'un texte ou de la reprise d'une jurisprudence. Cette réticence à un usage spontané de la notion s'illustre par son absence dans des contentieux au sein desquels elle pourrait être utilement mobilisée, comme de celui de la vulnérabilité numérique.

A. Les références expresses

Pour l'Italie, la recherche sur le site DE Jure avec le mot-clé « vulnerabil* »[178] sur la période du 1er janvier 2010 au 10 mai 2023 fait apparaître un total de 291 décisions. Sur cette même période, le Conseil d'État a rendu un total de 85 828 décisions[179]. Par conséquent, les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » apparaissent dans 0,339 %. Il faut toutefois rappeler que toutes les décisions comportant une occurrence d'un des deux termes ne sont pas pertinentes, puisque seules sont retenues celles qui traitent de la vulnérabilité d'une personne physique. En définitive, seules 65 décisions sur les 291 issues de la première recherche se sont révélées pertinentes (c'est 0,075 % du total des décisions de la période). Le premier constat ressortant de ces données est donc que la thématique de la vulnérabilité est peu abordée – à tout le moins expressément – par la jurisprudence du Conseil d'État italien.

En ce qui concerne la France, une recherche sur la même période (1er janvier 2010 au 10 mai 2023) avec le mot-clé vulnerab* sur le moteur de recherche de la jurisprudence administrative Ariane donne un total de 708 décisions. Le même chiffre ressort de la recherche effectuée sur Legifrance. Sur la même période, en enlevant le mot-clé, la recherche donne un total de 39 205 décisions du Conseil d'État sur Ariane (contre 39 191 sur Legifrance). Les décisions comportant les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » représentent donc 1,8 % du total. Le corpus français est donc plus important que celui du Conseil d'État italien, en quantité comme en pourcentage du total (291 décisions en Italie contre 708 décisions pour la France ; et 0,339 % contre 1,8 %). Le constat demeure, une fois écartées les décisions non pertinentes (ne portant pas sur la vulnérabilité de la personne physique). En effet, il restait alors 478 décisions, soit 1,2 % du total des décisions rendues sur la période par le Conseil

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

179 Il y a un écart entre les décisions présentes dans le moteur de recherche et les vraies, qui sont plus nombreuses. On le comprend si l'on analyse les données statistiques sur l'activité du Conseil d'État rendues chaque année pour l'inauguration de l'année judiciaire, www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato. Le nombre de recours décidés par le Conseil d'État à partir de 2017 est : 9 990 en 2017 ; 11 055 en 2018 ; 12 151 en 2019 ; 11 811 en 2020 et 11 789 en 2021, 14 718 en 2022. Dans les années précédentes : 11 562 en 2012, 10 183 en 2013, 10 309 en 2014, 9 604 en 2015 ; 9 858 en 2016, donc 51 516, in www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/57888/Dati+Statistici.pdf/7ad58b16-63ba-455c-5e55-27d1a1455420. En 2010, 15 534 ; en 2011, 12 616. Total dans la période 1.1.2010-31.12.2022 : 151 180. Par souci d'exhaustivité, ces chiffres se rapportent au nombre de recours « formés » – *ricorsi definiti, dunque decisi* – et non au nombre de décisions, ordonnances et arrêts. Il peut arriver, par exemple, que le juge administratif statue sur plusieurs recours considérés connectés, en prononçant un seul arrêt (art. 70 du code italien de procédure administrative ; le pouvoir de réunir les recours est discrétionnaire).

d'État français (0,075 % en Italie). Cette différence semble tenir dans une large mesure au nombre important d'ordonnances de référé-liberté dans lesquelles les mots-clés apparaissent. On verra en effet que cette procédure est très utilisée et se retrouve dans plusieurs contentieux importants sur la vulnérabilité en France.

En ce qui concerne les chiffres français, le plus remarquable réside toutefois dans une répartition très inégale des décisions par année, avec une croissance exponentielle de la mention de la vulnérabilité dans les années récentes (pour toutes les occurrences, soit 708, on a 308 décisions en 10 ans, de 2010 à 2019, puis 398 en un peu moins de trois ans et demi, de 2020 à mai 2023 donc)[180]. L'emploi du terme s'intensifiant, il est intéressant de relever que certaines décisions peuvent être lues au prisme de la vulnérabilité, même si le terme n'apparaît pas expressément sous la plume du juge.

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

Un cas topique de relecture d'une décision au prisme de la vulnérabilité réside dans la décision rendue le 3 juin 2022 par la Cour d'État français[181]. Ce dernier était saisi d'une demande d'annulation d'un décret du 24 mars 2021 faisant obligation aux étrangers de déposer leur demande de titre de séjour par internet. L'affaire donne l'occasion au Conseil d'État de poser un cadre juridique général à l'obligation faite aux usagers du service public d'accomplir des démarches en ligne. Il est d'abord jugé qu'une telle obligation peut être imposée par le Gouvernement, car elle ne relève d'aucune matière réservée à la loi par la Constitution[182]. Il est ensuite ajouté que toutefois, « le pouvoir réglementaire ne saurait édicter une telle obligation qu'à la condition de permettre l'accès normal des usagers au service public et de garantir aux personnes concernées l'exercice effectif de leurs droits. Il doit tenir compte de l'objet du service, du degré de complexité des démarches administratives en cause et de leurs conséquences pour les intéressés, des caractéristiques de l'outil numérique mis en œuvre ainsi que de celles du public concerné, notamment, le cas échéant, de ses difficultés dans l'accès aux services en ligne ou dans leur maniement »[183]. La décision applique enfin ces principes au cas d'espèce. Elle fait valoir à ce titre l'importance de la démarche considérée pour les droits d'un étranger, notamment le droit de se maintenir en France et, le cas échéant, d'y travailler, mais souligne aussi les « caractéristiques du public concerné, la diversité et la complexité des situations des demandeurs » pour déduire que le pouvoir réglementaire doit prévoir des mesures d'accompagnement pour « les personnes qui ne disposent pas d'un accès aux outils numériques ou qui rencontrent des difficultés soit dans leur utilisation, soit dans l'accomplissement des démarches administratives, mais aussi une solution de substitution pour le cas où l'accompagnement aurait

---

180 La répartition par année est la suivante : 2010 : 4 décisions ; 2011 : 7 décisions ; 2012 : 9 décisions ; 2013 : 9 décisions ; 2014 : 19 décisions ; 2015 : 36 décisions ; 2016 : 30 décisions ; 2017 : 63 décisions ; 2018 : 51 décisions ; 2019 : 80 décisions ; 2020 : 150 décisions ; 2021 : 120 décisions ; 2022 : 97 décisions ; 2023 (fin de la recherche au 10 mai) : 33 décisions.

181 CE, 3 juin 2022, n° 452798, publié au Lebon.

182 § 6.

183 § 9.

échoué pour des raisons tenant à la conception de l'outil ou à son mode de fonctionnement »[184]. Le décret attaqué est déclaré partiellement illégal dans la mesure où il ne prévoit pas une telle mesure de substitution.

Cette affaire traite donc de ce que l'on désigne de plus en plus usuellement comme la vulnérabilité numérique et c'est bien en ces termes qu'elle a été analysée par la doctrine[185]. Une telle analyse paraît tout à fait pertinente. Le décret affectait des personnes potentiellement vulnérables : précarisées par l'attente de la décision sur leur titre de séjour, parfois éloignées du numérique par des conditions socio-économiques difficiles, auxquelles pouvait le cas échéant s'ajouter un handicap (des griefs portaient d'ailleurs sur l'accessibilité du service aux personnes atteintes de handicap, qui sont cependant rejetés). L'enjeu était bien, comme l'écrit le Conseil d'État lui-même, de garantir aux personnes concernées *l'exercice effectif de leurs droits*, effectivité précisément centrale dans notre recherche sur la vulnérabilité.

Autre point d'intérêt de cette décision : le Conseil d'État avait saisi pour avis la Défenseure des droits, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011 relative à cette autorité publique constitutionnelle[186]. Or, la Défenseure, forte des enseignements tirés de nombreuses saisines individuelles, a mis en avant dans son avis les difficultés rencontrées par les usagers à tous les stades de la procédure et les insuffisances du dispositif d'accueil et d'accompagnement mis en place par le ministère[187]. Elle estimait donc que l'absence de solution de substitution était contraire à plusieurs principes juridiques : le principe d'égalité devant le service public, l'interdiction des discriminations à raison de l'âge, du handicap, de l'état de santé, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, ou encore du lieu de résidence, le principe de continuité du service public ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme[188]. Le Conseil d'État a donc suivi la Défenseure en imposant au pouvoir réglementaire de prévoir une solution de substitution. Cette procédure d'avis nous semble donc précieuse : la Défenseure est une institution particulièrement bien placée pour identifier les difficultés concrètes des personnes grâce aux cas dont elle est saisie et pour formuler des solutions y remédiant. On peut donc se féliciter en l'occurrence qu'elle ait été suivie par le Conseil d'État dans la formulation d'une solution protectrice des droits des usagers potentiellement les plus vulnérables.

On peut en définitive se demander pourquoi cette notion de vulnérabilité ne ressort pas expressément de l'arrêt. Nous pensons à deux raisons potentielles : l'une est contingente, elle tient à l'absence d'emploi des termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » dans les requêtes et les textes invoqués ; l'autre pourrait tenir à la réticence à utiliser spontanément une notion dont les entretiens menés par la sociologue de l'équipe montrent que de nombreux magistrats la tiennent pour floue, ce qui peut susciter une certaine défiance à son égard. Cette raison, formulée naturellement à titre

184 § 10.

185 A.-L. Youhnovski Sagon, « Le Conseil d'État sensible à la vulnérabilité numérique des étrangers », LexisNexis Veille.

186 Article 33 al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : « Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. »

187 Décision 2022-061 du 24 février 2022 de la Défenseure des droits, relative à la légalité d'un décret et d'un arrêté mettant en place un téléservice obligatoire pour le dépôt des demandes de titre de séjour, p. 9-13 (en ligne : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21329).

188 Décision 2022-061 précitée, p. 19-20.

d'hypothèse, pourrait néanmoins être confortée par le constat tiré des affaires dans lesquelles les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » sont au contraire expressément utilisés : la plupart du temps, ces termes apparaissent par simple reprise d'une référence qui les contient. Autrement dit, le Conseil d'État « parle » vulnérabilité quand le texte qu'il doit appliquer, ou la jurisprudence dont il s'inspire, « parle » lui-même « vulnérabilité ». Ce constat fait pour la France se vérifie au demeurant pour l'Italie, ce que démontrent les contentieux les plus représentés devant les deux Conseils d'État.

§ 2. Les contentieux intéressés

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

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

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

Pour ce qui est de l'asile, le caractère commun de la référence à la vulnérabilité tient à ce que la notion a été introduite par le droit de l'Union européenne. Les Cours suprêmes administratives française et italienne font donc également application de textes nationaux ayant transposé la directive en cause. Cette dernière, déjà cité citée en introduction à la présente recherche[189], est la directive du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale[190]. Son chapitre IV s'intitule « Dispositions concernant les personnes vulnérables » et son premier article fait obligation de tenir compte de la « situation particulière des personnes vulnérables » dans le droit national de transposition. Il est aussi fait obligation aux États d'évaluer si le demandeur « a des besoins particuliers en matière d'accueil ». Or, les deux notions sont liées : est vulnérable le demandeur de la protection internationale qui a des besoins particuliers en matière d'accueil[191]. L'évaluation doit intervenir dans un délai raisonnable après l'introduction de la demande

189 Voir *supra*, introduction, section 1, § 3.

190 Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

191 Selon l'article 22 al. 3 de ce même chapitre, « Seules les personnes vulnérables conformément à l'article 21 peuvent être considérées comme ayant des besoins particuliers en matière d'accueil et bénéficier en conséquence de l'aide spécifique prévue conformément à la présente directive ». Quant à l'article 2, k) de la directive, il définit le « demandeur ayant des besoins particuliers en matière d'accueil » comme toute personne vulnérable, conformément à l'article 21, ayant besoin de garanties particulières pour bénéficier des droits et remplir les obligations prévues dans la présente directive ».

de protection internationale ; l'aide accordée au titre de ces besoins spécifiques doit être maintenue pendant toute la durée de la procédure ; elle doit être mise en œuvre si les besoins particuliers apparaissent pendant celle-ci ; la situation de la personne doit être régulièrement évaluée. Enfin, des dispositions spécifiques concernent les mineurs, mineurs non accompagnés et victimes de violences. Les dispositions internes de transposition se trouvent dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour la France, et dans un décret législatif de 2015[192] en Italie.

On signalera que des dispositions similaires existent dans une autre directive du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale[193], laquelle n'emploie pourtant pas les mots « vulnérable » ou « vulnérabilité ». Ce texte mentionne en effet des demandeurs « nécessitant des garanties procédurales spéciales »[194]. Les États doivent évaluer si le demandeur relève de cette catégorie dans un délai raisonnable après la présentation de la demande de protection internationale ; dans ce cas, un « soutien adéquat » doit lui être accordé tout au long de la procédure d'asile et le besoin doit également être pris en compte s'il apparaît à un stade ultérieur de la procédure. La procédure est donc calquée sur celle d'identification des besoins particuliers en matière d'accueil. En outre, à titre d'exemples de demandeurs pouvant bénéficier de garanties procédurales spéciales, sont citées les victimes « de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle ». On voit donc que les personnes visées sont similaires et l'on s'explique mal pourquoi elles ne sont pas qualifiées de vulnérables. Il est intéressant de souligner que dans les deux cas – demandeurs vulnérables à besoins particuliers en matière d'accueil et demandeurs nécessitant des garanties procédurales spéciales – les articles 2 des directives les définissent comme ceux susceptibles de ne pas bénéficier des droits reconnus par le texte en l'absence de l'aide prévue : l'approche juridique de la vulnérabilité comme absence d'effectivité des droits est donc clairement formulée ici.

Un autre contentieux dans lequel la référence à la vulnérabilité est commune aux deux Conseils d'État est celui lié à la Covid. Il n'y a rien là de surprenant puisque la médecine a permis d'identifier des personnes plus particulièrement vulnérables à la maladie, ce dont diverses réglementations ont tenu compte. Madame Cozzi signale qu'en Italie, le contentieux afférent a essentiellement concerné la question des vaccinations obligatoires. La loi italienne avait prévu, comme en France, des obligations de vaccination sélectives, notamment pour certains personnels de santé, avec suspension du service et du traitement en cas de refus de la part de la personne. Le Conseil d'État a généralement été saisi de recours contestant une décision de suspension prise en application de la loi, laquelle ne faisait pas référence à la question de la vulnérabilité. C'est le juge administratif qui a mis en avant la finalité

192 D.lgs 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.*

193 Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

194 Selon l'article 2, d), est un « demandeur nécessitant des garanties procédurales spéciales », le « demandeur dont l'aptitude à bénéficier des droits et à se conformer aux obligations prévues par la présente directive est limitée en raison de circonstances individuelles ».

protectrice de la mesure, celle d'une protection des personnes vulnérables à la Covid, en se référant soit à des documents et rapports scientifiques, émanant par exemple de l'Agence européenne du médicament ou de son équivalent national, soit au célèbre arrêt rendu en Grande chambre par la Cour européenne des droits de l'homme le 8 avril 2021, *Vavricka et autres c. République tchèque*[195]. En bref, la vulnérabilité ici est celle du patient, mais le contentieux en cause n'a pas directement pour objet les droits du patient vulnérable, mais au contraire les droits opposés – nous y reviendrons[196].

Le contentieux administratif français lié à la Covid est, pour sa part, un peu plus diversifié. On trouve certes des contestations de l'obligation vaccinale, et une même référence à la protection de la santé des personnes vulnérables comme justification de la mesure[197]. Mais d'autres questions se sont posées, comme celle déjà mentionnée en introduction de la recherche[198] de la liste des critères de vulnérabilité, susceptibles d'ouvrir droit à un dispositif de chômage partiel pour le salarié remplissant les conditions requises. Le Conseil d'État avait ainsi accepté de suspendre une nouvelle liste, plus restrictive, de ces critères en raison d'un doute sérieux sur la légalité de la décision prise ; il avait estimé que le pouvoir réglementaire ne pouvait exclure des pathologies exposant à un risque équivalent ou supérieur à celui découlant de pathologies toujours comprises dans le champ de la mesure et s'était référé, comme son homologue italien, à des travaux scientifiques, en l'espèce ceux du Haut conseil de la santé publique[199]. On trouve de nombreuses autres références à la situation des personnes vulnérables à la Covid dans les ordonnances en référé rendues par le Conseil d'État pendant la pandémie : vulnérabilité des détenus[200], des enfants de 6 à 11 ans appelés à porter un masque à l'école[201], des étudiants[202] ou encore de jeunes travailleurs[203]… Il est vrai que la référence à la vulnérabilité dans ces affaires ne résulte pas toujours d'un texte, mais elle fait partie d'un contexte global dans lequel le critère médical de vulnérabilité à la Covid était omniprésent.

Les autres contentieux quantitativement les plus importants sont distincts entre les deux pays. En Italie, il existe un troisième contentieux qui concerne les réglementations, nationales ou locales, prévoyant une distance minimale entre les établissements de jeux et paris et d'autres lieux tels que des écoles ou hôpitaux. Saisie d'une telle réglementation, la Cour constitutionnelle avait souligné la finalité de la mesure, destinée à « protéger les personnes considérées comme les plus vulnérables,

---

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

196 Voir *infra*, § 4 les conséquences de la référence.

197 CE, 22 juillet 2022, n° 456195, inédit.

198 Voir *supra*, introduction, section 1, § 3.

199 CE, ord. 15 octobre 2020, n° 444425, inédit.

200 CE, ord., 8 avril 2020, n° 439827 ; CE, 14 avril 2020, n° 439899 ;CE, 22 avril 2020, n° 440056.

201 CE, ord., 29 décembre 2020, n° 447988.

202 CE, 21 janvier 2021, n° 448736.

203 CE, 1er août 2022, n° 456843.

soit en raison de leur jeune âge, soit parce qu'elles ont besoin d'une assistance sanitaire ou sociale, et à prévenir les formes de jeu dites compulsives »[204] ; c'est donc généralement la citation de cette décision qui explique la présence du terme « vulnérable » dans les arrêts du Conseil d'État italien sur le sujet. Ce dernier semble donc particulièrement rétif à une référence spontanée à la vulnérabilité.

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

Enfin, la référence à la vulnérabilité dans le quatrième et dernier contentieux important devant le Conseil d'État français appelle un peu plus d'explications : on peut en effet considérer qu'elle résulte des textes, mais indirectement. Il s'agit d'affaires relatives au droit à l'hébergement d'urgence, auxquelles on peut assimiler des arrêts, plus rares, sur le droit au logement opposable. Précisons que le code de l'action sociale et des familles consacre le droit à l'hébergement d'urgence en faveur de « toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique ou sociale »[205]. En outre, depuis une ordonnance du Conseil d'État du 10 février 2012, ce droit peut être protégé dans le cadre du référé-liberté[206]. Bien que la loi fasse référence à la « détresse », et non à la vulnérabilité de la personne, cette dernière notion a été invoquée par un certain nombre de requérants qui n'avaient pu obtenir un hébergement d'urgence, et alléguaient donc une violation grave et manifestement illégale de leur droit compte tenu de leur particulière vulnérabilité. Or, cette expression de particulière vulnérabilité est fréquemment employée par la législation, et en particulier par le CESEDA dans la partie où il établit la procédure d'évaluation de la vulnérabilité du demandeur d'asile, en application de la directive précitée de 2013[207]. Il semble donc que la notion ait circulé d'un domaine – asile – à l'autre – hébergement d'urgence[208] –, notamment parce que les demandeurs d'asile n'ayant pas obtenu de place dans les centres d'accueil dédiés, ou les personnes déboutées de leur demande, se

204 Cour constitutionnelle, arrêt n° 300 du 9 novembre 2011, pt. 3.2. en droit.

205 Art. L 345-2-2 CASF.

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

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

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

tournent vers l'hébergement d'urgence ; elles invoquent alors leur situation de vulnérabilité pour contester devant le juge du référé-liberté un refus de prise en charge. Il y a donc un phénomène de diffusion de la notion de vulnérabilité à partir des textes européens sur l'asile : le terme se retrouve logiquement dans le contentieux né de l'application des lois de transposition, puis se diffuse au contentieux sur l'hébergement d'urgence dans le cadre duquel les demandeurs d'asile se prévalent de leur vulnérabilité.

En dehors de ces contentieux de masse, qui dominent la jurisprudence dans les deux pays, on trouve encore des décisions dans lesquelles la mention de la vulnérabilité est la simple reprise d'un texte. Par exemple, devant le Conseil d'État français, on trouve des affaires dans lesquelles est contestée une décision administrative faisant suite à des soupçons de commission d'une infraction sur personne vulnérable, ou de condamnation effective pour une telle infraction : référé d'un professeur contre l'arrêté du président de l'université ayant prolongé la suspension de ses fonctions à la suite d'une condamnation pour des faits d'agression sexuelle d'une personne vulnérable[209] ; contestation d'un refus de titre de séjour et d'une mesure d'OQTF par un requérant condamné pour « des faits d'exécution de travail dissimulé, emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail et soumission de plusieurs personnes vulnérables à des conditions de travail indignes »[210] ; ou encore contestation d'un refus de renouvellement d'agrément des deux requérants et d'autorisation de la SARL d'exercer une activité de sécurité privée, l'un d'eux étant mis en cause pour soumission d'une personne vulnérable ou dépendante à des conditions de travail indignes[211]. On le voit, la « personne vulnérable » est ici désignée telle par la loi pénale qui a servi de fondement à la condamnation. En outre, la question posée ici n'est pas de protéger cette personne vulnérable, mais au contraire de préserver le cas échéant les droits de l'auteur de l'infraction ; on se doute néanmoins que la gravité des faits commis pèse sur l'appréciation du juge, qui valide dans les trois affaires la décision de l'administration.

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

B. Les contentieux ponctuels : une référence plus souvent spontanée

Au fil des espèces, on trouve dans les arrêts du Conseil d'État français des références spontanées à la vulnérabilité : « vulnérabilité des jeunes face aux violences homophobes »[212] ; situation différente des étudiants de première année et des « autres étudiants, placés au regard de leur formation comme de leur vulnérabilité dans une situation différente »[213] s'agissant de la reprise des cours en présentiel en période de pandémie ; ou encore « situation de vulnérabilité de la personne se présentant comme

209 CE, ord., 7 mai 2012, n° 358639, inédit.
210 CE, 15 mai 2013, n° 344716, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*.
211 CE, ord., 23 mai 2014, n° 380038, inédit.
212 CE, 15 octobre 2014, n° 369965, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*.
213 CE, ord., 21 janvier 2021, n° 448736, inédit.

mineure et privée de la protection de sa famille »[214] dont doit tenir compte le personnel de préfecture quand cette personne se présente aux fins de remplir le fichier AEM… Le juge administratif note dans les deux premiers cas que les mesures prises par l'administration sont fondées sur la nécessité de protéger des personnes se trouvant en situation de vulnérabilité ; il appelle à la prise en compte de la vulnérabilité d'une personne dans une situation concrète dans le troisième cas.

On trouve dans plusieurs autres arrêts une référence intéressante à la vulnérabilité en ce qu'elle va conduire le Conseil d'État à émettre une réserve quant à la constitutionnalité de mesures administratives au regard du principe de protection de la santé consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Une telle motivation est d'autant plus notable que, non seulement la vulnérabilité est mobilisée spontanément par le juge, mais en outre elle l'est alors que le Conseil constitutionnel, saisi de questions similaires, ne s'y était pas référé. La problématique est celle des mesures qui induisent un reste-à-charge pour le patient en matière de soins de santé, reste-à-charge éventuellement couvert par la souscription d'une assurance maladie complémentaire privée ; le risque est donc que des personnes ne pouvant payer cette complémentaire ne renoncent à des soins. Pour la période considérée par la recherche[215], le Conseil d'État se prononce pour la première fois sur la question en 2011, à l'occasion d'un recours en annulation contre un décret augmentant les montants du forfait journalier hospitalier.

Après avoir cité l'alinéa 11 du préambule de 1946, il juge alors que : « le respect des exigences découlant de ces dispositions par une mesure qui accroît le montant laissé à la charge des assurés sociaux à raison de leurs dépenses de santé doit être apprécié, s'agissant notamment de l'incidence de cette mesure sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées, en tenant compte, d'une part, de l'ensemble des autres dispositions en vertu desquelles des frais de soins sont déjà susceptibles d'être laissés à la charge des assurés sociaux et, d'autre part, du coût et des effets, sur ces restes à charge, de la souscription d'un contrat d'assurance complémentaire de santé »[216]. Le Conseil d'État livre donc une grille d'analyse de la constitutionnalité de la mesure et de son incidence sur l'accès aux soins en général, avec une attention particulière due à la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées. À cet égard, il constate toutefois que le forfait journalier est pris en charge par une complémentaire santé sans contrepartie contributive pour les personnes dont les revenus ne dépassent pas un plafond prévu par l'article L 861-1 du code de la sécurité sociale, ce qui est de nature à assurer l'accès aux soins des personnes les plus vulnérables ou défavorisées. Il reste que la prise en compte de ces dernières est d'autant plus remarquable qu'elle demeure, comme on l'a déjà dit, sans équivalent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le même sujet. Signalons enfin que la grille de lecture en question a été appliquée à trois autres reprises depuis[217],

---

214 CE, 5 février 2020, n° 428478.

215 Pour la période antérieure à la recherche, voir déjà, dans le même sens, CE, 6 mai 2009, n° 312462, *Association FNATH et al.*, publié au *Recueil Lebon*.

216 CE, 26 juillet 2011, n° 337065, inédit.

217 CE, 27 juillet 2012, n° 349173, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* ; CE, 26 octobre 2012, n° 352210, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* ; CE, 17 juin 2019, n° 418512, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* : l'arrêté attaqué est bien annulé mais pour incompétence.

sans conduire toutefois à l'annulation des mesures administratives attaquées. Il apparaît donc que le Conseil d'État français est plus enclin que son homologue italien à la prise en compte spontanée de la question de la vulnérabilité, et n'hésite pas alors à faire jouer un rôle à la notion dans sa motivation.

§ 3. La caractérisation de la vulnérabilité

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

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

– qui relèvent d'un intérêt légitime en droit italien – ou liées à l'absence d'offre d'hébergement. L'administration d'abord, le juge ensuite, sont donc tenus de considérer comme vulnérables les catégories citées par la directive, et reprises par les textes de transposition, mais peuvent aussi prendre en compte d'autres situations de vulnérabilité.

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

Au titre des facteurs de vulnérabilité s'ajoutant à la situation de détention, on peut donner comme exemple celui du handicap. Dans un arrêt de 2013, le Conseil d'État était saisi par un détenu ne pouvant se déplacer qu'en fauteuil roulant, qui avait d'abord été placé en cellule ordinaire avant d'obtenir un placement en cellule médicalisée. Il demandait réparation du préjudice subi pour la période où il était placé en cellule ordinaire. Le Conseil d'État cite l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que la loi pénitentiaire française de 2009, pour en déduire le droit de tout prisonnier « à être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine »[218]. Il juge ensuite que, « en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes »[219]. En l'espèce, le recours est rejeté, la cour d'appel ayant procédé à une appréciation souveraine des faits « exempte de dénaturation ». On trouve ici une limite à l'office du juge de cassation quant à l'appréciation des faits, et donc de la vulnérabilité qui

218 C.E., Sect. n° 363290, 6 décembre 2013, publié.
219 *Ibid.*, § 3 de l'arrêt.

est précisément factuelle. Pour y remédier, le Conseil d'État livre ici une grille d'analyse permettant au juge du fait d'apprécier l'éventuelle atteinte au droit à des conditions de détention conformes à la dignité, pointant des facteurs de vulnérabilité à prendre en compte. Cela confirme en définitive le pouvoir d'appréciation du juge vis-à-vis de cette vulnérabilité, qui n'est pas constituée du seul fait de la détention, mais résulte d'un contexte d'ensemble.

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

§ 4. Les conséquences de la référence

La conséquence attendue de la référence à la vulnérabilité, quelle que soit la juridiction ou l'autorité concernée, est une protection spécifique de la personne vulnérable, adaptée au contexte et devant permettre une jouissance effective de ses droits. Or, la conclusion ressortant de l'analyse de la jurisprudence des Conseils d'État appelle à une conclusion beaucoup plus nuancée. Il faut d'abord compter avec les affaires – qui se retrouvent il est vrai dans les autres jurisprudences – dans lesquelles malgré la présence du mot, la notion n'a pas de rôle véritable dans la motivation. Pour le reste, même quand la question de la vulnérabilité est prise en compte, elle joue certes une fonction protectrice de la personne vulnérable dans certains cas, mais aussi paradoxalement une fonction restrictive des droits dans d'autres.

A. La fonction de protection de la personne vulnérable

Il faut d'abord rappeler que les obligations spécifiques à mettre en œuvre à l'égard d'une personne vulnérable peuvent être précisées par le texte que le juge doit appliquer. C'est en partie le cas, une nouvelle fois, dans le domaine de l'asile : on a déjà expliqué que l'identification des demandeurs de la protection internationale vulnérables doit, selon la directive européenne de 2013, permettre de répondre à leurs « besoins particuliers en matière d'accueil »[220]. Lesdits besoins vont varier selon la personne vulnérable, et leur nature concrète ne dépend donc pas directement de la directive ni de la législation de transposition, mais d'une appréciation de l'administration ; il reste que ce sont bien les textes ici qui posent directement le principe d'une protection spécifique de la personne vulnérable

220 Article 21 de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

(en plus des obligations procédurales posées par la directive elle-même : évaluation suffisamment rapide de la vulnérabilité, réévaluation régulière de la situation de la personne, etc.).

L'objet de la recherche étant toutefois d'analyser la façon dont *le juge* se sert de la notion de vulnérabilité pour promouvoir l'effectivité des droits, c'est donc sur les solutions jurisprudentielles que nous nous concentrerons. Si l'on reprend l'exemple de l'asile, le soin mis à la protection des personnes vulnérables par les textes européens peut être traduit par le juge interne en une obligation de motivation renforcée pour certaines décisions ; c'est ce que relève Madame Cozzi, en citant un arrêt du Conseil d'État italien du 8 mai 2019, rendu à propos d'une décision de retrait des conditions matérielles d'accueil d'un demandeur. Sur ce point, la directive dispose que : « Les décisions portant limitation ou retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil ou les sanctions visées aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement et sont motivées. Elles sont fondées sur la situation particulière de la personne concernée, en particulier dans le cas des personnes visées à l'article 21, compte tenu du principe de proportionnalité. […] »[221] – les personnes visées par l'article 21 étant les personnes vulnérables. Dans l'espèce soumise au Conseil d'État italien, le retrait des conditions d'accueil avait concerné un adulte, souffrant de cataracte, et arrêté pour avoir vendu de modestes quantités de haschich. Or, sans même prendre position sur la gravité de la maladie, le juge administratif suprême estime que la mesure manque de motivation compte tenu des conditions personnelles du demandeur et qu'elle est donc illégitime en soi[222].

En France aussi, la question du retrait des conditions matérielle d'accueil (CMA) a nourri un important contentieux. Le Conseil d'État avait censuré dans un arrêt de 2018 les dispositions du CESEDA, dans leur rédaction issue de la loi du 10 septembre 2018, en ce qu'elles créaient « des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances particulières et en excluant, en cas de retrait, toute possibilité de rétablissement de ces conditions », en violation des objectifs de la directive précitée[223]. Il précisait que l'incompatibilité relevée impliquait que les demandeurs d'asile ayant été privés du bénéfice des conditions matérielles d'accueil en vertu d'une décision prise après le 1er janvier 2019, puissent demander le rétablissement de ce bénéfice. Il terminait cependant en notant que l'Office français de l'immigration et de l'intégration devait statuer sur une telle demande « en appréciant la situation particulière du demandeur à la date de la demande de rétablissement au regard notamment de sa vulnérabilité, de ses besoins en matière d'accueil ainsi que, le cas échéant, des raisons pour lesquelles il n'a pas respecté les obligations auxquelles il avait consenti au moment de l'acceptation initiale des conditions matérielles d'accueil »[224]. On voit que la vulnérabilité est citée au premier rang des critères devant être pris en considération pour le rétablissement des CMA, ce qui joue bien dans le sens d'une protection spécifique des demandeurs identifiés tels.

---

221 Article 20 § 5, al. 1er de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

222 Cons. St., sez. III, 8 mai 2019, n. 2994.

223 CE, 31 juillet 2019, n° 428530, publié.

224 *Ibid.*

Au-delà de la question des conditions d'accueil, l'appartenance à une catégorie dite vulnérable par l'article 21 précité de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 peut avoir un impact sur l'obligation de motivation pesant sur l'administration en France aussi. On en trouve une illustration dans le cadre d'un référé-liberté porté devant le Conseil d'État français. En l'espèce, la requérante, victime d'un réseau de prostitution, a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ; formulant une demande d'asile, elle se voit refuser une autorisation provisoire de séjour par le préfet le temps que la Cour nationale du droit d'asile statue sur son recours. Selon le Conseil d'État, il résulte de l'instruction, « que les circonstances de la venue et du séjour en France de l'intéressée dont fait d'ailleurs état la décision de l'OFPRA du 30 mars 2012, caractérisent une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'eu égard à ces circonstances particulières qui révèlent la vulnérabilité de Mme A, le préfet de police a, en l'espèce, porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile en estimant que la demande formulée par l'intéressée avait été exclusivement présentée afin de faire échec à la mesure d'éloignement dont elle faisait l'objet et en lui refusant le bénéfice de l'admission provisoire au séjour jusqu'à ce que la Cour nationale du droit d'asile ait statué sur sa demande »[225].

Dans la généralité des cas, toutefois, les facteurs de vulnérabilité ne sont pas spécifiés. C'est le juge qui les identifie et une solution protectrice est plus facilement mise en œuvre en cas de cumul de tels facteurs, ou en faveur des personnes que le juge désigne comme « les plus vulnérables ». On l'observe en France dans le cadre des nombreux recours en référé, référé-suspension ou plus souvent référé-liberté, qui permettent au juge administratif de délivrer une appréciation circonstanciée des faits de l'espèce. On voit alors que le juge de l'urgence est particulièrement sensible au cumul de vulnérabilités, c'est-à-dire à une forme de vulnérabilité « qualifiée » (alors qu'une vulnérabilité « simple » sera rarement gage de succès). On peut l'illustrer par une ordonnance récente qui concerne un contentieux social encore peu courant, mais appelé sans doute à se développer. Il s'agit de la question du devenir des enfants pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance (ASE) quand ils atteignent leur majorité. Pour éviter ce que l'on appelle les « sorties sèches » de l'ASE, la loi du 7 février 2022 relative à la protection des enfants a consacré un droit des jeunes majeurs de moins de 21 ans ayant été pris en charge avant leur majorité à une nouvelle prise en charge temporaire, lorsqu'ils ne disposent pas de ressources ou d'un soutien familial suffisant[226]. Dans une ordonnance de référé du 15 novembre 2022, le Conseil d'État estime que la condition d'urgence est remplie au regard de « l'extrême vulnérabilité » de la requérante, « âgée de 19 ans, suivie au centre médico-psychologique de Thiais et enceinte de cinq mois, dépourvue de soutiens familiaux en France, sans

---

225 CE, réf., 15 mai 2012, 359106, inédit.

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

ressources, actuellement sans domicile fixe et logée de manière ponctuelle et précaire à l'hôtel par les services du service intégré de l'accueil et de l'orientation du Val de Marne ».[227] Il reconnaît ensuite le caractère grave et manifestement illégal de l'atteinte à la liberté de la requérante, qui remplit les conditions légales du droit à la prise en charge du jeune majeur, « dès lors qu'il est constant qu'elle ne bénéficie d'aucun soutien familial ni d'aucune ressource ni d'aucune solution d'hébergement présentant le minimum de stabilité que nécessite son état de grossesse »[228]. Il est enfin enjoint au département de procéder au réexamen de la demande de renouvellement du contrat de jeune majeur de la requérante, de lui procurer une solution d'hébergement et une prise en charge de ses besoins alimentaires, sanitaires et médicaux

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

La référence aux « personnes les plus vulnérables » se retrouve dans plusieurs affaires se soldant, comme on s'en doute, par une solution protectrice pour les personnes en cause. On peut citer en ce sens un arrêt de 2014 ayant mis fin à un litige de plusieurs années entre l'Observatoire international des prisons (OIP) et la direction de la maison d'arrêt pour femmes de Fleury-Mérogis. À la suite d'expertises et de visites parlementaires ayant établi que les quartiers disciplinaires de cet établissement étaient dans un état particulièrement dégradé, et même « immonde »[229], l'OIP en avait demandé la fermeture à la direction, qui s'y était refusé. Statuant en dernier ressort, le Conseil d'État reprend la formule, déjà citée, selon laquelle « l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de la vulnérabilité de ces personnes, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements »[230]. Il juge ensuite que, « dans les circonstances particulières de l'espèce, l'exécution de la décision litigieuse du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis pouvait avoir pour effet d'exposer les détenues les plus vulnérables, au sens exposé au point 8, ou celles sanctionnées par les mises en cellule disciplinaire les plus longues, à des épreuves physiques et morales, […] qui […] excédaient le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et étaient, dès lors, attentatoires à la dignité des intéressées »[231].

On peut enfin citer un dernier exemple intéressant en ce qu'il intervient dans un domaine dans lequel le Conseil d'État fait montre de réticence dans la reconnaissance des situations de vulnérabilité : il s'agit des demandes en référé-liberté tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration

---

227 CE, ord. 15 novembre 2022, n° 468365, inédit.

228 *Ibid.*

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

230 CE, 30 décembre 2014, n° 364774.

231 *Ibid.*

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

Dans une ordonnance du 26 décembre 2022, le Conseil d'État est saisi par l'administration, qui lui demande d'annuler l'ordonnance du tribunal administratif, ayant enjoint au préfet d'Île-de-France l'hébergement d'urgence d'une famille de trois personnes, d'abord hébergée dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile, puis contrainte de le quitter à la suite de l'octroi de l'asile à leur enfant. La petite fille est âgée d'un an et la mère est enceinte de huit mois. Le Conseil d'État relève que « le refus du préfet de leur procurer un hébergement d'urgence révèle, eu égard à la situation particulière de cette famille qui la place sans doute possible parmi les familles les plus vulnérables, une carence de l'État justifiant que soit ordonné, au motif d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'hébergement d'urgence, de prendre les mesures pour mettre à l'abri cette famille »[232]. Le juge a commencé par faire état des données sur l'insuffisance de l'hébergement d'urgence en Île-de-France et à Paris, qui ressortent de l'instruction[233]. On peut envisager ces précisions comme une façon de rappeler à l'État qu'il ne peut se soustraire à ses obligations légales en matière de droits humains en ne prévoyant pas les moyens suffisants pour y faire face. La formule sur « la situation particulière de cette famille qui la place sans doute possible parmi les familles les plus vulnérables » a été réutilisée dans des ordonnances ultérieures[234]. Cela étant, il faut reconnaître que les ordonnances les plus nombreuses en la matière font au contraire preuve de mansuétude à l'égard de l'administration,

---

232 CE, ord., 26 décembre 2022, n° 469676.

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

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

acceptant une interprétation restrictive de la vulnérabilité qui revient à lui faire jouer une fonction de filtre dans l'accès aux droits. Il convient donc d'envisager ce versant en quelque sorte négatif de la notion, qui aboutit à lui faire jouer un rôle de restriction des droits et libertés.

B. La fonction de restriction des droits et libertés

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

1. *Les droits des personnes vulnérables comme motif de restriction des droits et libertés d'autrui*

On retrouve cette fonction de restriction des droits et libertés d'autrui dans pas moins de deux des trois contentieux qui prédominent numériquement en Italie : celui sur les distances obligatoires entre les établissements de jeux et d'autres établissements accueillant des personnes potentiellement vulnérables, et celui sur les vaccinations obligatoires du personnel soignant pendant l'épidémie de Covid. Le juge peut alors être saisi, soit de la mesure générale dont la légalité est contestée dans le cadre d'un contentieux objectif, soit des décisions d'application de cette mesure générale à un cas concret. Dans les deux cas, toutefois, la référence à la protection des personnes vulnérables est rappelée comme étant l'objectif poursuivi par la loi, sans que la situation particulière d'une personne vulnérable soit en jeu.

Le Conseil d'État italien a eu l'occasion de prendre une position de principe sur la question, à l'occasion d'un recours contre les mesures adoptées par la Région Frioul-Vénétie-Julienne pour faire appliquer la vaccination obligatoire sélective prévue par la loi nationale. Sans qu'il soit utile ici d'entrer dans les détails de ce long arrêt de 78 pages, on signalera qu'il met en avant la finalité de la loi, qui est d'assurer la santé des personnels soignants d'une part, mais aussi celle des patients et usagers des établissements sanitaires publics et privés, « et plus particulièrement des catégories les fragiles et des sujets les plus vulnérables »[235]. Il cite la jurisprudence constitutionnelle, mais aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme précité du 8 avril 2021. Celui-ci relevait déjà la double finalité d'une obligation vaccinale posée par la législation tchèque : « Sont concernées aussi bien les personnes qui reçoivent les vaccins en question que celles qui ne peuvent pas se faire vacciner et qui se trouvent donc dans une situation de vulnérabilité, dépendant d'un taux élevé de vaccination qui serait atteint parmi l'ensemble de la population, qui pourraient être exposées à un

235 Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, § 31.1.

risque en cas de baisse de la couverture vaccinale »[236]. La Cour de Strasbourg en concluait que les « buts légitimes » poursuivis, susceptibles de justifier l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée, étaient la protection de la santé et la protection des droits d'autrui.

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

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

Il a été rappelé ci-dessus les conditions assez strictes auxquelles est subordonné le constat d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dans le cadre du référé-liberté en matière d'hébergement d'urgence. Or, l'application qui est faite de ces conditions par le Conseil d'État français, et à sa suite par les tribunaux administratifs, tend à aboutir systématiquement au rejet de la demande quand le requérant ne présente pas *un cumul de facteurs de vulnérabilité particulièrement lourd*. Ce faisant, le Conseil d'État valide une pratique de priorisation des demandes, mise en œuvre par l'administration en l'absence de moyens suffisants affectés au secteur, et malgré la volonté expresse du législateur de consacrer un droit, souvent qualifié d'inconditionné. Cette pratique de priorisation n'est pas un secret. Dans la toute première ordonnance, datant de 2012, dans laquelle le Conseil d'État applique le droit à l'hébergement d'urgence dans un référé-liberté, elle est même revendiquée par le ministre des Solidarités et de la cohésion sociale. En effet, dans son mémoire en défense, cité par le juge, le ministre n'hésite pas à faire valoir que « dans un contexte de demande particulièrement forte, rien n'interdit à l'administration d'établir une hiérarchie dans les situations d'urgence en fonction des dispositions relatives à la maîtrise des entrées, des personnes placées dans des situations différentes pouvant être traitées différemment ; que, dès lors, l'administration doit pouvoir établir un ordre de priorité d'accès à l'hébergement d'urgence, au regard duquel les hommes seuls et sans difficulté de santé peuvent être considérés comme étant les moins vulnérables »[237].

Certes, l'argument n'est pas expressément validé par le juge. Néanmoins, ce dernier introduit dès cette ordonnance de 2012 les conditions d'appréciation restrictives de l'atteinte au droit, dont l'application donnera en pratique raison au ministre, sans l'avouer expressément. Pour illustrer la sévérité de cette position du Conseil d'État, il suffit de donner quelques exemples d'ordonnances refusant d'enjoindre à l'administration d'attribuer un hébergement d'urgence : de tels refus ont été prononcés dans le cas d'une femme avec un enfant de 7 ans[238] ; une famille avec une enfant de 10 ans et une mère

---

236 § 272.

237 CE, ord., 10 février 2012, n° 356456, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*.

238 CE, 7 novembre 2014, n° 385536, inédit.

souffrant de plusieurs pathologies, dont un diabète de type 2[239] ; une famille avec deux enfants de 9 et 4 ans, la maman étant enceinte de quelques mois[240] ; un homme à la rue depuis la fin de son contrat jeune majeur et dont le juge reconnaît qu'il se trouve « dans une situation de particulière vulnérabilité en raison de troubles psychiatriques sérieux »[241] (l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté tenant ici à l'existence à son égard d'une obligation de quitter le territoire français, à sa situation de famille et à son âge et la « saturation actuelle du dispositif d'urgence du département de l'Isère, les 2 096 places disponibles étant intégralement occupées au 17 mai 2022 »).

On voit à travers ces exemples que des situations d'évidente vulnérabilité, ou encore de « détresse » selon le terme employé par la disposition du code qui consacre le droit à l'hébergement d'urgence, ne donnent pas lieu au prononcé d'une injonction. Il semble que l'atteinte grave et manifestement illégale soit pourtant caractérisée, le Conseil d'État ne faisant que hiérarchiser les vulnérabilités en l'absence de places d'hébergement en nombre suffisant. En outre, pour opérer cette hiérarchisation, il prend en compte des critères contestables. Dans le cas de l'homme atteint de troubles psychiatriques, il mentionne ainsi l'existence d'une obligation de quitter le territoire français prise à son encontre. Cela renvoie à une position développée dès 2013[242], selon laquelle le débouté du droit d'asile ou la personne faisant l'objet d'une OQTF ne peuvent en principe revendiquer le bénéfice du dispositif de l'hébergement d'urgence ; cette affirmation n'a aucun appui dans la loi, le Conseil d'État commençant même par relever que l'accès à cet hébergement d'urgence n'est pas, « s'agissant des ressortissants étrangers, subordonné à une condition de régularité du séjour ». Selon nous, l'affirmation du Conseil d'État est purement et simplement *contra legem*. Elle est cependant maintenue depuis, et pour les personnes en cause (déboutées du droit d'asile ou faisant l'objet d'une OQTF), le Conseil d'État estime que, en plus des conditions exigées d'une façon générale, le prononcé d'une injonction ne peut intervenir « à l'issue de la période strictement nécessaire à la mise en œuvre de leur départ volontaire, qu'en cas de circonstances exceptionnelles »[243].

De même, dans le cas précité de la famille avec deux enfants de 9 et 4 ans et une maman enceinte, le Conseil d'État relève que ces personnes ont rejoint en France le père de famille, qui ne dispose pas d'un titre de séjour et ne justifie pas de ses conditions de vie. Autrement dit, il souligne le caractère irrégulier du séjour en France du père, alors que ce caractère irrégulier n'a en principe pas d'incidence sur le droit à l'hébergement d'urgence, voulu comme universel en ce qu'il répond à des considérations humanitaires impérieuses. Dans cette ordonnance, il conclut que le refus du préfet de procurer un hébergement d'urgence à cette famille « ne révèle pas, compte tenu de la présence *de familles encore plus vulnérables* dans un contexte de saturation des hébergements d'urgence, une situation justifiant que soit ordonné, au motif d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'hébergement d'urgence, de prendre les mesures pour mettre à l'abri cette famille »[244].

---

239 CE, 10 novembre 2022, n° 468570, inédit.
240 CE, ord., 26 décembre 2022, n° 469654, inédit.
241 CE, ord., 27 mai 2022, n° 463876, inédit
242 CE, ord., 4 juillet 2013, n° 369750
243 CE, ord., 13 juillet 2016, n° 399829, inédit.
244 CE, ord., 26 décembre 2022, n° 469654, préc (souligné par nous).

La référence à la présence de familles « encore plus vulnérables » trahit bien la validation de la politique de priorisation de l'administration.

Cette validation ressort d'ailleurs expressément d'autres décisions. Dans une ordonnance de 2014, le Conseil d'État affirme que « l'administration, qui ne dispose pas de places d'hébergement en nombre suffisant pour répondre à l'ensemble des demandes qui lui sont présentées et a dû par suite définir un ordre de priorité tenant compte de la situation particulière des demandeurs, n'a pas commis d'illégalité manifeste en ne regardant pas l'intéressé comme prioritaire »[245]. En période de pandémie, la politique de priorisation est encore validée, par exemple dans une ordonnance du 23 mars 2020. Le juge y fait valoir cette fois que « la famille ne présentait pas, en dépit des problèmes de santé de M. A…, un degré de vulnérabilité tel que les intéressés devraient être regardés comme prioritaires sur d'autres familles en attente d'un hébergement, sans que les intéressés puissent utilement soutenir que l'épidémie de covid-19, concernant toute la population, rendrait toute saturation du dispositif d'accueil et tout ordre de priorité inopposables »[246].

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

Section III
Les Cours de cassation

Malgré les différences d'organisation des deux cours de cassation, déjà signalées[247], il existe de fortes similitudes dans les compétences matérielles qui leur sont confiées. Cela explique que de nombreux contentieux dans lesquels la notion de vulnérabilité est mobilisée sont communs : par exemple, pour ce qui est des chambres pénales, les infractions contre le patrimoine de la personne, les infractions contre l'intégrité physique, ou celles commises contre la liberté personnelle, ou encore les infractions contre l'administration publique, ou celles prévues en matière d'immigration. Malgré ces similitudes, une différence importante doit être signalée entre les deux systèmes en ce qui concerne le contentieux relatif aux demandes de protection internationale des étrangers, un domaine très important lorsque l'on s'interroge sur la mobilisation du concept de vulnérabilité[248]. En effet, en France, le système d'examen des demandes d'asile est centralisé et relève de la juridiction administrative, car les demandes d'asile sont examinées dans une première phase par un organe unique œuvrant sur le plan national, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), les recours contre les décisions de cet organe étant portés devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)[249]

245 CE, ord., 19 juin 2014, n° 381357, inédit

246 CE, 23 mars 2020, n° 439689, inédit.

247 Voir *supra*, introduction du chapitre 2.

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

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

et, en dernier ressort, devant le Conseil d'État. Au contraire, en Italie le système est décentralisé et relève des juridictions judiciaires, car les demandes de protection internationale sont examinées par une vingtaine de Commissions territoriales distribuées sur tout le territoire, les recours étant portés devant le juge judiciaire (Section spécialisée du *Tribunale ordinario* près la Cour d'appel) avec, en dernier ressort, la compétence de la Cour de cassation. Cette différence de taille explique que devant les sections civiles de la Cour de cassation italienne de nombreuses décisions mobilisant le concept de vulnérabilité relèvent du contentieux des demandes d'asile, en particulier des demandes qui concernent la protection humanitaire, qui est, comme nous le verrons, une forme particulière de protection internationale[250] – laquelle a été supprimée en 2018, on y reviendra.

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

Sous-section 1
La jurisprudence civile

Si l'emploi du terme vulnérabilité est peu développé dans la jurisprudence civile française comme italienne[251], il apparaît plus souvent spontané que devant d'autres juridictions internes.

§ 1. L'emploi du terme

Que ce soit devant les chambres civiles de la Cour de cassation française ou les sections civiles de la Cour de cassation italienne, la recherche par mot-clé a révélé une utilisation assez limitée du terme « vulnérabilité/vulnérable » dans la période étudiée. Il est ainsi apparu très vite et de manière évidente qu'il fallait élargir la recherche en employant des termes synonymes, afin de mieux saisir les différentes facettes que recouvre la notion de vulnérabilité, notion qui est, pour ces Cours suprêmes aussi, loin d'être spécifique et conceptuellement délimitée, mais protéiforme et inclusive d'une pluralité de situations.

En particulier, l'analyse sur la jurisprudence civile de la Cour de cassation française a été réalisée sur le site Légifrance par le mot-clé « vulnérabilité » et par l'utilisation de termes proches tels que « personne vulnérable », « faiblesse », « précarité », « fragilité », « personne dépendante ». Si la recherche jurisprudentielle a porté sur la période allant de 2010 à 2023, il faut rappeler qu'en 2009 le rapport annuel de la Cour de cassation française avait déjà réalisé une première étude sur *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*[252]. Il s'avère que les résultats de

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

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

252 [https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2009.pdf], Avant-propos de Xavier Lagarde.

notre recherche, menée à partir de 2010, recouvrent pour partie les domaines déjà explorés avant cette date, en dépit d'un usage restreint du terme de « vulnérabilité » dans les décisions accessibles à partir du site Légifrance. Soulignons à ce propos que d'après les données récoltées, le mot « vulnérabilité » est utilisé, entre 2010 et 2023, dans 25 décisions publiées de la première chambre civile, 1 décision publiée pour la deuxième chambre, et 3 pour la troisième chambre, alors que les chiffres passent respectivement à 82, 18 et 23 en ouvrant aux décisions non publiées, sachant cependant que toutes les décisions ne sont pas pertinentes, le mot étant souvent présent dans les moyens soulevés par les avocats, mais non repris dans la décision des juges[253].

Pour ce qui est des sections civiles de la Cour de cassation italienne, la recherche a été effectuée dans la base de données officielle de la Cour de cassation, d'abord en employant le mot-clé « *vulnerabilità/vulnerabile* », puis les mots associés « *fragilità/fragile* » – « *debolezza/debole* ». Pour la période allant de 2010 à 2023, 60 décisions ont été recensées au total, dont 27 employant les mots « vulnérabilité » et « vulnérables »[254]. Malgré le nombre limité de décisions recensées par rapport à la période de référence, l'analyse de ces décisions a conduit à des résultats très intéressants pour notre réflexion.

La recherche jurisprudentielle a mis en évidence tout d'abord un élément commun aux sections civiles des deux Cours suprêmes : dans la grande majorité des décisions, la référence à la notion de vulnérabilité faite par le juge n'est pas liée à une disposition normative précise, mais résulte d'une utilisation spontanée de la notion. Dans de nombreuses décisions recensées, la Cour de cassation invite souvent le juge du fond à caractériser et à tenir compte de la situation de vulnérabilité de la personne aux fins de la conciliation des droits en présence ainsi que pour la correcte application de la loi au cas d'espèce. Il faut rappeler en particulier que dans le système français, le Code civil ainsi que celui de procédure civile n'évoquent pas la notion de vulnérabilité directement. Cela ne signifie pas pour autant que cette notion soit absente du langage du législateur, mais bien au contraire, ce mot apparaît de plus en plus dans la loi dans les dernières années, la vulnérabilité se dessinant en creux autour de la notion de « protection ». Ainsi la création, lors de la refonte de l'organisation judiciaire française[255], d'un juge des contentieux de la protection[256], témoigne de l'importance de protéger les plus faibles en référence aux majeurs protégés. Pareillement, le nouvel article L.119-1 du code de l'action sociale et des familles, issu de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants, témoigne d'une volonté de protection dépassant le cadre pénal et emploie précisément le terme de « vulnérabilité »[257].

Concernant la Cour de cassation italienne, bien qu'elle ne donne jamais de véritable définition de la vulnérabilité, elle s'y réfère, la plupart du temps, spontanément, notamment pour les cas dans lesquels il y a un manque d'autonomie de la personne, surtout en référence aux personnes

253 Parfois, le concept n'intéresse pas les personnes, mais d'autres situations exclues de la recherche.

254 Au-delà de ces 27 décisions, ont été recensées 26 décisions employant les mots « fragilité » et les termes dérivés (« personnes fragiles », « fragilité psychique », « personnalité fragile », « fragilité parentale », « fragilité émotionnelle et cognitive ») et 12 qui emploient le terme « faiblesse » et les termes proches (« personnes faibles », « parties faibles »).

255 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

256 Article L. 213-4-2 du code de l'organisation judiciaire.

257 Tout comme la récente loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie, qui qualifie précisément les personnes âgées victimes de maltraitances comme des personnes « vulnérables ».

« fragiles » entendues, selon les mots de la loi de la loi n° 6 de 2004 instituant *l'amministrazione di sostegno*, comme « ceux qui se trouvent en difficulté pour gérer les activités de la vie au quotidien ainsi que leurs intérêts propres, voire qui se trouvent dans l'impossibilité de le faire »[258]. Précisons que l'expression *amministratione di sostegno* (littéralement « administration de soutien ») renvoie, dans la loi italienne, à la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour aider la personne dans ses tâches quotidiennes et dans la gestion de ses intérêts.

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

Quoi qu'il en soit, concernant la Cour de cassation italienne aussi bien que la Cour de cassation française, il ressort de l'analyse que la notion de vulnérabilité n'est jamais précisée ou analysée par le juge. Aucune orientation jurisprudentielle ne permet d'établir les contours juridiques de cette notion, qui apparaît spontanément comme ayant pour les juges un sens évident, proche de l'idée de faiblesse par rapport à des circonstances de vie ou par rapport à des déficiences physiques ou psychologiques. En outre, les sections civiles en Italie, tout comme les chambres civiles en France, semblent employer les différentes expressions de vulnérabilité, fragilité, faiblesse, comme synonymes, en se référant à des conditions de souffrance physique et/ou psychique, ou à des catégories de personnes telles que les mineurs, les personnes handicapées ou malades, ou encore les personnes âgées, ou les étrangers, ayant besoin d'une protection spécifique.

§ 2. Les contentieux intéressés

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

En particulier, les décisions recueillies au sein des chambres civiles de la Cour de cassation française, s'articulent essentiellement, pour la première chambre civile, autour des droits de l'enfant, des majeurs protégés et du maintien en rétention des étrangers ; pour la deuxième chambre civile, autour de la protection des particuliers surendettés, de l'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes, de l'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité ou chômage, et enfin,

258 Art. 1 de la loi n° 6 du 9 janvier 2004 instituant *l'amministrazione di sostegno*.

autour du droit de la Sécurité sociale. Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation sont les domaines principalement concernés au sein de la troisième chambre civile.

En ce qui concerne la Cour de cassation italienne, le plus grand nombre de décisions recensées provient de la première section, chargée des affaires familiales et personnelles : ont notamment été recensées des décisions relatives aux mesures de protection des majeurs protégés, à la protection humanitaire des étrangers[259], à l'accouchement « sous x », aux adoptions, à la protection des consommateurs ou encore des décisions relatives aux conséquences civiles du délit d'abus de faiblesse. Au sein de la deuxième section, chargée essentiellement du droit des successions, les contentieux principalement intéressés concernent le droit testamentaire en lien avec l'abus de faiblesse et l'octroi du permis de séjour pour assistance aux mineurs ; tandis qu'au sein de la troisième section, chargée des contrats, obligations et responsabilité civile, ont été recensés des arrêts intéressants concernant notamment le droit à l'image et le droit des consommateurs. Pour ce qui est de l'ancienne sixième section, la section « filtre », les domaines intéressés concernent les mesures de protection des majeurs protégés et le droit des enfants majeurs non autonomes à être maintenus par leurs parents. Enfin, plusieurs décisions pertinentes ont été recensées au sein de la jurisprudence adoptée en matière de renvoi des affaires aux Sections réunies de la Cour de cassation[260] : il s'agit ainsi des affaires les plus importantes pour lesquelles une uniformisation de l'interprétation de la loi est nécessaire. Les arrêts pertinents concernent les situations de fragilité qui sous-tendent les problèmes de maternité de substitution, la faiblesse du consommateur-investisseur, le droit à l'éducation des personnes handicapées et, enfin, les conditions requises, encore une fois, pour la reconnaissance de la protection humanitaire.

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

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

---

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

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

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

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

Ainsi, devant la Cour de cassation française, la caractérisation au cas par cas de la situation de vulnérabilité est exigée notamment lorsque cette situation peut conduire à une perte ou à une diminution des droits et libertés de la personne impliquée dans le litige, cette perte ou cette limitation ayant pour objectif, paradoxalement et logiquement, la protection de cette personne. Plusieurs arrêts allant dans ce sens ont été recensés, par exemple, concernant les placements de majeurs vulnérables sous des régimes de protection ou les situations d'hospitalisations d'office[261]. Selon cette orientation, les juges du fond ne peuvent priver de façon générale de l'exercice d'un droit une personne considérée comme vulnérable, sauf disposition législative particulière, mais ils doivent vérifier, au cas par cas, si l'état de vulnérabilité dans lequel la personne est placée est un obstacle réel à l'exercice du droit considéré. Il a été jugé, par exemple, à propos d'une personne placée en situation de curatelle simple, que le passage en curatelle renforcée autorisé par l'article 472, al. 1 du Code civil n'était pas justifié, contrairement à l'appréciation de la cour d'appel, par les observations du médecin psychiatre ayant relevé chez elle : « une immaturité, une dépendance, un vécu persécutif sur un mode interprétatif, une fragilité, une vulnérabilité et une absence de prise en charge sur le plan psychiatrique pourtant nécessaire »[262]. Dans cette affaire, pour priver la personne de son droit à percevoir ses revenus, les juges du fond auraient dû rechercher « si [cette personne] était ou non apte à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale »[263]. Dans une autre affaire, à propos, cette fois, d'un placement sous tutelle, la première chambre civile de la Cour de cassation va casser l'arrêt de la Cour d'appel ayant estimé que la personne « ne présente pas un degré d'altération important de ses facultés intellectuelles et mentales, mais qu'elle est vulnérable et influençable, ainsi que le démontrent les dispositions qu'elle a prises au profit de son petit-fils et de ses deux filles, se sentant redevable de l'affection qui lui est portée, que son comportement ne doit pas pour autant aller à l'encontre de ses intérêts, raison pour laquelle une simple mesure de curatelle renforcée n'apparaît pas suffisante, en considération de l'importance de ses revenus et de son patrimoine »[264]. La première chambre civile

---

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

262 Civ. 1re, 26 janvier 2022, n° 20-17.278.

263 *Ibidem.*

264 Civ. 1re, 12 octobre 2022, n° 21-12.268.

casse l'arrêt d'appel, car ces motifs étaient « impropres à caractériser la nécessité pour [la requérante] d'être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile ».

En revanche, dans une affaire relative à la limitation du droit de disposer de ses biens pour une personne malade au bénéfice des professionnels de santé lui ayant prodigué des soins pendant la maladie dont elle va décéder (limitation dérivant, comme nous l'avons vu[265], de l'article 909, alinéa premier du Code civil), la Cour de cassation semble retenir une conception objective de la situation de vulnérabilité, cette condition ne devant pas être vérifiée *in concreto*, mais étant considérée comme existant indépendamment de toute analyse concrète de la réalité[266], à l'instar de l'orientation adoptée, quelques années après, par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2022-1005 QPC *M^me^ Marie D.*, évoquée dans le chapitre relatif à la jurisprudence des juges constitutionnels[267].

Pour ce qui concerne la caractérisation de la situation de vulnérabilité par les chambres civiles de la Cour de cassation italienne, des indications très intéressantes émergent du contentieux relatif à l'octroi de la protection humanitaire aux étrangers demandeurs d'asile[268]. Il faut savoir que, bien que les dispositions normatives qui réglementent la matière n'emploient à aucun moment l'expression de « vulnérabilité », la situation de vulnérabilité de l'étranger est au cœur de ce contentieux, car elle est la *conditio sine qua non* pour l'octroi du permis humanitaire. Face à une législation assez laconique, c'est la Cour de cassation qui s'est efforcée de détecter et de caractériser ces situations de vulnérabilité au fil d'une jurisprudence importante et abondante, en employant spontanément le terme de vulnérabilité et tout en maintenant, en même temps, une notion souple de ce concept, la situation de vulnérabilité devant être évaluée au cas par cas. Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 2019,

---

265 Dans le chapitre consacré à la jurisprudence des juges constitutionnels.

266 Civ. 1re, 16 septembre 2020, n° 19-15.818.

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

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

toujours confirmé depuis, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé l'octroi de la protection humanitaire à un étranger au motif que cette personne ne rentrait pas dans l'une des catégories de personnes considérées par la cour d'appel comme particulièrement vulnérables (à savoir les mineurs, les parents d'enfants mineurs, les femmes enceintes, les personnes âgées non autonomes, les personnes handicapées ou souffrant de troubles psychiques) : la Cour de cassation a jugé que le juge d'appel avait commis une erreur en « catégorisant » les cas de vulnérabilité, puisqu'il fallait, au contraire, évaluer au cas par cas si l'étranger demandeur d'asile devait être protégé et accueilli « en raison du fait qu'il se trouvait dans une condition de vulnérabilité »[269]. Selon l'interprétation proposée par la Cour suprême, la condition de vulnérabilité pertinente aux fins de la reconnaissance de la protection humanitaire se présente comme une catégorie ouverte, vérifiable au cas par cas, selon un jugement actuel ou pronostique, consistant en une situation de violation ou entrave à l'exercice des droits fondamentaux protégés au niveau constitutionnel et international auxquels le demandeur d'asile serait exposé en cas de rapatriement. Afin d'identifier une situation de vulnérabilité, l'accent a été mis sur différents profils tels que des situations politiques ou économiques très graves dans le pays d'origine ou dans ceux de transit, d'où le risque concret pour le demandeur de ne pas pouvoir subvenir à ses besoins sanitaires et nutritionnels en cas d'éloignement. Ce qui ressort de cette jurisprudence en matière de protection humanitaire, est donc le fait que selon la Cour de cassation, le juge du fond doit apprécier l'existence ou pas d'une situation de vulnérabilité au cas par cas, en dehors de toute catégorie préconçue. Cela confirme ainsi l'idée, ressortant déjà de la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation française, selon laquelle la vulnérabilité correspondrait plutôt à une situation de fait, et moins à une qualité intrinsèque de la personne.

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

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

Concernant la question de la charge de la preuve, conformément au principe dispositif du procès, en vigueur en France comme en Italie, celui qui souhaite faire valoir un droit en justice doit prouver les faits qui le fondent. Toutefois, dans le système italien, dans le domaine de la protection humanitaire, on constate l'existence d'une particularité qui conduit à déroger à ce principe. En effet, selon une orientation consolidée de la Cour de cassation italienne, en matière de protection internationale et humanitaire, les principes qui règlent la charge de la preuve doivent être interprétés conformément aux règles du droit communautaire[270], en vertu duquel l'autorité administrative et le juge doivent jouer un rôle actif dans l'instruction de la demande de protection. Ainsi, selon cette orientation constatée dans tous les arrêts recensés, le juge du fond et l'administration sont tenus d'intégrer,

269 Cassazione civ., Sez. I, 15 mai 2019, n° 13079, par. 4.

270 Articles 10/16 de la directive 2013/32/UE, anciennement directive 2005/85/CE, transposés dans le système italien à l'article 8, alinéa 3, du décret législatif n° 25 de 2008 et à l'article 3, alinéa 5, du décret législatif n° 251 de 2007.

par des preuves documentaires ou tout autre moyen, le récit fourni par le demandeur d'asile, afin de vérifier l'existence d'une situation de vulnérabilité justifiant la délivrance du permis de séjour humanitaire. Par conséquent, au-delà des preuves apportées par le demandeur, les juges doivent tenter de détecter des « indices » de vulnérabilité, telles les conséquences traumatiques (sur le plan physique et psychique) dérivant du parcours migratoire ou celles dérivant du passage du migrant dans des territoires caractérisés par une situation de violence diffuse[271].

Dans les autres domaines en revanche, les règles de droit commun s'appliquent. Ainsi, dans les contentieux relatifs à l'octroi de mesures de protection aux personnes handicapées ou malades, les juges de cassation français et italiens demandent que la preuve de la situation de vulnérabilité soit apportée par la personne vulnérable qui demande la protection. Ceci se manifeste notamment, en Italie, dans le contentieux relatif à *l'amministrazione di sostegno*, qui consiste en une mesure de protection supplémentaire représentée par la prévision d'une personne *ad hoc* (*amministratore di sostegno*) qui aide la personne vulnérable dans la conduite de ses affaires et dans la poursuite de ses propres intérêts et qui vise donc à protéger la personne « qui, par suite d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale, se trouve dans l'incapacité, même partielle ou temporaire, de veiller à ses propres intérêts »[272]. Dans ces affaires, le juge de cassation reconnaît la possibilité d'octroyer la protection renforcée représentée par l'*amministrazione di sostegno* seulement si l'ayant droit parvient à prouver que sa condition de maladie ou de handicap (mental ou physique) est telle qu'elle peut conduire à des abus de la part d'autres personnes ou à l'impossibilité de gérer ses affaires dans la vie quotidienne. Ainsi, la personne qui fait la demande de la mesure de protection doit prouver non seulement la maladie ou le handicap, mais aussi que cette maladie ou ce handicap l'empêchent de réaliser certaines activités de la vie quotidienne et qu'elle a donc besoin d'une protection accrue[273]. En outre, la Cour de cassation italienne a tendance à privilégier la vérification *in concreto* de la situation de vulnérabilité du requérant, en censurant les décisions du fond qui ne sont pas assez motivées quant à la réelle présence d'une situation de vulnérabilité et qui adhèrent, par exemple, totalement aux conclusions des experts des parties, sans prendre la peine de répondre à certaines objections présentées dans le recours[274].

Au-delà des hypothèses, largement prédominantes au sein de la jurisprudence analysée, dans lesquelles la situation de vulnérabilité doit être prouvée par les parties et caractérisée par le juge au cas par cas, dans d'autres hypothèses, beaucoup plus rares, la vulnérabilité est présumée, ce qui conduit le juge de cassation à casser les décisions des juges du fond qui en feraient peser la charge de la preuve sur les personnes qui demandent la mesure. C'est ce qui ressort, par exemple, de la jurisprudence relative à l'octroi d'un permis de séjour aux parents étrangers d'un enfant mineur né en Italie et intégré dans le tissu socio-territorial ainsi que dans les parcours éducatifs, ce permis visant à permettre aux parents de rester en Italie pour assister leur enfant « pour des graves motifs

271 Cassazione civ., Sez. I, n° 35189/2022.
272 Selon l'article 404 du Code civil italien.
273 Cassazione civ., Sez. I, 27.09.2017, n° 22602.
274 Cassazione civ. Sez. I, 23.11.2021, n° 36324.

liés au développement psychophysique de leur enfant »[275]. La « condition de vulnérabilité de ces mineurs » est présumée par la Cour de cassation, aux fins de l'octroi du permis de séjour aux parents, cette situation étant par ailleurs considérée comme « prédominante, jusqu'à preuve du contraire, au regard des règles régissant le droit d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire national »[276].

Une situation de vulnérabilité présumée est aussi celle qui concerne les consommateurs, souvent qualifiés de « personnes vulnérables » par les chambres civiles de la Cour de cassation italienne. La vulnérabilité du consommateur, qui signifie surtout faiblesse – notamment du point de vue des informations détenues – et situation de déséquilibre vis-à-vis du vendeur ou de l'intermédiaire, est présumée par la Cour de cassation italienne et mérite donc d'être protégée en inversant la charge de la preuve[277]. Ainsi, dans les affaires recensées, la Cour de cassation demande à l'intermédiaire de la transaction de démontrer qu'il a correctement rempli les obligations d'information de l'investisseur/consommateur, afin de combler le manque d'information et la dissymétrie du point de vue des connaissances détenues et afin de permettre à l'investisseur de faire un choix éclairé et rationnel[278]. Toutefois, cette obligation qui incombe à l'intermédiaire doit également s'accompagner d'une évaluation du besoin réel d'assistance et d'accompagnement de l'investisseur (par exemple en tenant compte de son bagage culturel, car il peut être tout sauf naïf et ignorant). La vérification de la « vulnérabilité » du consommateur doit être donc réalisée *in concreto*, en tenant compte de tous les éléments en présence.

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

---

275 Selon l'article 31, alinéa 3, du décret législatif n° 286/1998.

276 Cassazione civ., Sez. II, 12.07.2021, *ordinanza* n° 19797.

277 Pour une réflexion sur la vulnérabilité en droit de la consommation en France, voir C.-M. Péglion-Zika, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *Dr. fam.*, 2023, dossier 5.

278 Cassazione civ. Sez. Un. 03.06.2013, n° 13905 ; Cassazione civ. Sez. III, 08.05.2015, n° 9326 ; Cassazione civ. Sez. VI, 30.09.2015, n° 19559 ; Cassazione civ. Sez. I, 27.02.2017, n° 4907.

§ 4. Les conséquences de la référence

L'analyse de la jurisprudence permet de constater que la mobilisation de la notion de vulnérabilité conduit dans la plupart des cas à la mise en place d'une protection spécifique, qui peut passer tant par l'octroi de droits spécifiques ou de garanties particulières au bénéfice des personnes se trouvant dans ces situations (ces droits et ces garanties étant reconnus, au départ, par le législateur) que par la sanction des abus commis au détriment de ces personnes. Dans toutes ces hypothèses, bien que les droits spécifiques ou les sanctions soient prévus par les textes législatifs, la jurisprudence de la Cour de cassation joue un rôle essentiel, car elle contribue à définir le périmètre de la protection de la personne vulnérable à travers son pouvoir d'interprétation et de caractérisation de la situation de vulnérabilité. Les décisions évoquées en matière de concession de la garantie spécifique appelée « *amministrazione di sostegno* » en Italie sont une manifestation du rôle que la Cour de cassation peut jouer à travers la mobilisation du concept de vulnérabilité (concept, on le rappelle, systématiquement employé dans ces décisions, alors qu'il n'est pas utilisé par le législateur italien dans ce domaine). En France, la législation figurant au code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et son application par les juridictions en matière de rétention des étrangers fait de l'état de vulnérabilité un moyen de défense à la décision de rétention administrative[279]. La jurisprudence dans ce domaine est abondante et demande une vérification au cas par cas de l'état de vulnérabilité de l'étranger afin d'éviter le placement en rétention[280]. De même, le développement des droits au profit des personnes victimes de violences conjugales s'inscrit dans la reconnaissance de la situation de vulnérabilité des victimes. Afin de libérer les victimes de la domination économique de leur conjoint, la loi n° 2023-140 du 28 février 2023 créée une aide universelle d'urgence pour celles-ci. La jurisprudence civile relative aux violences conjugales prend place dans ce contexte de prise en charge des situations de vulnérabilité, même si le mot n'apparaît pas toujours dans les décisions rendues par la première chambre civile. Dans d'autres hypothèses, comme celles qui ont trait à l'octroi de la protection humanitaire en Italie, l'intervention de la Cour de cassation et la mobilisation systématique et prétorienne du concept de vulnérabilité sont essentielles pour l'attribution même de cette protection spécifique allouée aux étrangers demandeurs d'asile, la situation de vulnérabilité de ces personnes étant la condition nécessaire pour l'attribution de la protection, mais n'étant invoquée ni définie nulle part dans les textes.

Parfois en revanche, la situation de vulnérabilité peut conduire à une limitation des droits et libertés de la personne, soit dans leur contenu (par exemple la limitation de disposer de ses propres biens pour la personne malade ou dépendante ou la limitation de la liberté d'aller et venir à travers l'hospitalisation d'office), soit dans leur exercice (par exemple les régimes de protection juridique des mineurs ou des majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles). Toutes ces limitations ont pour finalité de protéger la personne vulnérable d'elle-même ou des autres. Dans ces hypothèses, bien que les régimes de protection découlent, ici aussi, de la loi, la Cour de cassation

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

280 Civ. 1re, 15 déc. 2021, n° 20-17.283.

veille notamment à préserver l'exercice personnel des droits en demandant aux juges du fond qu'une appréciation *in concreto* de la situation factuelle soit réalisée. L'objectif reste toujours de sauvegarder les droits des personnes en situation de vulnérabilité, en sanctionnant tout abus destiné à profiter de la situation et en préservant, chaque fois qu'il est possible, la capacité de la personne à exercer ses droits. Les décisions relatives à la capacité à donner des personnes dépendantes vis-à-vis de leurs aidants sont un exemple de cette démarche.

Sous-section 2
La jurisprudence sociale

Il faut préciser de manière préalable que l'analyse concernant le système français[281] ne s'est pas limitée aux décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation, mais a également tenu compte des décisions adoptées dans le domaine du droit du travail par les autres chambres. Il s'avère ainsi que tous les arrêts recensés qui se réfèrent de manière explicite à la vulnérabilité du travailleur salarié relèvent du contentieux pénal et de la chambre criminelle. De même, concernant l'analyse réalisée en Italie, au-delà des décisions recensées au sein de la jurisprudence de la section sociale de la Cour de cassation, la recherche a également fait état de plusieurs arrêts pertinents adoptés par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, notamment en matière de vaccination obligatoire du personnel sanitaire durant la pandémie due au Coronavirus.

§ 1. L'emploi du terme

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

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

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

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

Nous avons d'ailleurs pu constater une évolution dans le langage utilisé par le juge de cassation qui reflète cette transformation. Cela ressort en particulier de l'analyse de la jurisprudence de la section sociale de la Cour de cassation italienne qui fait apparaître une évolution dans le choix des termes employés pour désigner les diverses situations de vulnérabilité : alors que dans les décisions les plus anciennes, qui concernent en particulier la qualification du rapport de travail, la section sociale emploie le terme « *debolezza* » (faiblesse)[282] pour se référer au travailleur salarié – la « faiblesse » mettant l'accent sur la situation de déséquilibre existant entre le travailleur subordonné et son employeur –, dans les décisions les plus récentes, notamment en matière de protection de travailleurs salariés particulièrement vulnérables[283], la section sociale utilise davantage les mots « *vulnerabilità* » et « *fragilità* », l'accent étant ainsi mis sur la condition de vulnérabilité et de fragilité de la personne, entendue comme l'exposition de la personne au risque de limitations substantielles à ses droits fondamentaux. De même, le terme « vulnérabilité/vulnérable » est employé dans tous les arrêts recensés qui concernent l'octroi, au travailleur étranger, de la protection humanitaire. Il est également important de souligner que l'emploi de ces expressions par la section sociale de la Cour de cassation italienne est toujours spontané.

En revanche, pour ce qui est de l'utilisation du terme « vulnérabilité » dans la jurisprudence de la Cour de cassation en France, l'analyse montre que cette utilisation dérive toujours d'une reprise de la terminologie employée par la loi. En effet, plusieurs textes de droit pénal français faisant état d'infractions résultant de l'abus exercé par un employeur sur un salarié en raison de sa situation personnelle ou socio-économique (tel le délit de soumission de personnes vulnérables à

---

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

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

des conditions d'hébergement ou de travail indignes) utilisent le mot « vulnérabilité/vulnérable ». Dans les arrêts recensés, la Cour de cassation ne fait que reprendre l'expression employée par la loi[284]. Toutefois, dans d'autres situations, la particulière vulnérabilité du salarié est seulement induite par les textes protecteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation n'emploie pas non plus l'expression. Nous faisons référence notamment aux « actions de substitution » qui visent à protéger les travailleurs salariés particulièrement vulnérables. Dans ces hypothèses, si la vulnérabilité n'est pas visée expressément par les textes, il n'en est pas moins vrai que les dispositifs applicables visent à empêcher l'abus à l'égard d'un salarié placé dans une situation de vulnérabilité accentuée. La situation de vulnérabilité se trouve donc au cœur de ces systèmes de protection, elle représente la condition pour leur application effective.

§ 2. Les contentieux intéressés

Devant la Cour de cassation française, le contentieux concerné par l'emploi de la notion de vulnérabilité est essentiellement un contentieux de droit pénal. La dizaine d'arrêts recensés qui utilisent les mots « vulnérabilité » ou « vulnérable » font notamment référence au délit de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement indignes (art. 225-14 Code pénal) ; au délit punissant le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués, ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli (art. 225-13 Code pénal) ; ou encore au délit de violences habituelles sur une personne particulièrement vulnérable (art. 222-14 Code pénal). Dans d'autres affaires, comme nous l'indiquions ci-dessus, bien que le mot vulnérabilité n'apparaisse pas de manière explicite, la situation de vulnérabilité constitue la condition nécessaire au déclenchement de la protection spécifique accordée au travailleur salarié vulnérable (tel est le cas des actions de substitution qui visent à protéger, par exemple, les travailleurs isolés, les travailleurs étrangers ou les travailleurs victimes de discrimination).

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

---

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

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

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

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

En France, dans le cadre du contentieux visant à sanctionner les abus commis par l'employeur au détriment du travailleur vulnérable, le juge – tenu par le principe de la légalité des infractions et des peines – doit vérifier l'existence de la vulnérabilité, tant du point de vue de l'intentionnalité, que de celui de la matérialité de l'infraction. La vulnérabilité de la victime est caractérisée à chaque fois grâce à des éléments de fait (maladie, handicap, forte dépendance économique, mauvaise connaissance de la langue française, isolement professionnel ou familial, situation de formation et d'apprentissage, etc.) montrant que l'individu est placé dans une situation de particulière dépendance à l'égard de son donneur d'ordre. Le juge doit ainsi s'efforcer de montrer que l'employeur a abusé du salarié en raison, par exemple, de sa situation personnelle : le travailleur handicapé ou le travailleur particulièrement fragile se laissera faire, par exemple, car il peut être dans l'incapacité d'exprimer le caractère anormal de ses conditions de travail ; ou en raison de sa situation socio-économique : l'étranger sera particulièrement vulnérable en cas de contrat saisonnier par exemple. Dans tous les cas, il apparaît que la vulnérabilité ne procède pas de la simple infériorité du salarié du seul fait de la conclusion du contrat de travail : conclure un tel contrat place seulement le travailleur dans un état de subordination. On en déduit que la vulnérabilité n'est pas la subordination, mais qu'elle résulte d'éléments de fait affectant la personnalité ou la situation dans laquelle se trouve la victime. À titre d'exemple, l'infraction se retrouve dans les rapports entre un employeur et une personne handicapée lorsque le chef d'entreprise qui la savait vulnérable en raison de son handicap physique et de ses déficiences intellectuelles lui octroie une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées[285]. L'infraction a également été invoquée avec succès pour protéger des élèves et des stagiaires dans le cadre d'une formation, car ils n'avaient pas d'autres choix que celui d'accepter les conditions d'emploi[286]. L'infraction (et donc la présence d'une situation de vulnérabilité) se retrouve aussi dans les rapports entre un chef d'entreprise et une personne sous tutelle : ce fut le cas, par exemple, à propos d'un salarié logé par son employeur dans des conditions insalubres et portant des vêtements usagés fournis par lui, travaillant tous les jours, y compris parfois le samedi, sans pouvoir bénéficier des conditions de travail ordinairement offertes aux employés d'une entreprise, étant même insulté et parfois frappé[287]. De même, l'infraction peut être retenue pour protéger des

285 Cass. s. crim. 10 mars 2020, 19-80768.

286 Cass. s. crim. 20 janvier 2015, 13-83.301 ; voir déjà Cass. s. crim. 3 décembre 2002, *Dr. Soc.* p. 428, obs. F. Duquesne ; A. Coeuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 2012, n° 570.

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

étrangers particulièrement vulnérables : par exemple les occupants des locaux dégradés qui se trouvaient dans une situation de vulnérabilité en matière d'hébergement, laquelle résultait de leur qualité de travailleurs étrangers, démunis d'autorisation de travail, sans famille en France et ne parlant pas la langue française[288]. Par ailleurs, il résulte de cette jurisprudence qu'il peut y avoir des cas de cumul de vulnérabilités : tel est le cas, qui vient d'être évoqué, d'un étranger, démuni d'un point de vue économique et dépourvu d'autorisation de travail, loin de sa famille et ne parlant pas le français.

Au sein de la jurisprudence de la section sociale de la Cour de cassation italienne, il apparaît aussi, et de manière constante, que cette Cour demande au juge du fond d'essayer de caractériser concrètement la vulnérabilité du travailleur, pour évaluer s'il convient d'accorder ou pas une protection et quel type de protection accorder. Ainsi, dans plusieurs arrêts qui concernent l'octroi de la protection humanitaire, la Cour demande au juge du fond d'évaluer la condition dans laquelle se trouve le travailleur étranger demandeur d'asile (*rectius* : demandant la protection humanitaire), en vérifiant en particulier s'il se trouve dans une situation de vulnérabilité due, par exemple, à une situation d'exploitation par le travail, qui aurait en même temps conduit à un état de santé précaire[289]. En outre, afin de caractériser la situation de vulnérabilité du travailleur étranger dans le but de lui accorder ou pas la protection humanitaire, la Cour de cassation demande au juge de procéder « à une évaluation comparative entre le degré d'intégration atteint par l'étranger en Italie et la situation subjective et objective dans laquelle il se trouverait s'il retournait dans son pays d'origine, afin de vérifier si le rapatriement pourrait conduire à la privation de l'exercice des droits de l'homme, au-dessous du noyau incompressible constituant le statut de la dignité personnelle »[290]. Dans un autre domaine, celui relatif aux demandes d'indemnisation présentées à l'encontre de l'employeur par les travailleurs victimes de harcèlement, la section sociale de la Cour de cassation caractérise la vulnérabilité du travailleur en se référant aux expertises apportées au procès et en présence notamment de conditions psychologiques qui sont la manifestation d'une grande fragilité du travailleur, tels qu'un « trouble de la personnalité dépendante et évitante »[291], ou des « traits de personnalité anankastique

---

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

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

290 Cassazione civ. Sez. Lav., 11.05.2021, n° 12418.

291 Cassazione civ. Sez. Lav., 17.11.2021, n° 35061.

et peu sûre d'elle-même »[292], ou des « conditions de fragilité psychologique »[293]. Autre exemple, au sein du contentieux relatif à l'aménagement des conditions de travail pour les travailleurs salariés qui assistent un membre de leur famille particulièrement vulnérable (*caregivers*), la vulnérabilité de la personne nécessitant l'assistance est caractérisée à chaque fois que la personne souffre de maladies ou de handicaps particulièrement graves[294]. Enfin, dans le cadre du contentieux relatif à la protection des patients vulnérables résidant dans une structure sanitaire durant la pandémie de Coronavirus et à l'obligation de la vaccination des personnels de santé visant à éviter la diffusion du virus, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État identifient les personnes vulnérables comme les personnes qui, « en raison de l'existence de morbidités antérieures, même graves, comme des tumeurs ou des maladies cardiaques, ou en raison de l'âge avancé »[295], ont besoin de soins et d'assistance, souvent urgents, et pour cette raison même, sont fréquemment ou continuellement en contact avec le personnel sanitaire ou socio-sanitaire dans les lieux de soins et risquent davantage de contracter le virus.

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

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

Ainsi, dans les arrêts recensés en France en matière d'abus de l'employeur sur le salarié vulnérable, les infractions ne sont reconnues que si l'on arrive à prouver que l'employeur connaissait la situation de vulnérabilité du salarié. Dans de nombreux cas, il est prouvé que l'employeur agissait sciemment, c'est-à-dire en ayant une connaissance exacte de la dépendance dans laquelle il plaçait la victime : c'est le cas, par exemple, de l'employeur qui recrute directement dans le pays d'origine les salariés, pour être maître de leur recrutement, et les héberge dans des conditions indignes[296] ; c'est également le cas de l'employeur qui confisque les papiers d'identité et le passeport de ses salariés étrangers, pour éviter qu'ils ne repartent dans leur pays d'origine. La connaissance d'un handicap peut également conduire à l'abus de dépendance : tel est le cas de l'employeur qui, connaissant le handicap de son salarié, refuse d'aménager le poste de travail et lui accorde une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées[297]. Mais la connaissance de l'état de dépendance et de la vulnérabilité des intéressés se déduit parfois des faits : c'est le cas, par exemple, d'étrangers que l'employeur héberge dans des locaux qu'il sait insalubres et exigus. Dans ces hypothèses, le juge indique alors que le prévenu n'a rien ignoré des conditions de logement de ces travailleurs dont l'hébergement a été organisé par ses soins[298].

---

292 Cassazione civ. Sez. Lav., 15.11.2017, n° 27110.

293 Cassazione civ. Sez. Lav., 11.10.2017, n° 23859.

294 Cassazione civ. Sez. Lav., 03.11.2015, n° 22421 ; Cassazione civ. Sez. Lav., 17.12.2020, n° 29009.

295 Cons. di Stato, 04.02.2022, n° 583 et Cons. di Stato, 20.10.2021, n° 7045.

296 Cass. s. crim. 7 mai 2018, n° 16-83994.

297 Cass. s. crim. 10 mars 2020, n° 19-80768.

298 Cass. s. crim. 28 mars 2017, n° 16-80914 : « L'arrêt retient que [...] les conditions d'hébergement ont été insalubres, précaires et incompatibles avec la dignité humaine ; que les juges déduisent l'état de vulnérabilité des salariés soumis à ces hébergements de l'éloignement de leur pays d'origine et de leur famille, de leur absence de maîtrise de la langue française et de leur défaut d'autorisation de travail en France ; que la cour d'appel ajoute que le prévenu n'a rien ignoré des conditions de logement de ces travailleurs dont l'hébergement, dans ces deux sites, a été organisé par ses soins ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la Cour d'appel a justifié sa décision ».

Dans les affaires recensées en Italie concernant les demandes d'indemnisation pour harcèlement, conformément au principe dispositif du procès, c'est au travailleur de prouver la conduite de l'employeur, le préjudice subi et le lien de causalité. De son côté, l'employeur sera exonéré de responsabilité s'il arrive à prouver qu'il a tout mis en place afin d'éviter le préjudice du salarié. Dans le contentieux concernant les *caregivers*, sachant que la protection accordée par la loi[299] à ces travailleurs consiste dans la possibilité d'aménager les conditions de leur travail ou dans la possibilité de choisir le lieu de travail le plus proche de leur domicile et dans le droit de ne pas être transférés sans leur consentement[300], le travailleur devra prouver qu'il prête effectivement assistance à une personne membre de sa famille ainsi que la situation de vulnérabilité de cette personne[301], tandis que l'employeur sera libéré des contraintes vis-à-vis du travailleur *caregiver* s'il arrive à prouver qu'il existe des exigences réelles et urgentes concernant le fonctionnement de l'entreprise qui ne peuvent être satisfaites autrement. Soulignons que dans les affaires recensées au cours de notre recherche, il n'y a pas eu de cas dans lesquels l'employeur ait fourni une preuve concernant l'existence de ces exigences liées à son entreprise[302]. En matière d'octroi de la protection humanitaire, en revanche, comme nous l'avons déjà indiqué à propos de la jurisprudence des sections civiles de la Cour de cassation italienne, la règle posée par la Cour de cassation exige que le juge et l'administration contribuent à l'activité d'instruction, en cherchant à prouver le réel état de vulnérabilité de l'étranger qui demande la protection humanitaire et ce, par dérogation au principe dispositif du procès. Il est intéressant de souligner que dans le cadre de ce contentieux, la section sociale de la Cour de cassation a considéré le mineur étranger comme une personne vulnérable, sans demander aucune preuve de cette situation, ce qui rejoint le constat, déjà réalisé dans d'autres domaines, d'une présomption de vulnérabilité des mineurs[303].

§ 4. Les conséquences de la référence

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

---

299 Il s'agit en particulier de la loi n° 104 du 5 février 1992, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.*

300 En vertu de l'article 33 de la loi n° 104 de 1992.

301 Cassazione civ. Sez. Lav., 05.12.2017, n° 29062.

302 Cassazione civ. Sez. Lav., 17.12.2020, n° 29009 ; Cassazione civ. Sez. Lav., 03.11.2015, n° 22421.

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

Il faut préciser, tout d'abord, que dans le cadre de la jurisprudence sociale, il y a des cas dans lesquels la reconnaissance de la situation de vulnérabilité du travailleur conduit directement à l'octroi d'une forme de protection spécifique, la protection humanitaire, définie par la Cour de cassation comme une « mesure atypique et résiduelle, dans le sens où elle couvre toutes les situations dans lesquelles, bien que les conditions de reconnaissance du statut de réfugié ou de protection subsidiaire n'existent pas, l'expulsion ne peut cependant pas être ordonnée (voir Cassazione n° 13079 de 2019 ; Cassazione n° 13079 de 2019 ; et n° 140051 de 2018) »[304]. Rappelons par ailleurs que dans ce domaine, tout comme dans celui, déjà analysé, relatif à la jurisprudence civile, l'emploi du terme « vulnérabilité » est spontané chez le juge de cassation, car la loi instituant la protection humanitaire n'y fait aucunement référence.

Ensuite, il y a des cas dans lesquels la reconnaissance de la situation de vulnérabilité est la condition, prévue par la loi pénale, pour que soit reconnue l'infraction d'abus commis par un employeur au détriment d'un travailleur « vulnérable ». Dans ce contexte, la protection prévue par l'ordonnancement juridique consiste à sanctionner l'employeur qui commet l'abus à l'encontre du travailleur, il s'agit donc d'une forme préventive de protection, qui vise à éviter la violation par autrui des droits fondamentaux du travailleur vulnérable.

Les choses se compliquent, en revanche, en ce qui concerne les affaires de harcèlement recensées en Italie, car dans ces hypothèses, une fois constatée la situation de vulnérabilité ou de fragilité psychologique du travailleur antérieure aux comportements dénoncés, la question juridique abordée par la Cour suprême a été celle de savoir si cette condition de vulnérabilité psychologique a un impact sur la reconnaissance de la responsabilité de l'employeur et donc si elle pèse sur la reconnaissance du préjudice au bénéfice du travailleur qui se dit harcelé. La réponse à cette question est nuancée, car parfois la Cour de cassation estime que la vulnérabilité antérieure du travailleur ne rompt pas le lien de causalité entre les comportements de l'employeur et le préjudice subi par le travailleur, mais qu'elle est un facteur qui s'ajoute aux causes du préjudice, ce qui conduit à la réparation de ce préjudice[305], tandis que dans d'autres, la Cour estime, au contraire, que la situation antérieure de vulnérabilité psychologique du travailleur, en influençant sa perception quant aux comportements subis, conduit à une altération et à une réaction disproportionnée vis-à-vis des agissements de l'employeur et empêche ainsi la constitution de l'infraction de harcèlement[306].

Dans la jurisprudence recensée, il y a également des cas dans lesquels la situation de vulnérabilité d'une personne conduit à des formes de protection qui ont des conséquences « indirectes », car elles ont un impact sur les conditions matérielles de la relation de travail d'un sujet différent de la personne vulnérable, c'est-à-dire le travailleur qui assiste cette personne ou qui la soigne au sein d'une structure sanitaire. Cela se produit en particulier dans les hypothèses concernant les travailleurs *caregivers* et dans celles concernant l'obligation vaccinale des personnels sanitaires.

304 Cassazione civ., Sez. Lav., 18/06/2021, n° 17504.
305 Cassazione civ. Sez. Lav., 17.11.2021, n° 35061.
306 Cassazione civ. Sez. Lav., 15.11.2017, n° 27110.

En ce qui concerne les travailleurs *caregivers*, la loi prévoit que ces travailleurs puissent demander à aménager les conditions matérielles de leur travail (comme celles qui affectent le temps de travail, le rythme de travail ou les lieux de travail) afin de pouvoir prêter assistance à un membre de leur famille vulnérable. Dans ces hypothèses, la protection de la personne vulnérable consiste dans le fait de faciliter les conditions de travail du travailleur *caregiver*, au détriment, dans certaines limites, de la liberté de choix de l'employeur et des nécessités organisationnelles de l'entreprise. Il est intéressant à ce propos de rappeler les finalités poursuivies par ces mesures de protection particulières et leur logique, en reprenant les mots utilisés par la Cour de cassation, selon laquelle ces mesures visent à « promouvoir la socialisation de la personne handicapée, en mettant en place des outils visant à faciliter sa pleine intégration dans la famille, l'école et le travail, en application du principe [...] selon lequel la socialisation dans toutes ses modalités explicatives est un facteur fondamental du développement de la personnalité et un outil approprié pour protéger la santé de la personne handicapée, entendue dans son sens le plus large de santé psychophysique »[307]. Dans le domaine de l'obligation vaccinale des personnels de santé prévue pendant la pandémie de Coronavirus, en revanche, la logique est différente, car en l'espèce, pour protéger les personnes vulnérables – à savoir les patients fragiles hospitalisés au sein de structures sanitaires – les personnels sanitaires travaillant dans ces structures ont été obligés de se vacciner, faute de quoi ils risquaient une suspension de leur contrat de travail. Ainsi, afin d'éviter la propagation du virus et donc afin de protéger la santé des personnes particulièrement vulnérables, la loi met en place une obligation qui pèse lourdement sur le contrat de travail des personnels soignants. Dans ces affaires, jugées en particulier par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État italiens, le droit à la santé de la personne vulnérable prime sur le droit au travail et à la juste rémunération des professionnels de santé[308].

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

307 Cassazione civ. Sez. Lav., 17.12.2020, n° 29009.

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

convention collective), placée en situation d'inégalité, faisant l'objet d'une discrimination, harcelée (d'un point de vue moral ou sexuel), maîtrisant mal la langue et le contexte juridique (étranger), placée en situation de précarité juridique (contrats courts) ou économique (à la suite d'un licenciement).

Sous-section 3
La jurisprudence pénale

La jurisprudence pénale apparaît comme un domaine d'application privilégié de la notion de vulnérabilité dans les deux pays[309].

§ 1. L'emploi du terme

Le premier élément remarquable qui ressort de la recherche portant sur la jurisprudence pénale des Cours de cassation tant italienne que française concerne le nombre très important de décisions recensées faisant référence à la vulnérabilité. Pour ce qui est de la chambre criminelle de la Cour de cassation française, la recherche par les mots-clés « vulnérable » et « vulnérabilité » s'est faite en deux temps et avec deux outils de recherche différents : dans un premier temps, à travers le site internet de la Cour de cassation, ce qui a fait ressortir, entre 2010 et 2023, 289 décisions ; dans un second temps, à travers le site Légifrance, ce qui a fait ressortir, pour la même période, un nombre beaucoup plus important de décisions, environ 570. Un tri a ensuite été réalisé parmi ces décisions pour ne garder que les arrêts pertinents (environ 270). Il résulte par ailleurs de l'analyse de ces arrêts que 92 % d'entre eux concernent la vulnérabilité de la victime, tandis que 8 % concernent la vulnérabilité de l'auteur de l'infraction. Pour ce qui est de la recherche réalisée sur les sept sections pénales de la Cour de cassation italienne, à travers les mots-clés « vulnérable », « vulnérabilité » et « fragilité », plus de 1 500 décisions ont été recensées entre 2010 et 2023. Un tri a été réalisé pour ne retenir que les décisions pertinentes (environ 650 décisions[310]), et, dans ce cadre aussi, il a été constaté que le terme vulnérabilité est utilisé dans la grande majorité des cas à propos de la victime, beaucoup moins à propos de l'auteur de l'infraction.

Une différence importante existe entre la chambre criminelle de la Cour de cassation française et les sections pénales de la Cour de cassation italienne en ce qui concerne l'usage du terme « vulnérabilité ». En effet, alors que dans la grande majorité des décisions de la chambre criminelle française, la référence à la vulnérabilité ne résulte pas d'un emploi spontané de l'expression par le juge, mais de la reprise des termes d'une disposition législative, issue du Code pénal principalement, au sein des sections pénales italiennes en revanche, le mot vulnérabilité est utilisé spontanément la plupart du

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

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

temps. En France, dans les rares cas où la chambre criminelle emploie les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » en dehors de toute référence à un texte, c'est soit parce qu'elle reprend la terminologie employée par un expert, soit parce qu'elle reprend la terminologie employée par les juges du fond. Il arrive toutefois que la chambre criminelle emploie le terme vulnérabilité de manière spontanée, même si cela reste rare[311]. En revanche, dans la plupart des décisions recensées, les sections pénales de la Cour de cassation italienne emploient les expressions « vulnérabilité »/« vulnérable » spontanément, le législateur n'utilisant pas souvent le terme de manière explicite. Il faut dire toutefois que certains textes européens et législatifs emploient expressément cette terminologie, ce qui peut conduire les sections pénales à s'y référer à leur tour par ricochet. Il s'agit par exemple, sur le plan de l'Union européenne, des directives qui protègent les personnes vulnérables au sein de la procédure pénale[312] ou des directives qui concernent certaines infractions dont les personnes vulnérables sont les victimes[313]. Sur le plan interne, trois dispositions législatives du Code pénal italien emploient expressément le terme « vulnérabilité », à savoir les dispositions prévues à l'art. 558-*bis* (constriction au mariage), à l'art. 600 (réduction en esclavage) et à l'art. 601 (traite d'êtres humains). Il convient de noter ici une similitude entre les infractions prévues par le Code pénal italien et celles prévues par le Code pénal français quant à l'utilisation du terme vulnérabilité (c'est le cas par exemple de l'art. 224-1 C du Code pénal français à propos de la réduction en esclavage, ou des dispositions, déjà évoquées, des articles 225-13, 225-14 ou 222-14 de ce même code, relatives aux abus exercés par l'employeur sur le salarié vulnérable). Au sein du code de procédure pénale italien, plusieurs dispositions emploient le terme vulnérabilité, notamment pour ce qui concerne la protection des personnes vulnérables pendant le procès (en application des directives européennes susmentionnées), ce qui conduit la Cour de cassation à reprendre, parfois, ces termes dans ses arrêts.

Concernant les arrêts analysés en Italie, une augmentation de la référence à la vulnérabilité a été constatée : à partir de 2018, pour le droit pénal substantiel, et de 2019, pour la procédure pénale. Cette augmentation va dans le sens de l'évolution que nous avons observée concernant la montée en puissance, ces dernières années, de l'emploi de la notion de vulnérabilité au sein de la jurisprudence des cours nationales, tout comme au sein des textes et de la jurisprudence européens. Elle va également dans le sens de l'évolution qui concerne la place de la victime dans le procès et dans le système pénal tout entier : alors que pendant longtemps, le système pénal a été presque entièrement tourné vers la punition de l'auteur de l'infraction, la victime jouant un rôle secondaire

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

312 Telle la directive n° 2010/64/UE relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales, ou la directive n° 2016/800 UE relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

313 Telle la directive n° 2011/36/UE concernant la prévention et la répression de la traite des êtres humains ainsi que la protection des victimes.

et n'étant même pas nommée en tant que telle dans le droit positif[314], depuis quelques années, y compris sous l'impulsion du droit européen, la victime assume une place centrale dans le système pénal et la protection spécifique de la victime vulnérable devient une finalité poursuivie par les textes et par la jurisprudence.

D'ailleurs, l'analyse montre que dans la jurisprudence des sections pénales tant italiennes que françaises, la vulnérabilité entre en jeu principalement lorsqu'elle concerne la victime de l'infraction et ce, même si le terme « vulnérabilité » n'est pas employé par le Code pénal. Plus rarement, la vulnérabilité peut être mobilisée à propos de l'auteur de l'infraction, tant lorsqu'il s'agit d'évaluer et de calibrer la peine, que lorsqu'il s'agit de protéger ses droits lorsqu'il est placé en détention provisoire, gardé à vue ou condamné à une peine de prison. Concernant la mobilisation de la notion de vulnérabilité à propos de l'auteur de l'infraction, une différence doit en outre être relevée entre le système français et italien : alors que le juge de cassation italien emploie souvent et spontanément le terme vulnérabilité pour se référer, en particulier, aux conditions dans lesquelles peuvent se retrouver les détenus et ce, sous l'influence importante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[315], en France, en revanche, les rares décisions dans lesquelles on peut trouver le terme de vulnérabilité associé, dans les moyens du pourvoi ou parfois par les juges du fond, à celui de suspect, mis en cause ou condamné, cette vulnérabilité, à la supposer avérée, ne produit que peu d'effets. Hormis les cas dans lesquels il s'agit de mineurs ou pour justifier une privation de liberté, l'association « vulnérabilité » et « auteur des faits » semble délicate. Comme l'indique Agnès Cerf-Hollender dans un article « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », « la loi ne veut, ni ne peut, qualifier un assassin, un terroriste, un pédophile, de vulnérable »[316]. Il semble en aller de même pour le juge français.

§ 2. Les contentieux intéressés

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

Pour ce qui concerne, tout d'abord, la victime de l'infraction, dans la jurisprudence des deux pays, les contentieux principalement concernés par la référence à la vulnérabilité sont ceux relatifs aux infractions commises contre la personne (maltraitances, agressions, menaces, crimes sexuels, réduction en esclavage, délits liés aux conditions de travail et d'hébergement…). Il convient de noter que dans ces contentieux, la vulnérabilité de la victime est la plupart du temps une condition préalable à la constitution de l'infraction et doit donc être constatée de manière systématique pour

---

314 Les textes de droit pénal italiens employant notamment les expressions « *persona offesa* » (personne offensée par l'infraction) ou « *danneggiato* » (personne ayant subi le préjudice).

315 Voir nos développements *infra*.

316 A. Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 32.

que l'infraction soit caractérisée, tandis que pour des infractions telles que le viol, les agressions sexuelles, les violences, le meurtre… la vulnérabilité de la victime, généralement « due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse » ou encore, pour certaines infractions, celle « résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale », peut être une circonstance aggravante de l'infraction et n'est donc pas constatée de manière systématique.

Toujours en ce qui concerne la victime de l'infraction, la notion de vulnérabilité est mobilisée également au sein des contentieux relatifs aux infractions contre l'administration publique (par exemple, en matière de concussion[317], lorsque le sujet contraint à payer la personne dépositaire de l'autorité est vulnérable, comme cela a pu être jugé, en Italie, à propos d'une prostituée[318], d'une femme enceinte demandant une IVG[319], ou d'un demandeur d'asile[320]). Certaines affaires concernent aussi les infractions contre le patrimoine (braquage, escroquerie, infractions relatives aux abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne d'une particulière vulnérabilité qui est apparente ou connue de son auteur[321]). Les contentieux en matière d'immigration, notamment les infractions consistant à faciliter ou à exploiter l'immigration irrégulière, sont également propices à la mobilisation de la notion de vulnérabilité de la victime de l'infraction. Il convient de souligner par ailleurs que dans les deux systèmes analysés, la référence à la vulnérabilité prend un caractère systématique dans les cas où des mineurs ou des femmes victimes de violences sont impliqués dans la procédure.

Dans le domaine de la procédure pénale, toujours en ce qui concerne la victime de l'infraction, les contentieux intéressés par la mobilisation de la vulnérabilité sont notamment ceux qui concernent la phase préventive (par exemple lorsqu'il s'agit de révoquer une mesure de détention provisoire prise à l'encontre d'une personne qui a commis une violence contre une victime vulnérable, la jurisprudence imposant dans cette hypothèse l'obligation d'avertir la victime vulnérable[322]) ; ou ceux qui concernent l'acquisition des preuves (lorsque, par exemple, la victime vulnérable doit produire un témoignage et nécessite pour ce faire une protection renforcée) ; ou encore les contentieux qui concernent le renouvellement de l'instruction au cours de l'appel (lorsque, par exemple, il est nécessaire de tenir compte de l'état de vulnérabilité de la victime afin d'évaluer la réelle nécessité d'acquérir de nouveaux éléments probatoires et de la soumettre ainsi à un nouveau stress).

317 Selon l'art. 432-10 du Code pénal français (qui a son équivalent à l'art. 317 du Code pénal italien), la concussion est « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ».

318 Cassazione pen., Sez. III, 17/09/2019, n° 364.

319 Cassazione pen., Sez. VI, 05.03.2019, n° 13411.

320 Cassazione pen., Sez.VI, 12.07.2012, n° 33920.

321 Le droit pénal tant français qu'italien précise que pour les infractions relevant de l'abus de faiblesse (« *circonvenzione di incapace* »), la situation de particulière vulnérabilité de la victime peut être due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse (art. 223-15-2 du Code pénal français et art. 643 du Code pénal italien).

322 Cassazione pen., Sez. II, 3.5.2017, n° 36176 ; Cassazione pen., Sez. II, 4.5.2017, n° 36680; Cassazione pen., Sez. II, 8.6.2017, n° 46996 ; Cassazione pen., Sez. II, 1.4.2016, n° 19704 ; Cassazione pen., Sezioni Unite, 29.1.2016, n° 10959.

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

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

À l'instar de ce que nous avons constaté dans les autres domaines étudiés, en droit pénal, la vulnérabilité ne fait pas l'objet d'une définition juridique, ni de la part du législateur ni de la part des juges. La vulnérabilité apparaît ainsi comme un concept flou, un « mot-valise »[323] ou encore un « concept polymorphe »[324]. Cela étant, il est possible d'identifier certains facteurs de vulnérabilité, parfois indiqués dans les textes, en particulier, lorsqu'il s'agit de la vulnérabilité de la victime, qui doit toujours être prouvée pour que l'infraction soit réalisée ou pour que la circonstance aggravante soit appliquée. S'agissant de la vulnérabilité de l'auteur de l'infraction, notamment lorsqu'il est placé en détention, des règles particulières s'appliquent concernant la charge de la preuve.

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

En ce qui concerne les critères d'identification des situations de vulnérabilité en droit pénal, une différence entre les systèmes italien et français doit être soulignée. Alors qu'en France, la grande majorité des textes législatifs de droit pénal spécial fournissent des éléments de définition, ou plutôt des facteurs de vulnérabilité, sur lesquels les juges peuvent s'appuyer, dans le système pénal italien en revanche ces indications textuelles sont plus rares[325]. Cette différence pourrait d'ailleurs expliquer le fait que, comme nous l'avons déjà relevé, dans la plupart des décisions recensées en France, la référence à la notion de vulnérabilité résulte d'une reprise des termes de la loi par le juge, tandis qu'en Italie l'utilisation de la notion est spontanée la plupart du temps.

---

323 J.-P. Pierron, « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 570.

324 F. X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 619-630.

325 Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, ces indications textuelles pour l'identification de situations de vulnérabilité sont notamment contenues dans le code de procédure pénale italien et se réfèrent à la protection, au sein du procès, de la victime de l'infraction vulnérable.

1. *L'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité*

En France, bon nombre des dispositions de droit pénal énumèrent les facteurs de vulnérabilité, que cette vulnérabilité soit une condition préalable, un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'infraction. Selon la formule la plus fréquemment utilisée, commune à la plupart des textes, la vulnérabilité de la victime peut être « due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »[326]. On trouve parfois des variantes dans la formulation. Par exemple, l'article 225-12-1 du Code pénal, incriminant le recours à la prostitution, vise « la vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ». En outre, depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, un autre facteur de vulnérabilité a été institué en France : celui de la précarité économique ou sociale de la victime, qui est constitutive d'une circonstance aggravante de certaines infractions comme le viol ou les agressions sexuelles[327]. La précarité est donc envisagée comme étant un facteur de vulnérabilité, tout comme l'âge, la maladie, l'infirmité ou encore l'état de grossesse.

Les facteurs de vulnérabilité, énoncés par les textes, sont alternatifs. Tel est le cas du « grand » âge (qui n'est légalement pas fixé numériquement). Le « grand » âge peut suffire à rendre vulnérable, sans qu'il soit besoin d'établir en outre une altération des facultés mentales ou physiques de la victime[328]. Cela étant, à la différence de la minorité, le « grand » âge n'est pas présumé être une cause de vulnérabilité. Dès lors, si l'âge peut être un critère suffisant, il n'est pas toujours un critère déterminant[329]. Parfois, malgré le « grand âge », la particulière vulnérabilité de la victime ne sera caractérisée que s'il est démontré l'existence d'autres facteurs de vulnérabilité. Bien entendu, rien n'interdit de relever chez une même personne plusieurs facteurs de vulnérabilité : le « grand » âge conjugué à la déficience psychique par exemple. Tel est le cas dans une décision du 16 janvier 2019 s'agissant d'une « victime, âgée de 92 ans, dont la vulnérabilité était évidente, ainsi que les troubles neurologiques apparus à la suite d'un accident cérébral survenu en septembre 2011 la mettant dans une dépendance psychologique totale à l'égard de son conseiller »[330]. Dans une décision du 15 décembre 2021, les juges font état d'un rapport d'expertise présentant la victime comme « très vulnérable en raison de son âge et d'un important sentiment de solitude »[331]. Ainsi, une même personne peut souffrir de plusieurs caractères de vulnérabilité[332]. L'approche probatoire d'un état de vulnérabilité

326 Il s'agit par exemple de l'infraction de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, ou encore du 3° de l'article 221-4 du Code pénal listant les circonstances aggravantes du meurtre.

327 Instituée par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, reprise ensuite par la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016, visant à lutter contre les discriminations à raison de la précarité sociale, puis par la loi la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, cette cause de vulnérabilité est constitutive d'une circonstance aggravante de certaines infractions, tels le viol (art. 222-24, 3° bis du CP), les agressions sexuelles (art. 222-29 du CP), le harcèlement sexuel (art. 222-33, III, 4° du CP) et l'outrage sexiste (art. 621-1, III, 4° du CP). La précarité est donc envisagée comme étant un facteur de vulnérabilité, tout comme l'âge, la maladie, l'infirmité ou encore l'état de grossesse, sachant que ces facteurs de vulnérabilité peuvent être temporaires ou passagers (minorité, état de grossesse, détention) ou définitifs (vieillesse ou infirmité).

328 Cass. s. crim., 11 juill. 2017, n° 17-80.421, à propos de l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

329 Voir entre autres, Cass. s. crim, 27 novembre 2019, n° 18-87.082 ; Cass. s. crim., 12 juin 2019, n° 18-83.396 ; Cass. s. crim., 9 août 2017, n° 17-83.063.

330 Cass. s. crim., 16 janvier 2019, n° 17-86.162.

331 Cass. s. crim., 15 décembre 2021, n° 21-82.01.

332 Nous avons désigné ce type de situations comme des situations de « cumul de vulnérabilités ». La doctrine parle aussi de « multi-vulnérabilités », d'« hyper-vulnérabilité », de « vulnérabilité aggravée » ou de « sur-vulnérabilités ». Voir F. X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *op. cit.*, p. 622.

en sera facilitée. L'analyse des décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation française permet de constater que les juges font parfois état de plusieurs facteurs de vulnérabilité[333]. Cela étant, ce cumul des facteurs de vulnérabilité n'est pas exigé par le législateur, un seul d'entre eux pouvant suffire à caractériser l'état de vulnérabilité de la victime et le cas échéant, les juges n'hésitent pas à le rappeler. Tel fut le cas dans une décision du 11 juillet 2017. Les juges du droit cassèrent la décision des juges du fond qui exigeaient la preuve d'une altération des facultés mentales pour qualifier la vulnérabilité d'une personne âgée comme caractérisée, alors qu'un état de vulnérabilité peut être caractérisé en raison du grand âge sans qu'il soit nécessaire, rappellent les juges du droit, de rapporter la preuve d'une altération des facultés mentales de cette personne[334].

Dans les hypothèses où la vulnérabilité est prise en compte par le législateur, elle l'est soit au titre d'un élément constitutif ou d'une condition préalable d'une infraction, soit au titre d'une circonstance aggravante. Cet état, qui doit être caractérisé par le juge, conduit à un effet répressif, incriminant ou aggravant. Or, bien que la loi pénale soit d'interprétation stricte, les facteurs de vulnérabilité sont formulés de telle façon qu'ils offrent au juge une large marge d'appréciation. Ainsi, aucun seuil d'âge particulier n'est fixé, la vulnérabilité pouvant alors tenir au grand âge comme au jeune âge, sous réserve des textes spécifiques aux mineurs. Aucune maladie, infirmité ou déficience particulière n'étant visée, toutes peuvent être prises en compte, qu'elles soient d'ordre physique ou psychique, définitives ou temporaires[335], liées à un handicap[336] ou à l'état d'ivresse de la victime[337]. La jurisprudence retient aussi parfois comme cause de vulnérabilité – élément constitutif du délit d'abus de faiblesse – l'isolement de la victime, sa solitude affective, du fait notamment de conflits familiaux[338], ou à la suite de la perte d'un proche[339] ou au regard de la fragilité de caractère de la victime âgée de 22 ans.

La recherche sur la jurisprudence italienne a mis en évidence que, dans ce système également, certaines dispositions énumèrent des facteurs de vulnérabilité, sans que cela ne produise pour autant une définition de ce qu'est une situation de vulnérabilité. Il s'agit en particulier des dispositions introduites dans le code de procédure pénale par le décret législatif n° 212 du 15 décembre 2015[340], lesquelles dessinent un statut particulier de la victime vulnérable en raison de facteurs subjectifs tenant à l'âge, à maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, ou en raison du

333 Voir, entre autres, Cass. s. crim., 23 mars 2021, n° 19-87.075.

334 Cass. s. crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.421 : « Attendu que, pour infirmer le jugement, l'arrêt énonce qu'il ne résulte ni de l'expertise psychiatrique, ni du témoignage du fils de la victime, que celle-ci souffrait d'une détérioration mentale au moment des faits ; mais attendu qu'en exigeant la preuve d'une altération des facultés mentales de la victime, la cour d'appel a méconnu l'article susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

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

336 Cass. s. crim., 13 décembre 2017, n° 17-80.081.

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

338 Cass. s. crim., 17 octobre 2018, n° 17-87048.

339 Cass. s. crim., 1er avril 2014, n° 13-83179.

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

type d'infraction qu'elle a subie ou des modalités et circonstances de l'espèce (violence à la personne, haine raciale, criminalité organisée, terrorisme, discrimination, état de dépendance vis-à-vis de l'auteur de l'infraction)[341]. De l'analyse réalisée, il ressort que sur le plan processuel, la vulnérabilité est toujours « relationnelle »[342], puisque la nécessité de protéger la victime vulnérable surgit par rapport à une personne spécifique, concrètement identifiée, ou par rapport à certains risques connus qui naissent du mécanisme même du procès pénal, comme la revictimisation[343] ou la victimisation secondaire[344]. Ces besoins particuliers de protection de la victime vulnérable sont pris en charge par le législateur, même si souvent la loi est précédée par l'intervention de la jurisprudence. Les juges prévoient en effet des « adaptations » processuelles des règles procédurales visant à protéger les victimes vulnérables, ces règles jurisprudentielles étant ensuite reprises par la loi.

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

Dans d'autres cas en revanche, les textes n'énoncent pas de facteurs de vulnérabilité, ce qui rend l'œuvre du juge d'autant plus essentielle. Ainsi, en France, s'agissant de la vulnérabilité visée en matière de délits liés aux conditions de travail et d'hébergement (à savoir les infractions, déjà évoquées, prévues aux articles 225-13, 225-14 et 225-14-2 du Code pénal), le législateur n'apporte ni de définition de la notion, ni aucune précision quant aux critères permettant de caractériser cette vulnérabilité. Cette absence de définition a par ailleurs conduit, dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 225-13 du Code pénal – concernant l'infraction de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante – à la formulation d'une QPC que les juges du droit ont cependant refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel[345]. Le requérant soutenait qu'en l'absence de définition de l'état de vulnérabilité ou de dépendance visé à l'article 225-13 du Code pénal, cette disposition était contraire au principe de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi. Les juges du droit ont refusé de renvoyer la question aux juges constitutionnels en estimant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux. Selon un raisonnement quelque peu circulaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que « l'état de vulnérabilité ou de dépendance, qui doit être apparent ou connu de l'auteur, et sur lequel les juges doivent s'expliquer, a une portée déterminée par les autres éléments constitutifs de l'infraction dont il contribue à délimiter le champ d'application ; qu'en conséquence, l'article 225-13 du Code pénal est rédigé en des termes

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

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

343 Il s'agit du risque qui pèse notamment sur les victimes d'abus sexuels durant l'enfance de redevenir victimes d'agressions sexuelles à l'âge adulte.

344 La victimisation secondaire survient lorsque les victimes d'actes criminels subissent une première blessure par le crime et une seconde par les acteurs du système de justice pénale.

345 Cass. s. crim., 25 janvier 2017, n° 16-83.186.

suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire »[346].

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

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

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

L'analyse jurisprudentielle a fourni des indications intéressantes au regard des règles en matière de charge de la preuve, en particulier pour ce qui concerne l'auteur vulnérable de l'infraction. S'agissant de la victime, que ce soit en France ou en Italie, les règles classiques s'appliquent. En effet, hormis les rares cas où la vulnérabilité est présumée (tel est le cas des mineurs et des personnes victimes de certaines infractions dès leur arrivée sur le territoire français[347]), la situation de vulnérabilité de

346 Cass. s. crim., 25 janvier 2017, n° 16-83.186.

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

la victime devra être démontrée, établie *in concreto*. De manière classique en droit pénal, la charge de la preuve pèse alors sur l'autorité de poursuite : le parquet. Il faut souligner par ailleurs que la démonstration de la vulnérabilité est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges du droit se bornent à vérifier si la motivation des juges du fond est exempte d'insuffisances ou de contradictions. Cependant, la partie poursuivante doit prouver non seulement la vulnérabilité de la victime de l'infraction, mais aussi que l'auteur des faits avait connaissance de cette vulnérabilité soit parce que cette vulnérabilité était apparente (âge, handicap moteur, grossesse…), soit parce qu'elle était connue de lui.

En revanche, s'agissant de l'auteur de l'infraction, en particulier des personnes soumises à une privation de liberté, des règles spécifiques s'appliquent. Il faut souligner de manière préliminaire que les juges de cassation, tant italien que français, notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme[348], considèrent ces personnes comme des personnes vulnérables, parce que placées dans un contexte qui les expose, plus que les autres individus, à un risque de violation de leurs droits. Dans une situation de privation de liberté, la personne devient vulnérable parce qu'elle se trouve dans une situation d'infériorité. En particulier, la personne, suspecte, poursuivie, condamnée, est dans une situation déséquilibrée face à la machine policière et judiciaire. La personne, parce que privée de sa liberté d'aller et venir ou privée de l'exercice de certains de ses droits et se trouvant sous le contrôle exclusif des autorités, devient une personne vulnérable. Tel est donc le cas de celui qui est interpellé et placé en garde à vue, et qui, partant, se trouve soumis à une restriction de sa liberté d'aller et de venir et exposé à des mesures de contrainte qui le placent dans une situation de vulnérabilité potentielle, selon la formule des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Tel est également le cas de l'individu placé en détention provisoire ou condamné à une peine privative de liberté ferme.

Suite à la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme pour de graves carences législatives en matière de conditions de détention et de surpopulation carcérale[349], deux remèdes alternatifs et complémentaires ont été mis en place par le législateur italien afin, d'une part, de permettre à la personne détenue de faire constater la violation de ses droits en prison et de les faire cesser par une décision de justice et, d'autre part, d'obtenir ensuite une indemnisation consistant en une réduction de la durée de la peine ou en une indemnisation pécuniaire[350]. Il est important de souligner que dans ce système dessiné par le législateur pour protéger ces personnes vulnérables, la charge de la preuve revêt une connotation particulière. Pour la comprendre, il est nécessaire de rappeler que dans ce type de contentieux, l'administration pénitentiaire assume le rôle de véritable adversaire du détenu, mais que, en même temps, elle dispose de presque tous les éléments nécessaires pour constater la violation. Ainsi, pour protéger de manière effective le détenu et pour éviter que l'administration

---

348 Voir en particulier CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09.

349 CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, cit. L'arrêt *Torreggiani* a condamné l'Italie pour violation de l'article 3 de la CEDH en raison de la situation de surpopulation carcérale, mais aussi et surtout pour l'insuffisance des remèdes internes, qui ne permettaient pas à la personne détenue, en cas de constatation de la violation, ni de faire cesser cette violation, ni d'obtenir réparation.

350 Il s'agit des remèdes prévus aux articles 35 *bis* et 35 *ter* du texte portant statut de protection de l'ordre public (o.p.).

pénitentiaire ne puisse faire obstacle à cette protection, des règles probatoires spécifiques ont été mises en place. D'une part, les pouvoirs probatoires accordés au juge font obstacle à ce qu'il puisse conclure la procédure par une décision de rejet de la demande fondée sur l'absence ou l'insuffisance des preuves apportées par les parties, ce qui se traduirait le plus souvent par un déni de protection pour la partie la plus faible du procès, à savoir le détenu. De l'autre, la charge de la preuve qui pèse sur le requérant-détenu est simplifiée, car elle se transforme en une simple charge d'allégation des faits « […] c'est-à-dire dans l'obligation de présenter et d'indiquer au juge les faits sur lesquels se fonde sa demande, la mission de procéder à toutes les vérifications nécessaires incombant alors à l'autorité judiciaire »[351]. En outre, en raison de la vulnérabilité particulière des personnes détenues qui se trouvent sous le contrôle exclusif de l'autorité pénitentiaire, le juge de cassation italien a transposé dans ce domaine, par la voie prétorienne, le « principe de non-contestation », prévu par le code de procédure civile. En vertu de ce principe, le juge doit fonder sa décision sur des faits non spécifiquement contestés par les parties en présence. Ce principe, transposé dans le domaine en question, implique que lorsque les allégations du demandeur sont suffisantes pour intégrer un principe de preuve, car elles sont spécifiques et non contredites par des contre-arguments précis de l'administration pénitentiaire, le juge n'est pas en droit de rejeter la demande du plaignant et le cas doit être examiné sur la base des circonstances indiquées par le plaignant.

§ 4. Les conséquences de la référence

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

A. La protection de la victime vulnérable

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

Parmi les victimes d'infractions, que ce soit en France ou en Italie, sont considérées comme vulnérables celles qui présentent une faiblesse, non pas concomitante ou consécutive à la commission de l'infraction (ce qui reviendrait à appliquer le terme à toutes les victimes d'infractions), mais

351 En ce sens, Cassazione pen., Sez. I, 22.9.2010.

préexistante à la commission de l'infraction. L'état de vulnérabilité doit être préexistant à la commission des faits. Les personnes qualifiées de vulnérables sont celles qui, en raison d'une qualité propre de faiblesse, présentent plus de difficultés à faire face à une menace externe. Autrement dit, il s'agit de personnes qu'il convient de protéger davantage et de manière spécifique. Le législateur pénal, suivi du juge, va alors, dans une démarche préventive, qui passe par une accentuation de l'effet dissuasif de la peine, mais aussi dans une volonté de mettre l'accent sur la réprobation de la société, sanctionner celui qui aura exploité cette vulnérabilité pour parvenir à ses fins. Ainsi, comme l'a rappelé de manière explicite la chambre criminelle de la Cour de cassation française, la volonté du législateur est d'instaurer « une protection accrue » des personnes vulnérables[352]. Le législateur réprime alors ou aggrave la répression de celui qui aura exploité un rapport interpersonnel déséquilibré pour commettre son méfait, celui qui s'est attaqué à ceux qui ont plus spécifiquement besoin d'être protégés. La vulnérabilité de la victime a alors un effet répressif, incriminant ou aggravant[353], soit parce qu'elle correspond à un élément constitutif ou une condition préalable d'une infraction (elle a donc un effet criminalisant), soit parce qu'elle constitue une circonstance aggravante d'une infraction (elle a donc pour effet d'alourdir la sanction).

Il résulte également de notre recherche, notamment de celle réalisée sur la jurisprudence de la Cour de cassation italienne, que l'emploi du terme vulnérabilité est devenu plus fréquent dans les dernières années. Ainsi, comme nous l'évoquions ci-dessus, l'emploi récent de ce terme s'inscrit pleinement dans la tendance actuelle à mettre au centre du système pénal la victime, ce qui confère à l'activité d'enquête une perspective particulière – traditionnellement étrangère à l'activité juridictionnelle – car elle vise à répondre à la nécessité d'assurer la satisfaction des réclamations de la victime. Ce changement de paradigme peut conduire à des répercussions importantes, comme le fait de contourner certains principes clés du système pénal, tels que le principe de la présomption d'innocence, ou le principe de la légalité des délits et des peines, dans la mesure où, précisément dans le but de garantir une protection plus forte à certaines catégories de personnes, victimes vulnérables, la jurisprudence de la Cour de cassation élargit parfois les frontières lexicales de certaines infractions, élargissant ainsi leur champ d'application. Un exemple de cette orientation problématique résulte de la jurisprudence adoptée par la Cour de cassation italienne en matière des mauvais traitements contre les membres de la famille ou contre les concubins (*conviventi*, art. 572 du Code pénal italien). La Cour de cassation, en vue d'élargir le champ d'action de l'infraction dans le but de protéger un plus grand nombre de personnes, a interprété de manière large la notion de « cohabitation » (*convivenza*), au point que la Cour constitutionnelle elle-même a décidé d'adresser un avertissement aux juges-interprètes, les défendant de faire un usage orienté de la vulnérabilité, comme instrument lexical visant à élargir les effets de la responsabilité pénale en violation de l'interdiction de l'analogie en *malam partem*[354].

352 Cass. s. crim. 8 mars 2023, n° 22-84.651.

353 A. Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *op. cit.*, p. 32.

354 Cour constitutionnelle, arrêt n° 98/2021.

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

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

Au-delà de la victime, la vulnérabilité de l'auteur a pu aussi être prise en compte au titre des éléments de sa personnalité, et ce, aux fins d'individualisation, d'adaptation de la décision qui sera rendue. Partant, cette vulnérabilité peut tout autant conduire au prononcé d'une décision plutôt favorable à l'auteur des faits qu'à une décision qui lui est défavorable. Dans le premier cas, la vulnérabilité, synonyme de faiblesse, de fragilité, induit une plus grande protection de l'individu et, partant, se traduit par une certaine indulgence[355]. Dans le second cas, la vulnérabilité reste une fragilité, une faiblesse, mais celle-ci n'est plus perçue comme une raison de protéger la personne vulnérable, mais comme une source de danger pour autrui. Ainsi perçue (c'est-à-dire comme une source de danger), la vulnérabilité de l'auteur des faits devient un critère de sévérité de la décision prise à son encontre dans le but de protéger autrui de la personne vulnérable. C'est alors autrui qui doit être protégé face à la vulnérabilité de la personne. Ici la vulnérabilité du mis en cause ou du condamné constitue une source de danger qui va justifier la privation de liberté, toujours aux fins de protection de la victime. C'est le sens notamment de deux décisions adoptées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, dans lesquelles les juges du droit ont confirmé les décisions des juges du fond de maintien en détention provisoire d'un individu ou quant au choix des modalités d'exécution de la peine prononcée, à savoir un emprisonnement principalement ferme[356]. Dans ces deux décisions,

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

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

il est fait référence à la vulnérabilité de l'individu mis en cause ou condamné afin de justifier son placement en détention provisoire ou le prononcé d'une peine privative de liberté sans sursis. Ici, sa vulnérabilité le dessert puisqu'elle est appréciée comme un élément de sa personnalité pouvant faire craindre la réitération des faits ou l'exercice de pressions sur la victime. Bien que la vulnérabilité de l'individu soit ici synonyme de dangerosité et, partant, source d'une plus grande sévérité à son encontre, ces décisions confirment que la vulnérabilité est un élément de la personnalité de l'individu suspect, mis en cause ou condamné pouvant être pris en considération. Cela étant, l'examen de la jurisprudence révèle que lorsque la vulnérabilité de l'individu suspect, mis en cause ou condamné est mobilisée, elle est davantage prise en considération aux fins de confirmation de la sévérité de la répression. Il semble en effet que la vulnérabilité de « l'auteur de l'infraction » soit davantage prise en compte non pas lorsqu'elle constitue une fragilité qui induit une plus grande protection de sa personne, mais lorsqu'elle constitue une fragilité qui est perçue comme une source de danger et donc nécessitant une plus grande protection, cette fois-ci, de la société face au délinquant vulnérable (et partant potentiellement dangereux).

En revanche, la vulnérabilité particulière du mis en cause ou du condamné semble davantage prise en considération en tant que fragilité nécessitant une plus grande protection de l'individu lorsque c'est le système judiciaire qui place cet individu dans un contexte susceptible de le rendre vulnérable. C'est le cas de la personne enfermée, gardée à vue ou détenue qui serait placée, du fait de son enfermement, dans une situation de vulnérabilité « contextuelle »[357]. Cette vulnérabilité conduit à lui reconnaître des droits destinés à veiller à ce que ces atteintes restent proportionnées au regard des impératifs allégués par les autorités de poursuites. D'ailleurs, la recherche menée en Italie sur une cinquantaine de décisions adoptées en matière de détention de 2010 à 2023 montre que dans ce domaine, la référence à la vulnérabilité est systématique et spontanée. Au vu de ces décisions, la privation de liberté est un indice certain de vulnérabilité. Il en résulte que la protection généralement due aux personnes vulnérables doit être renforcée lorsque la personne est privée de liberté en prison, puisque la privation de liberté accroît la situation de fragilité – si celle-ci préexistait et était due à des facteurs intrinsèques – et, dans tous les cas, place la personne dans une situation de plus grande vulnérabilité.

Pour ce qui est des conséquences de la prise en compte de la vulnérabilité par les juges suprêmes en matière de détention, la situation de vulnérabilité sert à justifier une lecture des données normatives à des fins compensatoires. La lecture de la réglementation faite par les juges du droit est ainsi « calibrée » sur la situation spécifique, elle vise à compenser ou, du moins, à ne pas aggraver la position de la personne détenue « ultra-vulnérable ». Faisant écho à la jurisprudence de Strasbourg en matière de surpopulation carcérale[358], la Cour de cassation italienne affirme ainsi que « les personnes détenues se trouvent dans une position vulnérable et les autorités ont le devoir de les protéger. Conformément à l'art. 3 de la CEDH, l'État doit garantir qu'une personne est détenue dans des conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine, que les modalités et l'exécution

357 Selon les termes employés par Catherine Tzutzuiano dans son rapport écrit.

358 CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, cit.

de la mesure ne la soumettent pas à une angoisse ou à des souffrances d'une intensité supérieure au niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, compte tenu des besoins pratiques de la prison, sa santé et son bien-être soient garantis de manière adéquate »[359]. Cela signifie qu'il pèse sur l'État un devoir de protection accrue. Si, comme on l'a vu, l'État italien, à la suite de la condamnation de la Cour de Strasbourg en matière de surpopulation carcérale, a adapté sa législation pour tenter de donner des remèdes procéduraux aux personnes détenues visant à faire constater les carences au sein des prisons et à indemniser les personnes subissant ces conditions indignes, la jurisprudence de la Cour de cassation est venue accroître la protection des personnes détenues, considérées comme « particulièrement vulnérables ».

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

***

L'augmentation des références à la vulnérabilité par le droit positif, notamment par les textes, se confirme en ce qui concerne les jurisprudences des Cours suprêmes et constitutionnelles françaises et italiennes. Au demeurant, l'augmentation de la référence dans les textes constitue logiquement une des explications à l'augmentation de la référence dans les jurisprudences qui les appliquent. Il arrive aussi que la décision de justice emploie les termes vulnérable/vulnérabilité de façon spontanée, indépendamment de la citation et de l'application d'un texte qui les contiendrait. Aussi bien en France qu'en Italie, la première situation est plus courante, la référence spontanée étant donc plus rare. Notons toutefois qu'en Italie, certaines juridictions (Cour constitutionnelle, sections pénales de la Cour de cassation en particulier) sont plus enclines à mobiliser la notion de vulnérabilité indépendamment de tout texte. Les entretiens sociologiques menés avec des magistrats tendent à confirmer la plus grande ouverture de la culture juridique italienne à la notion[360]. Quoi qu'il en soit, l'augmentation est tangible dans les deux pays ; elle est aussi souvent très récente (fin des années 2010/début des années 2020).

---

359 Cassazione pen., Sezioni Unite, 24.9.2020, n° 6551 ; Cassazione pen., Sez. I, 10.6.2021, n° 35616 ; Cassazione pen., Sez. I, 23.1.2019, n° 15308 ; Cassazione pen., Sez. I, 26.5.2017, n° 38041 ; Cassazione pen., Sez. I, 19.7.2016, n° 38804.

360 V. *infra*, la contribution de Laura Odasso dans la seconde partie de l'ouvrage.

Il ressort également de l'analyse des convergences de fond notables entre les jurisprudences française et italienne. La première convergence tient à ce que les juridictions constatent la vulnérabilité, sans chercher à la définir plus avant. La vulnérabilité est en général caractérisée par un certain nombre d'états plus ou moins pérennes – état de minorité, maladie, handicap, grand âge, etc. ; mais ces états ne suffisent pas toujours à établir la vulnérabilité et doivent parfois se cumuler pour que le juge retienne une telle qualification. Dans un certain nombre de cas (notamment textes européens sur l'asile et textes nationaux de transposition en France et en Italie, lois pénales françaises), les critères de vulnérabilité sont posés par les textes : par exception, il suffit alors à la juridiction de constater la présence du critère pour retenir la situation de vulnérabilité et les effets qui s'y attachent. La question des effets constitue précisément un second terrain de convergence des jurisprudences. Les conséquences de la mobilisation de la notion de vulnérabilité dans le raisonnement du juge se révèlent extrêmement diversifiées. Ces conséquences peuvent se situer sur le terrain procédural comme sur le terrain substantiel ; elles peuvent être favorables à la protection des droits et libertés comme, de façon plus rare mais néanmoins notable, défavorables (restriction de la protection aux plus vulnérables ou restriction des droits en raison de la vulnérabilité). La façon dont se concrétise la référence croissante au paradigme de la vulnérabilité n'est donc pas exempte, en droit, d'ambiguïtés.

L'analyse jurisprudentielle peut utilement être complétée par celle du travail mené par d'autres observatrices privilégiées des situations concrètes de respect ou de violation des droits, celui des AAI intervenant dans ce domaine. Il s'agira de vérifier si l'approche de la vulnérabilité et les conséquences qui en sont déduites diffèrent ou non de celles ressortant des décisions de justice.

Chapitre III
Le recours pragmatique à la notion de vulnérabilité par les Autorités administratives indépendantes

Plus que la comparaison entre juridictions françaises et italiennes, celle entre les Autorités administratives indépendantes des deux pays souffre de quelques difficultés techniques, dues à la correspondance imparfaite entre les institutions présentes dans les deux pays. Le fait le plus important est l'absence en Italie d'une figure similaire au Défenseur des droits prévu par l'article 71-1 de la Constitution française, issue de la réforme constitutionnelle de 2008. À plusieurs reprises, l'Italie a été invitée à agir dans ce domaine, mais à l'heure actuelle il n'y a que la figure de l'ombudsman au niveau local, principalement régional. On peut rappeler, à titre d'exemple, le rapport publié en 2020 par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, consacré aux « *Strong and Effective National Human Rights Institutions* », qui – entre autres – analyse le rôle de ces institutions et souligne l'importance de la présence de mécanismes de contrôle indépendants pour garantir le respect des droits de l'homme au niveau national. Parmi les 30 pays européens considérés, seuls cinq, dont l'Italie, n'ont pas mis en place d'organismes de ce type et sont donc invités à le faire rapidement[361].

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

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

Après une section préliminaire pour définir brièvement les caractéristiques des différentes institutions, nous examinerons l'emploi du terme vulnérabilité (**section 1**) et ses conséquences en relation à la protection des droits (**section 2**).

---

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

Section préliminaire
Présentation des Autorités administratives indépendantes

La diversité des fonctions et modalités d'intervention des différentes AAI, ainsi que leur notoriété moindre que celle des juridictions, justifie de consacrer des développements préliminaires à celles qui seront étudiées ici, en mettant évidemment l'accent sur les autorités italiennes.

Pour la France, on sait en effet que le Défenseur des droits a été créé à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 dans le nouveau titre XI bis de la Constitution, complété par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011[362]. Son champ de compétences recouvre celui de quatre précédentes autorités prévues par la loi : le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, ainsi que la Commission. nationale de déontologie de la sécurité. Depuis la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016, il est également compétent concernant « l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte »[363].

La même année que la création du Défenseur des droits, la loi n° 112 du 12 juillet 2011 a introduit en Italie l'*Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza*[364]. Sa création vise à « assurer la pleine mise en œuvre et la protection des droits et des intérêts des personnes mineures », conformément aux dispositions des conventions internationales, du droit de l'Union européenne, de la Constitution et de la législation en vigueur[365]. Nous pouvons citer à titre d'exemple l'article 18, alinéa 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, qui prévoit que les États parties « assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants ». Cet engagement a également été rappelé par le Comité des droits de l'enfant de la Convention dans son Observation générale n° 2 (2002) intitulée « Le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant »[366].

Il s'agit d'un organe individuel, nommé par accord entre les présidents de la Chambre des députés et du Sénat de la République, pour un mandat de quatre ans, renouvelable une fois. Les conditions requises sont l'indépendance, une moralité irréprochable, la compétence et l'expérience dans le domaine concerné. Dans le cadre d'une activité générale de surveillance de l'état de la mise en œuvre des droits de l'enfant, l'Autorité peut mettre en œuvre différents types d'intervention : coopérer à la mise en œuvre des réglementations internationales ; organiser des formes de consultation ; vérifier que le droit à la santé des mineurs est garanti ; organiser des visites pour vérifier la situation des mineurs ; exprimer des opinions ; faire des propositions d'interventions également sur des cas individuels ;

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

363 En particulier, l'article 4 maintenant stipule que le Défenseur des droits a pour mission de « 5) D'informer, de conseiller et d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi et de défendre les droits et libertés des lanceurs d'alerte ainsi que des personnes protégées dans le cadre d'une procédure d'alerte ».

364 Loi n° 112 du 12 juillet 2011, portant création de l'*Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.*

365 Voir l'article 1 de la loi n° 112 de 2011.

366 Comité des droits de l'enfant, trente-deuxième session 13-31 janvier 2003.

promouvoir des activités de recherche et de formation, etc.[367]. Elle peut adopter divers actes, tels que des avis, des notes, des rapports au Parlement ; ceux-ci n'ont pas de caractère contraignant, mais ont pour objectif d'exercer une pression morale et d'orienter l'action des institutions. L'Autorité présente au Parlement un rapport annuel sur ses activités.

Enfin, la recherche a également porté sur les autorités françaises et italiennes chargées de la protection des droits des personnes privées de liberté personnelle.

En France le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) a été institué par la loi du 30 octobre 2007, afin de s'adapter aux standards européens en la matière et de respecter les stipulations du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2002 et signé par la France le 16 septembre 2005 (ratifié en 2008)[368].

Le texte original de la loi prévoyait uniquement la tâche de « de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux ». Pour garantir la conformité du système national avec la « directive retours » de 2008[369], il est également chargé du contrôle « de l'exécution par l'administration des mesures d'éloignement prononcées à l'encontre d'étrangers jusqu'à leur remise aux autorités de l'État de destination »[370].

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut visiter à tout moment, sur le territoire de la République, tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique[371].

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

367 Voir les articles 3 et 4 de la loi n° 112 de 2011.

368 Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté. En effet, l'article 17 du protocole facultatif prévoit que « Chaque État Partie administre, désigne ou met en place au plus tard un an après l'entrée en vigueur ou la ratification du présent Protocole, ou son adhésion audit Protocole, un ou plusieurs mécanismes nationaux de prévention indépendants en vue de prévenir la torture à l'échelon national […] ».

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

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

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

En Italie le *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* a été institué par l'article 7 du décret-loi n° 146 du 23 décembre 2013, mais n'est devenu effectif qu'en 2016, après la désignation de ses membres[372]. Avant d'examiner la composition et les actes du Garant, il peut être utile de souligner un élément de similitude avec son homologue français, puisqu'il a également été identifié comme un « mécanisme national de prévention » au titre du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 2002[373].

Contrairement à celui de la France, il s'agit d'un organe collégial, composé du président et de deux membres nommés par décret du président de la République, sur décision du Gouvernement après consultation des commissions parlementaires compétentes. Les membres, qui ne peuvent être des fonctionnaires de l'administration publique, sont choisis parmi des personnes qui « assurent indépendance et compétence dans les matières liées à la protection des droits de l'homme »[374].

Le Garant exerce des activités de surveillance dans tous les lieux où des personnes se trouvent dans une situation de privation de liberté, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas autorisées à quitter ces lieux[375]. La référence principale est évidemment la sphère pénale, les prisons et en général les lieux d'exécution des peines, mais l'étendue de la définition inclut également les chambres de sécurité de la police, ainsi – que dans le domaine de la santé –, les établissements pour personnes âgées et handicapées, les communautés thérapeutiques, etc. En Italie également, la mise en œuvre de la « directive retour » confère au Garant la fonction de contrôler les lieux où les migrants sont enfermés, tels que les centres de rétentions temporaires, en vue de leur expulsion[376].

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Les mesures qu'ils adoptent, bien que différentes, se caractérisent toutes par le fait qu'elles sont non contraignantes, bien que la coopération des institutions concernées puisse être requise dans la phase préliminaire[377].

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

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

---

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

Section I
L'emploi du terme

Pour l'ensemble des Autorités incluses dans la recherche[378], celle-ci a été faite sur le site internet officiel de l'institution[379], où les moteurs de recherche ont été interrogés à partir du terme « vulnérabilité » ou « personne vulnérable », ou de la racine « vulnerab* »[380].

Comme cela a été souligné dans la section préliminaire, les activités des Autorités administratives indépendantes considérées sont très variées, de même que les mesures qu'elles adoptent. La recherche a donc acquis des caractéristiques en partie différentes, mais a abouti à des résultats largement comparables. Pour le Défenseur des droits, l'analyse s'est principalement concentrée sur les « décisions », c'est-à-dire les prises de position du Défenseur que l'institution qualifie comme telles dans sa communication officielle, notamment sur son site internet et dans ses rapports annuels d'activité. Comme nous l'avons déjà souligné, il ne s'agit pas d'actes contraignants, susceptibles de recours juridictionnel, mais, pour l'essentiel, de simples recommandations ou des observations en justice. Dans le contexte général de la réflexion, les autres actes ont également été pris en compte, à savoir règlements amiables[381], avis au Parlement, rapports et études et propositions de réforme. En l'absence de distinctions similaires, s'agissant du CGLPL et des deux autorités italiennes, a été examiné l'ensemble des documents figurant sur les sites internet des institutions analysées.

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

De ce point de vue, il est intéressant de souligner une particularité qui caractérise le travail du Défenseur, notamment en ce qui concerne les décisions. Il s'agit des cas où le mot vulnérable n'apparaît

---

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

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

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

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

que dans le synopsis de la présentation de la décision, c'est-à-dire *a posteriori*. Odile de David-Beauregard a qualifié ces hypothèses – au nombre de 44 cas sur les 153 pris en considération – de « décision-synopsis » : elles sont néanmoins utiles à la réflexion, dans la mesure où elles marquent la volonté de l'institution de considérer le réclamant concerné comme une personne vulnérable, même lorsque la décision ne s'est pas prononcée sur cette qualification[382].

Au-delà de cette particularité, sur laquelle nous reviendrons de toute façon en analysant les conséquences de l'utilisation du terme, la variété des actes adoptés par ces institutions a rendu le processus de sélection particulièrement complexe. En restant sur le cas du Défenseur, la racine « vulnerab* » a permis d'identifier 585 occurrences. La recherche a ensuite été affinée en utilisant les termes « décisions » et « défenseur des droits », réduisant ainsi le nombre aux 153 décisions mentionnées ci-dessus ; cependant, si l'on considère l'ensemble des actes adoptés, le nombre de citations est presque doublé. Il y a ensuite les difficultés liées au fonctionnement des moteurs de recherche : dans certains cas, une utilisation multiple du terme correspond en fait à un seul document. C'est le cas des rapports de visite du Contrôleur qui, bien que désignés sous un nom différent, constituent en réalité un seul et même document. À titre d'exemple, avec référence à 2019, lorsque le site internet propose de télécharger le Rapport de visite de la brigade territoriale de gendarmerie de Guérande (Loire-Atlantique), le Rapport de visite de la brigade autonome de Chinon (Indre-et-Loire) et plusieurs autres rapports, les fichiers téléchargés correspondent finalement au même document intitulé « Synthèse annuelle. Du 14 janvier au 7 novembre 2019. Visite des brigades de gendarmerie (Métropole, Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna) »[383].

En général, on constate une augmentation progressive des références au terme de vulnérabilité dans les documents des Autorités administratives indépendantes. On peut rappeler, à titre d'exemple, le cas du Défenseur, pour lequel la référence à la vulnérabilité n'a cessé d'augmenter dans les décisions, passant de 1 à 5 fois par an entre 2011 et 2016 à une vingtaine d'utilisations en 2018, avec une poursuite de la croissance[384]. Des considérations similaires peuvent être faites pour l'Autorité italienne, qui a augmenté l'utilisation du terme surtout après 2016[385], et pour le Contrôleur français pour lequel l'utilisation n'était pas significative entre 2008 et 2012, alors qu'elle s'est développée depuis 2013[386].

---

382 Voir la contribution d'Odile de David-Beauregard, *infra*, partie 2.

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

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

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

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

Cette situation peut être liée aux interventions législatives, en particulier dans le domaine de la lutte contre la discrimination, qui font de plus en plus souvent référence à la vulnérabilité[387], mais est certainement liée aussi à la diffusion plus générale – également au niveau de la réflexion sociologique et philosophique – de la notion de vulnérabilité[388]. Il est significatif que le Défenseur ait publié en 2016 un rapport expressément consacré à « La protection juridique des majeurs vulnérables »[389].

En tout cas, même lorsque les données sont plus « fluctuantes », comme pour le Garant italien, le nombre d'utilisations est toujours important[390].

Un autre aspect qu'il faut souligner est que, dans la très grande majorité des documents analysés, le terme « vulnérable » ou « vulnérabilité » est utilisé de « manière spontanée », c'est-à-dire sans l'ancrage à un texte contenant l'expression. La seule exception est le Défenseur qui, dans 55 % des décisions, cite des textes mentionnant la vulnérabilité de la personne ou de la catégorie de personnes concernée. Il s'agit fréquemment d'un texte de valeur législative, à savoir la législation sur la discrimination déjà mentionnée, mais aussi les textes relatifs à la maltraitance des personnes vulnérables ou à la traite des êtres humains[391]. Outre la législation nationale, les textes normatifs et les documents de *soft law* européens et internationaux sont également utilisés ; nous trouvons des citations aussi dans les documents d'autres autorités. C'est le cas, par exemple, de la référence aux lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice des enfants, du 17 novembre de 2010, qui à l'article 21.b dispose que « compte tenu de la vulnérabilité des enfants privés de liberté [...], les enfants devraient avoir, en particulier, le droit de recevoir une éducation appropriée, une orientation et une formation professionnelle », présents dans le Rapport thématique du Contrôleur français sur *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés* de 2021[392]. Dans ses rapports

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

388 Voir entre autres A. Giolo, B. Pastore (dir.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

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

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

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

392 CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, p. 92 ; les lignes directrices du Conseil d'Europe peuvent être consultées à l'adresse suivante [https://rm.coe.int/16804b92f6]. Mais dans les actes de Contrôleur, nous trouvons également mentionné les « Règles Nelson Mandela » relatives aux droits des détenus (dans l'*Avis relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté* du 6 juillet 2021, p. 5) ; l'article 434-3 du Code pénal, qui oblige tout professionnel à signaler tout acte de maltraitance sur personnes mineures ou vulnérables et qui punit le fait pour quiconque de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives (dans le volume *Les violences interpersonnelles dans les*

annuels, le Garant italien fait également référence aux « Accords internationaux relatifs à la protection des personnes vulnérables » que l'Italie a ratifiés, en ajoutant quelques références spécifiques à des traités particuliers, tels que la Convention de 1965 contre la « discrimination raciale », en relation en particulier au traitement des individus les « plus vulnérables », tels que les étrangers ou les apatrides[393].

Une mention spécifique mérite d'être faite, notamment en ce qui concerne l'activité du Défenseur, à la citation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les décisions concernent des « catégories » de personnes vulnérables déjà mentionnées dans l'analyse du travail des Cours européennes et de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. On peut citer, à titre d'exemple, les cas de la minorité Rom[394] et des mineurs non accompagnés[395], qui ont tous deux fait l'objet d'un nombre important d'arrêts de la Cour de Strasbourg. Nous pouvons également mentionner la décision 2019-074 du 22 mars 2019 relative à une tierce intervention du Défenseur devant la Cour européenne portant sur le placement en rétention administrative d'enfants dans le cadre de la requête *M.D. c. France*[396]. Ici le terme « vulnérabilité » n'apparaît que dans une citation de la jurisprudence de la Cour et n'est pas du tout réutilisé par le Défenseur des droits, pas même dans les mots-clés du synopsis. Il est de toute façon intéressant, car – indépendamment du fait que le terme de vulnérabilité soit repris ou non dans l'argumentation de la décision – ce cas peut être considéré comme un signe d'intégration entre les différents systèmes de protection des droits de l'homme opérant en Europe, ce qui contribue à la diffusion et à la consolidation du rôle de la (du terme) vulnérabilité.

Enfin, il faut aussi rappeler la question du cumul des vulnérabilités. Même dans les actes des Autorités administratives indépendantes, les cas sont fréquents : par exemple, dans le même document, le terme « vulnérable » est utilisé en référence à la fois aux personnes soumises à une restriction de liberté en général et à des catégories/situations spécifiques (par exemple, les personnes handicapées, les étrangers). Dans le cas de l'Autorité italienne, il existe une sorte de présomption de vulnérabilité des mineurs[397], de manière que dans la plupart des documents, l'accent est mis sur les cas de « vulnérabilité aggravée ». Il s'agit des mineurs handicapés, des enfants de parents

---

lieux de privation de liberté, Dalloz, 2020, p. 81) ; l'article R. 553-13 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – qui dispose que les personnes retenues peuvent demander que leurs conditions de rétention soient adaptées à leur vulnérabilité ou que la mesure de rétention soit levée pour ce motif – pour affirmer que l'ensemble des personnes retenues doit pouvoir faire évaluer son état de vulnérabilité non médicale par l'office français de l'immigration et de l'intégration (Rapport de la troisième visite du centre de rétention administrative de Coquelles (Pas-de-Calais) du 4 au 6 novembre 2020, p. 60 et Rapport de la quatrième visite du centre de rétention administrative de Nice (Alpes-Maritimes) du 8 au 11 février 2021, p. 35.

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

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

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

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

397 Comme il a été signalé dans le chapitre 2, la Cour constitutionnelle italienne fait aussi valoir cette présomption.

emprisonnés, des mineurs vivant dans des familles en difficulté et qui sont victimes de violence directe ou assistée, des mineurs étrangers non accompagnés, etc. Dans les documents, les enfants et les jeunes appartenant à ces catégories sont définis comme « vulnérables parmi les vulnérables »[398].

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

Pour examiner les effets de l'utilisation du terme « vulnérabilité » dans les actes des Autorités administratives indépendantes, il convient tout d'abord de faire un aperçu général.

Il faut noter la richesse des hypothèses prises en considération, qui correspondent pour la plupart à celles identifiées par la jurisprudence nationale et européenne, mais avec quelques particularités. Certes, le Défenseur, par l'étendue de ses compétences, est confronté à une variété très riche de situations ; les autres autorités ont un champ d'intervention plus délimité, mais même à travers le cumul des vulnérabilités, elles sont en mesure d'envisager une pluralité d'hypothèses. Comme nous l'avons vu dans la section précédente pour les mineurs, les personnes soumises à une restriction de leur liberté personnelle se caractérisent également par une présomption de vulnérabilité liée à leur position de sujétion à l'autorité publique[399], à laquelle s'ajoutent toutefois d'autres conditions de vulnérabilité. On peut citer l'appartenance à une minorité, l'âge (jeune majeur comme personne âgée), l'état de santé (une personne handicapée, enceinte, atteinte de troubles psychologiques et psychiatriques, ayant une pathologie, dangereuse pour elle-même ou pour autrui[400], etc.) ou des situations « extrinsèques » à la personne privée de liberté correspondent cette fois-ci à la nature du crime ou du délit ayant conduit à la peine (un auteur d'infraction à caractère sexuel), à la profession exercée (policier, gendarme, magistrat, politicien)[401], etc.

Aucune des institutions prises en compte ne donne de définition de la notion de « vulnérabilité » dans ses actes et, par ailleurs, les textes normatifs cités ne le font pas non plus. Cela garantit une certaine discrétion dans l'identification des « catégories » de personnes vulnérables ou des « facteurs »

398 Une attention particulière est accordée aux « mineurs étrangers non accompagnés », qui sont considérés comme trois fois vulnérables parce qu'ils sont mineurs, étrangers et seuls. L'Autorité garante a exhorté les acteurs institutionnels compétents, par le biais de notes d'orientation, à mettre en œuvre efficacement la loi n° 47 de 2017, qui a défini le système de protection des mineurs étrangers non accompagnés, en réglementant tous les aspects liés à leur accueil et à leur protection.

399 On peut citer les paroles du Contrôleur français, selon lesquelles « l'enfermement rend les personnes captives vulnérables puisque, confiées à une administration, elles perdent une grande part de leur autonomie. Les droits et libertés fondamentales des personnes privées de liberté reposent donc en premier lieu sur un principe de protection. Contre le risque d'arbitraire, contre les tentations de faire primer l'ordre, la sécurité ou la bonne administration des lieux d'enfermement, les personnes privées de liberté doivent être protégées dans leur dignité, leur intégrité et leurs droits » : CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *JORF*, 4 juin 2020, p. 4.

400 Par exemple, dans le centre hospitalier d'Alès-Cévennes, « une vigilance est effectuée pour prévenir tout abus sexuel sur personnes vulnérables. Il a été indiqué que des patients, dont le comportement sexuel lié à leur pathologie pourrait être problématique, sont particulièrement "surveillées" par l'équipe soignante ». CGLPL, *Rapport de visite du centre hospitalier d'Alès-Cévennes (Gard) du 30 novembre au 4 décembre 2015*, p. 57 ; voir aussi CGLPL, *Rapport de visite de la brigade territoriale de gendarmerie de Saint-Romain de Colbosc (Seine-Maritime) le 15 juillet 2014*, p. 11.

401 CGLPL, *Rapport de la deuxième visite de la maison d'arrêt du Val-d'Oise (Osny) du 4 au 13 mars 2019*, p. 53.

de vulnérabilité[402]. Les cas cités à titre d'exemple confirment la correspondance avec les figures qui ressortent de l'examen de la jurisprudence ; toutefois, c'est précisément la position particulière des Autorités administratives indépendantes – qui ne sont pas appelées à trancher des litiges et dont les actes n'ont pas de force contraignante – qui fait qu'elles peuvent également porter leur attention sur des situations particulières, qui n'ont peut-être pas encore acquis une attention partagée, et contribuer ainsi à la réflexion générale sur la vulnérabilité. L'analyse de l'activité du Défenseur des droits offre un aperçu particulièrement intéressant de ce point de vue. Nous pouvons penser à la vulnérabilité résultant de la situation économique, consacrée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, mais largement indéterminée[403]. Les termes de « vulnérabilité économique » deviennent très importants dans le cadre de la lutte contre la précarité économique et sociale, domaine dans lequel sont parfois utilisés comme mots-clés du synopsis de présentation du document, alors qu'ils n'apparaissent pas dans ce dernier[404]. Il semble qu'il y ait ici une correspondance avec l'accent mis par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la « vulnérabilité financière » : une lecture de la vulnérabilité de plus en plus attentive à saisir les nouveaux profils de faiblesse de l'individu dans les sociétés contemporaines. Des considérations similaires peuvent être faites pour la « vulnérabilité numérique »[405]. La dématérialisation des procédures administratives constitue depuis plusieurs années un autre sujet majeur de préoccupation pour le Défenseur des droits. Une décision-cadre a ainsi été rendue en 2018[406], à propos de la délivrance des permis de conduire et des certificats d'immatriculation sur la plate-forme numérique de l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS). En se référant à son Rapport annuel pour 2017, le Défenseur recommande à nouveau d'introduire dans la loi « une clause de protection des usagers vulnérables, prévoyant l'obligation d'offrir une voie alternative au service numérique dans le cadre de la mise en œuvre de toute procédure de dématérialisation d'un service public »[407]. En effet, dans le Rapport de 2019 consacré au thème « Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics », il affirme qu' « aucune organisation administrative, aucune évolution technologique ne peut être défendue si elle ne va pas dans le sens de l'amélioration des droits, pour tous et pour toutes »[408].

---

402 L'analyse des décisions du Défenseur, par exemple, révèle les facteurs de vulnérabilité suivants : l'âge (élevé ou au contraire l'état de minorité) ; l'état de santé (y compris l'existence de troubles psychiatriques) et la fragilité psychique ; le handicap ; la précarité sociale ; l'être victime de violence domestique ou de traite d'êtres humains (dans sa décision 2019-166 du 23 juillet 2019, le Défenseur souligne ainsi l'« extrême vulnérabilité qui est celle des victimes de violences conjugales ») ; la profession exercée (dans la décision 2017-221 du 21 juillet 2017, à propos des travailleur·se·s du sexe, il affirme que « dont il convient de mesurer le degré de vulnérabilité »).

403 Voir en ce sens les conclusions de l'étude menée sous l'égide du Défenseur des droits : D. Neven, Ch. Olm, H. Revil *et al.*, *La « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ». Éclairages sociologiques en vue d'une meilleure appréhension par le droit de la non-discrimination*, Rapport de recherche, mars 2022.

404 Voir notamment Avis 18-05 du 23 février 2018 relatif à la stratégie nationale de lutte contre la pauvreté des enfants et des jeunes ; Avis 21-03 du 28 avril 2021 relatif aux moyens consacrés par les préfectures à l'instruction des demandes de titres de séjour.

405 La première occurrence semble remonter à 2018 : Avis 18-18 du 28 juin 2018 relatif au projet de loi n° 567 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Sur cette question, voir par exemple : M. Nihoul, H. Jacquemin (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Larcier, 2018, 626 p. ; T. Douville, C. Hervochon, E. Noël et Y. Paquier, « Les vulnérabilités numériques », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, n° 18-2020, dossier thématique *Vulnérabilité et droits*, p. 111 et s.

406 Décision 2018-226 du 3 septembre 2018.

407 Même décision, p. 32.

408 Rapport, *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, 2019, p. 4. Le Rapport met en évidence « hétérogénéité des publics vulnérables face au numérique et multiplicité des difficultés d'usage », p. 33.

Cette phrase souligne l'objectif de l'action des Autorités administratives indépendantes et, pour ce qui nous concerne, celui de l'utilisation du terme « vulnérabilité » : l'amélioration des droits, pour tous et pour toutes. Dans notre recherche, nous avons essayé d'identifier les effets attachés au recours au concept de « vulnérabilité », dans le but de renforcer la garantie de l'effectivité des droits.

Il convient de rappeler que les actes de ces institutions n'ont pas d'effet contraignant et qu'elles n'ont aucun moyen de forcer l'administration à les exécuter. Cependant, leur rôle, que l'on pourrait qualifier de « magistrature d'influence », contribue à renforcer l'attention de la société civile et de l'administration publique à l'égard de certaines catégories de sujets ou de certaines situations ou plus particulièrement de la personne qualifiée de « vulnérable ». Pensons à la question de la dématérialisation des procédures administratives qui vient d'être évoquée ou à la situation dans les prisons, qui fait l'objet d'un contrôle périodique de la part du Contrôleur français et du Garant italien. Outre les rapports annuels, ces questions sont abordées dans des actes spécifiques, qui peuvent résulter d'activités de vérification décidées de manière autonome par les autorités ou sur la base de la dénonciation de cas individuels. Souvent, leur décision, liée au cas d'une personne déterminée, conduit à des interventions générales de la part des autorités publiques concernées.

L'action des institutions de garantie, en effet, est un instrument pour renforcer les obligations de l'administration. L'utilisation de la notion de vulnérabilité dans le dialogue avec les autorités compétentes leur permet de mieux faire ressortir le caractère critique de certaines situations et d'appeler à l'intervention publique. On peut y voir une similitude avec les « obligations positives » identifiées par la Cour de Strasbourg dans ses arrêts.

On peut citer le cas de la scolarisation obligatoire des mineurs d'origine Rom, qui a fait l'objet d'une décision très articulée du Défenseur français en 2018, qui avait été alerté par voie de presse et s'était saisi d'office du dossier. Le Défenseur a conclu à l'existence d'une discrimination dans l'accès à l'éducation fondée sur l'origine des enfants, leur lieu de résidence et leur particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique. Et il en a tiré la conséquence suivante : « eu égard à la particulière vulnérabilité des enfants roms, le maire de X a l'obligation positive de s'assurer que leur droit à la scolarisation a un caractère effectif […] »[409].

Un autre exemple peut être l'affaire dramatique à laquelle le Garant italien a été confronté lors de sa visite en juin 2021 au Centre de séjour pour le rapatriement (*Centro di permanenza per il rimpatrio* – CPR) à Turin[410]. Cette visite faisait suite au suicide d'un jeune homme d'origine guinéenne qui, après avoir été agressé par trois garçons à Vintimille, avait été identifié et, une fois son irrégularité établie, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion. En conséquence, il avait été conduit au Centre de séjour pour rapatriement de Turin et placé en isolement dans ce que l'on appelle l'« Ospedaletto » de l'établissement : une section théoriquement dédiée à l'isolement médical, mais en pratique également

409 Décision 2018-005 du 25 janvier 2018, p. 13.

410 Rapport sur la visite effectuée le 14 juin 2021 au Centre de Permanence pour le Rapatriement (CPR) à Turin ; voir aussi Rapport au Parlement par le Président du Garant National, Chambre des Députés, 21 juin 2021.

utilisée à d'autres fins liées à des problèmes de cohabitation entre détenus ou pour des raisons de sécurité. Quelques jours plus tard, le garçon s'est donné la mort.

Le garçon avait été isolé dans une section dont les aspects problématiques avaient été signalés par le Garant à plusieurs reprises. Le Rapport rappelle que les mesures de détention à l'encontre des migrants ne devraient être prises qu'après une évaluation minutieuse des spécificités du cas et dans le respect du principe de proportionnalité : « l'examen nécessaire de la situation de la personne, sur lequel doivent se fonder ces mesures, doit inclure tous les aspects connus de son histoire et tous les profils de vulnérabilité afin d'éviter toute forme d'automatisme qui risquerait de conduire à des violations directes ou indirectes de ses droits fondamentaux ». Le suicide du jeune guinéen, en plus des graves critiques soulevées dans tous les Rapports précédents, a convaincu le Garant de demander la fermeture de l'« Ospedaletto » ; une décision que l'autorité compétente prendra effectivement.

Enfin, il convient de noter que l'« ambivalence » qui peut caractériser l'utilisation de la vulnérabilité se retrouve également dans les actes des Autorités administratives indépendantes. Ceci est particulièrement évident en ce qui concerne les prisons, surtout en ce qui concerne les questions de genre, mais pas seulement. Le Garant italien souligne la situation des membres de la communauté LGBTQIA+, qui sont souvent placés dans des sections séparées. Si ce choix découle de la nécessité de prendre en compte leur situation de vulnérabilité, en les protégeant des actes d'homophobie et de violence, il se traduit également par une limitation de leurs droits par rapport aux autres détenus : exclusion des activités communes, moindre possibilité de participer à des activités relevant du traitement rééducatif, etc. La même situation est aussi soulignée par le Contrôleur français, qui indique qu'en détention, du fait d'un faible contrôle des zones collectives et d'une grande liberté de circulation, les personnes vulnérables sont très souvent mises à l'isolement ou sont contraintes à un système de portes fermées pour favoriser une meilleure protection[411]. Le Contrôleur indique d'ailleurs que « cette situation finit par détourner le régime différencié de son objectif puisque ce sont les personnes les plus calmes et les plus vulnérables qui se retrouvent en régime fermé »[412] afin de « fuir le climat régnant dans les étages en portes ouvertes »[413]. Pour cela, il recommande, à propos d'une personne sourde, que la décision d'isoler ne doit pas résulter d'une pratique générale et systématique ne tenant compte ni de la particularité de la situation ni de la volonté de la personne concernée[414].

La situation de vulnérabilité détermine les conséquences en termes d'exposition accrue au risque de violation des droits, de discrimination et d'atteinte à la dignité. Mais en même temps, dans les institutions totales, comme les prisons, il peut arriver que la qualification du sujet comme vulnérable se traduise, en substance, presque paradoxalement, par un facteur d'exclusion de la personne de la communauté.

---

411 CGLPL, *Rapport de visite du Centre de détention de Muret (Haute-Garonne) du 12 au 22 mars 2013*, p. 43.
412 CGLPL, *Rapport annuel d'activité 2013*, Dalloz, 2014, p. 140.
413 *Ibid.*
414 CGLPL, *Enquête sur place sur la prise en charge des personnes sourdes incarcérées du 25 avril 2019*, p. 30.

Il peut également y avoir des cas de mésusage qui peut être fait par l'administration de la notion de vulnérabilité, qui joue alors comme filtre pour l'accès au droit. L'exemple peut être trouvé dans la décision 2016-262 du 13 octobre 2016 (décision synopsis), rendue par le Défenseur à propos de la décision du préfet de Guyane de fermer partiellement et temporairement le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en place dans son département. Le préfet avait mis en place un filtre à l'accès au service en fonction du degré de vulnérabilité des demandeurs d'asile. Dans ses observations déposées devant le juge des référés du Conseil d'État, le Défenseur des droits avait fermement critiqué ce procédé. En effet, le filtrage avait été mis en œuvre en dehors de tout cadre légal et il était potentiellement porteur de discrimination (ne s'agissait-il pas en réalité d'écarter les demandeurs d'asile d'origine haïtienne ?). Toutefois, le Conseil d'État n'a pas suivi l'argumentation du Défenseur des droits et a jugé que la décision du préfet « ne caractérisait pas, à la date de la requête, une méconnaissance grave et manifeste des obligations de caractère général qu'impose le droit d'asile »[415].

Cet exemple nous amène à quelques considérations finales, car il témoigne de la tension entre la volonté des Autorités administratives indépendantes d'utiliser le concept de vulnérabilité au service de la garantie de l'effectivité des droits et la faiblesse des moyens qui leur sont accordés.

Il est vrai que dans la plupart des cas[416], la mise en œuvre de leurs interventions dépend de la volonté des administrations concernées, mais même lorsque cela n'est pas le cas, ces interventions jouent néanmoins – pour reprendre la formule utilisée par Odile de David-Beauregard – « un rôle d'aiguillon » pour rappeler la nécessité d'assurer la protection des droits[417].

La liberté dont jouissent les institutions analysées dans l'utilisation du terme vulnérabilité leur permet, comme nous l'avons déjà mentionné, de mettre en évidence des problèmes et des violations qui auraient autrement plus de difficultés à émerger ou à se présenter devant un juge. En outre, leurs activités, et en particulier les rapports et études qu'ils réalisent, leur permettent aussi de participer activement à la réflexion qui a été engagée au niveau européen et international sur le rôle de la vulnérabilité dans le « processus d'universalisation des droits fondamentaux », mentionné dans le chapitre sur les Cours européennes.

***

L'analyse de l'activité des Autorités administratives indépendantes a été intégrée à ce travail afin de complémenter l'étude de la jurisprudence des Cours européennes et nationales, dans le but de vérifier si, de leur point de vue particulier, il ressort la même approche de l'utilisation du terme vulnérabilité. Sur le plan opérationnel, ce choix a posé certaines difficultés : d'une part, les actes examinés sont très différents des décisions judiciaires ; d'autre part, les situations française et italienne ne sont pas parfaitement superposables. En particulier, comme nous l'avons vu, il n'existe

415 CE, ord., n° 404484 du 7 novembre 2016.

416 Cela dépend aussi, bien sûr, du type d'actes : il faut noter que, dans ses rapports d'activité, le Défenseur rappelle qu'environ 80 % des règlements amiables qu'il engage aboutissent favorablement (75 % en 2022) : Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2021*, p. 9.

417 Voir la contribution d'Odile de David-Beauregard, *infra*, partie 2.

pas en Italie, au niveau national, de figure correspondant au Défenseur des droits français, doté d'une compétence générale.

Toutefois, tenant compte de ces aspects, la recherche a permis d'obtenir des résultats intéressants, qui confirment l'hypothèse de départ. Bien que les Autorités administratives indépendantes examinées soient d'institution récente et que, par conséquent, l'étude ait porté sur une période plus restreinte que celle de l'analyse de la jurisprudence, on constate également dans ce cas une augmentation progressive de l'utilisation des termes vulnérabilité/vulnérable. Les documents analysés sont de natures diverses (avis, rapports, études…), mais tous présentent une présence significative de ces termes, souvent le fruit d'un choix spontané, dans d'autres cas – notamment pour le Défenseur des droits – le résultat d'une référence à des textes normatifs.

Sous réserve de quelques considérations supplémentaires, il convient de signaler que les catégories/situations examinées correspondent à celles présentes dans la jurisprudence, en particulier dans celle de la Cour de Strasbourg, qui, comme nous l'avons vu, présente les cas les plus nombreux. On retrouve également dans les documents des Autorités administratives indépendantes des hypothèses de cumul de vulnérabilités, avec leur double facette, en ce sens que la nécessité de renforcer la protection peut conduire dans certains cas à une limitation des droits. On peut citer l'exemple des personnes détenues, qui sont généralement considérées comme vulnérables en raison de leur situation de sujétion à l'autorité de l'État. Il peut toutefois exister d'autres facteurs de vulnérabilité, tels que ceux liés à l'orientation sexuelle, qui peuvent conduire à l'isolement de la personne afin de la protéger contre d'éventuelles violences de la part d'autres détenus. Cela rend toutefois la situation de privation de liberté de ces personnes plus sévère et limite également leur possibilité de participer à des programmes de rééducation. Toujours en ce qui concerne la situation des détenus, des obligations positives sont identifiées pour l'État afin de prendre dûment en considération les particularités des conditions individuelles : cette approche rappelle celle développée par la Cour de Strasbourg.

L'activité de contrôle exercée par les Autorités administratives indépendantes ne se traduit pas par des actes contraignants ; elles opèrent comme une « magistrature d'influence » : leur indépendance et leur autorité devraient conduire les autorités publiques à respecter et à mettre en œuvre leurs recommandations. Si cela peut constituer un élément de faiblesse, il favorise en même temps leur liberté d'action, qui peut les amener à appréhender et à mettre en évidence de « nouvelles » situations de vulnérabilité. On peut citer, par exemple, les cas, encore peu abordés sur le plan jurisprudentiel, de vulnérabilité économique ou informatique. Pour ce dernier aspect, on peut rappeler la déclaration du Défenseur des droits dans son rapport de 2019 sur le thème de la dématérialisation et des inégalités d'accès aux services publics, dans laquelle le Défenseur indique qu'« aucune organisation administrative, aucune évolution technologique ne peut être défendue si elle ne va pas dans le sens de l'amélioration des droits, pour tous et pour toutes ». Le renforcement de la protection des droits est l'objectif de l'action des Autorités administratives indépendantes et c'est dans cette perspective que s'inscrit l'attention particulière accordée aux personnes vulnérables.

Une dernière remarque s'impose concernant la tentative de dégager un standard commun au niveau européen. Dans cette perspective également, l'action des Autorités administratives indépendantes peut jouer un rôle important. Leurs documents, en particulier leurs rapports annuels, sont publics et diffusés sur leurs sites web respectifs. Cela traduit la nécessité de renforcer les relations avec la société civile, certes pour favoriser la connaissance de cet instrument non contentieux de protection des droits, mais aussi pour diffuser une culture des droits et une réflexion sur les situations problématiques, telles que celles concernant les personnes vulnérables.

Conclusion de la première partie

Le projet de recherche dont nous venons de synthétiser les résultats avait pour objet d'explorer plus avant les liens entre usage jurisprudentiel de la notion de vulnérabilité et promotion de l'effectivité des droits fondamentaux. Le constat de départ en était une montée en puissance de la notion dans la jurisprudence, l'identification de personnes vulnérables imposant aux autorités publiques, selon la Cour européenne des droits de l'homme, de « faire preuve d'une attention particulière » et de « leur assurer une protection accrue »[418]. Il s'agissait de vérifier comment la mobilisation de la catégorie permettait en effet au juge de conjurer ce que la doctrine avait identifié comme un risque d'ineffectivité des droits des personnes vulnérables.

À la différence des travaux majoritaires, il s'est donc agi de mettre en œuvre une étude transversale et comparative : entre le niveau européen et le niveau national, entre deux ordres juridiques nationaux – français et italien – et entre les différents ordres de juridiction dans chaque ordre national. Plutôt que de partir des occurrences « vulnérable »/« vulnérabilité » dans les textes, ce qui risquait de reproduire les études sectorielles déjà existantes, l'équipe a donc recherché les occurrences en question dans les jurisprudences retenues, en tant que les mots-clés s'appliquaient à une personne physique. Le but était d'identifier les points communs et différences dans l'approche de la notion de vulnérabilité, et la part prise par la notion dans la promotion de l'effectivité des droits des personnes concernées.

Il ressort de notre recherche la confirmation d'une définition, certes implicite, de la vulnérabilité propre au droit d'une part, ainsi que la mise à jour d'usages diversifiés de cette notion par le juge d'autre part.

Section I
Une définition implicite de la vulnérabilité de la personne physique par le droit

Comme rappelé dans l'introduction de la recherche, le constat a été fait de l'imprécision de la notion de vulnérabilité dans toutes les disciplines dans lesquelles elle est devenue d'usage courant. La science juridique n'a pas fait exception à cet égard : floue, vague, imprécise, polysémique… tels sont quelques-uns des adjectifs revenant sous la plume de différents auteurs pour la qualifier. Toutefois, un lien a aussi été établi entre vulnérabilité et risque d'ineffectivité des droits des personnes vulnérables.

---

418 CEDH, 21 janvier 2014, *Zhou c/ Italie*, § 58.

Selon nous, il y a là tous les éléments d'une définition que confirme – certes implicitement – le droit positif, et dont l'étude permet de préciser les différents éléments.

Aucune des juridictions, ou des autorités indépendantes prises en compte dans l'étude ne définit, à un moment ou à un autre, la notion de vulnérabilité. Tout au plus mettent-elles en avant tel ou tel facteur de vulnérabilité dans le cas d'espèce – mais ce n'est pas toujours le cas. Cela étant, l'identification de cette situation de vulnérabilité pose la question de savoir comment protéger les droits de la personne concernée. La notion renvoie donc bien au risque de méconnaissance des droits. Certes, on pourrait nous objecter que nous avons trouvé dans la recherche ce que nous y avons mis au départ. En réalité, nous pensons que cette définition est pertinente et même, en quelque sorte, inévitable.

Si l'on repart de l'idée selon laquelle la vulnérabilité est un risque de blessure, la nature de la blessure considérée varie selon la discipline qui appréhende la vulnérabilité. On a vu en introduction qu'un philosophe pourra la concevoir comme un manque de reconnaissance d'autrui, une difficulté à déployer ses capacités ; un sociologue comme une désaffiliation ou disqualification sociale ; un économiste comme l'entrée dans une situation de pauvreté statistiquement appréhendée… Pour le droit, la blessure sera donc nécessairement de nature juridique : elle consistera dans l'atteinte aux intérêts de la personne. Or, l'intérêt juridiquement protégé de la personne est précisément la définition du droit subjectif. Certes, cette définition a varié au cours du temps, et donné lieu à d'intenses débats, étroitement liés à la conception même du sujet de droit. Toutefois, pour faire bref, on peut dire que deux conceptions ont dominé, celle corrélant droit et volonté, et celle corrélant droit et intérêt. La conception du droit comme « pouvoir de volonté » s'impose au XIX^e^, mais elle est vite critiquée comme excluant du bénéfice des droits – et de la personnalité juridique – « les deux catégories de personnes qui ne sont pas douées de volonté : les collectivités et les incapables »[419]. S'agissant de ces deniers, mineurs et majeurs protégés, on constate qu'il s'agit précisément de personnes volontiers qualifiées désormais de vulnérables… De toute évidence, une telle définition des droits, excluant qu'ils puissent bénéficier à des personnes vulnérables, ne peut plus être admise. D'où la prévalence de la définition du droit comme « intérêt juridiquement protégé », dont M^me^ Paynot-Rouvillois rappelle qu'on doit la première formulation à « Ihering, qui, à propos de l'*infans* et de l'insensé, fut le premier à s'attaquer à la *Willenstheorie* »[420].

Nous pensons donc que la vulnérabilité renvoie à une situation qui expose la personne à un risque de méconnaissance de ses intérêts juridiquement protégés, c'est-à-dire de ses droits. Cette méconnaissance peut résider dans l'impossibilité pour la personne d'exercer son droit, ou dans la violation de ce dernier par un tiers ou par les pouvoirs publics. Cette définition renvoie à un concept opératoire pour décrire le droit positif et la façon dont les juges – mais aussi les textes – comprennent et utilisent la notion. En tant qu'ensemble de normes en vigueur, le droit peut en effet connaître

419 A. Paynot-Rouvillois, « Sujet de droit », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1454.
420 *Ibid.*

une notion technique et suffisamment précise de la vulnérabilité, ce qui le différencie des visions philosophiques, anthropologiques, ou encore sociologiques, de la même notion, souvent variables d'un auteur à l'autre. Il est intéressant de relever que nous avons trouvé une approche très similaire dans un article d'éthique médicale, situant la vulnérabilité des patients dans un intérêt moralement protégé. Selon les auteurs, « Dans le sens où elle appelle à une protection ou une attention particulière, la vulnérabilité est un risque accru de subir un tort. […] Protéger les personnes vulnérables dans la médecine et la santé requiert donc une démarche diagnostique : il s'agit d'identifier le ou les torts face auxquels une vulnérabilité existe, les sources de cette vulnérabilité, les protections adéquates et les personnes qui participent au devoir de protection. Cette démarche repose sur l'identification des torts, donc des intérêts moralement protégés, des personnes. […] Dès lors que l'on reconnaît un intérêt comme moralement protégé, comme par exemple celui d'être en bonne santé, on doit aussi reconnaître que doivent être protégées les vulnérabilités qui s'y rattachent. Sous cet angle, les risques accrus d'être en mauvaise santé sont à considérer comme injustes, à moins de nier que nous ayons un intérêt digne d'être moralement protégé à être en bonne santé »[421]. À l'intérêt moralement protégé, le droit substituera l'intérêt juridiquement protégé. En revanche, il s'agira identiquement pour le juge d'identifier les sources ou facteurs de vulnérabilité et les protections adéquates – quant aux personnes participant au devoir de protection, elles coïncideront généralement avec l'État, tenu de garantir l'effectivité des droits, même s'il n'est pas le seul auteur possible de la violation du droit.

Identifier la vulnérabilité doit donc servir à éviter la méconnaissance du droit de la personne, soit que la personne ne soit pas en état de l'exercer, soit que le droit soit méconnu par les pouvoirs publics ou par un tiers. Comme l'a relevé Madame Lavaud-Legendre, « La vulnérabilité désigne donc un état de fragilité antérieur à une atteinte à un droit juridiquement protégé »[422]. Le constater n'empêche pas de remarquer, en s'inspirant pour cela des approches philosophiques de la vulnérabilité, d'une forme de continuum dans les vulnérabilités comme de l'inégale exposition sociale aux risques. Le droit prenant en compte les vulnérabilités spécifiques, problématiques, et non la vulnérabilité ontologique commune à tous, il considérera souvent comme vulnérables des personnes qui, certes, risquent de subir une atteinte à leur droit, mais en outre ont souvent déjà subi une telle atteinte. Prenons le cas, en quelque sorte topique, d'un sujet présentant un cumul de vulnérabilités : le mineur non accompagné. Ce dernier est vulnérable en tant que mineur, état de minorité que le système juridique associe à la seule présomption à peu près irréfragable de vulnérabilité ; il est vulnérable comme privé de la protection légale normalement attachée à sa minorité. Quand il se présente pour une prise en charge aux services de l'Aide sociale à l'enfance en France, il y a fort à parier que son parcours aura déjà été émaillé d'une série d'atteintes à ses droits : droit à la protection légale donc, mais aussi droit à l'intégrité physique en cas de violences, droits socio-économiques par manque de soins, d'abri et peut-être de nourriture adéquats… Ce mineur va être appréhendé comme vulnérable

421 S. Hurst et *al.*, « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », *Revue médicale suisse*, 2013, vol. 386, p. 1057.

422 B. Lavaud-Legendre, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS*, n° 3, 2010, p. 520.

car le difficile processus de prise en charge l'expose encore à des violations de ses droits, ce qui ne signifie évidemment pas qu'il n'en a pas déjà subi de nombreuses.

Une remarque d'un autre ordre doit aussi être faite. Il arrive que le qualificatif de vulnérable soit appliqué à une personne physique par les textes ou la jurisprudence, sans que cela renvoie pour autant au concept juridique de vulnérabilité tel que nous venons de le préciser. On a évoqué les fréquences occurrences, au moment de la pandémie, de « personnes vulnérables » à la Covid. Or, la notion de vulnérabilité employée ici est médicale : elle renvoie à un risque plus fort de développer des formes graves de la maladie. Cette vulnérabilité ne renvoie donc pas directement au risque de méconnaissance d'un droit, mais à un risque de maladie grave, éventuellement de décès. Il en va de même des occurrences, rencontrées dans la jurisprudence du Conseil d'État français, de vulnérabilité aux pesticides. On peut enfin penser à l'expression, très fréquemment utilisée, de vulnérabilité au changement climatique, appliquée aussi bien à des territoires qu'à des personnes. Le très célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 avril 2024 sur le sujet, dans l'affaire dite des « Aînées suisses »[423], comporte ainsi près d'une trentaine de fois l'expression « personnes vulnérables au changement climatique » : la Cour y cite en effet des rapports et travaux démontrant cette vulnérabilité particulière de certaines personnes aux effets du réchauffement climatique. Cet exemple rappelle néanmoins que cette occurrence de la vulnérabilité, qui n'est pas d'abord juridique, peut néanmoins le devenir. Dans le cas où l'État est considéré comme n'ayant pas suffisamment agi pour lutter contre ce phénomène au point d'avoir méconnu les obligations positives au titre de l'article 8 CEDH, un constat de violation sera d'autant plus facilement établi que la personne était vulnérable à celui-ci.

Reprenons dans le même sens l'exemple de la Covid. La vulnérabilité à la Covid expose au risque, médical, de développer une forme grave de la maladie. Si le virus contamine la personne vulnérable, on ne dira pas pour autant qu'il a violé son droit à la protection de la santé – on est ici dans l'ordre des faits, non des normes ! En revanche, l'État pourrait éventuellement être tenu d'une méconnaissance de ce droit pour n'avoir pas pris les mesures adéquates pour protéger autant que possible la personne. Il y a alors une méconnaissance du droit par omission des pouvoirs publics ; une telle méconnaissance peut concerner toute personne, mais elle sera d'autant plus facilement établie par le juge que le sujet était considéré comme vulnérable à la maladie. Ce constat invite précisément à s'intéresser pour conclure aux obligations déduites des juges en présence d'une vulnérabilité, pour éprouver l'assertion selon laquelle ces obligations visent à promouvoir l'exercice effectif des droits de la personne vulnérable. Le constat ressortant de la recherche à cet égard est nuancé.

423 CEDH, Grande chambre, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et a. c/ Suisse*, arrêt du 9 avril 2024, requête n° 53600/20.

Section II
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.

§ 1. La mise à jour d'obligations de protection spécifiques

Les développements ont permis de montrer que les différentes juridictions recourent au terme de vulnérabilité soit de façon conditionnée, soit de façon spontanée. Dans le premier cas, c'est un texte ou une réglementation qui conditionne l'usage jurisprudentiel de la notion. C'est la situation la plus fréquente devant les juridictions internes, même si le constat est un peu moins vrai pour la Cour de cassation et la Cour constitutionnelles italiennes. C'est aussi le cas pour la Cour de justice de l'Union européenne, alors que l'usage de la notion par la Cour de Strasbourg est à la fois spontané – en l'absence du terme dans la Convention – et massif. Il se confirme ainsi que les droits fondamentaux constituent le domaine de prédilection du recours à la notion de vulnérabilité de la personne physique. On s'explique alors que les autorités administratives indépendantes prises en compte dans l'étude fassent aussi un usage spontané et pragmatique de la notion : l'exercice de leurs différentes prérogatives, au premier rang desquelles l'examen de saisines individuelles, les met en état de prendre connaissance d'une grande diversité de contextes et de situations de vulnérabilité de la personne et d'envisager les remèdes à y apporter.

Conditionnée par un texte ou spontanée, la référence à une situation de vulnérabilité permet le plus souvent à un juge de pointer les obligations de protection spécifiques en faveur de la personne concernée. Il faut cependant mettre à part la jurisprudence pénale qui sanctionne les infractions commises sur la personne vulnérable et intervient donc par hypothèse après violation de son droit – la référence à la vulnérabilité de la victime par la loi pénale tend néanmoins à se développer à la faveur d'un changement de paradigme de la discipline, qui consiste justement à mettre l'accent sur la protection des droits de cette dernière.

Les obligations de protection spécifiques sont nombreuses, variées, dépendantes du contexte. Il n'y a pas lieu de reprendre ici tous les exemples développés précédemment, au risque d'un inventaire à la Prévert. On ne citera que quelques illustrations, en distinguant les obligations de nature procédurale et les obligations de nature substantielle.

La Cour européenne des droits de l'homme est certainement la juridiction qui tire le plus grand nombre de conséquences procédurales de la référence à la vulnérabilité. Par exemple, dans le cadre du conflit kurde-turc, elle a estimé que la vulnérabilité des requérants, due notamment à la crainte de représailles de la part des autorités, était suffisante pour les dispenser de l'obligation d'exercer

les voies de recours internes avant de la saisir[424]. Sur le terrain de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, une situation de vulnérabilité – comme celle des détenus ou des autres personnes privées de leur liberté individuelle – conduit à une inversion de la charge de la preuve, avec l'obligation pour l'État de prouver l'absence de gravité (et donc la légitimité) de la mesure prise, plutôt que de fournir, en cas de blessures, des explications et des preuves susceptibles de lever les objections de la victime[425].

L'incidence sur la charge de la preuve peut aussi être plus nuancée, comme l'illustre une orientation consolidée de la Cour de cassation italienne en matière de protection internationale et humanitaire. Conformément aux règles du droit de l'Union européenne[426], la Cour italienne exige que l'autorité administrative et le juge jouent un rôle actif dans l'instruction de la demande de protection : ils sont tenus d'intégrer, par des preuves documentaires ou tout autre moyen, le récit fourni par le demandeur d'asile, afin de vérifier l'existence d'une situation de vulnérabilité justifiant la délivrance du permis de séjour humanitaire. Par conséquent, au-delà des preuves apportées par le demandeur, les juges doivent tenter de détecter des « indices » de vulnérabilité, telles les conséquences traumatiques dérivant du parcours migratoire ou celles dérivant du passage du migrant dans des territoires caractérisés par une situation de violence diffuse[427]. Il y a donc ici en quelque sorte un partage de la charge de preuve, entre le requérant et l'État lui-même.

Sur le plan substantiel, les conséquences de la référence à la notion de vulnérabilité sont encore bien plus nombreuses et variées. On a vu en introduction que le point de départ des réflexions philosophiques sur la notion réside souvent dans une récusation de l'autonomie de l'individu conçue comme détachée du contexte social et des relations à autrui. Il en résulte une approche plus subtile qui invite à penser l'autonomie dans la vulnérabilité. Or, il est intéressant de noter que cette conception a des répercussions dans le droit, qui s'efforce de plus en plus de concilier protection de la personne vulnérable et reconnaissance – autant que possible – de sa capacité d'autodétermination. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, même s'il existe des motifs justifiant une mesure limitant la capacité d'une personne, la mesure de protection doit refléter au mieux les souhaits de la personne capable d'exprimer sa volonté et que l'absence de prise en compte de son avis peut conduire à des situations d'abus et nuire à l'exercice des droits de la personne vulnérable[428].

Cette tendance est aussi à l'œuvre dans les différentes décisions de la Cour constitutionnelle italienne relatives à l'aide à mourir, malgré les critiques dont elles ont pu faire l'objet – le fait que la Cour ait choisi d'énoncer la réglementation nécessaire en lieu et place du législateur défaillant nous

---

424 Cour EDH, Grande Chambre, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, pt. 73 et pt. 105 ; Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1999, § 159-165 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Tanrıkulu c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999, pt. 131 ; Cour EDH, *Akkoç c. Turquie*, arrêt du 10 octobre 2000, pt. 125.

425 Voir Cour EDH, *P.M. et F. F. c. France*, arrêt du 18 février 2021, ; Cour EDH, *İltümür Ozan et autres c. Turquie*, arrêt du 16 février 2021 ; Cour EDH, *Portu Juanenea Sarasola Yarzabal c. Espagne*, arrêt du 13 février 2018.

426 Articles 10/16 de la directive 2013/32/UE, anciennement directive 2005/85/CE, transposés dans le système italien à l'article 8, alinéa 3, du décret législatif n° 25 de 2008 et à l'article 3, alinéa 5, du décret législatif n° 251 de 2007.

427 Cassazione civ., Sez. I, n° 35189/2022.

428 Cour EDH, *P. W. c. Autriche*, arrêt du 21 juin 2022.

paraît plus problématique cependant que la position adoptée au fond. En effet, la juridiction italienne a considéré que la vulnérabilité des personnes en fin de vie justifiait certes que soit maintenue la disposition législative interdisant l'homicide de la personne consentante[429], mais que celle-ci devait coexister avec une législation autorisant par exception l'aide à mourir dans certains cas[430]. Autrement dit, le fait pour la personne concernée d'être en situation de grande vulnérabilité ne justifie pas que soit d'emblée disqualifiée l'expression d'une volonté aussi lourde que celle de mourir. Tout dépendre alors de l'évaluation des circonstances propres à chaque cas.

On peut aussi citer dans le même sens la décision rendue par le Conseil constitutionnel français en mars 2021[431] à propos des dispositions législatives qui empêchaient une personne assistée à domicile de faire un don à la personne qui l'assiste. Selon le juge constitutionnel français, « le seul fait que ces tâches soient accomplies au domicile des intéressées et qu'elles contribuent à leur maintien à domicile ne suffit pas à caractériser, dans tous les cas, une situation de vulnérabilité des personnes assistées à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance »[432] ; il conclut à une limitation excessive du droit de propriété de la personne dépendante. La motivation revient donc bien à récuser une présomption de vulnérabilité telle qu'elle disqualifierait les choix de la personne en matière de gestion de son patrimoine ; une appréciation circonstanciée de chaque cas s'impose donc à nouveau.

La question de l'autonomie décisionnelle de la personne n'est cependant pas la seule à l'égard de laquelle se déploient en droit les effets de la vulnérabilité. Les développements ont montré que deux autres grands domaines sont concernés : celui des droits socio-économiques de la personne (on pense aux affaires sur l'accès à l'hébergement d'urgence, aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, à l'instruction des enfants Roms, à la prise en charge des mineurs non accompagnés, etc.) ; celui de ses droits à l'intégrité psychophysique (le droit pénal joue alors un rôle privilégié).

On citera un seul exemple, dont l'intérêt est de mettre en jeu différents facteurs de vulnérabilité, puisqu'il concerne l'accès au numérique. On a vu que la dématérialisation des procédures administratives constitue depuis plusieurs années un sujet majeur de préoccupation en France pour la Défenseure des droits, qui a consacré un rapport en 2019 au thème « Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics »[433]. Cela a conduit l'instance à préconiser, dans le cas de la dématérialisation d'une démarche administrative, qu'une solution alternative soit systématiquement prévue pour les usagers vulnérables. Le Conseil d'État a suivi la Défenseure des droits dans une décision rendue le 3 juin 2022[434], à propos du décret du 24 mars 2021 faisant obligation aux étrangers de déposer leur demande de titre de séjour par internet. Le juge a sollicité ici l'avis de la Défenseure

---

429 Cour constitutionnelle, arrêt n° 50 de 2022 du 15 février 2022.

430 Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018 du 24 octobre 2018

431 Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-888 QPC, du 12 mars 2021, *M^me^ Fouzia L. [Interdiction de recevoir des libéralités pour les personnes assistant certaines personnes vulnérables].*

432 *Ibidem.*

433 Défenseur des droits, Rapport *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, janv. 2019, 69 p.

434 CE, 3 juin 2022, n° 452798, publié au Lebon.

des droits et, conformément à la position de cette dernière, il a déclaré le décret partiellement illégal dans la mesure où il ne prévoyait pas une solution de substitution pour le cas où l'accompagnement aurait échoué pour des raisons tenant à la conception de l'outil ou à son mode de fonctionnement.

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

§ 2. Ambivalences et mésusages potentiels de la notion de vulnérabilité

Le risque le plus communément associé à la vulnérabilité, souligné dans toutes les sciences humaines et sociales qui ont étudié la notion, est celui d'une certaine forme de paternalisme. On le retrouve dans les cas où la vulnérabilité de la personne implique de la protéger en quelque sorte d'elle-même, limitant sa capacité à prendre un certain nombre de décisions. La problématique est donc à nouveau celle, omniprésente, de l'autonomie décisionnelle de la personne. Certes, on a vu que la promotion de la vulnérabilité va plutôt de pair avec une réhabilitation de la capacité décisionnelle de la personne, qui doit être appréciée au cas par cas. La tendance n'est cependant pas univoque et des restrictions de principe des droits de la personne vulnérable subsistent. Le Conseil constitutionnel a ainsi validé une disposition de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, selon laquelle : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci ».

De la sorte, le juge constitutionnel français a donc admis que le législateur considère par principe les personnes en cause comme « placées dans une situation de particulière vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur prodiguaient des soins »[435]. Comme les développements sur les Cours constitutionnelles l'ont souligné, cette décision contraste donc avec celle de mars 2021, rappelée ci-dessus, sur les dons faits par les personnes assistées à domicile aux personnes qui les assistent. Le Conseil avait alors censuré l'interdiction générale des dons, appelant donc à une appréciation circonstanciée de la vulnérabilité et de son incidence sur l'authenticité des choix de la personne vulnérable. On peut alors s'interroger sur les différences entre les deux espèces. Dans le premier cas, les personnes touchées par l'interdiction ont besoin d'une assistance à domicile ; dans le second, elles ont besoin de soins du fait d'une maladie dont elles décèderont. On peut considérer que la seconde situation emporte une plus grande dépendance et vulnérabilité envers les personnes entre les mains desquelles se trouve placée la vie d'un autre individu. Il reste qu'il s'agit d'une description très abstraite des deux situations, qui méconnaît la diversité des contextes et des expériences humaines

435 Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-1005 QPC, 29 juillet 2022, Mme Marie D. [Interdiction de recevoir des libéralités pour les membres des professions de santé], § 5.

auxquelles elles renvoient. Le paternalisme de la disposition validée, s'il demeure modéré, est selon nous appelé à être de plus en plus circonscrit, en vue d'un respect croissant des personnes vulnérables et d'une appréciation concrète et évolutive de leurs capacités.

Les mesures paternalistes ne touchent pas cependant que les personnes frappées d'une incapacité juridique. C'est cette fois une affaire jugée par la Cour constitutionnelle italienne qui l'illustre : il s'agit de la décision de 2019 dans laquelle cette Cour valide la disposition du Code pénal qui interdit la prostitution, y compris la prostitution volontaire.

La Cour affirme que la disposition législative attaquée est conforme à la Constitution, car elle sert « la poursuite des valeurs rattachées à la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables et de la dignité humaine »[436]. Le raisonnement repose ici sur l'idée selon laquelle la personne qui se prostitue se trouve nécessairement dans un état de vulnérabilité qui affecte son choix, lequel ne peut alors pas être fait librement. Il est donc légitime de lui imposer le respect de sa propre dignité, en dépit de ce choix apparent.

En définitive, le risque est que la protection des personnes vulnérables n'en vienne à « essentialiser » leur situation, à les stigmatiser[437], 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 »[438]. En réalité, la protection due aux personnes vulnérables ne saurait être considérée comme une faveur à leur égard. Plutôt que de « protection accrue » – expression employée par la Cour européenne des droits de l'homme – nous préférons parler de « protection spécifique » : les personnes vulnérables étant placées dans une situation de désavantage quant à la jouissance de leurs droits par rapport aux autres, il s'agit donc de les remettre à niveau, et non « au-dessus » – pour le dire encore autrement, il s'agit de les protéger effectivement, et non « plus » ou « mieux » que les autres.

---

436 Cour constitutionnelle, arrêt n° 141 de 2019.

437 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.

438 J. Rondu, « Les personnes vulnérables en droit de l'asile », Sixième journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice organisée par le Centre d'études internationales et européennes, Strasbourg, 14 février 2020, p. 13, en ligne : [https://europa.unistra.fr/websites/eem/CEIE/Manifestations_scientifiques/Contribution_J._Rondu.pdf].

À cet égard, le risque est donc d'établir des distinctions indues entre personnes vulnérables et personnes non vulnérables, mais aussi, au sein même des personnes vulnérables selon leur plus ou moins grande vulnérabilité. Cette dernière tendance est malheureusement illustrée par l'usage que fait le Conseil d'État français de la notion de vulnérabilité dans le cadre des référés-libertés visant à l'obtention d'un hébergement d'urgence. Face au manque de moyens, manque qui résulte d'un choix politique délibéré, il valide une politique administrative de priorisation des demandes, seules celles émanant des personnes et familles les plus vulnérables ayant des chances d'aboutir. Cette position a paradoxalement amené la doctrine à considérer qu'il regardait les droits des personnes vulnérables comme de simples « obligations de moyens » et non de résultat[439], ce qui est une contradiction dans les termes – on est même alors aux antipodes de l'effectivité.

Il apparaît donc bien que la vulnérabilité est une notion complexe, dont l'utilisation doit répondre à un certain nombre de précautions. Ces précautions concernent aussi bien l'étape d'identification de la vulnérabilité que celle consistant à en déduire des obligations spécifiques.

Sur le premier point, il convient de considérer que la vulnérabilité est une situation exposant, compte tenu de circonstances données, à un risque d'ineffectivité des droits. Elle n'est pas une propriété ou une caractéristique intrinsèque et son constant doit procéder d'une analyse circonstanciée et concrète de chaque affaire. Autrement dit, comme l'a déjà écrit Laurence Burgorgue-Larsen, « l'angle d'analyse à mettre en place consiste à plus et mieux valoriser *les contextes de vulnérabilité*, plutôt que les personnes et/ou groupes vulnérables »[440].

Quant au second point, sur les conséquences à en déduire, le fil rouge doit consister en ce que l'obligation spécifique de protection ne soit ni une contrainte pour la personne vulnérable ni un désavantage pour les autres, mais l'exact point de leur rencontre dans la jouissance, effective pour tous, des droits fondamentaux.

---

439 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

440 L. Burgorgue-Larsen, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », *op. cit.*, p. 242.

Partie 2

Analyses sectorielles de l'usage de la vulnérabilité Jurisprudences nationales, européenne et activité d'Autorités administratives indépendantes

Chapitre 1

Les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

La vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Marina Calamo Specchia[1], Francesco E. Grisostolo[2],
Nicola Maffei[3], Laura Montanari[4], Laura Restuccia[5]

Premessa

La riflessione sull'uso del termine vulnerabilità da parte dei giudici e sulle sue ricadute sul piano della tutela dei diritti non può prescindere – nel contesto europeo – dall'esame del sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Adottata nel 1950, al termine della Seconda Guerra Mondiale, com'è noto, la CEDU si può considerare lo strumento più avanzato in questo ambito nel panorama internazionale e ha costituito il modello per le altre Carte regionali dei diritti, a partire dalla Convenzione americana sui diritti umani del 1969. La sua peculiarità è quella di essere dotata di un meccanismo di natura giurisdizionale che ne garantisce l'effettività: la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte EDU o Corte di Strasburgo), composta da giudici in numero pari a quello degli Stati parte[6].

L'ulteriore elemento che qualifica il sistema è il riconoscimento del diritto degli individui di rivolgersi alla Corte per contestare la violazione dei *convention rights* da parte del Paese alla cui giurisdizione sono soggetti[7]. L'originaria previsione dell'accettazione da parte degli Stati del ricorso individuale è venuta meno con l'entrata in vigore, nel 1998, dell'XI protocollo: i singoli possono, dunque, agire direttamente sul piano internazionale, anche contro gli Stati di cui sono cittadini[8].

---

* Il contributo è frutto della riflessione congiunta dei cinque Autori. Tuttavia, la Premessa e le Considerazioni conclusive sono da attribuirsi a Marina Calamo Specchia e Laura Montanari, i paragrafi II, IV.A, IV.B, IV.C sono riferibili a Francesco E. Grisostolo, i paragrafi I, III, IV.F, IV.G, VI sono riferibili a Nicola Maffei, mentre i paragrafi IV.D, IV.E, V a Laura Restuccia.

1 Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato all'Università di Bari Aldo Moro.

2 Professore associato di Diritto pubblico comparato all'Università di Udine.

3 Dottore di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro.

4 Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato all'Università di Udine.

5 Assegnista di ricerca all'Università di Milano-Bicocca.

6 Artt. 19 e 20 CEDU. Per un inquadramento generale, v. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 3° ed., 2022.

7 La Convenzione prevede che la Corte possa essere investita tanto da ricorsi interstatali (art. 33), quanto da ricorsi individuali (art. 34). Questi ultimi, grazie anche all'entrata in vigore dell'XI Protocollo, sono diventati di gran lunga prevalenti.

8 La possibilità di ricorrere direttamente innanzi alla Corte EDU sembrerebbe indicare una vera e propria soggettività dell'individuo nel diritto internazionale, tema tuttavia molto discusso: S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 3° ed., 2006, p. 28 ss.

Si tratta di un meccanismo sussidiario, poiché, secondo quanto previsto dall'art. 35 della CEDU, vanno prima esaurite le vie di ricorso interno e solo se non si ottiene soddisfazione ci si può rivolgere ai giudici internazionali. In realtà, la Corte ha posto dei limiti alla rigidità di questa clausola, valutando l'effettività delle vie di ricorso nazionali, con riferimento alla loro esperibilità e alle possibilità di successo. Come vedremo, la vulnerabilità del soggetto in alcuni casi ha assunto rilievo proprio sul piano processuale, permettendo di superare alcune restrizioni[9].

Nonostante il carattere sussidiario, che dovrebbe limitare i ricorsi a Strasburgo, la Corte – anche a seguito dell'adesione di numerosi Paesi alla Convenzione – è per così dire vittima del suo successo[10]. L'alto numero di casi pendenti ha portato negli ultimi anni a rendere più restrittive le condizioni di ricevibilità e a sollecitare una sempre maggiore collaborazione da parte degli Stati.

I documenti più recenti insistono sulla *share responsibility* nell'assicurare il rispetto della CEDU[11], che passa anche attraverso la conoscenza, e il rispetto, a livello nazionale della giurisprudenza europea.

Al riguardo di quest'ultima, vanno fatte alcune precisazioni preliminari, utili a comprendere come un termine letteralmente assente nel testo della Convenzione – «vulnerabilità», appunto – abbia potuto assumere al suo interno un rilevante peso specifico, sul piano quantitativo e qualitativo, quale emergerà nei paragrafi seguenti.

Innanzitutto, quando si fa riferimento ai diritti della Convenzione non si deve dimenticare che la Corte EDU non si è fermata ad un'interpretazione letterale o "originalista" del testo; anzi, sin dalle prime decisioni ha sottolineato che «[…] *la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles*»[12]. Di conseguenza ha cercato di allargare il più possibile il significato delle disposizioni al fine di rispondere alle esigenze di protezione segnalate dai ricorrenti[13]. Come si dirà meglio oltre, l'utilizzo del termine vulnerabilità si inserisce nello strumentario argomentativo elaborato dalla Corte a tal fine, tanto che, proprio parlando di questo tema, in un intervento del 2022 l'allora Presidente, Robert Spano, ha sottolineato il carattere «evolutivo» della giurisprudenza europea[14]. La qualificazione di un soggetto come vulnerabile è normalmente connessa a una interpretazione differenziata o «rafforzata» della previsione convenzionale.

---

9 Sono esemplificativi rispetto all'utilizzo della vulnerabilità per favorire l'accesso alla Corte alcuni casi, seppure risalenti, relativi alla Turchia, in cui i giudici hanno preso in considerazione la vulnerabilità dei ricorrenti, legata al timore di rappresaglie delle autorità, per dispensarli dall'obbligo di esaurire le vie di ricorso interno: v., ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 16 settembre 1996, *Akdivar e altri c. Turchia*, in cui la Turchia è stata condannata per la violazione dell'obbligo di non ostacolare l'esercizio del diritto al ricorso. V. più ampiamente *infra* par. VI.

10 Attualmente, dopo l'uscita della Russia a seguito dell'invasione dell'Ucraina, aderiscono alla Convenzione 46 Paesi, che fa sì che possa essere adita da oltre 800 milioni di persone. Si veda, anche per i dati statistici, il sito della Corte all'indirizzo: https://www.echr.coe.int/fr/.

11 Si può ricordare che la Conferenza di alto livello che si è tenuta a Bruxelles nel marzo 2015 era intitolata proprio «Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility»: https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf

12 Cfr. Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, § 31.

13 G. Letsas, «Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer», *The European Journal of International Law*, Vol. 21, 3/2010, pp. 509 ss. L'interpretazione evolutiva della Convenzione da parte della Corte è tra le ragioni delle resistenze che emergono tra gli Stati parte, si veda per un approfondimento L. Montanari, «I rapporti tra le Cedu e gli ordinamenti interni: la problematica esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo», in AaVv, *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, Milano, 2023, p. 851 ss.

14 *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Prof. Robert Spano, *Diritti umani e persone vulnerabili*, Roma, 22 aprile 2022, disponibile al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/itervento_spano_20220503170732.pdf.

Del resto, la Corte si caratterizza per essere un giudice del fatto, che valuta il comportamento degli Stati parte per vagliarne la conformità o meno ai diritti riconosciuti dalla CEDU. Questo aspetto è fondamentale nella misura in cui la vulnerabilità di un soggetto è quasi sempre connessa alle peculiarità della fattispecie concreta. Alla ricostruzione dei fatti è dedicata una parte rilevante della motivazione delle pronunce e la Corte non si limita ai dati esposti dalle pronunce dei giudici a livello interno ma considera le prove offerte dalla parte ricorrente e anche le informazioni fornite da ONG, le quali intervengono specialmente nei giudizi più rilevanti.

Infine, è opportuno evidenziare che – nonostante i diritti convenzionali siano formulati per lo più come «libertà negative» (o *Abwehrrechte*, diritti di difesa) – la giurisprudenza ne ha tratto anche «obblighi positivi», che implicano un *facere* dello Stato, il quale può essere sanzionato non solo per aver violato direttamente i diritti, ma anche per aver omesso di proteggere attivamente le posizioni tutelate dalla CEDU. Il richiamo alla vulnerabilità segnala in molti casi proprio questi bisogni di un intervento da parte dello Stato, ad esempio per evitare che il soggetto vulnerabile sia colpito da terzi nella propria integrità fisica o psichica[15] o per sovvenire direttamente alle sue necessità fondamentali in modo da preservarne la dignità[16].

Sullo sfondo si intravede la saldatura tra obbligo di *facere*, come manifestazione del dovere di solidarietà degli Stati, e divieto di trattamenti disumani o degradanti della persona, come canone ermeneutico generale delle condizioni di vulnerabilità, considerato che la garanzia dei diritti fondamentali ha un valore assoluto nelle democrazie contemporanee in quanto poggia sul principio della tutela della dignità umana, che è la radice da cui si alimenta la solidarietà.

L'art. 3 della CEDU rappresenta, infatti, un limite invalicabile, anche dinanzi al caso estremo della minaccia terroristica. Si può richiamare, ad esempio, il riferimento che viene fatto, nella giurisprudenza europea relativa agli stranieri, al «rischio reale»[17] che il soggetto sia sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel suo Paese di origine[18], che fa scattare il divieto di espulsione come massima garanzia della persona vulnerabile (es. l'asilante trattenuto nei centri di detenzione amministrativa).

Si delinea così un sistema prismatico di tutele a tendenza flessibile, in quanto a ciascuna «categoria di vulnerabilità», la cui nozione – come noto – non è immediatamente estrapolabile dal testo della CEDU, corrisponde un diverso grado di tutela nei diversi quadri normativi di riferimento (nazionale, sovranazionale, internazionale) così come «messi a sistema» dalla Corte EDU nei suoi filoni giurisprudenziali, che privilegiano il dato casistico rispetto alle definizioni astratte.

15 Ad esempio, Corte EDU, 3 ottobre 2017, *D.M.D. c. Romania*; Corte EDU, 15 settembre 2009, *E.S. e altri c. Slovacchia*; Corte EDU, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*.

16 Sempre a titolo esemplificativo, Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Çam c. Turchia*; Corte EDU, 22 marzo 2016, *Guberina c. Croazia*.

17 I giudici di Strasburgo hanno anche specificato quando il rischio è reale, ad esempio, in Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 91; così come nelle sentenze: 22 settembre 2011, *H.R. c. Francia*; 4 aprile 2019, *G.S. c. Bulgaria*; 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T c. Spagna [GC]*, § 184; 4 agosto 2022, *Iquioussen c. Francia*.

18 Corte EDU, 15 aprile 2021, *K.I. c. Francia*, § 117, commentata da A. Ernoux, «Éloignement d'un réfugié terroriste: le jeu des plaques tectoniques (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt K.I. c. France, 15 avril 2021)», *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 130, 2022, 331 ss. Analogamente, Corte EDU, 3 dicembre 2009, *Daoudi c. Francia*, § 71; 23 marzo 2016, § 111, *F.G. c. Svezia [GC]*; 29 aprile 2019, *A.M. c. Francia*, § 113; 29 aprile 2022, *Khasanov et Rakhmanov c. Russia [GC]*, § 139; 3 novembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito [GC]*, § 100; più di recente le sentenze 21 giugno 2022, *M.N. c. Turchia*; 21 giugno 2022, *Akkad c. Turchia*; 30 agosto 2022, *R. e W. c. Francia*; 6 ottobre 2022, *S. c. Francia*.

I. L'utilizzo della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza CEDU: scelta originale della Corte e utilizzo di altre fonti che lo richiamano

Dalla disamina del testo della CEDU, come accennato, emerge l'assenza al suo interno di un riferimento espresso al concetto di vulnerabilità. Per questo motivo, occorre in via prioritaria chiarire dove la Corte EDU rinvenga tale nozione per poi adoperarla – come si vedrà in seguito – nella propria giurisprudenza.

A questo proposito, sulla base dell'analisi di circa quattrocento pronunce dal 2010 sino al 2023[19], il dato che emerge con estrema chiarezza è la netta prevalenza di riferimenti spontanei alla nozione di vulnerabilità compiuti dai giudici di Strasburgo, i quali, peraltro, non mancano, in relazione ad alcune categorie di soggetti vulnerabili[20] quali, ad esempio, detenuti, minori, appartenenti a minoranze etniche e disabili, di richiamare – come si avrà modo di vedere nei successivi paragrafi – propri precedenti anche risalenti, dando così luogo all'affermarsi e al consolidarsi di veri e propri filoni giurisprudenziali in proposito.

Sebbene in numero proporzionalmente più esiguo, non mancano, tuttavia, i riferimenti da parte della Corte alla nozione di vulnerabilità prevista in alcuni testi di *hard law* e di *soft law*. In un'ottica di sistematizzazione, pare utile in questa sede suddividere questi ultimi a seconda della loro annoverabilità tra le fonti di diritto interno – con ciò riferendosi agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri del Consiglio d'Europa – ovvero tra le fonti di carattere sovranazionale e internazionale – per ciò intendendosi alcuni strumenti convenzionali nell'ambito del Consiglio d'Europa, fonti di diritto derivato dell'Unione europea nonché elementi dell'armamentario giuridico delle Nazioni Unite.

A tal proposito, mentre il numero di fonti di diritto interno menzionanti la nozione di vulnerabilità si attesta su livelli davvero esigui se rapportati alla mole di giurisprudenza presa in esame[21], impedendo così di addivenire a considerazioni pregnanti, una breve riflessione può invece muovere, sotto un duplice profilo, dall'analisi dei riferimenti alla vulnerabilità presenti all'interno degli strumenti normativi sovranazionali e internazionali richiamati dalla Corte EDU[22].

---

19 Va segnalato che in questa sede, a fini statistici, si è preso in considerazione l'utilizzo del termine «vulnerabilità» nelle sentenze delle Camere e della Grande Camera, e non da parte delle pronunce relative alla sola ricevibilità, che possono essere comunque citate occasionalmente qualora di particolare interesse.

20 Sull'approccio categoriale alla nozione di vulnerabilità si v. *infra* par. II.

21 Si segnalano per la Francia l'art. 222-12 (all'epoca dei fatti) del codice penale richiamato in Corte EDU, 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia* e l'art. 225-13, 225-14 (all'epoca dei fatti), 225-15-1 del codice penale richiamati in Corte EDU, 16 ottobre 2012, C.*N. e V. c. Francia*; per il Regno Unito l'art. 189 co. 1 lett. c del *Housing Act* del 1996 richiamato in Corte EDU, 27 settembre 2011, *Bah c. Regno Unito*; per la Polonia l'art. 207 co. 1 del codice penale del 1997 richiamato in Corte EDU, 1° giugno 2010, *Jasinska c. Polonia*; per il Belgio il Rapporto stilato dal difensore civico federale belga a seguito dell'indagine sul funzionamento dei centri chiusi gestiti dall'ufficio degli stranieri del giugno 2009, richiamato in Corte EDU, 13 dicembre 2011, *Kanagaratnam e al. c. Belgio*; per la Slovenia l'art. 183 co. 1 e 2 del codice penale sloveno richiamato in Corte EDU, 28 agosto 2015, *Y c. Slovenia*.

22 Senza pretese di esaustività, si segnalano, ad esempio, nell'ambito del Consiglio d'Europa le Risoluzioni 1663(2009), 1821/2011, 2225/2018 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e la Risoluzione ReaAP(2005)1 del Comitato dei Ministri, l'allegato alla Risoluzione CM/ResDH(2011)119 del Comitato dei ministri, il rapporto del 2019 del GRETA, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005; nell'ambito del diritto UE le direttive 2012/29/UE, 2008/115/CE, 2011/36/UE, 2003/9/CE, 2013/33/UE; nell'ambito delle Nazioni Unite l'art. 6 della Raccomandazione generale n. 35 del 2013 relativa alla lotta contro i discorsi d'odio adottata dal CERD, il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, l'Osservazione generale n. 20 del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 2 luglio 2009.

Se da un lato, infatti, le fonti sovranazionali ed internazionali contenenti al loro interno tale nozione assolvono un ruolo maggiormente significativo nei richiami effettuati dalla Corte, sia a livello numerico e sia in termini di peso rispetto all'*iter* argomentativo di volta in volta seguito dai giudici di Strasburgo per addivenire alla decisione dei relativi giudizi, dall'altro lato, esse vedono il concetto di vulnerabilità venire sovente accostato alla condizione di determinati soggetti, secondo un approccio categoriale che, come già accennato in precedenza e come si vedrà più approfonditamente di seguito, è possibile rinvenire anche nel *modus operandi* della Corte stessa.

II. La definizione di vulnerabilità. L'approccio «categoriale»

Un primo approccio al tema della vulnerabilità è quello che mira ad individuare le categorie di soggetti che si possono ritenere vulnerabili e, quindi, bisognosi di una più intensa protezione. Il termine «categoria» è talora utilizzato dalla stessa Corte EDU[23]. I contributi che seguono un approccio categoriale, generalmente, distinguono le vulnerabilità fra quelle connesse a caratteristiche della persona (precipuamente, età e disabilità) e quelle derivanti dal contesto giuridico o sociale (es. detenuti, minoranze, etc.)[24].

Invero, l'approccio in parola non gode affatto di «buona stampa» a livello dottrinale. L'influente contributo di Martha Fineman sulla vulnerabilità, che ha avuto una notevole eco nella dottrina europea, parte proprio dal presupposto che essa costituisca una condizione ontologica di ciascun individuo e non soltanto di determinate categorie da proteggere: si sostiene l'esigenza di una prospettiva «post-identitaria»[25]. Si è evidenziata la necessità di contestualizzare tale contributo nell'ambito statunitense, in cui non si è consolidata una teoria giuridica (e una pratica giurisprudenziale) dell'eguaglianza in senso sostanziale e le categorie hanno una rilevanza assorbente alla luce della *equal protection doctrine*[26]. Vi sono però anche altre obiezioni mosse all'approccio categoriale, che si possono riassumere nei loro tratti essenziali.

In primo luogo, si contesta che la vulnerabilità non va mai attribuita (unicamente) ad una caratteristica della persona: sarebbe sempre il contesto sociale – le forme di organizzazione della società e i pregiudizi radicati nella mentalità comune – a determinare (o almeno co-determinare) la condizione di vulnerabilità. Si tratta di una prospettiva che è stata approfondita particolarmente dai cd. *Disability Studies e* che mira a mettere l'accento, piuttosto che sulle caratteristiche fisiche o

23 Ad es. Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia.*

24 V. F.-X. Roux-Demare, «La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Journal du Droit des Jeunes*, n. 345-346, 2015, p. 35; R. Conti, «Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno», *Questione giustizia*, 8 febbraio 2014.

25 M. Albertson Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, n. 1, 2008, p. 1 ss., secondo cui la vulnerabilità è «*universal and constant, inherent in the human condition*».

26 O. Giolo, «Conclusions. Vulnerability and Strenght. A Timeworn Pairing in Need of Reconsideration», *Gènero & Direito*, vol. 5, n. 3, 2016, p. 221 ss.

psichiche del soggetto, sulle pratiche discriminatorie a cui esso è esposto[27]. Questa centralità del bisogno di tutela porta anche a prescindere dalle ragioni per cui il soggetto si trova in tale condizione[28].

In secondo luogo, tale orientamento dottrinale esprime la preoccupazione che l'approccio categoriale possa portare al consolidamento del pregiudizio verso coloro che vengono reputati vulnerabili, creando categorie sociali distinte, e perdere di vista l'unicità della persona, unificando situazioni diverse, e financo a giustificare una compressione dei diritti, in chiave paternalistica[29]. In effetti, non può trascurarsi che la Corte EDU considera la vulnerabilità come giustificazione di provvedimenti limitativi della capacità giuridica del soggetto[30].

La giurisprudenza CEDU è talmente ampia e variegata da essere difficilmente riducibile a una posizione dottrinale su questa problematica. Si può osservare come l'utilizzo di nozioni categoriali (quali «disabili», «minoranza», etc.) costituisce la norma nelle pronunce analizzate: la parola vulnerabilità è costantemente accostata alle stesse. Ciò nonostante, la Corte non sembra istituire una sorta di automatismo generalizzato fra appartenenza a una categoria e riconoscimento della vulnerabilità: predomina piuttosto una certa flessibilità e l'attenzione per il caso concreto[31], l'utilizzo del termine vulnerabilità segnala l'esigenza di una particolare protezione, che differenzia il ricorrente rispetto ad un ipotetico «soggetto medio» (*quivis de populo*) e il riferimento alla categoria opera in funzione di giustificazione della decisione assunta e di inserimento della stessa in un filone giurisprudenziale[32]: vi sono più casi in cui un orientamento assunto da tempo dalla Corte in relazione a una determinata problematica viene inserito *ex post* sotto «l'ombrello» della vulnerabilità[33]. In ogni caso, anche laddove la vulnerabilità viene assunta a giustificazione di una limitazione dei diritti, è evidente l'attenzione della Corte alla protezione del soggetto vulnerabile, di cui si pretende il coinvolgimento nel procedimento alla base delle decisioni che lo riguardano[34].

---

27 V. Marzocco, «La disabilità mentale tra vulnerabilità soggettiva e controllo sociale. Il caso della sofferenza psichica», *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2, 2018, p. 322. *Amplius*, C. Sagone, «La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale», *federalismi.it*, n. 1, 2023, in part. pp. 242 ss.; M.G. Bernardini, *I diritti umani nelle persone con disabilità*, Roma, Apes, 2016; A. Tamborrino, *Tutela giuridica delle persone con disabilità. Diritti e libertà fondamentali delle persone diversabili*, Milano, Key Editore, 2019.

28 Più ampiamente su questa prospettiva, v. L. Corso, «Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo», *Ars interpretandi*, n. 2, 2018, p. 57 ss. Un esempio può essere il caso *Helhal c. Francia* (Corte EDU, 19 febbraio 2015, *Helhal c. Francia*): la disabilità del detenuto derivava da un suo tentativo di evasione, durante il quale era caduto per più metri, subendo la rottura della colonna vertebrale, ma ciò non poteva esimere lo Stato dall'assicurare dopo condizioni di detenzione adeguate alla situazione di vulnerabilità (si ravvisa una violazione dell'art. 3 CEDU).

29 M.G. Bernardini, «Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa», *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2, 2017.

30 V. ad esempio Corte EDU, 23 marzo 2017, *A.-M.V. c. Finlandia*; Corte EDU, 18 maggio 2021, *M.K. c. Lussemburgo*.

31 R. Chenal, «La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali», *Ars interpretandi*, n. 2, 2018, p. 35 ss.

32 Il richiamo alla vulnerabilità in un determinato contesto è usualmente corredato da un immediato richiamo di precedenti relativi alla medesima situazione o, comunque, a problematiche analoghe.

33 A titolo esemplificativo, si può richiamare il rigoroso orientamento sul trattamento dei detenuti disabili (su cui v. *infra*, par. IV.C), ora costantemente connotato dal richiamo alla vulnerabilità, ma affermatosi già in precedenza a prescindere dall'utilizzo di tale nozione: Corte EDU, 2 dicembre 2004, *Farbtuhs c. Lettonia* e precedenti ivi richiamati.

34 La Corte ha infatti affermato il principio che, anche laddove vi siano i presupposti per una misura limitativa della capacità del soggetto, la misura di protezione dovrebbe riflettere il più possibile i desideri della persona capace di esprimere la propria volontà e che la mancata considerazione della sua opinione può condurre a situazioni di abuso e pregiudicare l'esercizio dei diritti della persona vulnerabile: in questi termini, di recente, Corte EDU, 21 giugno 2022, *P.W. c. Austria*. In questo contesto,

III. L'utilizzo della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza CEDU: applicazione della metodologia quantitativa al contenzioso post-2010

Si è testé accennato a come, pur nell'accostare la vulnerabilità a determinate categorie di soggetti, la Corte rifugga da facili ed incauti automatismi, mostrandosi così coerente con il proprio ruolo di garante dei diritti sanciti dalla Convenzione, essendo attenta ad accertare il comportamento degli Stati membri nelle circostanze del caso concreto.

Per suffragare tale asserzione, può risultare utile indagare in quali contenziosi il concetto di vulnerabilità trovi un richiamo sistematico da parte della Corte.

A questo proposito, è interessate distinguere a fini classificatori – ma con i limiti che presto si vedranno e che confermano le criticità dell'approccio categoriale summenzionate – tra una dimensione intrinseco-categoriale e una estrinseco-situazionale della vulnerabilità[35].

Con riguardo alla sfera intrinseco-categoriale, il riferimento sistematico alla vulnerabilità si rinviene nei contenziosi relativi a soggetti affetti da disabilità fisiche o mentali, spesso detenuti o internati in luoghi non idonei a garantire loro cure e trattamenti adeguati, ovvero in relazione ai minori, sovente sottoposti a violenze o non accompagnati e soggetti a detenzione amministrativa in quanto migranti irregolari. Per quanto attiene, invece, alla dimensione estrinseco-situazionale, il riferimento sistematico alla vulnerabilità emerge nei contenziosi relativi alle violenze o ai maltrattamenti subiti dai detenuti[36] o alle condizioni dei richiedenti asilo nei centri di detenzione ed espulsione, o, ancora, alle violenze di carattere fisico e psicologico perpetratesi all'interno dell'ambito domestico e familiare.

Già da quanto appena richiamato, può notarsi come spesso condizioni intrinseco-categoriali ed estrinseco-situazionali vadano a sovrapporsi e coesistere, coerentemente con quello che sul piano teorico è il tema dell'intersezionalità[37]. Se ci si sofferma, poi, su specifiche categorie di soggetti, il cumulo di quelle che possono definirsi come «più vulnerabilità» emerge in tutta la sua evidenza nella giurisprudenza della Corte, la quale mostra conseguentemente una maggiore attenzione alla tutela giuridica dei ricorrenti.

---

la Corte EDU si muove all'interno di un panorama internazionalistico di fonti normative e documenti di *soft law* piuttosto articolato, a cominciare dall'art. 12 della Conv. ONU sui diritti delle persone con disabilità, che garantisce il riconoscimento della «capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita».

35 Si fa qui riferimento al lessico utilizzato nel Rapport final de recherche «QPC 2020 – La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité? Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol» a cura di C. Severino e H. Alcaraz, pubblicato a gennaio 2020.

36 È sin da ora opportuno chiarire che all'interno della categoria «detenuti» si riconducono non solo i soggetti condannati con sentenza irrevocabile a pena detentiva, ma altresì i soggetti sottoposti a limitazione della libertà personale a titolo di custodia cautelare/*garde à vue*, arresto o fermo di polizia, nonché – a fini statistici – anche gli indagati nei casi attinenti alle presunte violazioni delle garanzie procedurali poste a loro favore. Per un maggiore approfondimento sul punto si v. *infra* il par. IV.D.

37 La nozione di intersezionalità nasce peraltro per far fronte al problema di provare la discriminazione in caso di discriminazioni multiple: K. Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics», *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 140, 1989, p. 139 ss.

Emblematici si presentano in tal senso i casi riguardanti i minori e i detenuti. In relazione ai primi, l'intrinseca condizione di vulnerabilità, riconosciuta loro in via automatica a causa della giovane età[38], risulta in qualche modo aggravata, nel convincimento della Corte, da alcune circostanze anch'esse di natura ontologica o situazionale, quali l'essere collocati in case famiglia in quanto privi di genitori[39] o, nel caso di MSNA, in centri di detenzione amministrativa[40] o l'essere posti all'interno di istituti di accoglienza o psichiatrici[41], o ancora l'essere sottoposti ad arresto[42] o a procedimento penale[43].

Medesimo discorso – e conseguente medesima tutela rafforzata da parte della Corte – può condursi in relazione ai detenuti, alla cui generale vulnerabilità connessa alla privazione della libertà e allo stato di completa dipendenza dalle autorità statali[44], si sommano altre criticità quali l'essere affetti da malattia mentale[45], l'avere difficoltà linguistiche[46], l'esser soggetti a ulteriori restrizioni della libertà personale[47] o il subire discriminazioni a causa dell'orientamento sessuale[48].

L'intersezionalità delle diverse vulnerabilità emersa da quanto appena richiamato non cancella, tuttavia, i benefici che l'approccio categoriale mantiene soprattutto ai fini di una maggiore chiarezza espositiva dei principali orientamenti della Corte.

Prima, tuttavia, di analizzare la giurisprudenza relativa alle singole categorie di soggetti vulnerabili, è bene accennare brevemente all'andamento che tali categorie hanno avuto nel corso degli anni presi in esame.

Premesso che i riferimenti alla vulnerabilità degli anziani, delle minoranze e delle donne si attestano costantemente su un livello non significativo da un punto di vista numerico, le categorie rispetto alle quali la Corte EDU si è pronunciata in maniera quantitativamente più considerevole sono state, in ordine crescente, quella dei disabili, degli stranieri, dei minori e dei detenuti.

38 Cfr. Corte EDU, 10 luglio 2012, *Kayak c. Turchia*; Corte EDU, 26 ottobre 2021, *A.P. c. Repubblica di Moldavia*; Corte EDU, 4 giugno 2020, *Association Innocence en danger e Association enfance en danger e Partage c. Francia*; Corte EDU, 1 febbraio 2011, *Yazgül Yilmaz c. Turchia.*

39 Corte EDU, Grande Camera, 2 febbraio 2021, *X e altri c. Bulgaria*; Corte EDU, 19 ottobre 2021, *Lavanchy c. Svizzera.*

40 Corte EDU, 22 luglio 2021, *E.H. c. Francia*; Corte EDU, 25 giugno 2020, *Moustahi c. Francia*; Corte EDU, 28 febbraio 2019, *Khan c. Francia.*

41 Corte EDU, Grande Camera, 10 settembre 2019, *Strand Lobben e altri c. Norvegia.*

42 Corte EDU, 16 febbraio 2010, *Alkes c. Turchia.*

43 Corte EDU, 2 marzo 2010, *Adamkiewicz c. Polonia.*

44 Corte EDU, 31 marzo 2020, *Jeanty c. Belgio*; Corte EDU, 30 gennaio 2020, *J.M.B. e al. c. Francia*; Corte EDU, 1 febbraio 2018, *Hadzhieva c. Bulgaria*; Corte EDU, 15 giugno 2010, *Creangă c. Romania.*

45 Corte EDU, 30 giugno 2020, *S.F. c. Svizzera*; Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Rooman c. Belgio*; Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Fernandes De Oliveira c. Portogallo*; Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2010, *Medvedyev e altri c. Francia.*

46 Corte EDU, 28 agosto 2018, *Vizgirda c. Slovenia*; Corte EDU, Grande Camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*; Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2010, *Medvedyev e altri c. Francia.*

47 Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*; Corte EDU, 11 ottobre 2011, *Portmann c. Svizzera*; Corte EDU, Grande Camera, 13 dicembre 2012, *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia.*

48 Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Stasi c. Francia*; Corte EDU, 9 ottobre 2012, *X. c. Turchia.*

Concentrandosi su queste ultime, se riguardo ai disabili i picchi più alti sono stati raggiunti nel 2010, nel biennio 2015-2016 e, da ultimo, nel 2019, e, invece, in merito ai detenuti, si è assistito, nonostante i numeri comunque rilevanti, a un significativo calo dei riferimenti a partire dal 2017 rispetto agli anni precedenti, il dato che forse risulta maggiormente interessante, anche perché piena espressione dell'intersezionalità delle vulnerabilità di cui si è discorso in precedenza, è il picco di riferimenti che la categoria dei minori e degli stranieri ha registrato nel 2016, come conseguenza dei numerosi contenziosi che hanno visto la Corte EDU pronunciarsi sulle condizioni dei minori stranieri non accompagnati sottoposti a detenzione amministrativa[49].

IV. La giurisprudenza relativa alle singole tipologie di soggetti vulnerabili

Facendo seguito a quanto *supra* accennato in merito all'approccio categoriale e, più nello specifico, ai vantaggi che tale approccio offre per una maggiore chiarezza espositiva degli orientamenti della Corte, nel presente paragrafo si illustrerà la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo con riferimento alle principali categorie emerse dall'analisi quantitativa precedente.

A. I minori

Quella dei minori potrebbe essere definita una tipologia paradigmatica di soggetti vulnerabili: l'utilizzo del termine vulnerabilità nella giurisprudenza CEDU è stato avviato da un filone giurisprudenziale relativo a casi in cui in gioco vi era l'esigenza di proteggere i minori. Basti citare la pronuncia *Dudgeon c. Regno Unito* del 22 ottobre 1981, in cui si ammetteva, in astratto, un certo grado di regolazione del comportamento omossessuale per proteggere i minori[50]. La successiva giurisprudenza utilizza ripetutamente l'espressione «i bambini e le altre persone vulnerabili», riconfermando la forte associazione fra giovane età e vulnerabilità[51]. La terminologia utilizzata dalla Corte è stata poi riproposta anche in documenti del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, a loro volta richiamati da pronunce giurisprudenziali successive: si è innescata, insomma, una forma di circolarità[52], che ha ormai coinvolto anche la legislazione degli Stati membri[53].

---

49 Corte EDU, 12 luglio 2016, *A.B. e altri c. Francia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *A.M. e altri c. Francia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.M. e altri c. Russia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.C. e V.C. c. Francia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.K. e altri c. Francia.*

50 Il giudizio si concludeva, poi, ravvisando la violazione dell'art. 8 CEDU, poiché la normativa interna finiva per criminalizzare «private homosexual relations between adult males capable of valid consent», andando cioè oltre quanto consentito dall'obiettivo di proteggere i soggetti vulnerabili.

51 Corte EDU, 22 ottobre 1996, *Stubbings e altri c. Regno Unito*; Corte EDU, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*. Agevole tracciare un parallelismo con il diritto unionale, laddove «nel caso di vittime minorenni non sussistono dubbi circa la loro qualificazione come "vittime particolarmente vulnerabili"» (così le Conclusioni dell'A.G. P. Cruz Villalón del 20 ottobre 2011, in causa C-507/10, *X. c. Y.*, facendo riferimento alla sentenza della CGUE, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*).

52 V. ad esempio la Raccomandazione CM/Rec(2009)10 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati Membri sulle strategie nazionali integrate di protezione dei bambini contro la violenza, la quale afferma: «*children's fragility and vulnerability and their dependence on adults for the growth and development call for greater investment in the prevention of violence and protection of children on the part of families, society and the State*».

53 Legge n° 47 del 7 aprile 2017, Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, che giustifica il proprio ambito di applicazione a tali soggetti «in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità» (art. 1, comma 2).

Sul piano lessicale, si può sottolineare l'impiego tanto del termine bambini/*enfants*/*children* quanto del termine minori/*mineurs*/*minors*, mentre su quello definitorio spicca la scelta della Corte di non costruire, almeno dichiaratamente, una nozione propria di minore vulnerabile, prendendo atto di quella che è la condizione giuridica in base alla disciplina nazionale. Tuttavia, nel caso *Martin c. Estonia* del 30 maggio 2013, la Corte ha affermato che le speciali esigenze di protezione del minore, in quell'ambito fondate sul suo livello di maturità e sulle sue capacità intellettive ed emozionali, non si esauriscono con il raggiungimento formale della maggiore età, ma possono continuare a sussistere nel periodo successivo: non c'è dunque un approccio rigido, ma un'attenzione alle esigenze di tutela e al caso concreto, che si lascia avvicinare piuttosto alla categoria processuale della presunzione[54]

Passando agli ambiti in cui emerge la vulnerabilità dei minori, il primo è senz'altro quello familiare. Vi è ampia giurisprudenza sugli obblighi positivi gravanti sullo Stato a fronte di contesti familiari problematici: tali obblighi si collocano sia sul versante preventivo rispetto a una potenziale violazione dei diritti (su cui incide soprattutto la legislazione civile e amministrativa), sia sul versante repressivo-punitivo (con rilievo principalmente penalistico e processual-penalistico).

Le disposizioni evocate sono prevalentemente gli artt. 2, 3 e 8, e la lesione del bene protetto proviene spesso dagli stessi genitori del minore, o in quanto inidonei a svolgere i propri compiti o in quanto intenzionati a lederne l'integrità fisica o psicologica[55].

La violazione che viene contestata allo Stato, nella fase preventiva, è quella di non aver predisposto o attivato strumenti adeguati a tutelare il minore, usualmente allontanandolo dal contesto familiare pericoloso[56]. In tal caso, condizione per ravvisarsi una violazione dei diritti è che gli organi statali siano stati portati a conoscenza della situazione di bisogno o di pericolo[57]. Si badi però che, all'opposto, lo Stato può essere condannato anche per aver allontanato il minore dal proprio contesto familiare in maniera avventata o comunque non adeguatamente giustificata[58]. Ove l'evento lesivo abbia già avuto luogo, allo Stato può essere contestato di non aver previsto un adeguato corredo sanzionatorio

54 Corte EDU, 30 maggio 2013, *Martin c. Estonia*, caso in cui il soggetto sottoposto a interrogatorio aveva raggiunto la maggiore età da tre settimane. La decisione sembra confermare che la Corte segue una nozione flessibile di vulnerabilità che si adatta ai bisogni di tutela, in questo caso alla natura progressiva della maturazione della persona. Sul riferimento alle presunzioni, v. R. Chenal, «La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali», cit., 35 ss., il quale constata: «La vulnerabilità non è una categoria del "tutto o niente", ma prevede diverse gradazioni interne» (p. 46).

55 Corte EDU, Grande Camera, 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*, caso in cui i minori venivano lasciati chiusi nella loro camera, dove erano costretti anche ad espletare i bisogni fisiologici, e si vedevano costretti a rubare cibo dai bidoni dell'immondizia. Analogamente, Corte EDU, 26 novembre 2002, *E. ed altri c. Regno Unito*.

56 Ad esempio, in Corte EDU, 3 settembre 2015, *M. e M. c. Croazia*, viene sanzionata l'eccessiva durata del procedimento per decidere sulla custodia.

57 Corte EDU, Grande Camera, *Z. e altri c. Regno* Unito, cit.

58 In questo contesto, la Corte dà grande rilievo all'adeguatezza dell'istruttoria, anche in relazione all'ascolto della madre e dei minori: Corte EDU, 13 gennaio 2009, *Todorova c. Italia*; Corte EDU, Grande Camera, 10 settembre 2019, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*. In quest'ultimo caso, la vulnerabilità dei minori era stata utilizzata dalle corti interne proprio quale argomentazione per giustificare la sottrazione della custodia dei figli alla madre, mentre la Corte EDU ha ritenuto inadeguati sia il procedimento amministrativo condotto dagli assistenti sociali che aveva portato all'adozione del provvedimento, sia il successivo procedimento giurisdizionale, in cui non era state acquisite perizie sufficientemente aggiornate.

(inteso anche in funzione general-preventiva[59]) o di non aver svolto indagini o un processo penale adeguati per assicurare la punizione dei responsabili[60]. In quest'ultimo caso, si fa strada l'orientamento processuale che apre anche alla legittimazione processuale (*locus standi*) delle ONG in relazione alla violazione del diritto del minore defunto, laddove gli unici legittimati in astratto (i genitori) sarebbero proprio coloro che hanno portato offesa al bene protetto[61].

Un altro momento essenziale nella vita del minore è rappresentato dalla frequenza alle attività scolastiche. Essendovi in gioco il diritto fondamentale all'istruzione (riconosciuto anche a livello convenzionale: art. 2, Prot. 1 CEDU), l'organizzazione del servizio scolastico può dare luogo a trattamenti discriminatori (art. 14 CEDU), fondati su una legislazione incompatibile con gli obblighi convenzionali o su cattive scelte a livello amministrativo. Inoltre, in situazioni patologiche, nella scuola si possono verificare lesioni all'integrità fisica e psicologica, e persino al diritto alla vita del minore (artt. 2 e 3 CEDU).

L'esigenza di proteggere i minori vulnerabili è esplicitamente posta a fondamento di decisioni che condannano lo Stato per violenze fisiche o morali commesse da insegnanti[62] o da altri studenti, da cui l'amministrazione non ha adeguatamente protetto la vittima[63]. Quanto alla discriminazione, essa può consistere nel non assicurare al minore l'accessibilità e i supporti all'apprendimento di cui necessita, specie se disabile[64], o nella ingiustificata assegnazione a classi differenziali, qualora esse non assicurino un livello d'istruzione assimilabile a quello *standard*: la Corte guarda con particolare sospetto tale comportamento dell'amministrazione se esso risulta normativamente o fattualmente rivolto a minori appartenenti a minoranze[65]. Si tratta di una giurisprudenza in cui viene

---

59 Corte EDU, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, relativa alla legislazione inglese ritenuta inadeguata in quanto eccessivamente tollerante nei confronti del cd. castigo ragionevole, e più di recente Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, in cui si ravvisa la violazione dell'art. 8 CEDU per la mancata punizione penale del nuovo marito della madre che avesse posto una videocamera nel bagno per riprendere la figlia della donna mentre si faceva la doccia, in assenza di una previsione legislativa che punisse di per sé il riprendere un soggetto senza il suo consenso.

60 Corte EDU, 3 ottobre 2017, *D.M.D. c. Romania*, ma v. nello stesso senso casi assai risalenti (senza l'utilizzo del termine vulnerabilità): Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*. L'obbligo di condurre un'indagine adeguata non può mai essere confuso con l'obbligo di punire: si v. il (peraltro discutibile) caso *Penati c. Italia* (Corte EDU, 11 maggio 2021, *Penati c. Italia*), laddove si è esclusa la violazione dell'art. 2 pur in assenza di condanne a seguito dell'omicidio-suicidio realizzato dal padre a danno del minore durante un incontro protetto gestito dagli assistenti sociali (genitore e figlio sono stati lasciati soli per un breve lasso di tempo, durante il quale il padre ha estratto una pistola e compiuto l'atto): nonostante precedenti comportamenti squilibrati e aggressivi del padre, si è ritenuto che il gesto estremo fosse imprevedibile.

61 Corte EDU, 4 giugno 2020, *Association Innocence en Danger et Association Enfance en Partage c. Francia*.

62 Corte EDU, 22 aprile 2022, *F.O. c. Croazia*, laddove la Corte insiste sull'obbligo di comprensione degli effetti che gli insulti possono avere su uno studente, specie se molto sensibile. Per un caso di violenze fisiche, v. Corte EDU, 7 marzo 2017, *V.K. c. Russia*.

63 Corte EDU, 10 luglio 2012, *Kayak c. Turchia*; Corte EDU, 30 novembre 2021, *Derenik Mkrtchyan e Gayane Mkrtchyan c. Armenia*.

64 Corte EDU, 30 gennaio 2018, *Enver Şahin c. Turchia*, laddove lo Stato viene condannato in ragione dell'impossibilità per l'alunno disabile di accedere all'istituto scolastico; Corte EDU, 10 settembre 2020, G.L. c. Italia, in cui l'Italia viene condannata per non aver assicurato l'insegnante di sostegno ad un'alunna autistica. La Corte sottolinea fra l'altro che: «the discrimination suffered by the applicant is particularly serious as it occurred in the framework of primary schooling, when the foundations are laid ich provides the bases for overall education and social integration and the first experiences of living together».

65 Corte EDU, 5 giugno 2008, *Sampanis e altri c. Grecia*, in cui tutti i minori Rom erano inseriti in classi differenziali; Corte EDU, Grande Camera, 13 novembre 2007, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, laddove – pur in assenza di una esplicita decisione in questo senso – si è verificato che oltre il 50% degli alunni delle classi differenziali apparteneva al gruppo Rom.

in considerazione, sul piano teorico, il tema della intersezionalità[66]. La partecipazione alle attività scolastiche è, però, anche fonte di doveri: sul delicato tema dell'obbligo di vaccinazione, è stata di recente riconosciuta la legittimità di una disposizione nazionale che escludeva dalla scuola materna il bambino non vaccinato e infliggeva un'ammenda ai genitori, proprio al fine di proteggere coloro che non potevano vaccinarsi e si trovavano, quindi, «in situazione di vulnerabilità»[67].

Si può anche evidenziare che la giurisprudenza in materia di minori vulnerabili, a differenza di altri orientamenti giurisprudenziali, tende a non riconoscere alle esigenze finanziarie natura di giustificazione rispetto alla responsabilità dello Stato[68].

Per quanto riguarda la protezione dei minori nel contesto delle migrazioni si rimanda al par. IV.E.

B. Gli anziani

Specularmente alla condizione dei minori, l'età può essere cagione di fragilità anche per gli anziani. La giurisprudenza CEDU però, almeno al momento, non ha operato una «equazione» fra anziano e vulnerabile. Anzi, si ravvisa una sorta di resistenza all'utilizzo del termine, che – a parere di chi scrive – si può ricondurre anche al delicato impatto sistematico che potrebbe avere il riconoscimento di una maggiore protezione all'anziano in quanto tale, a fronte dei gravi problemi demografici che affrontano molti dei Paesi membri del Consiglio d'Europa[69].

In questo senso, molti dei diritti rivendicati dai soggetti anziani hanno un impatto sull'organizzazione amministrativa e sulle decisioni di bilancio a livello nazionale e locale e, per questo, si scontrano con il margine di apprezzamento che la Corte EDU riconosce agli Stati. Ad esempio, nel caso *Watts c. Regno Unito*, la ricorrente – un'anziana di centosei anni – lamentava che il trasferimento imposto ad una struttura pubblica diversa rispetto a quella in cui era stata ospitata fino a quel momento avrebbe messo a repentaglio la sua vita, avrebbe costituito un trattamento inumano e degradante e sarebbe stato incompatibile con il rispetto della sua vita privata, invocando l'applicazione degli artt. 2, 3 e 8 CEDU: nonostante la ricorrente fosse stata espressamente qualificata «vulnerabile» nelle valutazioni mediche compiute a livello interno, la Corte non la qualifica espressamente come tale e dichiara il ricorso inammissibile in ossequio alla discrezionalità riconosciuta agli Stati sugli «*issues of general policy, including social, economic and*

66 Significativa in questo senso Corte EDU, Grande Camera, 16 marzo 2010, *Oršuš e altri c. Croazia*, in cui – pur in assenza di una prevalenza di minori di etnia Rom nelle classi differenziali – la Corte ha dato rilievo al contesto complessivo per ritenere provata la violazione del diritto all'istruzione, guardando al «clima» sociale (es. proteste degli altri genitori per evitare il superamento di queste classi differenziali) e alla complessiva inadeguatezza dell'agire amministrativo (es. assenza di test adeguati per verificare la necessità di inserire il minore nella classe differenziale, incoerenze ravvisate in specifiche situazioni, assenza di misure adeguate per garantire l'apprendimento della lingua). Tale approccio è giustificato dallo scrutinio particolarmente stretto che la Corte svolge su misure che vanno a colpire gruppi che hanno subito significative discriminazioni, su cui v. ulteriormente par. IV.F.

67 Corte EDU, Grande Camera, 8 aprile 2021, *Vavřička e altri c. Repubblica Ceca*.

68 Corte EDU, 18 giugno 2013, *Nencheva e altri c. Bulgaria*; Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit.

69 Per un inquadramento sistematico della problematica e delle sue conseguenze giuridiche, prevalentemente rispetto ai rapporti privatistici, C.M. Cascione, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Torino, Giappichelli, 2022.

health-care policies»[70]. La stessa impostazione deferente si riscontra anche nella giurisprudenza in tema di pensioni, che va necessariamente a toccare soprattutto gli anziani e che la stessa Corte EDU afferma essere «l'espressione della solidarietà di una società nei confronti dei suoi membri vulnerabili»[71].

Altro orientamento giurisprudenziale, questa volta relativo a casi di anziani detenuti (potenzialmente, un cumulo di vulnerabilità), avvalora l'impressione che la Corte non consideri l'anziano come vulnerabile in quanto tale. Prendendo atto che nei Paesi membri del Consiglio d'Europa l'età elevata non costituisce di norma un ostacolo alla detenzione in materia penale[72] e che nella Convenzione non c'è una proibizione di mantenere in carcere persone di età avanzata[73], la giurisprudenza afferma che l'età del detenuto «può» essere problematica in relazione all'art. 3 CEDU, ma soltanto alla luce delle «circostanze particolari di ciascun caso specifico»[74], circostanze che normalmente consistono in forme di vulnerabilità ormai «acquisite», come le condizioni di salute compromesse. Peraltro, nessuna delle pronunce analizzate utilizza il termine vulnerabilità.

Anche quando la Corte ha riconosciuto una tutela all'anziano proprio in ragione della sua età, non ha inteso utilizzare il termine vulnerabilità: ad esempio, nel caso *Tastan c. Turchia*[75], è stata ravvisata la violazione dell'art. 3 CEDU nel caso di un anziano di settantun anni costretto a svolgere il servizio militare, compresi gli allenamenti previsti per le giovanissime reclute, trattamento ritenuto lesivo della sua «dignità», in quanto avrebbe causato «*une souffrance allant au-delà de celle que pourrait comporter pour tout homme la contrainte consistant à accomplir le service militaire*». Questa perifrasi esprime proprio quell'idea di differenziazione rispetto all'individuo comune e di peculiare fragilità che sta alla base della vulnerabilità per come intesa dalla Corte EDU[76], ma ciononostante – come si è detto – il termine non viene impiegato.

In questo panorama, una significativa innovazione appare la pronuncia *Jivan c. Romania* del 2022[77], caso nel quale un signore di ottantacinque anni, che aveva subito l'amputazione di una gamba, lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU, poiché l'amministrazione – riconoscendogli una disabilità non «grave» ma soltanto «media» (che comportava un livello di assistenza inferiore) – aveva tenuto

70 Decisione sull'ammissibilità del 4 maggio 2010. In ossequio a un consolidato orientamento, la Corte ribadisce che, sulle scelte di politica sociale, «*that national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*». Appare opportuno sottolineare che, però, la Corte valorizza nel caso concreto anche l'ascolto dato alle preferenze espresse dagli anziani e le attenzioni poste dal Comune nel ricollocamento degli stessi. Analoghi principi sono stati enunciati ad esempio in: Corte EDU, 23 aprile 2002, *Larioshina c. Russia*; Corte EDU, decisione di ammissibilità, 18 giugno 2009, *Budina c. Russia*; Corte EDU, 20 maggio 2015, *McDonald c. Regno Unito*.

71 Corte EDU, 14 febbraio 2012, *Arras e altri c. Italia*; Corte EDU, decisione di ammissibilità, *Goudswaard-Van der Lans c. i Paesi Bassi*.

72 Corte EDU, decisione di ammissibilità, 7 giugno 2001, *Papon c. Francia (n° 1)*, (detenuto di novant'anni).

73 Corte EDU, decisione di ammissibilità, 29 maggio 2001, *Sawoniuk c. Regno Unito*, (detenuto di ottant'anni); Corte EDU, decisione di ammissibilità, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*.

74 Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania*.

75 Corte EDU, 4 marzo 2008, *Tastan c. Turchia*.

76 E. Diciotti, «La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Ars interpretandi*, n. 2, 2018, pp. 13 ss.

77 Corte EDU, 8 febbraio 2022, *Jivan c. Romania*.

conto soltanto della sua condizione sanitaria e non anche delle difficoltà «sociali» connesse alla sua età (come l'assenza di una rete familiare di supporto). La Corte afferma la necessità di procedere a uno scrutinio stringente sul comportamento delle autorità nazionali trovandosi in presenza di persone anziane non autosufficienti («*elderly depedent people*»), riconosciute quale gruppo vulnerabile che ha subito considerabili discriminazioni in passato.

C. I disabili

L'orientamento giurisprudenziale che dà rilievo alla vulnerabilità dei disabili è ormai ampio e consolidato. Anche in questo caso, la Corte non dà una definizione del grado di disabilità rilevante ai fini della Convenzione: le pronunce enunciano spesso le patologie da cui è affetto il ricorrente, facendo quindi riferimento al quadro medico che emerge dai documenti di causa[78], dando rilievo sia alle patologie fisiche che a quelle mentali. Queste ultime sollevano questioni peculiari rispetto alle prime, come ad esempio l'esigenza di interpretare in maniera particolarmente flessibile i requisiti di ricevibilità qualora il ricorrente abbia difficoltà ad esprimersi in maniera coerente[79].

Si è già fatto cenno al fatto che nel campo dei *Disability Studies* si fronteggiano più nozioni di disabilità: la dottrina maggioritaria evidenzia come gli stessi documenti internazionali di natura scientifica abbiano progressivamente abbandonato una definizione puramente «medica» di disabilità, per dare spazio a una concezione «sociale», che presta maggiore attenzione ai profili funzionali e all'interazione fra disabile e mondo esterno[80]. Non è semplice riportare la giurisprudenza della Corte EDU, che rifugge – come si è visto – dalle definizioni, a una delle due posizioni, ma si può evidenziare che essa tiene conto della dimensione simbolica del trattamento normativo/amministrativo riservato ai disabili e che richiede spesso alle autorità nazionali un impegno per favorire l'inserimento del disabile nella società e la sua crescita come persona, configurando obblighi positivi in questo senso (oltre a quanto segue, si richiama anche la giurisprudenza relativa al diritto all'istruzione dei minori – art. 2, Prot. add. 1 CEDU – illustrata nel sottoparagrafo relativo ai minori).

Focalizzandosi sui casi in cui la vulnerabilità viene utilizzata per rafforzare il livello di protezione garantito dalla Convenzione, il primo campo di applicazione è quello della tutela «anti-discriminatoria», con l'invocazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con altro diritto protetto dalla Convenzione[81]. Se è intuibile che siano proibite discriminazioni «dirette» verso i disabili, più interessanti e fertili sono altri profili, quali le discriminazioni indirette e l'applicazione ai malati e disabili del *vulnerable group approach*.

---

78 A mero titolo esemplificativo, Corte EDU, 8 novembre 2012, *Z.H. c. Ungheria*: «*The applicant is innately deaf and dumb and has medium-grade intellectual disability*».

79 V. ad esempio Corte EDU, 15 maggio 2021, *Epure c. Romania*, e più ampiamente, sui profili processuali, par. VI.

80 Tale evoluzione è ricostruita ad esempio da C. Sagone, «La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale», *federalismi.it*, n. 1, 2023, in part. pp. 242 ss.

81 Corte EDU, 30 aprile 2009, *Glor c. Svizzera*, in cui non viene utilizzato il termine vulnerabilità .

Sul primo aspetto, alle autorità nazionali viene richiesto di interpretare la normativa tenendo conto delle esigenze del disabile: nel caso *Guberina c. Croazia*, è stata ravvisata una violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 1, Prot. add. 1 CEDU, poiché lo Stato non aveva riconosciuto un'agevolazione fiscale per l'acquisto della casa di abitazione, in ragione del fatto che il richiedente già possedeva un immobile, senza tener conto del fatto che tale immobile era inadeguato rispetto alle esigenze del minore disabile parte del nucleo familiare[82].

Quanto al *vulnerable group approach*, ci si riferisce alla giurisprudenza che sottopone a scrutinio stringente le decisioni che vanno a colpire i diritti di soggetti appartenenti a gruppi «che hanno subito una considerevole discriminazione in passato»[83]: sebbene questa giurisprudenza sia maturata soprattutto in relazione alle minoranze (v. *infra*, IV, F), essa viene applicata anche a determinate categorie di soggetti malati o disabili. Ad esempio, possono ricondursi a questo orientamento le pronunce che condannano lo Stato per aver tolto il diritto di voto automaticamente a tutti i soggetti dichiarati incapaci in ragione di una patologia mentale, disposizione idonea a rafforzare i pregiudizi nei loro confronti[84], oppure quelle che sanzionano il comportamento delle autorità nazionali che comprimono (o non tutelano) i diritti delle persone affette da HIV presumendo *ipso facto* un pericolo per la salute pubblica[85].

La vulnerabilità del disabile fonda, come si è detto, anche obblighi positivi dello Stato. Analogamente a quanto si è visto per il minore, si affermano sia obblighi di protezione dalle molestie o lesioni che il disabile può subire, e da cui ha evidentemente maggiore difficoltà a difendersi[86], sia obblighi di intervento in campo sociale, come sovvenzioni di carattere economico per l'assistenza di cui il disabile necessita[87].

D'altro canto, la vulnerabilità può assurgere a giustificazione di una limitazione della capacità di agire o delle facoltà di scelta della persona disabile: uno dei primi rilevanti impieghi del termine vulnerabilità è avvenuto nella notissima pronuncia *Pretty c. Regno Unito*, ove il divieto assoluto di aiuto al suicidio è stato ritenuto uno strumento non sproporzionato per «*préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables – spécialement celles qui ne sont pas en mesure de prendre des décisions en connaissance de cause – contre les actes visant à mettre fin à la vie ou à aider à mettre fin à la vie*»[88]. Allo stesso tempo, la Corte tiene in considerazione l'impatto delle procedure che portano a una limitazione della capacità di agire, considerandole legittime soltanto nella misura in cui siano caratterizzate da un'istruttoria adeguata e, se possibile, partecipata dall'interessato[89].

82 Corte EDU, 22 marzo 2016, *Guberina c. Croazia.*

83 Corte EDU, 10 marzo 2011, *Kiyutin c. Russia*, dove si esplicita: «la marge d'appréciation accordée à l'Etat s'en trouve singulièrement réduite et celui-ci doit avoir des raisons particulièrement impérieuses pour imposer la restriction en question».

84 Corte EDU, 20 maggio 2010, *Alojas Jiss c. Ungheria*; Corte EDU, 15 febbraio 2022, *Anatoliy Marinov c. Bulgaria.*

85 Corte EDU, *Kiyutin c. Russia*, cit.; Corte EDU, 8 novembre 2016, *Ustinova c. Russia*; Corte EDU, 3 ottobre 2013, *I.B. c. Grecia* (pronuncia relativa al licenziamento di una persona affetta da HIV).

86 Corte EDU, 24 luglio 2012, *Đorđević c. Croazia* (caso in cui è stata ravvisata la violazione dell'art. 3 e 8 CEDU a fronte dell'inattività delle forze di polizia nel proteggere una signora disabile e la madre dalle continue e gravi molestie, comprensive di violenze fisiche, subite dagli studenti di una scuola vicina alla loro abitazione).

87 Corte EDU, 20 febbraio 2024, *Diaconeasa c. Romania.*

88 Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito.*

89 Corte EDU, 10 settembre 2020, *G.L. c. Italia.*

Infine, anche la categoria dei disabili si presta naturalmente a numerose intersezioni con altre forme di vulnerabilità, come nel caso del minore disabile[90] o del detenuto disabile. Soffermandoci su quest'ultimo caso, che ha dato adito ad ampia giurisprudenza[91], si può notare come la Corte utilizzi espressioni quali «particolarmente vulnerabile» o «estremamente vulnerabile» per sottolineare che la vulnerabilità della persona che subisce una privazione della libertà personale si intensifica in presenza di una disabilità[92]. In tali casi, la Corte sottolinea come la compatibilità della detenzione con l'art. 3 CEDU non vada valutata in astratto, ma tenendo conto dei bisogni individuali del detenuto disabile[93].

D. I detenuti

Prima di passare all'esame delle decisioni che coinvolgono la categoria dei detenuti occorre effettuare una precisazione terminologica. All'interno di essa si riconducono non solo i detenuti in senso stretto, ossia i soggetti privati della loro libertà personale poiché condannati a pena detentiva, ma, altresì, coloro che da imputati sono sottoposti a custodia cautelare in carcere/*garde à vue*, e coloro che sono privati temporaneamente della loro libertà personale in seguito all'arresto e al fermo di polizia. Inoltre, nella medesima sede si è deciso di illustrare anche i casi attinenti alle presunte violazioni delle garanzie procedurali riconosciute a favore degli indagati. Si tratterà, invece, la casistica inerente alla detenzione amministrativa degli stranieri nel paragrafo ad essi relativo. Data la vastità delle pronunce, si riporteranno solo le sentenze che si ritengono maggiormente significative.

Normalmente i ricorrenti lamentano la violazione dei loro diritti alla luce delle condizioni di vita all'interno degli istituti penitenziari sotto l'angolo prospettico dell'art. 3 CEDU. In merito, non si può non fare riferimento a quanto stabilito all'interno della decisione *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013. Come noto, la sentenza pilota affronta il problema strutturale della disfunzionalità del sistema penitenziario italiano e riguarda i trattamenti inumani o degradanti subiti dai ricorrenti, detenuti per svariati mesi nelle carceri di Busto Arsizio e di Piacenza, in celle triple e con meno di quattro metri quadrati a testa a disposizione. In tale sentenza la Corte afferma che le misure privative della libertà personale per loro stessa natura implicano una limitazione dei diritti del detenuto. Ciò, tuttavia, non comporta una privazione *in toto* dei diritti garantiti dalla Convenzione. Anzi, in certi casi «*la personne incarcérée peut avoir besoin d'une protection accrue en raison de la vulnérabilité de sa situation et parce qu'elle se trouve entièrement sous la responsabilité de l'État*»[94]. Nella pronuncia emergono già tutti gli elementi che verranno poi ripresi e approfonditi da decisioni successive: dalla disposizione discende, in primo luogo, «*une obligation positive qui consiste à s'assurer que tout*

90 Corte EDU, 1 febbraio 2018, *V.C. c. Italia*; relativamente al MSNA disabile, Corte EDU, 28 febbraio 2019, *H.A. e altri c. Grecia.*

91 Ad esempio, Corte EDU, 25 giugno 2013, *Grimalovs c. Lettonia*; Corte EDU, 6 febbraio 2014, *Semikhvostov c. Russia*; Corte EDU, 19 febbraio 2015, *Helhal c. Francia*; Corte EDU, 5 ottobre 2017, *Ābele c. Lettonia*; Corte EDU, 2 giugno 2020, *Potoroc c. Romania.*

92 Corte EDU, *Z.H. c. Ungheria*, cit.; Corte EDU, 22 luglio 2021, *M.D. e A.D. c. Francia*; Corte EDU, 17 luglio 2014, *Center of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania.*

93 Più in dettaglio, la sussistenza dei un trattamento inumano o degradante in questi casi viene valutata in base a tre fattori: (a) le condizioni del detenuto; (b) la qualità delle cure che gli vengono offerte; (c) se il ricorrente dovrebbe o meno essere detenuto in considerazione del suo stato di salute (Corte EDU, 12 marzo 2013, *Zarzycki c. Polonia*).

94 Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 65.

prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention»; in secondo luogo, si ricava la necessità di tenere in considerazione le esigenze individuali del singolo detenuto[95].

Un analogo obbligo positivo ricadente sullo Stato emerge anche in relazione ai casi di condotte di violenza perpetrate nel corso delle misure di custodia cautelare/*garde à vue* e in caso di arresto e fermo ovvero in tutte quelle situazioni ove l'individuo sia sotto il controllo dell'autorità pubblica[96]. Significative a tal proposito sono le sentenze *Blair e altri c. Italia* e *Azzolina e altri c. Italia* del 26 ottobre 2017[97]. In particolare nella seconda, la Corte evidenzia che la gravità dei fatti oggetto della pronuncia risiede anche in un elemento soggettivo ovvero «*la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les personnes placées en garde à vue*», la quale impone alle autorità un dovere di protezione potenziato[98]. Tale obbligo, discendente dall'art. 2 della Convenzione, compare in tutte le decisioni concernenti i soggetti sottoposti all'autorità statale: nel caso di maltrattamenti perpetrati nel corso della detenzione o della custodia cautelare in carcere da parte della polizia penitenziaria[99], di altri detenuti[100], ma altresì nel caso di autolesionismo e di suicidio[101]. Ciò è evidenziato nella recente sentenza *Kutsarovi c. Bulgaria* del 7 giugno 2022 dove la Corte rammenta l'importanza della protezione accordata dall'art. 2 CEDU e rimarca il dovere di esaminare in maniera particolarmente attenta i casi in cui sia lamentata la sua violazione[102].

---

95 Già in precedenza la Corte aveva riconosciuto che le condizioni di vita all'interno delle carceri erano tali da configurare una violazione dell'art. 3 CEDU, ad esempio Corte EDU, 15 giugno 2010, *Creangă c. Romania*; Corte EDU, 26 ottobre 2010, *Cucolaş c. Romania*; Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n° 2)*; Corte EDU, 25 aprile 2017, *Rezmives ed altri c. Romania*.

96 Ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, caso in cui la Corte condanna la Germania anche alla luce del fatto che «*les menaces de mauvais traitements délibérés et imminents ont été proférées alors que le requérant était placé sous la garde de représentants de la loi et qu'il était apparemment menotté et donc vulnérable*» (§ 106); Corte EDU, 20 gennaio 2011, *El Shennawy c. Francia*, dove rileva la vulnerabilità del ricorrente nel momento in cui egli è sottoposto a perquisizione fisica; Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Zontul c. Grecia*; Corte EDU, 30 gennaio 2020, *J.M.B. e altri c. Francia*; Corte EDU, 16 febbraio 2021, *İltümür Ozan e altri c. Turchia*; Corte EDU, 18 febbraio 2021, *P.M. e F.F. c. Francia*, dove i ricorrenti lamentano di essere stati vittime di violenze durante il loro arresto da parte della polizia e durante il fermo di polizia che ne è seguito.

97 Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Blair e altri c. Italia* e Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Azzolina e altri c. Italia*. Come noto, le due sentenze hanno ad oggetto gli abusi avvenuti nella caserma di Bolzaneto a margine del G8 di Genova nel 2001.

98 Corte EDU, *Azzolina e altri c. Italia*, cit., § 131.

99 Ad esempio, Corte EDU, 23 giugno 2015, *Salin e Karsin c. Turchia*; Corte EDU, 9 febbraio 2016, *Zinovchik c. Russia*; Corte EDU, 16 febbraio 2016, *Caracet c. Moldavia*; Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Özen ed altri c. Turchia*; Corte EDU, 31 maggio 2016, *Ersin Erkus e altri c. Turchia*; Corte EDU, 21 giugno 2016, *Igoshin c. Russia*.

100 Ad esempio, Corte EDU, 8 settembre 2011, *Oshurko c. Ucraina*.

101 Ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Fernandes De Oliveira c. Portogallo*; Corte EDU, 30 giugno 2020, *S.F. c. Svizzera*; Corte EDU, Grande Camera, 19 marzo 2020, *Fabris e Parziale c. Italia*; Corte EDU, 31 marzo 2020, *Jeanty c. Belgio*. Ancora, in Corte EDU, 23 marzo 2021, *Kotenok c. Russia*, la Corte afferma che l'art. 2 può porre a carico delle autorità statali anche un obbligo positivo di attuare delle misure di protezione preventive, infatti: «*Les obligations des États contractants prennent une dimension particulière à l'égard des personnes détenues, celles-ci se trouvant entièrement sous le contrôle des autorités: compte tenu de leur vulnérabilité, les autorités ont le devoir de les protéger*» (§ 53).

102 Corte EDU, 7 giugno 2022, *Kutsarovi c. Bulgaria*, caso in cui i giudici di Strasburgo ricordano il dovere di «*examiner de façon extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, en prenant en considération non seulement les actes des agents de l'État mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire. Les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger. Lorsqu'un individu meurt en garde à vue, il incombe à l'État de fournir une explication plausible sur l'origine de la mort*» (§ 78).

È interessante anche l'analisi delle pronunce che sindacano il presunto mancato rispetto delle garanzie procedurali accordate dall'art. 6 della Convenzione: il diritto ad un ricorso effettivo[103], il diritto ad essere resi edotti dei propri diritti e di essere assistiti da un avvocato[104], la ragionevole durata del processo[105]. In tali decisioni, sembra che l'esame in ordine alla vulnerabilità effettuato dalla Corte sia più rigido, tanto che in molte pronunce non si richiede solo una vulnerabilità generica, bensì una *vulnérabilité particulière*[106]. L'indagato, l'imputato e il detenuto sono, infatti, connotati da una vulnerabilità «intrinseca», in ragione della privazione di libertà e dello stato di completa dipendenza dall'autorità pubblica che ne contraddistingue la situazione. A tale generale condizione di vulnerabilità si aggiungono situazioni particolari che ne accentuano la gravità e il carattere di impotenza: la minore età, la malattia mentale, le difficoltà linguistiche, i problemi di salute di carattere fisico, la discriminazione per l'orientamento sessuale, l'essere in stato di isolamento, la sottoposizione a svestizione forzata. Come ricordato dalla Grande Camera nella sentenza del 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*, il procedimento penale è suscettibile di avere un impatto psicologico maggiormente significativo sui minori. Ne consegue che gli agenti di polizia debbano prendere in conto la «*vulnérabilité inhérente au jeune âge*»: infatti, «*un comportement de leur part à l'égard de mineurs peut, du seul fait qu'il s'agit de mineurs, être incompatible avec les exigences de l'article 3 de la Convention alors même qu'il pourrait passer pour acceptable s'il visait des adultes. Ainsi, lorsqu'ils ont affaire à des mineurs, les agents des forces de l'ordre doivent faire preuve d'une vigilance et d'une maîtrise de soi renforcées*»[107]. La medesima posizione è assunta nel caso in cui un soggetto sia affetto da disturbi mentali o fisici, con particolare riguardo alla verifica della violazione dell'art. 3 CEDU. Nella sentenza *SY c. Italia* del 24 gennaio 2022, la Corte riconosce che i detenuti affetti da disturbi mentali sono più vulnerabili degli altri detenuti e che «*certaines exigences de la vie carcérale les exposent davantage à un danger pour leur santé, renforcent le risque qu'ils se sentent en situation d'infériorité, et sont forcément source de stress et d'angoisse*»[108]. Tale vulnerabilità deve essere presa

103 Corte EDU, 8 aprile 2014, *Blaj c. Romania*, caso in cui la Corte ricorda che in determinate circostanze «*les autorités peuvent avoir une obligation positive de fournir au requérant la copie des documents nécessaires pour l'examen de l'affaire. Une telle obligation existe dans le cas de requérants se trouvant dans une situation de vulnérabilité ou de dépendance et étant impuissants à obtenir les documents nécessaires pour l'examen de l'affaire* (§ 162). Tale obbligazione non è presente laddove non si ravvisi una situazione di vulnerabilità come affermato, ad esempio, da Corte EDU, Grande Camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*.

104 Corte EDU, 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*; Corte EDU, 9 aprile 2015, *A.T. c. Lussemburgo*; Corte EDU, 11 luglio 2019, *Olivieri c. Francia* e *Bloise c. Francia*. Nella sentenza *Bloise c. Francia* la Corte dichiara non violato l'art. 6 §§ 1 et 3 c), anche in ragione dell'assenza di una situazione di particolare vulnerabilità del ricorrente.

105 Corte EDU, 4 giugno 2013, *Rifat Demir c. Turchia*, caso in cui la Corte ritiene che la situazione del ricorrente, nonostante egli si trovasse in stato di detenzione e non fosse assistito da un avvocato, non possa renderlo vulnerabile ovvero non gli renda impossibile l'ottenimento di informazioni sull'esito del suo ricorso. Al contrario, in Corte EDU, 14 settembre 2021, *Brus c. Belgio*, pur non riscontrando alcuna situazione di particolare vulnerabilità sulla base delle stesse ragioni, i giudici di Strasburgo considerano violato l'art. 6 §§ 1 e 3, lett. c), a causa delle gravi irregolarità dell'interrogatorio effettuato nel corso delle indagini. La vulnerabilità rileva anche in termini di quantificazione del risarcimento del danno per irragionevole durata del processo, ad esempio Corte EDU, 19 novembre 2020, *Barbotin c. Francia*.

106 La violazione dell'art. 6 CEDU è riconosciuta in casi dove sono coinvolti minori (ad esempio, Corte EDU, 2 marzo 2010, *Adamkiewicz c. Polonia*) o soggetti affetti da disturbi mentali (ad esempio, Corte EDU, 2 ottobre 2012, *L.B. c. Belgio*).

107 Corte EDU, Grande Camera, 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*, § 110. Analogamente, Corte EDU, 16 febbraio 2010, *Alkes c. Turchia*; Corte EDU, 12 ottobre 2010, *Ayan c. Turchia*; Corte EDU, 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia*; Corte EDU, 25 gennaio 2011, *Şafak c. Turchia*.

108 Corte EDU, 24 gennaio 2022, *SY c. Italia*, § 79.

in considerazione anche in relazione alla capacità di difendersi e di ricorrere avverso situazioni di sopruso[109]. Al contrario, il medesimo ragionamento è condotto raramente in relazione ai casi di violenze perpetrate ai danni dei detenuti a causa della loro appartenenza ad una minoranza etnica, come nella sentenza *Coman c. Romania*[110].

Si ravvisa, dunque, un doppio livello di protezione. Un primo livello concernente il detenuto in sé, un secondo livello «aumentato» riconosciuto laddove vi sia un cumulo di vulnerabilità. Come già evidenziato in relazione alle garanzie dell'equo processo, questa *vulnerabilitè particulière* se da un lato funge unicamente da strumento di innalzamento di tutela, dall'altro porta anche ad una limitazione dei destinatari della protezione. I giudici di Strasburgo tendono a discostarsi da un approccio aprioristico e categoriale per preferire la valorizzazione delle circostanze del caso concreto. Così, nella sentenza *Merahi e Delahaye c. Francia* del 20 settembre 2022, la Corte nonostante ritenga che la situazione del ricorrente non rientri tra quelle caratterizzate «*a priori d'une vulnérabilité particulière*», considera alla luce degli elementi di fatto che il ricorrente si trovava in una situazione di vulnerabilità tale da poter dichiarare fondata la lamentata violazione dell'art. 6 CEDU[111].

E. Gli stranieri

La categoria degli stranieri è quella dove la giurisprudenza della Corte ha utilizzato più frequentemente il termine vulnerabilità. Occorre precisare che si tratta di una categoria eterogenea. Prima di tutto, è possibile distinguere tra migranti regolari e irregolari a seconda della presenza o meno di un valido titolo di ingresso e di soggiorno nel territorio statale. Ulteriore distinzione è operabile tra i soggetti migranti e immigrati: i primi di passaggio, i secondi stanziali[112]. Come si avrà modo di vedere, la giurisprudenza della Corte EDU considera con particolare attenzione i casi che coinvolgono specifiche categorie di migranti: i richiedenti asilo/protezione internazionale, i minori e i minori stranieri non accompagnati (d'ora in poi, MSNA).

---

109 Corte EDU, Grande Camera, 23 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, caso in cui la Corte afferma la necessità di tenere in considerazione «*la vulnérabilité des individus en cause et, dans certains cas, de leur incapacité à se plaindre de manière cohérente, voire à se plaindre tout court, du traitement qui leur est réservé et de ses effets sur eux* [...]. *De plus, il n'est pas suffisant que le détenu soit examiné et qu'un diagnostic soit établi ; il est primordial qu'une thérapie correspondant au diagnostic établi et une surveillance médicale adéquate soient également mis en œuvre*» (§ 106). In precedenza, Corte EDU, 1° giugno 2010, *Jasińska c. Polonia*; Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea c. Romania*; Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2012, *Stanev c. Bulgaria*; Corte EDU, 1° ottobre 2013, *Ţicu c. Romania*; Corte EDU, 16 dicembre 2014, *Dimcho Dimov c. Bulgaria*. Più di recente, Corte EDU, 5 dicembre 2019, *J.M. c. Francia*, caso in cui il ricorrente lamenta i molteplici usi sproporzionati della forza da parte delle guardie carcerarie su un detenuto psicologicamente vulnerabile.

110 Corte EDU, 26 ottobre 2010, *Coman c. Romania*, caso in cui la Corte ritiene fondata la violazione dell'art. 3 CEDU, ma non tiene in considerazione né le patologie fisiche di cui è affetto il ricorrente, né delle lamentate molestie subite da parte di altri detenuti e del personale penitenziario per motivi etnici.

111 Corte EDU, 20 settembre 2022, *Merahi e Delahaye c. Francia*, §§ 75-76.

112 A. Ruggeri, «Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2019, pp. 1-32, spec. pp. 7-8.

Così come il detenuto, anche lo straniero è caratterizzato da una vulnerabilità intrinseca legata soprattutto alle sue difficoltà linguistiche[113]. Significativa è la sentenza *Knox c. Italia* del 24 gennaio 2019 dove i giudici di Strasburgo accertano la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 della Convezione, cagionata dall'assenza dell'assistenza di un difensore durante le audizioni della ricorrente e di un'adeguata assistenza linguistica[114]. Nel caso di specie, la Corte si sofferma sulla complessiva equità del procedimento. Nel farlo, considera diversi criteri elaborati dalla giurisprudenza europea tra i quali lo stato di vulnerabilità della ricorrente, «*une jeune fille étrangère âgée de vingt ans à l'époque des faits qui se trouvait depuis peu de temps en Italie et ne parlait pas couramment l'italien*»[115]. Analogamente, in una recente decisione la Corte ha precisato che la mancata assistenza di un interprete nella fase iniziale della procedura è suscettibile di aggravare la situazione di vulnerabilità di chi si trovi interrogato in una lingua che non è la sua, tanto da poter essere considerata una mancanza avente delle ripercussioni sugli altri diritti che ad essa sono legati, tra i quali la complessiva equità del processo[116].

Passando alla trattazione della vulnerabilità degli stranieri migranti in situazione irregolare, il maggior numero di sentenze coinvolge la presunta violazione dell'art. 3 CEDU. Si è deciso di selezionare le più significative e di suddividerle in due gruppi: da una parte, i casi attinenti ai respingimenti alla frontiera e all'incidenza della vulnerabilità dei richiedenti asilo nell'esame della loro domanda; dall'altra, i casi dove la condizione di vulnerabilità è valutata in relazione alle condizioni di vita all'interno dei centri di accoglienza e in quelli di espulsione, così come all'interno degli *hotspots*. Per entrambi i gruppi, non si può non tenere conto dei principi enunciati nella decisione *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011. La Grande Camera considera violato l'art. 3 CEDU anche in ragione della qualità del ricorrente ovvero quella di richiedente asilo. La Corte, infatti, effettua una distinzione tra migranti economici e richiedenti asilo e riconosce un carattere peculiare allo *status* dei secondi poiché rientranti all'interno di «*un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale*»[117]. Alla luce di tale qualità, ritiene che le autorità greche debbano essere ritenute responsabili «*en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles*

113 Inoltre, si ricorda un caso particolare portato all'attenzione della Corte EDU, Grande Camera, 12 marzo 2014, *Kurić e altri c. Slovenia*. Nel caso di specie, i ricorrenti, cittadini dell'ex Jugoslavia, avevano acquisito la residenza in Slovenia, ma, in seguito alla sua indipendenza, non ne avevano chiesto la cittadinanza. Il 26 febbraio 1992, ai sensi della nuova legge sugli stranieri, i loro nomi sono stati cancellati dal registro dei residenti e sono diventati stranieri senza permesso di soggiorno. La Grande Camera condanna la Slovenia poiché, a causa della cancellazione dal registro, i ricorrenti si erano trovati «*dans une situation de vulnérabilité, d'insécurité et d'incertitude*» (§ 84).

114 La vicenda è nota: la ricorrente, Amanda Knox, cittadina statunitense e studentessa a Perugia, era stata coinvolta nelle indagini per l'omicidio della coinquilina Meredith Kercher, avvenuto nel 2007. La decisione della Corte di Strasburgo verte sull'asserita violazione dei diritti procedurali della ricorrente durante le prime fasi dell'indagine. In particolare, la Knox lamentava che, durante alcune audizioni notturne avvenute nella Questura di Perugia tra il 5 e il 6 novembre 2007, le fosse stata negata l'assistenza di un avvocato e di un interprete al momento della verbalizzazione di dichiarazioni che la implicavano nell'omicidio. Inoltre, durante queste audizioni, la Knox aveva reso dichiarazioni spontanee che avevano coinvolto nell'omicidio Patrick Lumumba. Il processo era terminato con la sentenza definitiva della Cassazione che aveva annullato senza rinvio le condanne per l'omicidio, ma aveva confermato la condanna per calunnia della Knox nei confronti di Lumumba.

115 Corte EDU, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, § 160. Si v., analogamente, Corte EDU, 28 agosto 2018, *Vizgirda c. Slovenia*, e Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Rooman c. Belgio*.

116 Corte EDU, 28 luglio 2022, *Wang c. Francia*, § 72.

117 Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, § 251, caso in cui la Grande Camera esamina la compatibilità con l'art. 3 CEDU della detenzione di un richiedente asilo afghano all'aeroporto internazionale di Atene per quattro giorni nel giugno 2009 e per una settimana nell'agosto 2009.

il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels»[118].

Si considera ormai consolidata la giurisprudenza della Corte in relazione ai casi dei respingimenti alla frontiera e alla valutazione delle richieste di asilo sotto l'angolo prospettico della presunta violazione degli artt. 13 e 3 CEDU[119]. Ricopre una particolare importanza la sentenza della Grande Camera del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, avente ad oggetto il respingimento alla frontiera di alcuni migranti somali ed eritrei, intercettati in mare dalle autorità italiane e riportati in Libia, da dove erano partiti, senza essere identificati e senza essere informati in merito alla loro destinazione. I giudici di Strasburgo affermano che il fatto che alcuni di essi avessero ottenuto lo *status* di rifugiato costituisce una prova ulteriore della loro vulnerabilità[120]. Analogamente, nella sentenza del 2 luglio 2020, *N.H. e altri c. Francia*, la Corte ricorda che i richiedenti asilo possono essere considerati vulnerabili in ragione del loro percorso migratorio e delle esperienze traumatiche che hanno vissuto[121]. Per quanto riguarda i casi dove la condizione di vulnerabilità è valutata in relazione alle condizioni di vita all'interno dei centri di accoglienza e nei centri di detenzione in vista dell'espulsione, così come all'interno degli *hotspots*, la speciale protezione accordata ai richiedenti asilo è fatta propria dalla giurisprudenza successiva alla decisione *M.S.S. c. Belgio e Grecia*[122] come, ad esempio, la sentenza *Tarakhel c. Svizzera* del 4 novembre 2014, dove, oltre alla condizione di richiedente asilo, si aggiunge un ulteriore fattore di vulnerabilità: la presenza di minori[123]. Al contrario, nella decisione *Khlaifia e altri c. Italia* del 15 dicembre 2016, i giudici di Strasburgo ritengono parimenti vulnerabili i migranti in generale. In questa seconda decisione, infatti, si evidenzia che «*les requérants étaient affaiblis physiquement et psychologiquement car ils venaient d'effectuer une dangereuse traversée de la Méditerranée*». Di conseguenza, la loro condizione deve essere valutata con particolare attenzione nonostante non siano richiedenti asilo, né appartengano alla categoria degli anziani o a quella dei minori[124]. Dello stesso avviso è la recente sentenza *Safi e altri c. Grecia* del 7 luglio 2022, dove la Corte prende in considerazione la situazione di

118 Corte EDU, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., § 263.

119 Ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., §§ 286-293; Corte EDU, 2 febbraio 2012, *I.M. c. France*; Corte EDU, Grande Camera, 17 novembre 2016, *V.M. e altri c. Belgio*; Corte EDU, Grande Camera, 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed c. Ungheria*; Corte EDU, 27 ottobre 2020, *M.A. c. Belgio*; Corte EDU, 22 luglio 2021, *M.D. e A.D. c. Francia.*

120 Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, § 155. Analogamente, ad esempio, Corte EDU, 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, dove la Corte ritiene che «*c'est seulement dans les cas les plus extrêmes qu'une situation de violence généralisée suffit, à elle seule, pour conclure à l'existence d'un risque de mauvais traitements aux termes de l'article 3 en cas d'expulsion*» (§ 172).

121 Corte EDU, 2 luglio 2020, *N.H. e altri c. Francia*, § 162. Nel caso di specie, i ricorrenti, richiedenti asilo, sostengono di non aver potuto beneficiare del sostegno materiale e finanziario, previsto dalla normativa nazionale, e di essere quindi stati costretti a dormire per strada in condizioni disumane e degradanti per diversi mesi.

122 Analoghe conclusioni sono raggiunte, ad esempio, in Corte EDU, 23 luglio 2013, *Suso Musa c. Malta*; Corte EDU, 31 luglio 2014, *F.H. c. Grecia*; Corte EDU, 11 dicembre 2014, *Al.K. c. Grecia.*

123 Corte EDU, Grande Camera, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, caso in cui la Grande Camera esamina la situazione generale del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo in Italia e rileva l'esistenza di carenze sistemiche. Pur ritenendo che la situazione in Italia non potesse in alcun modo essere paragonata alla situazione in Grecia all'epoca della sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte tiene conto del fatto che i ricorrenti erano due adulti accompagnati dai loro sei figli minorenni. Di conseguenza, conclude che «*si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale*», vi sarebbe violazione dell'art. 3 della Convenzione (§ 122)..

124 Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, § 194.

«*extrême vulnérabilité*» dei ricorrenti alla luce del fatto che «*ils venaient de survivre à un naufrage et certains d'entre eux avaient perdu leurs proches*»[125].

Come accennato, un ulteriore fattore di vulnerabilità che si cumula a quella intrinseca dello straniero migrante in situazione irregolare è la giovane età del soggetto. A partire dalle sentenza *Popov c. Francia* del 19 gennaio 2012, ripresa altresì nel caso *Tarakhel c. Svizzera*, si afferma che la presenza di soggetti minori di età comporta un abbassamento della soglia di gravità richiesta ai fini di dichiarare la violazione dell'art. 3 CEDU anche se essi sono accompagnati dai loro genitori. I minori, infatti, hanno dei bisogni specifici in ragione della loro età, della loro mancanza di autonomia e altresì in ragione del loro *status* di richiedenti asilo[126]. Più recentemente, la sentenza *N.B. e altri c. Francia* del 31 marzo 2022 precisa che, in caso di detenzione amministrativa di minori accompagnati, l'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU deve tenere in considerazione tre fattori: «*l'âge des enfants mineurs, le caractère adapté ou non des locaux au regard de leurs besoins spécifiques et la durée de leur rétention*»[127]. Il fatto che essi siano accompagnati dai loro genitori non esclude una violazione della disposizione, ma è determinante «*la situation de particulière vulnérabilité de l'enfant mineur*» tanto da prevalere sulla condizione di irregolarità dei genitori[128]. La Corte, infatti, afferma che l'interesse superiore del minore deve prevalere su tutti gli altri interessi in gioco, compreso, in un recente caso, sugli interessi nazionali e sulla tutela della sicurezza pubblica[129]. Tale prevalenza emerge con ancora più evidenza in caso di MSNA. La Corte EDU comincia ad occuparsi sistematicamente di tale categoria a partire dal 2018, ma i principi di diritto ad essi relativi sono già fissati con la decisione *Rahimi c. Grecia* del 5 aprile 2011. Nella sentenza la Corte conclude per la violazione dell'art. 3 CEDU valutando le condizioni di vita nel centro anche alla luce della qualità di MSNA del ricorrente: «*Il relevait incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société et il appartenait à l'État grec de le protéger et de le prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3*»[130]. La vulnerabilità dei MSNA rileva sia in relazione alla valutazione della violazione

125 Corte EDU, 7 luglio 2022, *Safi e altri c. Grecia*, § 196. Nel caso di specie, i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 3 CEDU in ragione della perquisizione corporale da loro subita al momento del loro arrivo a *Farmakonisi* a seguito del naufragio della loro imbarcazione.

126 Corte EDU, 19 gennaio 2012, *Popov c. Francia*, § 91. Da tale situazione, la Corte fa discendere che «*les conditions dans lesquelles les enfants ont été détenus, pendant quinze jours, dans un milieu d'adultes, confrontés à une forte présence policière, sans activités destinées à les occuper, ajoutées à la détresse des parents, étaient manifestement inadaptées à leur âge*» (§ 102). In casi analoghi, la Corte conclude per la violazione dell'art. 3 CEDU, ma solo in relazione alla detenzione dei minori (Corte EDU, 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio* e Corte EDU, 13 dicembre 2011, *Kanagaratnam e altri c. Belgio*).

127 Corte EDU, 31 marzo 2022, *N.B. e altri c. Francia*, § 46, caso in cui la Corte dichiara la violazione dell'art. 3 CEDU sulla base della sola giovane età del soggetto minore. I giudici di Strasburgo dichiarano che «*même si l'âge constitue l'un seulement des trois critères qu'il convient de combiner ensemble, et qu'il est vrai que K.G. est plus âgé qu'un certain nombre des enfants pour lesquels la Cour a constaté une violation de l'article 3, un enfant âgé de huit ans qui ne peut être considéré comme ayant le discernement suffisant pour comprendre la situation de l'espèce, reste placé dans une situation de particulière vulnérabilité*» (§ 48). Già in precedenza, Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.M. e altri c. Francia*; Corte EDU, 7 dicembre 2017, *S.F. e altri c. Bulgaria*; Corte EDU, 10 ottobre 2019, *M.D. e A.D. c. Francia*.

128 Corte EDU, 31 marzo 2022, *N.B. e altri c. Francia*, § 47. Analogamente, Corte EDU, 24 maggio 2018, *N.T.P. e altri c. Francia* e Corte EDU, 10 settembre 2020, *B.G. e altri c. Francia*.

129 Corte EDU, Grande Camera, 14 settembre 2022, *H.F. e altri c. Francia*.

130 Corte EDU, 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia (§ 87)*, riguardante la detenzione in vista dell'espulsione di un migrante afghano, che all'epoca dei fatti aveva 15 anni, nel centro di Pagani, sull'isola di Lesbo. Analogamente, Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.K. e altri c. Francia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.C. e V.C. c. Francia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.M. e altri c. Russia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *A.M. e altri c. Francia*; Corte EDU, 12 luglio 2016, *A.B. e altri c. Francia*.

dell'art. 3 CEDU[131] e alla necessaria predisposizione di strutture specifiche, ma altresì in relazione all'art. 8 CEDU[132]. Infine, da non dimenticare che il richiedente asilo, può trovarsi in una situazione di estrema vulnerabilità anche nel caso in cui sia affetto da patologie fisiche[133].

F. Gli appartenenti a gruppi vulnerabili e minoranze

Nel paragrafo relativo alla vulnerabilità dei disabili si è accennato al *vulnerable group approach*, con ciò riferendosi all'attenzione riservata dalla Corte EDU a quei soggetti facenti parte di gruppi tradizionalmente vittime in passato di discriminazione. A questo proposito, non stupisce come, per l'intervallo di tempo preso in esame, gran parte della giurisprudenza della Corte EDU relativa alla vulnerabilità di determinati gruppi riguardi controversie connesse alla condizione della minoranza etnica Rom, storicamente vittima in Europa di violenze e discriminazioni perpetrate anche a livello istituzionale[134]. Le disposizioni della Convenzione rispetto alle quali il concetto di vulnerabilità viene valorizzato in misura significativa dai giudici di Strasburgo con riferimento alla minoranza etnica Rom sono gli artt. 8 e 14[135]. Procedendo con ordine, ad esempio, nella sentenza *V.C. c. Slovacchia* dell'8 novembre 2011, è nella vulnerabilità legata all'appartenenza della ricorrente alla minoranza Rom – particolarmente sensibile al tema della sterilizzazione – che la Corte rinviene l'argomento utile ad accertare la violazione del diritto alla vita privata e familiare da parte dello Stato convenuto per non aver adempiuto all'obbligo positivo di assicurare una misura sufficientemente protettiva della salute riproduttiva della donna, sterilizzata a seguito del consenso informato rilasciato durante il travaglio[136]. Il legame tra l'inquadramento della minoranza Rom come gruppo vulnerabile e l'art. 8 viene altresì in rilievo relativamente alla valutazione della compatibilità con il dettato convenzionale di sgomberi forzati disposti dalle autorità francesi nei casi *Winterstein e al. c. Francia*[137]

131 Corte EDU, 24 maggio 2018, *N.T.P. e altri c. Francia*; Corte EDU, 28 febbraio 2019, *Khan c. Francia*; Corte EDU, 28 febbraio 2019, *H.A. e altri c. Grecia*, dove la Corte rileva che «[…] *Les requérants relevaient incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société et il appartenait à l'État grec de les protéger et de les prendre en charge en adoptant à leur égard des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3*» (§ 171).

132 Corte EDU, 28 febbraio 2019, *H.A. e altri c. Grecia* e Corte EDU, 13 giugno 2019, *SH.D. e altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia*; Corte EDU, 3 ottobre 2019, *Kaak e altri c. Grecia*; Corte EDU, 25 giugno 2020, *Moustahi c. Francia*; Corte EDU, *B.G. e altri c. Francia*, cit. Da ultimo, Corte EDU, 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, § 173, caso in cui la Corte condanna l'Italia per violazione degli artt. 3 e 8 CEDU a causa della mancata applicazione del principio della presunzione della minore età a favore di un MSNA gambiano giunto in Italia nell'estate 2016, richiedendo asilo. Egli, infatti, è inizialmente collocato in un centro per MSNA, ma successivamente è trasferito in un centro di accoglienza per adulti, dove rimane per un periodo di quattro mesi.

133 Corte EDU, Grande Camera, 13 dicembre 2016, *Paposhvili c. Belgio* e Corte EDU, 4 aprile 2017, *Thimothawes c. Belgio*.

134 Sulla storia delle comunità Rom in Europa si vedano F. Vaux Defouletier, *Mille anni di storia degli zingari*, Milano, Jaca Book, 1990; A. Fraser, *The Gypsies*, Oxford, Blackwell, 1992; I. Hancock, *The Pariah Syndrome: an Account of Gypsy Slavery and Persecution*, Ann Arbor, Karoma Publishers, 1987. Per un approfondimento della giurisprudenza della Corte EDU sulla minoranza Rom fino al 2012 si veda M. C. Locchi, «Alcune considerazioni su limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle differenze culturali a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte europea dei diritti dell'uomo», in L. Cassetti (a cura di), *Archivio di diritti-cedu.unipg.it (2010-2015)*, Perugia, 2015, pp. 222-238.

135 Pare utile, tuttavia, segnalare che in Corte EDU, 7 gennaio 2010, *Sashov e al. c. Bulgaria*, §§ 55-56 la particolare vulnerabilità degli appartenenti alla minoranza Rom legata al loro rapporto con le forze dell'ordine, riconosciuta dalla Corte anche alla luce di quanto affermato dall'ECRI nel suo terzo rapporto sulla Bulgaria pubblicato nel gennaio 2004, sia venuta in rilievo ai fini dell'accertata violazione dell'art. 3 CEDU sul piano sia sostanziale che procedurale.

136 Corte EDU, 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovacchia*, § 179.

137 Corte EDU, 17 ottobre 2013, *Winterstein e al. c. Francia*. Sgombero disposto nei confronti di nomadi occupanti abusivamente un'area protetta da vincoli paesaggistici.

e *Hirtu e altri c. Francia*[138]. Le modalità attuative di questi ultimi sono state, infatti, ritenute lesive del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti, in quanto non coerenti con la maggiore attenzione da riservare – secondo la Corte – sia a livello normativo che provvedimentale da parte delle autorità statali alle esigenze e al particolare stile di vita dei Rom e dei nomadi, a cagione della vulnerabilità derivante dal loro *status* di minoranza[139].

Per quanto riguarda, invece, l'art. 14 della Convenzione e il divieto di discriminazione in esso enucleato, la vulnerabilità della minoranza etnica Rom viene in rilievo sia in via autonoma, mediante il riconoscimento di una protezione speciale a favore dei suoi membri in virtù delle violenze e delle discriminazioni subite[140], e sia in connessione – nel solco di alcuni importanti precedenti giurisprudenziali[141] e coerentemente con il tema dell'intersezionalità – con l'art. 2 del Prot. 1 CEDU relativo al diritto all'istruzione. L'art. 14 è stato invocato, infatti, in una serie di casi riguardanti il diritto all'educazione dei minori Rom con riferimento alla segregazione nelle scuole, realizzata, ad esempio, attraverso l'istituzione di classi speciali con programmi semplificati e di classi preparatorie specifiche situate fuori dall'edificio scolastico[142]. In tali pronunce, inquadrata la minoranza Rom, a cagione della sua storia, come «*un type particulier de minorité vulnérable ayant besoin d'une protection spéciale*» e precisato che tale protezione «*s'étend également au domaine de l'éducation*»[143], la Corte ha riscontrato nelle scelte istituzionali delle autorità scolastiche una condotta di natura – ancorché indirettamente[144] – discriminatoria, e come tale lesiva del combinato disposto degli artt. 14 e 2 del Prot. 1 CEDU.

Proseguendo secondo il *vulnerable group approach* sopraccitato, pare opportuno in questa sede richiamare brevemente altresì la giurisprudenza che ha visto la Corte EDU legare il concetto di vulnerabilità alla condizione dei soggetti appartenenti alla comunità LGBTQIA+, in relazione, da un lato, all'orientamento sessuale dei ricorrenti, e dall'altro, alla loro identità di genere.

---

138 Corte EDU, 14 maggio 2020, *Hirtu e al. c. Francia*. Sgombero disposto nei confronti di cittadini rumeni di etnia Rom stanziati con le loro famiglie in un accampamento di fortuna alla periferia di Parigi.

139 Corte EDU, *Winterstein e al. c. Francia*, cit., §148; Corte EDU, *Hirtu e al. c. Francia*, cit., § 70. Nel primo caso è ritenuto lesivo dell'art. 8 CEDU lo smantellamento del campo poiché i ricorrenti non hanno beneficiato, durante la procedura di espulsione, di una adeguata considerazione della proporzionalità della misura adottata. Nel secondo caso è riscontrata la lesione dell'art. 8 CEDU in quanto, oltre al breve preavviso, le autorità francesi non avevano prontamente offerto alloggi alternativi né avevano fatto ricorso a una procedura che permettesse agli interessati di veder esaminata, in modo certo, la proporzionalità della misura adottata nei loro confronti rispetto agli scopi pubblici perseguiti. Sul legame tra la riconosciuta vulnerabilità dei Rom/Tsigani e la necessità di riservare una particolare attenzione verso le loro esigenze e il loro stile di vita si vedano altresì Corte EDU, Grande Camera, 15 marzo 2012, *Aksu c. Turchia*, § 75; Corte EDU, Grande Camera, 13 novembre 2007, *D.H. e al. c. Repubblica Ceca*, § 181; Corte EDU, 18 gennaio 2001, *Chapman c. Regno Unito*, § 96.

140 Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vona c. Ungheria*, opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque. Nel caso richiamato la Corte ha ritenuto legittimo ai sensi dell'art. 11 della Convenzione lo scioglimento di un'associazione e di un movimento coinvolti nell'organizzazione di cortei di natura paramilitare e di raduni a difesa della cultura e delle tradizioni ungheresi contro la cd. criminalità zingara in diverse parti del Paese, e in particolare in località ad elevata densità di comunità Rom.

141 Corte EDU, Grande Camera, 13 novembre 2007, *D.H. e al. c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 5 giugno 2008, *Sampanis e al. c. Grecia*.

142 Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 16 marzo 2010, *Oršuš e al. c. Croazia*.

143 Corte EDU, 11 dicembre 2012, *Sampani e al. c. Grecia*, § 76; Corte EDU, 30 maggio 2013, *Lavida e al. c. Grecia*, § 62. Analogamente Corte EDU, Grande Camera, *Oršuš e al. c. Croazia*, cit., §§ 147, 148.

144 Pur non configurandosi gli atti o i comportamenti delle istituzioni scolastiche come mossi da intenti discriminatori o tesi a penalizzare gli studenti Rom, la Corte ravvisa una discriminazione razziale indiretta, con ciò facendo riferimento al verificarsi, nei fatti, di un effetto discriminatorio di carattere strutturale. Sul punto si veda S. Baldin, *Le minoranze rom fra esclusione sociale e debole riconoscimento giuridico. Uno studio di diritto pubblico europeo e comparato*, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 93-96.

Procedendo con ordine, nei casi *Alexeïev c. Russia* e *X. c. Turchia*, la Corte ha sostenuto che l'orientamento sessuale rientrasse nella tutela ex art. 14 CEDU ed attenesse alla sfera più intima e vulnerabile di ogni individuo, come tale richiedente un onere giustificativo aggravato in capo alle autorità statali in caso di adozione di misure controverse basate su tale criterio[145]. Sulla base di queste considerazioni, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto lesivi del divieto di discriminazione previsto dalla Convenzione rispettivamente, da un lato, il divieto posto dalle autorità allo svolgersi di manifestazioni a favore della comunità gay e lesbica in Russia poiché suffragato da ragioni giudicate non sufficientemente valide e, dall'altro, il collocamento in isolamento di un detenuto omosessuale a tutela della sua integrità fisica in quanto non idoneo a giustificare in maniera sufficiente la totale esclusione del soggetto dalla comunità carceraria.

Sempre in tema di orientamento sessuale, è utile, da ultimo, richiamare la sentenza *Fedotova e al. c. Russia* del 17 gennaio 2023[146] in cui la Corte, anche sulla base di quanto affermato dai terzi intervenienti in merito alla vulnerabilità delle coppie dello stesso sesso e delle persone LGBTI in Russia[147], ha ritenuto che la totale assenza di qualsiasi protezione e riconoscimento istituzionale verso tre coppie omosessuali ponesse le autorità statali in una posizione di eccessiva arbitrarietà nei confronti delle stesse, riscontrando pertanto una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Passando, a questo punto, ai casi che hanno visto la Corte richiamare il concetto di vulnerabilità nell'ambito delle questioni relative all'identità di genere, è opportuno menzionare *S.V. c. Italia*, *Y.T. c. Bulgaria e X* e *Y c. Romania*. All'interno di queste pronunce, le quali vanno a inserirsi nel solco di un precedente filone giurisprudenziale teso a implementare nonché rendere efficaci ed accessibili le procedure strumentali al cambio legale di genere[148], la vulnerabilità viene in rilievo, infatti, nella misura in cui assurge a criterio chiave per giudicare come eccessivamente rigido il ragionamento compiuto, in particolare, dai giudici nazionali in merito al riconoscimento dell'identità di genere dei ricorrenti. Più nello specifico, è anche in ragione del sentimento di vulnerabilità originatosi nei ricorrenti, costretti sostanzialmente a dover effettuare una scelta tra la tutela della propria integrità fisica e il riconoscimento a livello istituzionale della loro reale identità di genere, che la Corte ha ritenuto lesivo del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 della Convenzione il subordinare il cambio di genere all'esecuzione dell'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso[149].

G. Le donne

Per inquadrare al meglio come e con quali effetti la Corte EDU, nella sua giurisprudenza, qualifichi le donne come soggetti vulnerabili, è necessario procedere ad una tripartizione che tenga conto del dato contestuale. A questo proposito, il primo ambito in cui la vulnerabilità delle donne viene in

145 Corte EDU, 21 ottobre 2010, *Alexeïev c. Russia*, § 108; Corte EDU, 9 ottobre 2012, *X. c. Turchia*, § 57.
146 Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2023, *Fedotova e al. c. Russia*.
147 Corte EDU, Grande Camera, *Fedotova e al. c. Russia*, cit., §§ 120, 139.
148 Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*; Corte EDU, Grande Camera, 16 luglio 2014, *Hämäläinen v. Finland*; Corte EDU, 6 aprile 2017, *A.P., Garçon and Nicot v. France*.
149 Corte EDU, 9 luglio 2020, *Y.T. c. Bulgaria*, § 72; Corte EDU, 19 gennaio 2021, *X e Y c. Romania*, § 165; Corte EDU, 11 ottobre 2018, *S.V. c. Italia*, § 72.

rilievo in modo significativo è quello riconducibile alla tratta di esseri umani e allo sfruttamento della prostituzione. A tal riguardo, nella sentenza *B.S. c. Spagna* del 24 luglio 2012[150] il mero esercizio della prostituzione contribuisce, insieme alle sue origini africane, ad inquadrare la donna ricorrente come vulnerabile. Tale circostanza è infatti dirimente per dichiarare la violazione degli artt. 3 e 14 della CEDU sul piano procedurale da parte delle autorità spagnole, per non aver adottato tutte le misure possibili per verificare se un atteggiamento discriminatorio e razzista avesse potuto o meno svolgere un ruolo negli eventi, relativi, in particolare, a presunti maltrattamenti perpetrati da due agenti di polizia nei confronti della ricorrente. La vulnerabilità della donna è, invece, inequivocabilmente connessa allo sfruttamento della prostituzione, di cui ella è vittima, nella sentenza *S.M. c. Croazia* del 25 giugno 2020[151]. Nel caso riguardante la denuncia mossa nei confronti di un ex poliziotto da parte di una giovane donna per aver costretto fisicamente e psicologicamente quest'ultima a prostituirsi, la Corte, nel ricondurre – sulla scia di quanto già affermato nella sentenza *Rantsev v. Cipro e Russia* del 7 gennaio 2010[152] – la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione forzata nell'alveo dell'art. 4 della Convenzione, relativo alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, non manca, infatti, di richiamare numerosi strumenti normativi di *hard law* e di *soft law* in materia di tratta di esseri umani e di sfruttamento della prostituzione dai quali emerge, in un quadro di riconosciuta vulnerabilità dei soggetti vittime di queste pratiche, un'attenzione specifica nei confronti delle donne[153]. Non basti, il giudice Vilanova, nella sua opinione concorrente, individua espressamente nelle donne la categoria maggiormente vulnerabile e, come tale, più facilmente suscettibile di cadere nella trappola della prostituzione forzata[154].

Il secondo ambito in cui rileva la vulnerabilità delle donne attiene alla sfera che, per comodità espositiva, può definirsi legata ai diritti riproduttivi e alla genitorialità. Se, in relazione a quest'ultima, la vulnerabilità viene ricondotta nella sentenza *Kaak e altri c. Grecia* del 3 ottobre 2019 alla condizione

150 Corte EDU, 24 luglio 2012, *B.S. c. Spagna*, § 71. «À la lumière des éléments de preuve fournis en l'espèce, la Cour estime que les décisions rendues en l'espèce par les juridictions internes n'ont pas pris en considération la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution. Les autorités ont ainsi manqué à l'obligation qui leur incombait en vertu de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 de prendre toutes les mesures possibles pour rechercher si une attitude discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements.».

151 Per un'attenta analisi della sentenza si veda S. De Vido, «Della tratta di donne e ragazze nel diritto internazionale ed europeo: riflessioni sulla nozione giuridica di "sfruttamento sessuale" alla luce della sentenza S.M. c. Croazia della Corte europea dei diritti umani», *GenIUS*, n. 2, 2020, pp. 65-80.

152 Il caso riguardava la presunta tratta e la morte di una giovane donne russa, che era stata assunta come cabarettista a Cipro (pratica denunciata da molte organizzazioni come copertura per la prostituzione) e che poi era morta in circostanze sospette a seguito di uno scontro con l'uomo per il quale aveva lavorato.

153 Art. 3(a) del Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini; la Raccomandazione generale n. 19 sulla violenza contro le donne del Comitato CEDAW; le Osservazioni conclusive del Comitato CEDAW sul quinto e quarto rapporto combinati sulla Croazia del 28 luglio 2015; Il Report annuale del 2005 sulla tratta di persone, in particolare di donne e bambini dello Special Rapporteur Sigma Huda presso il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite; la Direttiva 2011/36/EU (cd Direttiva anti-tratta); la Risoluzione del Parlamento Europeo del 26 febbraio 2014 su sfruttamento sessuale e prostituzione, e sulle loro conseguenze per la parità di genere.

154 Corte EDU, Grande Camera, 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, opinione concorrente giudice Vilanova, § 11: «[…] *D'autre part, la liste des obligations positives incombant aux États au titre de l'article 4 devrait être complétée par l'introduction de mesures préventives, comme la détection et l'accompagnement des personnes précaires et vulnérables (des femmes dans une très large proportion) susceptibles de tomber dans le piège de la prostitution forcée, ou encore l'assistance aux personnes souhaitant s'extraire de la prostitution et de son engrenage et leur protection*».

di donna madre nubile a cui viene riconosciuto un trattamento di favore dalle stesse autorità nazionali greche nell'ambito delle procedure di detenzione amministrativa ed espulsione di migranti irregolari[155], in merito ai diritti riproduttivi essa rileva, invece, per un verso – sebbene non con riguardo alla condizione dei ricorrenti – in relazione alla condizione delle donne rispetto alla maternità surrogata[156] e all'ovodonazione[157], e per l'altro verso – e in maniera più decisiva ai fini di questo studio – in merito allo stato di gravidanza in cui esse si trovano. Più nello specifico, nel caso *R. R. c. Polonia* la Corte, riconoscendo la vulnerabilità della ricorrente in ragione del suo stato di ansia legata alla sospetta malformazione del feto[158], ha giudicato gli ostacoli all'accesso a un servizio diagnostico decisivo per l'esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza come lesivi degli artt. 3 e 8 della Convenzione.

Dove, tuttavia, la vulnerabilità della donna è venuta quantitativamente e qualitativamente più in rilievo è nell'ambito della violenza domestica. In un quadro più ampio che ha visto la Corte sottolineare, anche mediante il richiamo alla sua precedente giurisprudenza, la particolare vulnerabilità in termini generali delle vittime di violenza domestica[159], titolari – per tale motivo – del diritto a godere della protezione da parte dello Stato sotto forma di prevenzione efficace contro tortura, trattamenti o pene inumani o degradanti, anche se causati da privati[160], ciò che viene riconosciuto è che il carattere della vulnerabilità possa essere accostato a qualsiasi donna qualora ella si trovi di fronte a un partner aggressivo e violento[161]. Quanto, tuttavia, qui più interessa sottolineare è come la vulnerabilità delle donne vittime di violenza domestica incida sugli obblighi positivi in capo alle autorità statali. In particolare, in più pronunce la Corte condanna lo Stato per non aver tenuto debitamente conto, nel trattamento giurisdizionale delle controversie relative alla violenza domestica contro le donne, della situazione di precarietà e di particolare vulnerabilità, morale, fisica e/o materiale, della vittima[162]. Analizzando

155 Corte EDU, 3 ottobre 2019, *Kaak e altri c. Grecia*, § 70: «La Cour estime utile aussi de préciser que le Gouvernement indique que les requérants 19 et 26 apparaissent comme les enfants accompagnés de la ressortissante afghane S.A. dans un document du directeur de la police de Chios qui révoquait la décision d'expulsion de celle-ci au motif qu'elle appartenait, en tant que mère célibataire, à un groupe de personnes vulnérables».

156 Corte EDU, 22 novembre 2022, *D.B. e al. c. Svizzera*, opinione in parte dissenziente della giudice Elósegui, § 24 in cui viene riportato quanto previsto al § 115 della Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015: «[Le Parlement européen] condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises; estime que cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme».

157 Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. e al. c Austria*, §§ 105, 113.

158 Corte EDU, 26 maggio 2011, *R. R. c. Polonia*, §§ 159, 209.

159 Si vedano, ad esempio, Corte EDU, 30 ottobre 2012, *E.M. c. Romania*, § 58 che richiama Corte EDU, 12 giugno 2008, *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, §§ 65, 48, nonché Corte EDU, 26 marzo 2013, *Valiulienė c. Lituania*, nota n. 14 nell'opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque che richiama Corte EDU, *Bevacqua e S. c. Bulgaria supra* citata, § 65 e Corte EDU, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, § 132.

160 Corte EDU, 22 marzo 2016, *M.G. c. Turchia*, § 76.

161 Corte EDU, *Valiulienė c. Lituania*, cit., nota 14 nell'opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque. Nella sua opinione il giudice sottolinea inoltre come il fenomeno delle violenze domestiche veda nella maggior parte dei casi come vittime le donne affermando che «*Les violences domestiques sont essentiellement des violences envers les femmes*».

162 «Dans le traitement judiciaire du contentieux des violences contre les femmes, il incombe aux instances nationales de tenir compte de la situation de précarité et de vulnérabilité particulière, morale, physique et/ou matérielle de la victime, et d'apprécier la situation en conséquence, dans les plus brefs délais». Cfr. Corte EDU, 22 marzo 2016, *M.G. c. Turchia*, § 95; Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, § 130; Corte EDU, 16 giugno 2022, *De Giorgi c. Italia*, § 85; Corte EDU, 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, § 142.

brevemente, ad esempio, la sentenza *M.S. c. Italia* del 7 luglio 2022, facente eco alle condanne occorse per analoghe motivazioni nei casi *Talpis c. Italia* del 2 marzo 2017, *Landi c. Italia* del 7 aprile 2022 e *De Giorgi c. Italia* del 16 giugno 2022, e riguardante il ricorso di una donna vittima di numerosi episodi di violenza da parte del marito, la Corte, dopo aver distinto tra un primo e un secondo periodo di tempo ai fini dell'accertamento della violazione degli obblighi sostanziali previsti ex art. 3 della Convenzione[163], ravvisa, relativamente all'intero periodo, una violazione dell'art. 3 nella sua dimensione procedurale, in virtù dell'intervenuta prescrizione, determinata dalla tardività nella conduzione delle indagini e dalle lungaggini processuali, della maggior parte dei reati contestati dalla ricorrente.

V. La definizione di vulnerabilità: l'approccio «olistico» alla ricerca di una definizione generale

Successivamente alla disamina della giurisprudenza della Corte EDU, è possibile trarre alcune considerazioni in merito alla definizione di vulnerabilità.

Come già accennato, di primo acchito, si potrebbe pensare che la Corte adotti un metodo categoriale nell'utilizzo del termine: essa, infatti, anche nelle sue pronunce più recenti accosta costantemente a delle categorie la parola vulnerabilità, intesa quale sinonimo di fragilità o di precarietà. Così, i minori sono vulnerabili in ragione della loro giovane età[164] e specularmente gli anziani per l'età avanzata alla quale consegue una maggiore difficoltà a comprendere le informazioni fornite[165]. Per quanto riguarda i disabili, la loro vulnerabilità è riconosciuta da due diversi punti di vista: da un primo angolo prospettico, essi sono vulnerabili poiché, come i minori e gli anziani, hanno una minore capacità di percepire e di comprendere il contesto circostante; da una seconda angolazione, la loro fragilità è assimilabile a quella delle minoranze - etniche, religiose e legate all'orientamento sessuale[166]. Quanto ai detenuti e alle persone sottoposte al controllo dell'autorità pubblica, la loro vulnerabilità è legata alla privazione della libertà e allo stato di completa dipendenza nei confronti delle istituzioni[167]. Lo straniero, invece, è vulnerabile a causa del senso di spaesamento tipico di chi giunge in un nuovo Stato e può essere legata alle difficoltà linguistiche[168]. Le donne sono vulnerabili in ragione della loro qualità di vittime di violenza domestica e dello sfruttamento della prostituzione[169], nel quadro del conflitto coniugale[170], e in qualità di giovani madri nubili o a causa dello stato di gravidanza, aggravato dall'ansia relativa alla situazione del feto[171].

---

163 Relativamente al primo periodo, dal 19 gennaio 2007 al 21 ottobre 2008, la Corte ha ritenuto che le autorità abbiano mancato al loro dovere di effettuare una valutazione immediata e proattiva del rischio di una reiterazione della violenza contro la ricorrente e di adottare misure preventive operative volte a mitigare quel rischio. Riguardo al secondo periodo, dal 21 ottobre 2008 al 5 gennaio 2018, la Corte ha ritenuto che le autorità avessero svolto un'attività autonoma, propositiva e una valutazione completa del rischio, rispettando così gli obblighi positivi di protezione della ricorrente dalla violenza domestica.

164 Corte EDU, *A.P. c. Repubblica di Moldavia*, cit.

165 Corte EDU, *M.K. c. Lussemburgo*, cit.

166 Corte EDU, *X e Y c. Romania*, cit.

167 Corte EDU, *Kutsarovi c. Bulgaria*, cit.

168 Corte EDU, *Knox c. Italia*, cit.

169 Corte EDU, Grande Camera, *S.M. c. Croazia*, cit.

170 Corte EDU, 13 luglio 2021, *Neves Caratão Pinto c. Portogallo.*

171 Corte EDU, 26 maggio 2011, *R.R. c. Polonia.*

Il concetto di vulnerabilità rimane, dunque, indeterminato nel senso che non è oggetto di una definizione generale[172]. La vaghezza del concetto permette di usare la vulnerabilità quale strumento di protezione per rispondere alle esigenze del caso concreto[173]. Attraverso una lettura maggiormente approfondita, si comprende come la vulnerabilità sia definita piuttosto attraverso un metodo «olistico» e non ontologico. In altre parole, di fronte a condizioni normali, il concetto assolve una funzione persuasiva, invece, in casi estremi, dove è necessario trovare delle ragioni giustificatrici forti all'interno di una determinata decisione, assume un contenuto più chiaro. Da questo punto di vista, sembra che la Corte faccia un uso del termine molto simile a quello di dignità umana. Riprendendo la formulazione usata in relazione a quest'ultima, si potrebbe definire la vulnerabilità un «concetto interpretativo»[174], ossia un concetto che più che qualificare è qualificato a seconda della categoria di riferimento. La nozione di vulnerabilità, però, si discosta da quella di dignità umana per un aspetto fondamentale: il riferimento alla dignità umana comporta direttamente un approccio universalista ed astratto, nel senso che la Corte non sente la necessità di giustificare la sua invocazione alla luce delle condizioni del caso concreto; al contrario, i giudici di Strasburgo si avvalgono della vulnerabilità per affrontare indirettamente le conseguenze che determinate condizioni dell'individuo possono produrre sul rispetto della sua dignità.

In sintesi, la Corte mantiene un approccio selettivo e flessibile che permette di applicare, dove lo ritiene opportuno, una «*context-sensitivity*»[175]. La vulnerabilità, infatti, non è unicamente associata ad una categoria, ma è spesso specificata da ulteriori fattori. Riprendendo sinteticamente le categorie trattate in precedenza si può notare come la vulnerabilità assuma di volta in volta diverse caratterizzazioni che prescindono dall'appartenenza ad una categoria o ad un'altra. Ad un primo livello di vulnerabilità intrinseca, infatti, si aggiunge in molti casi un secondo livello di vulnerabilità accentuata: potremmo ricondurre tale casistica al tema, già accennato, della intersezionalità. La situazione dei minori è aggravata quando vengono privati dei genitori e collocati in strutture pubbliche[176] o, nel caso dei MSNA, nei centri di detenzione amministrativa o nelle *zones d'attente*[177]. In queste ipotesi, si osserva che l'interesse superiore del minore tende a imporsi su qualsiasi altro interesse; ciò implica, ad esempio, che la loro condizione di minore prevalga, se del caso, su quella di straniero in situazione irregolare[178]. Una protezione particolare è richiesta anche per il minore in

172 La problematica connessa all'estrema vaghezza dei concetti coinvolti non è passata inosservata. Si ricorda, a titolo di esempio, l'opinione dissenziente del giudice Ranzoni in Corte EDU, 17 novembre 2016, *V.M. e altri c. Belgio*. Il giudice ricorda che la Grande Camera avrebbe dovuto approfittare dell'occasione offerta dal caso in questione per precisare il concetto di vulnerabilità. Infatti, occorre evidenziare come all'interno di una categoria gli individui possano presentare un livello differenziato di vulnerabilità, così come un soggetto che apparentemente potrebbe essere condotto all'interno di una categoria vulnerabile potrebbe non averne le caratteristiche (Corte EDU, Grande Camera, 17 novembre 2016, *V.M. e altri c. Belgio*, Opinione dissenziente del giudice Ranzoni alla quale si allineano i giudici López Guerra, Sicilianos e Lemmens, §§ 5 e 6).

173 M. O'Boyle, *The Notion of "Vulnerable Groups" in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Human Rights, Venice Commission, Doc CDL-LA(2016)003, 12 febbraio 2016, p. 4.

174 R. Dworkin, *Giustizia per i ricci*, Milano, Feltrinelli, 2013, p. 236. L'espressione è ripresa anche da P. Veronesi, «La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2014, pp. 315-356.

175 C. Heri, *Responsive Human Rights Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2021, p. 206.

176 Corte EDU, Grande Camera, *X e altri c. Bulgaria*, cit.

177 Corte EDU, *E.H. c. Francia*, cit.

178 Corte EDU, *N.B. e altri c. Francia*, cit.

stato di arresto e/o sottoposto a procedimento penale[179]. Oltre alla minore età, il detenuto può essere ritenuto particolarmente vulnerabile di fronte a determinate situazioni: la malattia mentale[180], le difficoltà linguistiche[181], i problemi di salute[182], ma altresì il fatto di essere collocato in isolamento, di essere ammanettato o di avere gli occhi bendati. Per quanto riguarda lo straniero, la vulnerabilità è accresciuta dallo *status* di migrante irregolare[183], di richiedente asilo e di minore. In particolare, per quanto riguarda i richiedenti asilo, essa è accentuata dai loro percorsi migratori e dalle ragioni che li hanno costretti a fuggire dal loro Paese di origine e impedirne il ritorno[184].

Nei casi portati all'attenzione della Corte EDU si riscontra una certa linea di continuità tra la categoria dei detenuti e quella degli stranieri/migranti. Proprio nell'ambito delle decisioni aventi ad oggetto queste due categorie, la Corte delinea la portata dell'art. 3 CEDU. Per poterne dichiarare la violazione, infatti, è necessario il superamento di una soglia minima di gravità, individuata caso per caso, in relazione: a) alle circostanze oggettive del fatto; b) alle qualità soggettive della vittima. All'interno di questo secondo parametro, i giudici di Strasburgo riconducono con sempre maggiore frequenza l'appartenenza ad una certa categoria, ma altresì una generale situazione di svantaggio o di vulnerabilità[185]. Dalla qualità soggettiva, dunque, deriva un innalzamento della tutela accordata dalla Convenzione. Occorre rilevare, tuttavia, che l'uso del termine non sempre conduce ad un miglioramento degli standard di tutela discendenti dalla Convenzione. Proprio l'approccio casistico utilizzato dalla Corte, seppur idoneo ad adattarsi alle esigenze del caso concreto, comporta molto spesso una restrizione della platea dei soggetti beneficiari. La Corte, infatti, sembra accordare tale protezione accentuata solo di fronte a situazioni eccezionali, che, così come la vulnerabilità, difettano di una definizione precisa.

VI. L'impatto sulla prova e altri profili processuali

La nozione di vulnerabilità dispiega i suoi effetti altresì sul piano processuale, incidendo in particolare, da un lato, sulle condizioni di ricevibilità dei ricorsi dinanzi alla Corte e, dall'altro, sulla ripartizione dell'onere probatorio circa le presunte violazioni delle disposizioni convenzionali.

In merito al profilo della ricevibilità è importante, in primo luogo, soffermarsi su come e con quali effetti la vulnerabilità si inserisca nella lettura data dalla Corte all'art. 35 della Convenzione, relativo alla necessità del previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

---

179 Corte EDU, Grande Camera, *Bouyid c. Belgio*, cit.
180 Corte EDU, *S.F. c. Svizzera*, cit.
181 Corte EDU, Grande Camera, *Beuze c. Belgio*, cit.
182 Corte EDU, *SY c. Italia*, cit.
183 Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit.
184 Corte EDU, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit.
185 Per la giurisprudenza precedente al 2010, si v. A. Colella, «La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)», *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2011, pp. 221-247.

A questo proposito, già nella sentenza *Akdivar e al. c Turchia*, dopo aver sottolineato che nell'applicazione della disposizione si dovesse tenere conto realisticamente non solo dell'esistenza formale dei mezzi di ricorso interni, ma anche del contesto in cui essi operavano ed in particolare delle circostanze personali dei ricorrenti, la Corte ha ravvisato nella vulnerabilità dei ricorrenti, legata anche[186] alla paura di subire rappresaglie nell'ambito del conflitto curdo-turco a seguito di eventuali denunce mosse da questi ultimi nei confronti delle autorità pubbliche, un elemento sufficiente per esonerarli dall'obbligo di esperire rimedi interni, senza che ciò comportasse l'irricevibilità del ricorso per violazione dell'art. 35 della Convenzione[187]. Se tale sentenza riveste la sua importanza anche per aver fatto da apripista ad altre pronunce che, sempre in relazione al conflitto appena citato, hanno visto valorizzata la nozione di vulnerabilità in relazione, tuttavia, all'art. 34 CEDU relativo alla libertà di esercitare il diritto di ricorso individuale a fronte di una certa interferenza delle autorità statali[188], pare utile qui richiamare altresì i casi *V.D. c. Romania* e *Epure c. Romania* all'interno dei quali la Corte ha tenuto conto della vulnerabilità dei ricorrenti – detenuti con disturbi mentali e perciò considerati incapaci in alcuni casi di lamentarsi in maniera coerente e adeguata su determinati trattamenti subiti – per ritenere ammissibili i ricorsi promossi da questi ultimi, nonostante le eccezioni di irricevibilità sollevate dal Governo rumeno ai sensi dell'art. 35 CEDU[189].

Sempre in tema di ricevibilità dei ricorsi dinanzi alla Corte, un ultimo punto da richiamare brevemente concerne il rapporto tra vulnerabilità e *locus standi* delle ONG.

A questo proposito, è importante menzionare le sentenze *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Romania*[190], *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Romania*[191] e *Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage c. Francia*[192] del 4 giugno 2020, le quali hanno visto la Corte riconoscere la legittimazione ad agire, sebbene sprovviste di una valida procura, ad alcune ONG in virtù delle circostanze eccezionali di vulnerabilità legate rispettivamente alla morte di un ragazzo di origine rom, sieropositivo e affetto da grave disabilità, ricoverato in un ospedale psichiatrico in pessime condizioni; al decesso di un detenuto in un ospedale penitenziario affetto da malattia mentale; alla morte di una minore a seguito dei maltrattamenti inflittele dai suoi genitori.

Venendo, in conclusione, all'impatto della vulnerabilità sulla ripartizione dell'onere probatorio, occorre innanzitutto ribadire che dalla condizione di vulnerabilità la Corte faccia discendere per lo Stato convenuto un obbligo di protezione maggiore nei confronti del ricorrente, assieme ad un più

---

186 La Corte fa riferimento allo stato di insicurezza e vulnerabilità dei ricorrenti a causa della distruzione delle loro case e dalla circostanza che li vede pertanto dipendenti dalle autorità per i loro bisogni primari. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 16 settembre 1996, *Akdivar e al. c Turchia*, § 73.

187 Corte EDU, Grande Camera, *Akdivar e al. c Turchia*, cit., §§ 68-75.

188 Corte EDU, Grande Camera, *Akdivar e al. c Turchia*, cit. § 105; Corte EDU, 25 maggio 1999, *Kurt c. Turchia*, §§ 159-165; Corte EDU, Grande Camera, 8 luglio 1999, *Tanrıkulu c. Turchia*, § 131; Corte EDU, 10 ottobre 2000, *Akkoç c. Turchia*, § 125.

189 Corte EDU, 16 febbraio 2010, *V.D. c. Romania*, § 87; Corte EDU, 11 maggio 2021, *Epure c. Romania*, §§ 54-55.

190 Corte EDU, Grande Camera, 17 luglio 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Romania.*

191 Corte EDU, 24 marzo 2015, *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Romania.*

192 Corte EDU, 4 giugno 2020, *Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage c. Francia.*

elevato approfondimento del caso[193]. Si consideri a titolo meramente esemplificativo la sentenza *A.I. c. Italia* nella quale la Corte, condannando l'Italia per aver impedito i contatti tra la madre naturale e le figlie minori in una procedura di affidamento preadottivo, nell'affermare che i tribunali nazionali non avessero tenuto conto della situazione di vulnerabilità della ricorrente – donna di origini nigeriane vittima di tratta – nella valutazione delle sue capacità genitoriali e della sua richiesta di mantenere i contatti con le figlie, ha ricordato che «*Dans le cas des personnes vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue*»[194].

Se si adotta l'approccio categoriale cui si è fatto riferimento in precedenza, dalla giurisprudenza analizzata emerge che un grado di protezione e di diligenza più considerevoli soo richiesti all'interno, ad esempio, degli edifici scolastici con riferimento ai minori[195], o ancora che un forte obbligo di collaborazione viene richiesto allo Stato nell'ambito della tutela delle condizioni degli stranieri, con particolare riferimento ai soggetti richiedenti asilo[196].

La disposizione convenzionale rispetto alla quale, tuttavia, la condizione di vulnerabilità del ricorrente più incide sia in termini di ripartizione dell'onere probatorio che di valutazione della gravità necessaria per determinarne la violazione è l'art. 3 CEDU.

In particolare, per quanto riguarda i detenuti e, più in generale, tutti i soggetti sottoposti a limitazione della libertà personale, come tali in stato di totale dipendenza dalle autorità statali, l'onere di provare la non gravità – e dunque la legittimità – della misura ricade sul Governo[197].

Emblematiche, a tal proposito, possono risultare le parole usate dai giudici di Strasburgo nella sentenza *P.M. e F.F. c. Francia*. Essi rimarcano la particolarità delle situazioni ove le circostanze del caso concreto, considerate nella loro generalità o solo in larga parte, siano conosciute unicamente dalle autorità pubbliche che esercitano il loro controllo sul soggetto coinvolto, come nel caso di individui sottoposti a *garde à vue*. In situazioni del genere, infatti, qualsiasi lesione verificatasi durante tale periodo genera «*de fortes présomptions de fait*» che impongono al Governo di fornire, al fine di evitare conclusioni della Corte a quest'ultimo sfavorevoli, «*une explication satisfaisante et convaincante en produisant des preuves établissant des faits qui font peser un doute sur le récit de la victime*». Tale conclusione, ricorrente in molte altre pronunce, è giustificata proprio dal fatto che le persone sottoposte a *garde à vue* si trovino in una condizione di vulnerabilità e che le autorità statali debbano per tale ragione proteggerle[198].

193 Cfr. *ex plurimis* Corte EDU, 1° aprile 2021, *A.I. c. Italia*; Corte EDU, 30 marzo 2021, *D.C. c. Belgio*; Corte EDU, 31 marzo 2020, *Jeanty c. Belgio*; Corte EDU, 1° giugno 2010, *Jasińska c. Polonia*; Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea c. Romania*.

194 Corte EDU, *A.I. c. Italia*, cit., § 102.

195 Cfr. Corte EDU, 9 febbraio 2021, *Veronica Ciobanu c. Repubblica di Moldavia*; Corte EDU, 10 luglio 2012, *Kayak c. Turchia*.

196 Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 2020, *M.A. c. Belgio*.

197 Cfr. Corte EDU, 18 febbraio 2021, *P.M. e F.F. c. Francia*; Corte EDU, 16 febbraio 2021, *İltümür Ozan e altri c. Turchia*; Corte EDU, 13 febbraio 2018, *Portu Juanenea Sarasola Yarzabal c. Spagna*.

198 Corte EDU, 18 febbraio 2021, *P.M. e F.F. c. Francia*. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 3 CEDU per i maltrattamenti subiti durante l'arresto e il successivo fermo da parte della polizia.

Considerazioni conclusive

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in cui viene utilizzato il termine vulnerabilità costituisce – come anticipato nell'introduzione – un riferimento particolarmente importante per la riflessione in atto a livello europeo su questo tema. La vulnerabilità, nonostante le difficoltà sul piano definitorio, viene utilizzata dai giudici come «strumento» nell'ambito del processo interpretativo per rafforzare la garanzia dell'effettivo godimento dei diritti. I giudici europei, che si caratterizzano essenzialmente come giudici del fatto, possono più di altri svilupparne tutte le potenzialità, con le conseguenti ricadute a livello nazionale in un sistema di protezione multilivello dei diritti[199].

Se alcuni interventi della Corte riguardano strettamente il sistema europeo di controllo, come quelli relativi alle condizioni di ricevibilità dei ricorsi (es. rispetto al previo esaurimento delle vie di ricorso interne o al *locus standi*) analizzati nel precedente paragrafo, la maggior parte tocca aspetti sostanziali e offre di conseguenza agli Stati, non solo quelli oggetto di condanna, indicazioni importanti per meglio assicurare la garanzia dei diritti.

La scelta fatta in questo lavoro di articolare l'analisi, per fini essenzialmente euristici, sulla distinzione per categorie non impedisce di cogliere alcune linee generali che nonostante siano già state messe in evidenza nel testo meritano di essere richiamate anche in queste brevi considerazioni conclusive.

Innanzitutto, la presa in considerazione della vulnerabilità – nelle sue diverse declinazioni, anche quando si fa riferimento soggetti/condizioni di particolare vulnerabilità o di estrema vulnerabilità – aiuta a cogliere la specificità della singola vicenda sottoposta all'esame della Corte. Si pensi agli esempi citati rispetto alle persone disabili o ai minori, laddove la giurisprudenza prende in considerazione le esigenze di protezione del soggetto coinvolto, andando oltre l'applicazione di criteri puramente formali. Così come nelle decisioni relative agli stranieri, dove viene dato rilievo alle particolari condizioni del loro «viaggio» verso l'Europa, anche in casi in cui non erano in una situazione di pericolo nel loro Paese. Si tratta di un approccio che mette in luce lo stretto collegamento tra il concetto di vulnerabilità e la presa in carico delle peculiarità del singolo caso sottoposto all'esame della Corte. Se non mancano, come si è visto, letture che superando l'approccio categoriale propongono quella che è stata indicata come una visione «olistica», in base alla quale tutti sono vulnerabili ed è la società a dover mettere ciascuno in grado di sviluppare appieno e con dignità la propria vita, nondimeno vanno considerate le singole posizioni, cogliendone le peculiarità. In questo senso, l'utilizzazione del concetto di vulnerabilità nella valutazione del singolo caso diventa lo strumento per dare concretezza l'esigenza di rispetto della pari dignità di tutte le persone.

Un altro profilo che emerge dall'analisi della giurisprudenza è la particolare attenzione che viene riservata alle situazioni in cui le persone sono soggette alla responsabilità dello Stato. L'esempio

199 Si è fatto cenno, in più occasioni, in questo scritto all'interpretazione evolutiva che la Corte dà delle disposizioni della CEDU, che permette di leggerle alla luce dei cambiamenti della società e di rendere così possibile tutelare diritti che al momento della scrittura della Convenzione non erano ancora emersi come parte del patrimonio comune europeo.

paradigmatico è la detenzione nelle carceri, ma vi sono anche altre ipotesi di limitazione della libertà e soggezione alle autorità pubbliche, come il ricovero negli ospedali psichiatrici, laddove ancora presenti, e, da ultimo, il trattenimento nei centri per i migranti variamente denominati e caratterizzati, come emerge dagli esempi citati nel testo. In questi casi viene riconosciuta una situazione di particolare vulnerabilità dei soggetti «ristretti», che richiede agli Stati un supplemento di attenzione. Ciò conduce la Corte a dare una lettura ampia della violazione dell'art. 3, sul divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, così come del diritto di agire in giudizio. Per altro aspetto, sul piano procedurale ci troviamo di fronte ad un'inversione dell'onere della prova: è lo Stato che deve giustificare la legittimità delle scelte fatte sul piano generale (es. le caratteristiche delle strutture carcerarie) o da parte dei suoi funzionari. Questa impostazione rafforza la tutela da parte della Corte europea, ma si traduce anche nell'indicazione diretta o indiretta di scelte che lo Stato deve mettere in atto a livello interno per rispettare le persone soggette al suo controllo.

Quest'ultima considerazione mette in luce un'altra peculiarità dell'attività interpretativa della Corte europea, che è capace, proprio per difendere i soggetti vulnerabili, di trarre obblighi positivi dalle norme convenzionali. Com'è noto la CEDU contiene essenzialmente diritti di libertà classici, negativi. Tuttavia, in molti casi la Corte ha condannato gli Stati per non aver fatto quanto necessario per proteggere i soggetti vulnerabili. Ciò vale, ad esempio, nei casi di violenza sulle donne, dove l'inadeguatezza delle misure messe in atto a livello nazionale – concretamente, al di là della disciplina legislativa – può condurre anche ad esiti letali. Vengono così individuati a carico degli Stati obblighi di intervento finalizzati ad assicurare l'effettiva garanzia dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

Infine, un cenno va fatto al cosiddetto *vunerable group approach*, che indica la particolare attenzione riservata ai soggetti facenti parte di gruppi vulnerabili, intesi soprattutto come gruppi vittime in passato di discriminazione. Il riferimento è soprattutto alle minoranze etniche, che nel contesto europeo in questa fase storica vale – come si è visto – soprattutto per i Rom, ma non si devono dimenticare casi, come la comunità LGBTQIA+. In queste ipotesi l'utilizzo del concetto di vulnerabilità in relazione ad un particolare gruppo serve alla Corte anche per rafforzare l'applicazione del divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della CEDU[200]. Non è questa la sede per approfondire l'interpretazione data dai giudici europei a questa disposizione, che ha permesso di ampliare i casi oltre quelli nominati e di rendere più intense le tutele. Va tuttavia segnalato che vi è chi ha messo in evidenza il rischio di sovrapposizioni che potrebbero ridurre la portata migliorativa del riferimento alla vulnerabilità[201].

---

200 Il riferimento è all'art. 14 della CEDU secondo cui «Il godimento dei diritti e delle libertà *riconosciuti nella presente Convenzione* deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, *in particolare* quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od *ogni altra condizione*» (corsivo aggiunto). V. «Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole no 12 à la Convention», aggiornato al 31 agosto 2024, reperibile all'indirizzo [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_14_art_1_protocol_12_fre].

201 Cfr., ad esempio, SY Kim, «Les vulnérables : evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights», *Legal Studies*, 2021, p. 1 ss., [https://doi.org/10.1017/lst.2021.21fr].

Si tratta di considerazioni che si collegano alla riflessione più generale sui rischi che può avere l'utilizzazione del concetto, che in alcuni casi può portare a sviluppare un approccio paternalistico, che al fine di tutelare la persona ne limita i diritti. Si può citare il caso della persona carcerata, che è anche omosessuale: per proteggerla dalle possibili violenze da parte degli altri detenuti può essere collocata in una sezione separata, con la conseguenza però di perdere le occasioni di socializzazione e la possibilità di partecipare ai trattamenti rieducativi.

Quest'ultimo esempio permette di richiamare un altro aspetto che emerge dall'analisi della giurisprudenza europea, che è quello del cumulo di vulnerabilità. Spesso il soggetto si caratterizza per una pluralità di elementi/situazioni che richiedono una specifica tutela: il minore che è anche disabile, il carcerato omosessuale oppure straniero, la donna oggetto di violenze che appartiene ad una minoranza e così via. Si apre in questo modo un ulteriore percorso di riflessione volto a individuare una soluzione che sia in grado di cogliere tutte le peculiarità della singola persona e assicurarne il rispetto e la tutela.

In questa prospettiva l'approccio della Corte di Strasburgo, che rifugge dalle definizioni e utilizza il riferimento alla vulnerabilità nella sua attività interpretativa, costituisce un tentativo interessante di rafforzare la tutela effettiva nel caso singolo, come del resto è nella logica del ricorso individuale, contribuendo nello stesso tempo alla costruzione di uno standard condiviso a livello europeo.

La vulnerabilità nell'attività dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA)

Pietro Dunn[1]

Introduzione e metodologia della ricerca

Il presente lavoro si concentra sulla disamina del concetto di vulnerabilità nel contesto dell'azione dell'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea (FRA), al fine di individuare, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, quanto e in quale modo tale concetto influisca sullo svolgimento delle attività istituzionali della stessa, oltre che al fine di determinare quale sia il contenuto del termine stesso nelle attività dell'Agenzia e quali categorie di soggetti vi siano, pertanto, ricompresi.

A tal fine, la ricerca si è focalizzata innanzitutto sull'utilizzo del motore di ricerca del sito dell'Agenzia stessa e su un'osservazione dell'*output* prodotto dall'inserimento delle parole-chiave «*vulnerable*» e «*vulnerability*», per un totale di 291 risultati per il periodo compreso tra il 2010 e il 2023. Poiché, peraltro, tali risultati comprendono altresì riferimenti a enti e persone esterni alla FRA, si è scelto di concentrare l'analisi sui documenti programmatici presentati annualmente dalla FRA, i quali, indirizzandone le attività di ricerca e supporto, offrono nell'opinione di chi scrive un più chiaro affaccio sul ruolo che la nozione di vulnerabilità ha nell'influenzare l'azione dell'Agenzia stessa. In tal senso, si sono analizzati 11 documenti programmatici per il periodo 2010-2023.

Il paragrafo 2 approfondisce il ruolo e il funzionamento dell'Agenzia stessa nel contesto dell'Unione europea. Il paragrafo 3 contiene un'analisi della nozione di vulnerabilità nell'azione della FRA come espressa nel contesto dei risultati ottenuti attraverso il motore di ricerca del sito dell'Agenzia. Il paragrafo 4 concerne, invece, l'analisi del concetto di vulnerabilità nel contesto dei documenti programmatici, con alcuni riferimenti espressi anche al contenuto delle relazioni annuali sui diritti fondamentali pubblicate dall'Agenzia stessa: in particolare, l'analisi individua il contenuto della nozione di vulnerabilità (4.1), osserva se e quanto tale nozione si leghi a definizioni di origine legislativa (4.2) e quale sia il rilevato ruolo di cumulo e intersezionalità tra molteplici fattori di vulnerabilità (4.3). Infine, il paragrafo 5 contiene alcune riflessioni conclusive concernenti l'estensione e il ruolo del concetto di vulnerabilità nell'azione della FRA.

---

1 Dottore di ricerca all'Università di Bologna e all'Università del Lussemburgo. Funzionario addetto all'ufficio per il processo presso il Tribunale Ordinario di Torino. Le opinioni espresse nel presente lavoro sono strettamente personali.

I. L'Agenzia per i diritti fondamentali: ruolo e funzionamento

L'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea è stata istituita dal Regolamento (CE) n. 168/2007[2], da ultimo modificato con Regolamento (UE) 2022/555 del 5 aprile 2022[3]. Lo scopo dell'Agenzia, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento istitutivo, è quello di «fornire alle competenti istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati membri […] assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali», al fine di promuoverne il pieno rispetto da parte delle istituzioni. La FRA agisce all'interno del perimetro delle competenze dell'Unione stessa, come definite nei trattati istitutivi (art. 3, para. 1). Il paragrafo 3 dell'art. 3, facendo riferimento all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), specifica che i diritti tutelati dall'Agenzia sono quelli contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza, CDFUE), entrata a seguito del Trattato di Lisbona a far parte del diritto «costituzionale» dell'Unione stessa.

I compiti della FRA, elencati dall'art. 4, comprendono: (*a*) la raccolta, registrazione e analisi di informazioni e dati rilevanti (compresi i risultati di ricerche e monitoraggio); (*b*) la predisposizione di metodi e norme volti a migliorare la comparabilità, l'obiettività e l'attendibilità dei dati a livello europeo; (*c*) lo svolgimento di (o la collaborazione in o l'incoraggiamento di) ricerche e indagini scientifiche, studi preparatori e di fattibilità, anche a richiesta delle stesse istituzioni dell'Unione; (*d*) la formulazione e pubblicazione di conclusioni e pareri su specifici aspetti tematici per l'Unione e gli Stati membri (di propria iniziativa o su richiesta delle istituzioni dell'Unione); (*e*) la pubblicazione di una relazione annuale sulle questioni inerenti ai diritti fondamentali che rientrano nei settori di azione dell'Agenzia, segnalando anche gli esempi di buone pratiche; (*f*) la pubblicazione di relazioni tematiche sulla base dei risultati delle sue analisi, delle sue ricerche e delle sue indagini; (*g*) la pubblicazione di una relazione annuale sulla sua attività; (*h*) la predisposizione di una strategia di comunicazione e l'incoraggiamento del dialogo con la società civile al fine di sensibilizzare il vasto pubblico rispetto ai diritti fondamentali e al fine di informarlo attivamente sui propri lavori.

Nello svolgere tali attività, la FRA si basa su programmi di lavoro annuali e pluriennali che sono conformi alle risorse finanziarie e umane di cui dispone (art. 5); come accennato sopra, è peraltro possibile per il Parlamento europeo, per il Consiglio o per la Commissione richiedere specifici studi o pareri anche al di fuori dei programmi di lavoro (purché le risorse finanziarie e umane lo consentano). Inoltre, l'Agenzia agisce in collaborazione con gli organi e gli organismi competenti dell'Unione (art. 7); con gli Stati membri e le organizzazioni, inclusi l'OSCE, l'ODIHR e le Nazioni Unite (art. 8); con il Consiglio d'Europa (art. 9); e con la società civile, inclusa anche attraverso una rete *ad hoc* denominata «piattaforma dei diritti fondamentali» (art. 10).

2 Regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, GU L 53/1, 2007.

3 Regolamento (UE) 2022/555 del Consiglio del 5 aprile 2022 recante modifica del regolamento (CE) n. 168/2007 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, GU L 108/1, 2022.

L'art. 11 indica gli organi che compongono l'Agenzia, ovverosia il consiglio di amministrazione; l'ufficio di presidenza; il comitato scientifico e il direttore. Il consiglio di amministrazione è formato da una personalità indipendente nominata da ciascuno Stato membro, da una personalità indipendente nominata dal Consiglio d'Europa e da due rappresentanti della Commissione. Ai sensi dell'art. 12, oltre a nominare il presidente e il vicepresidente, il consiglio di amministrazione è l'«organo di programmazione e di sorveglianza dell'Agenzia» e «provvede affinché l'Agenzia esegua i compiti che ad essa vengono affidati». L'ufficio di presidenza, ai sensi dell'art. 13, sovrintende ai lavori preparatori necessari per l'adozione delle decisioni del consiglio di amministrazione, esaminando in particolare le questioni relative alle risorse di bilancio e umane. Il comitato scientifico, composto di undici personalità indipendenti particolarmente qualificate nel settore dei diritti fondamentali, funge da «garante della qualità scientifica dei lavori dell'agenzia e orienta i lavori al riguardo» (art. 14). Il direttore, infine, è nominato dal consiglio di amministrazione secondo una procedura di «concertazione» (art. 15).

Alcuni principi reggono, infine, l'operato dell'Agenzia: indipendenza e perseguimento dell'interesse pubblico (art. 16); trasparenza (art. 17); tutela della protezione dei dati (art. 18). Il mediatore europeo, di cui all'art. 228 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) vigila sull'operato dell'Agenzia.

In ultima analisi, l'attività condotta dall'Agenzia per i diritti fondamentali non è di tipo giurisdizionale né amministrativo. Piuttosto, l'Agenzia ha una funzione consultiva, nonché una funzione di ricerca e sostegno/promozione nell'ambito del *policy-making* nel settore della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

II. La nozione di vulnerabilità nell'attività della FRA: i risultati del motore di ricerca del sito dell'Agenzia

Un primo affaccio sulla nozione di vulnerabilità nel contesto dell'azione della FRA è offerto dalla ricerca eseguita sul motore di ricerca dell'Agenzia stessa. In tal caso, si è scelto di ricercare i termini «*vulnerability*» e «*vulnerable*» al fine di individuare potenziali *trend* nell'evoluzione di tale nozione nel periodo compreso tra il 2010 e i primi mesi del 2023. In totale, il motore di ricerca, in risposta a tali *queries*, rimanda a 56 pagine con riferimento al termine «*vulnerability*» e a 235 pagine con riferimento al termine «*vulnerable*», per un totale di 291. Essendo l'azione della FRA e degli enti con cui essa collabora focalizzata precipuamente sulla tutela delle persone fisiche, si ritiene che tali contenuti siano rilevanti ai fini della presente ricerca.

Un rapido sguardo alle pagine oggetto di indirizzamento offre interessanti spunti relativi all'evoluzione dell'utilizzo del termine nel contesto dell'attività della FRA nel periodo di riferimento. Sotto il profilo quantitativo, si osservano i dati riportati nella Tabella 1.

Tabella 1

	Vulnerability	Vulnerable	Totale
2010	1	3	4
2011	0	3	3
2012	4	11	15
2013	0	7	7
2014	4	14	18
2015	1	10	11
2016	12	27	39
2017	4	19	23
2018	8	23	31
2019	5	21	26
2020	7	32	39
2021	7	40	47
2022	2	22	24
2023[4]	1	3	4
Totale	**56**	**235**	**291**

Si osserva un progressivo incremento nella frequenza delle pagine contenenti riferimenti a soggetti vulnerabili e a situazioni di vulnerabilità. In particolare, sembrano esserci quanto meno due momenti storici in cui tale frequenza ha raggiunto il proprio apice: il 2016, anno successivo allo scoppio della crisi migratoria in Europa, e il 2020-2021, ovverosia il periodo di massima esplosione dell'emergenza da pandemia di COVID-19.

A tale evoluzione sotto il profilo quantitativo sembra inoltre essersi accompagnato uno sviluppo del termine, generalmente espansivo, anche sotto il profilo qualitativo. Nel 2010, il riferimento alla vulnerabilità veniva utilizzato in particolare con riferimento a situazioni di difficoltà legate alla salute individuale, con particolare attenzione a soggetti malati di AIDS o sieropositivi[5] ovvero a soggetti portatori di disabilità o altre malattie[6]. Gli anni successivi hanno visto una progressiva espansione del termine, atto a inglobare, tra gli altri, riferimenti a minoranze e gruppi vittime di discriminazione[7], *in primis* minoranze etnico-razziali[8] e, in seguito, membri della comunità LGBTQIA+[9]; vittime di reati in generale e di reati specifici quali, per esempio, reati d'odio[10], reati di genere[11] e traffico di bambini ed

4 Dati aggiornati all'11 maggio 2023.

5 *FRA: Fundamental rights protection for persons living with HIV must be ensured*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2010 [http://fra.europa.eu/en/news/2010/fra-fundamental-rights-protection-persons-living-hiv-must-be-ensured] (consultato 11/05/23); *Statement by FRA Director Morten Kjaerum on the occasion of World AIDS Day*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2010 [http://fra.europa.eu/en/news/2011/statement-fra-director-morten-kjaerum-occasion-world-aids-day] (consultato 11/05/23).

6 Si veda, per esempio, *The fundamental rights of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2010 [http://fra.europa.eu/en/publication/2010/fundamental-rights-persons-intellectual-disabilities-and-persons-mental-health] (consultato 11/05/23).

7 *European Union minorities and discrimination survey*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2011, [http://fra.europa.eu/en/project/2011/european-union-minorities-and-discrimination-survey] (consultato 12/05/23).

8 *Racism and ethnic discrimination in sport in the EU and preventative initiatives*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2011 [http://fra.europa.eu/en/project/2011/racism-and-ethnic-discrimination-sport-eu-and-preventative-initiatives] (consultato 12/05/23).

9 *LGBT 2014 speakers*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2014 [http://fra.europa.eu/en/content/lgbt-2014-speakers] (consultato 12/05/23).

10 *Project HATE NO MORE – training and awareness raising to combat hate crime and hate speech*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2021 [http://fra.europa.eu/en/promising-practices/project-hate-no-more-training-and-awareness-raising-combat-hate-crime-and-hate] (consultato 12/05/23).

11 *Thematic focus: Gender-based violence*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2016 [http://fra.europa.eu/en/content/thematic-focus-gender-based-violence] (consultato 12/05/23).

esseri umani[12]; persone esposte a sfruttamento in ambito lavorativo[13]; migranti e richiedenti asilo[14]; persone in condizioni socio-economiche svantaggiate e, pertanto, vulnerabili alla crisi economica[15]; persone anziane[16]; etc.

Emerge già da un primo sguardo a tali contenuti come la nozione di vulnerabilità sia, in una gran parte dei casi, legata al concetto di intersezionalità. In molti casi, in effetti, si fa riferimento a situazioni ove determinati individui si trovino soggetti a un cumulo di condizioni di vulnerabilità: per esempio, minori nel contesto di procedimenti giudiziari[17].

Nonostante alcune apparenti incongruenze, tali risultati sembrano suggerire alcune prime indicazioni relative al significato conferito alle «vulnerabilità» da parte dell'Agenzia. In particolare, appaiono emergere alcuni *cluster*, riferibili a: appartenenza ai cosiddetti gruppi «protetti» in ambito antidiscriminatorio (per esempio: persone disabili, persone LGBTQIA+, donne, persone anziane); bambini e minori; persone che si trovino in situazioni particolari (per esempio: migranti e richiedenti asilo, persone provenienti da Paesi in cui vi sia la guerra); vittime di reati particolarmente gravi o odiosi (per esempio: crimini d'odio, traffico di esseri umani). Uno sguardo più attento a tali contenuti sembra generalmente confermare la categorizzazione di tali persone fisiche quali soggetti vulnerabili.

Tra gli altri, il video promozionale intitolato *Protecting vulnerable adults across Europe*[18] («La protezione degli adulti vulnerabili in Europa») menziona esplicitamente quali cause di vulnerabilità la vecchiaia, la disabilità e l'essere vittime di violenze di genere o di crimini d'odio. Al tempo stesso, è sottolineato nel video come tali indicazioni abbiano un mero scopo esemplificativo e non costituiscano un *numerus clausus*: infatti, il documento specifica che vi sono numerose ragioni per le quali un adulto si potrebbe trovare in una situazione di vulnerabilità («there are many reasons why adults may find themselves in a situation of vulnerability»).

III. Analisi dei documenti programmatici della FRA

Se l'attività di ricerca effettuata tramite il motore del sito internet della FRA offre interessanti spunti di riflessione intorno al significato del concetto di vulnerabilità nel contesto dell'azione dell'Agenzia stessa, bisogna peraltro sottolineare come tale ricerca tenda a includere anche riferimenti ad attività poste in essere e documenti prodotti in seno ad altri enti a livello euro-unitario e/o domestico.

---

12 *Thematic focus: Trafficking*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2016 [http://fra.europa.eu/en/content/thematic-focus-trafficking] (consultato 12/05/23).

13 *Regularisations – an instrument to reduce vulnerability, social exclusion and exploitation of migrants in an irregular situation in employment?*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2012 [http://fra.europa.eu/en/publication/2012/regularisations-instrument-reduce-vulnerability-social-exclusion-and-exploitation] (consultato 12/05/23).

14 *Migration: Fundamental rights issues at land borders*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2020 [http://fra.europa.eu/en/publication/2020/migration-fundamental-rights-issues-land-borders] (consultato 12/05/23).

15 *Protecting fundamental rights during the economic crisis*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2011 [http://fra.europa.eu/en/publication/2011/protecting-fundamental-rights-during-economic-crisis] (consultato 12/05/23).

16 *Respect older people's rights when exiting the COVID-19 pandemic*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2020 [http://fra.europa.eu/en/news/2020/respect-older-peoples-rights-when-exiting-covid-19-pandemic] (consultato 12/05/23).

17 *Justice needs to be more child-friendly, finds FRA*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2015 [http://fra.europa.eu/en/news/2015/justice-needs-be-more-child-friendly-finds-fra] (consultato 12/05/23).

18 *Protecting vulnerable adults across Europe*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2021 [http://fra.europa.eu/en/video/2021/protecting-vulnerable-adults-across-europe] (consultato 13/05/23).

Per tale motivo, si è scelto di concentrare la ricerca sull'analisi dei documenti programmatici della FRA, i quali, nel fissare gli ambiti di azione e di intervento dell'Agenzia, permettono meglio di individuare i contributi che l'Agenzia apporta, attivamente, nella definizione e nel trattamento della vulnerabilità. Inoltre, rappresentando la pubblicazione annuale della relazione sullo stato dei diritti fondamentali un precipuo compito della FRA ai sensi dell'articolo 4 del Regolamento 168/2007, si è scelto altresì di dare specifica attenzione alle relazioni rese nel periodo 2010-2023.

Per quanto concerne i piani programmatici, sono stati consultati 11 documenti: la Tabella 2 riporta i documenti analizzati, rinvenuti nell'archivio online dell'Agenzia stessa[19], nonché l'*output*, in termini di risultati quantitativi, ottenuto ricercando la parola-chiave «*vulnerab**» all'interno di tali documenti.

Tabella 2

N.	Documento	Numero output per vulnerab*
1	Annual Work Programme 2012[20]	12
2	Annual Work Programme 2014[21]	12
3	Annual Work Programme 2015[22]	6
4	Annual Work Programme 2016[23]	8
5	Programming Document 2017-2019[24]	16
6	Programming Document 2018-2020[25]	12
7	Programming Document 2019-2021[26]	13
8	Programming Document 2020-2022[27]	24
9	Programming Document 2021-2023[28]	35
10	Programming Document 2022-2024[29]	27
11	Programming Document 2023-2025[30]	23

19 *Work Programme*, *European Union Agency for Fundamental Rights*, 2012 [http://fra.europa.eu/en/about-fra/what-we-do/annual-work-programme] (consultato 13/05/23).

20 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2012*, 2012 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/awp-2012_en.pdf] (consultato 13/05/23).

21 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2014*, 2013 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/annual_work_programme_2014.pdf] (consultato 13/05/23).

22 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2015*, 2014 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/annual_work_programme_2015_-_dec2014.pdf] (consultato 13/05/23).

23 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2016*, 2015 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/annual-work-programme-2016_en.pdf] (consultato 13/05/23).

24 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2017-2019*, 2016 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-programming-document-2017-2019_en.pdf] (consultato 13/05/23).

25 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2018-2020*, 2017 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-programming-document-2017-2019_en.pdf] (consultato 13/05/23).

26 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2019-2021*, 2019 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-programming-document-2019-2021_en.pdf] (consultato 13/05/23).

27 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2020-2022*, 2020 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-programming-document-2020-2022_en.pdf] (consultato 13/05/23).

28 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2021-2023*, 2021 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-programming-document-2021-2023_en.pdf] (consultato 13/05/23).

29 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2022-2024*, 2022 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/2022-01/PD_2022-2024_EN.pdf] (consultato 13/05/23).

30 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2023-2025*, 2023 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/spd_2023-2025_final_en.pdf] (consultato 13/05/23).

Si nota, anche in questo caso, un significativo incremento nel numero di riferimenti alla vulnerabilità, sostanzialmente raddoppiati nel corso del decennio scorso. Di particolare interesse è, comunque, il raggiungimento di un chiaro apice nel numero di riferimenti stessi nel periodo corrispondente al pieno dell'emergenza sanitaria da COVID-19. In effetti, effettuando una ricerca della radice «*vulnerab**» all'interno dei documenti per i bienni 2019-2021, 2020-2022 e 2021-2023 i risultati ottenuti sono pari, rispettivamente, a 13, 24 e 35. Il numero è sceso a 27 nel contesto del documento di programmazione 2022-2024 e a 13 in quello per il biennio 2023-2025, ma rimane alto se confrontato con i documenti antecedenti la pandemia. In effetti, in numerosi documenti l'Agenzia sottolinea come la pandemia abbia creato nuove situazioni di vulnerabilità o abbia portato a un peggioramento di preesistenti situazioni di vulnerabilità[31].

Del resto, la stessa relazione annuale sui diritti fondamentali per l'anno 2022 contiene una sezione dedicata ai diritti sociali e all'uguaglianza alla luce della ripresa a seguito della pandemia («Social rights and equality in the light of the recovery from the COVID-19 pandemic»)[32]. All'interno di tale sezione, l'Agenzia sottolinea più volte l'impatto che la pandemia ha avuto sulla vita delle persone e, in particolare, sulla vita delle persone vulnerabili (quali ad esempio soggetti già precedentemente marginalizzati, soggetti vittime di discriminazione o persone anziane).

A. Contesti in cui il termine è utilizzato

Più in generale, attraverso un confronto tra i documenti programmatici menzionati, è possibile realizzare la seguente mappatura del concetto di vulnerabilità nell'attività dell'Agenzia.

a) Vittime di discriminazione. Ne fanno parte i soggetti appartenenti alle categorie protette di cui all'art. 21 CDFUE, discriminati sulla base di una o più delle seguenti caratteristiche[33]: (*a*) appartenenza a gruppi religiosi; (*b*) appartenenza a gruppi e minoranze etnico-nazionali; (*c*) disabilità; (*d*) orientamento sessuale e identità di genere; (*e*) genere e sesso; (*f*) età[34].

---

31 Così Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2021-2023*, cit., p. 21–22: «The COVID-19 pandemic and its social and economic aftermath will continue to impact on European societies in 2021 and beyond; with repercussions disproportionately felt among vulnerable populations such as the elderly, the Roma and ethnic minorities – to name just some»; Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2022-2024*, cit., p. 38: «In its work in the area of equality and nondiscrimination, FRA will continue to consider, where relevant, the long-term implications of the COVID-19 pandemic on the fundamental rights and the well-being of persons in vulnerable situations, including children»; Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2023-2025*, cit., p. 35: «In its work on social rights the Agency places a particular focus on those in a vulnerable situation which includes many older people, one parent families, persons with a migrant or ethnic minority background, LGBTIQ+ persons, etc. Moreover, the work of the Agency on social rights encompasses efforts to collect evidence, as relevant, on long-term implications of the COVID-19 pandemic».

32 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Fundamental Rights Report 2022*, 2022 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-fundamental-rights-report-2022_en.pdf] (consultato 15/05/23).

33 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2022-2024*, cit., p. 18.

34 Il tema della discriminazione per motivi legati all'età, soprattutto nei confronti delle persone anziane, risulta particolarmente rilevante all'interno della relazione annuale sui diritti umani del 2018, contenente una sezione espressamente intitolata «Shifting percpetions; Towards a rights-based approach to ageism». Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Fundamental Rights Report 2018*, 2018 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-fundamental-rights-report-2018_en.pdf] (consultato 15/05/23).

Tra le categorie di persone discriminate, particolare rilievo hanno le persone appartenenti alla comunità Rom. Più volte, infatti, l'Agenzia sottolinea come la sua attività di ricerca abbia posto in luce il fatto che le persone rom sono tra le più vulnerabili nel contesto europeo[35].

b) Bambini e minori. Il riferimento a bambini e minori quali soggetti vulnerabili sembra essere tra i più ricorrenti all'interno dei documenti dell'Agenzia. I bambini sono, nell'attività dell'Agenzia, soggetti inerentemente vulnerabili, come dimostra il frequente ricorso a locuzioni quali «bambini e altre persone vulnerabili». Moltissime attività proposte e portate avanti dall'Agenzia sono pertanto finalizzate alla tutela di bambini e minori o menzionano esplicitamente la necessità di considerarne la particolare condizione.

Peraltro, il riferimento viene sovente fatto a categorie particolarmente vulnerabili di bambini e minori, a sottolineare come essi siano particolarmente soggetti a soffrire di un cumulo tra condizioni di vulnerabilità differenti: esempi di tali categorie particolarmente vulnerabili sono, per esempio: (*a*) bambini appartenenti a minoranze[36], ivi inclusa, in particolare, la comunità Rom[37]; (*b*) bambini richiedenti asilo, migranti e/o migranti non accompagnati[38]; (*c*) bambini vittime di traffico di esseri umani[39], di abusi e sfruttamento sessuale[40]; (*d*) bambini coinvolti in procedimenti giudiziari, in qualità di vittime, testimoni o imputati[41]; (*e*) bambini in condizioni di povertà[42]; (*f*) bambini con disabilità[43]; (*g*) bambini in fuga da contesti di conflitto quale, in particolare, l'Ucraina a seguito dell'invasione russa di febbraio 2022[44].

c) Persone vittime di reati. Sono considerate vulnerabili soprattutto le vittime di reati particolarmente gravi, quali per esempio traffico di esseri umani e sfruttamento della prostituzione[45], reati d'odio e violenza di genere [46].

d) Persone in situazioni di particolare disagio. È questo il caso, per esempio, di richiedenti asilo e soggetti in fuga dalla guerra come le persone ucraine in fuga dal conflitto con la Russia[47].

---

35 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2012*, cit., p. 39; *Programming Document 2017-2019*, cit., p. 24; *Programming Document 2019-2021*, cit., p. 57; *Programming Document 2020-2022*, cit., p. 34; *Programming Document 2021-2023*, cit., p. 41; *Programming Document 2022-2024*, cit., p. 23; *Programming Document 2023-2025*, cit., p. 42. Tutti i documenti programmatici successivi al 2020, in particolare, indicano la popolazione come «among the most vulnerable populations in the EU to numerous fundamental rights violations».

36 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2016*, cit., p. 42.

37 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2018-2020*, cit., p. 51.

38 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2012*, cit., p. 36; *Programming Document 2017-2019*, cit., p. 59; *Programming Document 2019-2021*, cit., p. 55.

39 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2015*, cit., p. 16; *Annual Work Programme 2016*, cit., p. 16.

40 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2017-2019*, cit., p. 26.

41 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2016*, cit., p. 16; *Programming Document 2020-2022*, cit., p. 20.

42 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2016*, cit., p. 16; *Programming Document 2017-2019*, cit., p. 59.

43 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Annual Work Programme 2016*, cit., p. 42; *Programming Document 2020-2022*, cit., p. 49.

44 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2023-2025*, cit., p. 4.

45 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2020-2022*, cit., p. 49.

46 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2022-2024*, cit., p. 23.

47 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2023-2025*, cit., p. 39.

e) Persone in condizioni di indigenza, povertà e/o marginalizzazione sociale. Già nella relazione annuale del 2012, probabilmente sulla scia della crisi economica del 2008, la FRA faceva riferimento al concetto di «vulnerabilità finanziaria»[48]. Come accennato sopra, la vulnerabilità di tali soggetti è stata riportata al centro dell'attenzione dell'Agenzia soprattutto a seguito dello scoppio della pandemia di COVID-19[49]. Tale categoria di persone include per esempio persone povere e/o senza fissa dimora; persone che vivono ai «margini della società»; persone con bassa scolarizzazione; persone che vivono in regioni isolate e/o difficilmente raggiungibili; lavoratori informali; lavoratori giovani, soprattutto alla luce della pandemia[50]. In generale, non si fa riferimento a persone in situazione di detenzione criminale quali soggetti in sé e per sé vulnerabili.

Evidentemente, rientrano pertanto nella nozione di «vulnerabilità» sia condizioni «ontologiche» sia situazioni «accidentali». Invero, alcune persone sono considerate vulnerabili per una condizione inerente al loro essere: è questo il caso, per esempio, di appartenenti a gruppi discriminati, oppure il caso di minori e bambini. Queste persone sono, in quanto tali, vulnerabili per un elemento (anche transitorio, quale la minore età) che ne caratterizza l'identità. Di contro, vi sono casi in cui la vulnerabilità deriva da una situazione accidentale, solitamente esterna, che nulla ha a che vedere con l'identità del soggetto: è questo, per esempio, il caso di persone aventi lo *status* di richiedenti asilo o di migranti, le persone vittime di reato, ovvero le persone che siano in condizioni di indigenza e povertà.

Peraltro, se nei casi sopra menzionati i documenti dell'Agenzia fanno riferimento a una vulnerabilità in senso lato e generalmente riferibile alla possibilità di violazione di indefiniti diritti umani, vi sono degli altri casi in cui la vulnerabilità è individuata precipuamente con riferimento alla precisa violazione di uno o più diritti. In questi casi, in sostanza, non si fa tanto riferimento alla vulnerabilità «di» qualcuno, quanto alla vulnerabilità «a» qualcosa. In questo senso, l'Agenzia fa sovente riferimento a gruppi di persone che siano particolarmente vulnerabili al rischio di sfruttamento lavorativo, al rischio di condizioni economiche precarie, ovvero al rischio di divario digitale. In questi casi, la determinazione dei soggetti che siano effettivamente esposti a tali rischi è generalmente aperta.

Un particolare ambito di attività all'interno del quale si è andata affermando l'attenzione dell'Agenzia è inoltre quello relativo alla digitalizzazione. Come si è menzionato sopra, la vulnerabilità al divario digitale è considerata dall'Agenzia un problema di crescente rilievo soprattutto a seguito dello scoppio della pandemia di COVID-19. Bambini in condizioni di degenza, persone anziane[51] e persone che vivano in contesti isolati sono particolarmente soggetti al rischio di divario digitale. Peraltro,

---

48 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2012*, 2013 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012_en.pdf] (consultato 15/05/23).

49 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2021-2023*, cit., p. 45.

50 Si veda, in tal senso, Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Fundamental Rights Report 2022*, cit.

51 Con riferimento specifico al divario digitale subito dalle persone anziane, si veda il documento di programmazione per gli anni 2022-2024, ove è prevista la messa in atto di un progetto di ricerca dal titolo «Ageing in digital societies: enablers and barriers to older persons exercising their social rights». Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2022-2024*, cit., p. 41. Si veda anche Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2021-2023*, cit., p. 44.

l'Agenzia rileva anche tutta un'altra serie di vulnerabilità legate al mondo digitale: in particolare, persone che siano analfabete digitali sono vulnerabili ai rischi connessi alla digitalizzazione, in particolare con riferimento alla protezione dei propri (e altrui) diritti nell'utilizzo di tali tecnologie[52]. Bambini e giovani, in particolare, sono riconosciuti come soggetti particolarmente vulnerabili al rischio di radicalizzazione[53].

B. Presenza di riferimenti a fonti del diritto

Nei contenuti e documenti prodotti dall'Agenzia per i diritti fondamentali, il riferimento alla vulnerabilità e/o alle persone vulnerabili è generalmente spontaneo slegato a riferimenti normativi. Il significato del concetto di vulnerabilità è pertanto solitamente sottinteso e legato a un'interpretazione «comune» e non prettamente giuridica.

In limitati casi, tuttavia, il concetto è corroborato a specifici riferimenti normativi. Così, per esempio, il documento di programmazione per il biennio 2017-2019[54], con riferimento alla pianificazione di un progetto dedicato alla tutela dei bambini nel contesto processuale, menziona espressamente le salvaguardie previste per le «vittime vulnerabili» dalla direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato[55]. Inoltre, in alcuni casi, i documenti dell'Agenzia fanno altresì riferimento al diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea, ivi incluso l'art. 21 della Carta di Nizza. Inoltre, il rapporto sui diritti fondamentali 2020 sottolinea come i bambini siano considerati persone naturali «vulnerabili» ai sensi del GDPR[56] con riferimento ai rischi connessi al trattamento dei loro dati personali[57].

La presenza di riferimenti normativi è, comunque, piuttosto rara e residuale.

C. Il cumulo delle vulnerabilità

Il cumulo di situazioni di vulnerabilità è considerato particolarmente rilevante dall'Agenzia nel contesto delle sue numerose attività consultive e di ricerca. Sia i documenti di programmazione sia le relazioni annuali fanno infatti riferimento a situazioni nelle quali una persona possa essere vulnerabile su più fronti. Questo punto emerge in modo particolarmente preponderante con riferimento alla tutela dei minori. Come menzionato sopra, infatti, si fa riferimento piuttosto sovente alla situazione di bambini «vulnerabili» o in «particolari situazioni di vulnerabilità» e alla necessità che tali bambini siano trattati con particolare cautela.

---

52 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Fundamental Rights Report 2018*, cit., p. 158 ss.

53 *Ibidem,* p. 186 ss.

54 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2017-2019*, cit., p. 60.

55 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, GU L 315/57, 2012.

56 Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), GU L 119/1, 2016.

57 Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Fundamental Rights Report 2020*, 2020 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020_en.pdf] (consultato 15/05/23).

Viene altresì riconosciuta espressamente la situazione di persone vittime di discriminazione intersezionale: l'Agenzia sottolinea, in particolare, come l'intersezionalità possa impattare in modo particolare la possibilità per gli individui di godere dei propri diritti fondamentali[58].

IV. Il ruolo del concetto di vulnerabilità nell'azione della FRA

Dall'analisi delle menzionate risorse prodotte dalla FRA, emerge un ricorso piuttosto frequente al concetto di vulnerabilità, il quale copre, come posto in evidenza, una pluralità di casistiche e situazioni differenti. La nozione di vulnerabilità ricopre un ruolo di rilievo all'interno dell'attività consultiva e di ricerca dell'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea soprattutto a seguito dello scoppio della pandemia da COVID-19 e, in parte, a seguito dell'avvio da parte della Federazione russa di azioni offensive sul territorio ucraino.

Non sembra, tuttavia, che l'Agenzia abbia formulato, sotto il profilo teorico, una definizione specifica del concetto stesso di vulnerabilità. In generale, non viene data una definizione precisa di cosa sia la vulnerabilità e di quali ne siano gli elementi tipici nell'interpretazione dell'Agenzia. In particolare, ciò emerge con chiarezza dal summenzionato video promozionale «Protecting vulnerable adults across Europe», all'interno del quale, piuttosto che offrire una definizione univoca, si è scelto di indicare una lista di casi ed esempi.

Il termine è utilizzato non tanto in senso giuridico (se non laddove si faccia riferimento, per esempio, alla direttiva sui diritti delle persone vittime di reato) quanto nel suo significato «comune» e generale. Inoltre, il significato del termine sembra essere sottinteso dall'Agenzia, che utilizza «vulnerabilità» e «vulnerabile» come sostantivi il cui contenuto sia quasi manifesto e *self-evident*. Ciononostante, e nonostante la categoria di soggetti vulnerabili costituisca in ultima analisi una categoria aperta, è possibile individuare alcuni *cluster* e alcune situazioni in cui il riferimento alla vulnerabilità è particolarmente diffuso e consistente: di tali *cluster* si è fatto cenno nei paragrafi che precedono.

Come si è detto, l'Agenzia non ha un ruolo giurisdizionale né amministrativo, ma, piuttosto, scientifico-consultivo. In tal senso, emerge con chiarezza come, a differenza di altre istituzioni (soprattutto giurisdizionali), il riconoscimento di un soggetto quale «vulnerabile» non abbia risvolti necessariamente diretti e immediatamente applicativi a singoli casi concreti come, per esempio, conseguenze rilevanti in tema di onere della prova. Tuttavia, il concetto di vulnerabilità risulta essere nondimeno rilevante per l'azione della FRA e per la tutela dei diritti fondamentali proprio per il crescente ruolo che l'Agenzia copre quale sostenitrice e organo propulsore di attività di ricerca, consultive e di *policy-making*. Per quanto indirettamente, infatti, l'inclusione di determinate fattispecie e casistiche nel novero della «vulnerabilità» è capace di influenzare e impattare significativamente

58 «Recognising intersectionality, which impacts variously on people's enjoyment of rights in practice, the specific experiences of different age groups, gender categories and people with disabilities will also be analysed with respect to the survey's results». Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione Europea, *Programming Document 2022-2024*, cit., p. 42.

sulle future politiche, nazionali e/o euro-unitarie di tutela dei diritti fondamentali. Proprio per tale motivo si è scelto, in questa sede, di dare un congruo spazio ai documenti programmatici dell'Agenzia, i quali, dando forma e impulso alla sua azione, hanno e avranno un ruolo essenziale nel definire in futuro le politiche di tutela dei soggetti vulnerabili.

Invero, sebbene non sia identificata una definizione specifica del concetto di vulnerabilità, è chiaro dalla quantità di riferimenti alla stessa quanto il concetto sia rilevante per calibrare opportunamente le strategie da adottare e le strade da intraprendere ai fini di una corretta protezione dei diritti fondamentali della persona. Il concetto di vulnerabilità largamente inteso viene dalla FRA utilizzato in un'ottica di adattamento delle strategie intraprese alle situazioni, ontologiche ovvero situazionali, in cui la persona umana si possa trovare a essere. In tal senso, il linguaggio intorno al concetto di vulnerabilità sembra rimandare alla volontà, da parte dell'Agenzia, di promuovere un approccio che favorisca l'adeguamento dell'azione pubblica (sia essa nazionale ed europea) alle necessità e ai bisogni del singolo individuo, al fine di limitare, nella maggior misura possibile, eventuali condizioni di difficoltà.

In tal senso, la nozione di vulnerabilità sembra in ultima analisi legarsi al concetto, progressivamente sempre più diffuso in ambito europeo[59], di uguaglianza sostanziale[60]. Infatti, il riconoscimento dell'esistenza di situazioni di maggiore difficoltà e di ostacolo nel godimento dei diritti fondamentali, siano esse temporanee o costituenti un elemento identitario della singola persona, comporta, nell'approccio della FRA, la chiara volontà e consapevolezza di dover adottare strategie che mirino a ridurre nella pratica l'impatto negativo di tali situazioni di maggiore difficoltà, in modo da garantire un riadeguamento delle situazioni di fatto.

In tale ottica, l'assenza di una chiara definizione di cosa il concetto di vulnerabilità, in sé e per sé, comporti rappresenta, potenzialmente, un'arma a doppio taglio. Da un lato, infatti, essa implica una ridotta chiarezza e certezza (non tanto giuridica quanto, piuttosto, sociologica e politologica) relativamente a ciò che è da considerarsi «vulnerabile»: a rischio, chiaramente, di condurre a situazioni potenzialmente incoerenti e inconsistenti, ove forme di vulnerabilità valevoli di tutela non siano opportunamente riconosciute. Al tempo stesso, nondimeno, l'adozione di un approccio *case-by-case* alla nozione di vulnerabilità da parte della FRA ne rappresenta altresì un elemento di forza, in quanto garantisce e permette un significativo grado di flessibilità atto ad adattarsi a situazioni nuove e impreviste.

---

59 M. De Vos, «Substantive Formal Equality in EU Non-Discrimination Law», in T. Giegerich (a cura di), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Springer, Cham, 2020, pp. 245-267; M. De Vos, «The European Court of Justice and the march towards substantive equality in European Union anti-discrimination law», *International Journal of Discrimination and the Law*, fasc. 20, 1, 2020, p. 62-87; S. Fredman, «Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, fasc. 16, 2, 2016, p. 273-301.

60 S. Fredman, «Substantive equality revisited», *International Journal of Constitutional Law*, fasc. 14, 3, 2016, p. 712-738.

Chapitre 2

Les Cours nationales

Sur la notion de vulnérabilité d'après la Cour constitutionnelle italienne*

Leonardo Pace[1]
Giuliano Serges[2]

Avant-propos : état des lieux sur l'utilisation de la vulnérabilité par la Cour constitutionnelle italienne, de sa naissance aux années 2010

Dans une étude publiée en 2021, nous avions mené une analyse approfondie sur l'usage, au sein de la jurisprudence de la *Corte costituzionale*, de la notion de vulnérabilité[3]. Bien que celle-ci n'ait jamais été expressément définie par le juge des lois italien, elle a néanmoins été fréquemment mobilisée par ce dernier.

L'absence d'une définition explicite n'a donc pas empêché d'examiner la manière dont la Cour utilise la notion de vulnérabilité, soit directement à travers les termes « personnes vulnérables » et « personnes en situation de vulnérabilité », soit indirectement par le recours à des expressions équivalentes telles que « *soggetti deboli* ».

Les recherches menées sur les décisions de la Cour constitutionnelle jusqu'en 2020 révèlent, d'ailleurs, que l'utilisation directe des expressions « personnes vulnérables » et « personnes en situation de vulnérabilité » demeurait rare : seules quelques décisions emblématiques, telles que l'arrêt n° 141/2019 sur la prostitution et la dignité humaine, ou encore les arrêts Cappato (ord. n° 207/2018 et sent. n° 242/2019) relatifs au suicide assisté des patients en phase terminale, y recouraient de manière significative.

---

* La présente contribution, résultant d'une réflexion commune des auteurs, a été matériellement rédigée : par Giuliano Serges, pour les parties I et IV ; par Leonardo Pace, pour les parties II et III.

1 Maître de conférences à l'Université Roma Tre.

2 Maître de conférences à l'Université Roma Tre.

3 G. Serges, « La notion de "personne en situation de vulnérabilité" dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne », in C. Severino, H. Alcaraz (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2021, p. 213-228, DOI : https://doi.org/10.4000/books.dice.8239.

L'examen de la jurisprudence avait ainsi mis en évidence une préférence pour la notion de « *soggetti deboli* » (« sujets faibles »), plus répandue, en particulier dans les décisions antérieures à 2018. Par exemple, les décisions n° 422/1999 et n° 467/2002 utilisent cette expression pour désigner les détenus placés dans des conditions particulières, ainsi que les personnes handicapées et les patients atteints de maladies graves. Par ailleurs, la Cour a progressivement élargi la portée de cette notion à de nouveaux contextes, comme le droit des consommateurs (décision n° 469/2002) ou le droit des travailleurs occasionnels (décision n° 114/2015).

En définitive, l'analyse des décisions avait mis en lumière une tension entre une approche « situationnelle » et une approche « catégorielle » de la vulnérabilité : dans de nombreux arrêts, la Cour considère que la vulnérabilité est liée à une situation spécifique (maladie, détention, précarité économique), ce qui favorise une lecture contextuelle et individualisée du concept ; d'autres décisions, toutefois, suggèrent une reconnaissance plus structurelle de la vulnérabilité, notamment en matière d'accès au logement (décision n° 166/2008) ou de protection sociale (décision n° 329/2011).

Il convient, par ailleurs, de souligner que l'analyse menée en 2020 avait pour objectif principal – ou du moins parallèle – d'examiner les relations entre vulnérabilité et question incidente de constitutionnalité. La conclusion qui en avait été tirée était que le contrôle de constitutionnalité par voie incidente dans l'ordre juridique italien fonctionne comme un « transformateur permanent » des exigences matérielles des personnes vulnérables en exigences juridiques. Cela a, dans certains cas, conduit la Cour constitutionnelle à opérer des « forçages » dans l'application des règles procédurales lorsqu'elle devait se prononcer sur des questions touchant des catégories de population particulièrement exposées à des situations de fragilité, notamment les personnes atteintes de maladies graves, les personnes handicapées, les détenus placés dans certaines conditions spécifiques ou encore les consommateurs confrontés à des asymétries contractuelles.

Trois années se sont désormais écoulées[4] depuis la recherche dont nous avons tenté de synthétiser les principales conclusions dans les lignes précédentes. Il semble aujourd'hui opportun de se pencher à nouveau sur ce thème, à la fois pour vérifier si les conclusions – qui se voulaient alors provisoires – peuvent être confirmées et pour prendre en compte les évolutions jurisprudentielles intervenues depuis lors, afin d'esquisser une définition plus précise de la vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle.

À cette fin, nous nous attacherons d'abord à retracer plus en détail les étapes de la recherche menée en 2020, en l'actualisant à la lumière des nouvelles décisions adoptée dans les derniers cinq ans (**I**). Nous nous attarderons ensuite sur le contenu de certains arrêts jugés particulièrement significatifs (**II**), avant d'examiner l'usage de la vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle (**III**) et d'esquisser enfin quelques conclusions sur la notion même de vulnérabilité (**IV**).

4 Dans la présente contribution, en effet, seules les décisions adoptées par la Cour constitutionnelle jusqu'en 2023 seront prises en considération.

I. Les expressions « personne en situation de vulnérabilité » et « sujets faibles » dans les décisions de la Cour constitutionnelle

A. Les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle utilise la « vulnérabilité »

Si l'on « fouille », en 2023, dans le moteur de recherche des décisions de la Cour constitutionnelle en recherchant la combinaison de mots « *persone in situazione di vulnerabilità* » (« personnes en situation de vulnérabilité »), nous n'obtiendrons toujours que deux résultats (c'est-à-dire deux décisions). De même, si l'on recherche « personnes vulnérables » *(« persone vulnerabili »)*, nous n'obtiendrons que six résultats (dont un « partagé » avec la recherche précédente, puisqu'il existe une décision où la Cour utilise les deux expressions).

Nous avons essayé d'élargir la recherche avec d'autres expressions proches (*vulnérables*, personnes *particulièrement* vulnérables, personnes en *condition* de vulnérabilité, *sujets* vulnérables, *individus* vulnérables, etc.), mais – bien que cette démarche, comme on le verra, nous ait permis d'ajouter quelques décisions supplémentaires – peu de choses ont changé dans le résultat final : les décisions à examiner sont très peu nombreuses, même si certaines d'entre elles sont particulièrement importantes.

Parmi les décisions dignes de mention, la décision la plus ancienne est la *sentenza* n° 63 de 2005, par laquelle a été déclarée l'inconstitutionnalité de l'article 498, alinéa 4-*ter*, du Code de procédure pénale, en ce qu'il ne prévoyait pas que l'audition, en tant que témoin, d'un majeur atteint de troubles mentaux – « personne particulièrement vulnérable » – soit réalisée, à sa demande ou à celle de son défenseur, au moyen d'un miroir sans tain accompagné d'un dispositif d'interphonie.

Puis, il faut attendre 2013, lorsque la Cour a rendu la *sentenza* n° 143 de 2013, déclarant l'inconstitutionnalité de l'article 41-bis de la loi pénitentiaire *(ordinamento penitenziario)* dans la mesure où elle imposait des restrictions au droit aux entretiens avec leurs défenseurs des détenus soumis au régime spécial de détention prévu pour les mafieux (article 41-*bis*, dit « régime de prison dur »), étant donné que cette catégorie de détenus était « rendue plus vulnérable, en ce qui concerne les possibilités d'exercice des droits de la défense, par les restrictions aux libertés fondamentales inhérentes, de manière générale, à l'état de détention ».

Six ans plus tard, la Cour a adopté la *sentenza* n° 141 de 2019[5], où elle affirme, en référence aux prostituées, l'existence d'une exigence de protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables et de la dignité humaine *(« tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana »)*. La vulnérabilité est donc mise en relation, d'un côté, avec la prostitution et, de l'autre, avec la dignité humaine : un lien très intéressant, sur lequel nous reviendrons *infra* (**IV**).

5 Corte Cost., 12 juin 2019, *Giur. cost.*, 2019, p. 1582, notes A. Pace et A. Massaro.

D'autres décisions à mentionner sont la *ordinanza* n° 207 de 2018[6] et la *sentenza* n° 242 de 2019[7], mieux connues sous les noms de « *ordinanza Cappato* » et « *sentenza Cappato* », où les expressions en question ont été utilisées[8] par rapport aux malades incurables, en phase terminale, qui souhaitent abréger leurs souffrances et mettre fin à leur vie par un suicide assisté.

Ces deux dernières décisions sont particulièrement importantes pour au moins deux raisons.

En premier lieu, parce qu'ici nous avons une illustration plutôt claire de la raison pour laquelle la Cour considère ces malades comme des personnes vulnérables : parce qu'ils souffrent d'une maladie grave, mais aussi parce qu'ils peuvent être des cibles faciles pour ceux souhaitant profiter de leur condition[9].

En second lieu, l'ordonnance *Cappato* constitue un exemple ô combien significatif d'un cas où la Cour a « forcé » les règles du procès constitutionnel [10], ce qui constitue un indice de la différence

6 Corte cost., 16 novembre 2018, *Giur. cost.* 2018, p. 2445, notes A. Anzon Demming, R. Pinardi, C. Tripodina, G. Repetto. Cette décision constitue, sans nul doute, une des décisions les plus importantes (et controversées) adoptées par la Cour constitutionnelle italienne. Le fait que cette décision a été très commentée, en France aussi (v. notamment : A. M. Lecis Cocco Ortu, « "Questa legge s'ha da fare" : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions*, n° 1, 2019, p. 51 ; J. Vachey, « Une ordonnance inédite en "constat d'inconstitutionnalité avec renvoie de l'audience" », Aijc 2018, n° 34, 2019, p. 985 : G. Serges, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 ("Ordinanza Cappato") en est une illustration : une nouvelle typologie de décision ou un "non liquet" avec date d'expiration ? », *RFDC*, n° 120, 2019/4, p. e67).

7 Corte cost., 22 novembre 2019, in *Giur. Cost.* 2019, notes F. Rimoli, G. D'Alessandro, G. Repetto et G. Serges. En langue française v. A. M. Lecis Cocco Ortu, « L'équilibrisme de la Cour constitutionnelle italienne en matière d'euthanasie et d'assistance au suicide : entre activisme et respect du rôle du législateur », *RevDH*, Actualités Droits-Libertés, 2020.

8 *Ord. Cappato*, *Cons. dir.* § 10, et *Sentenza Cappato*, *Cons. dir.* § 2.4 : « in assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti. Di tali possibili conseguenze della propria decisione questa Corte non può non farsi carico, anche allorché sia chiamata, come nel presente caso, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale. Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di *persone in situazione di vulnerabilità*, è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali » (italique ajouté) ; *Sent. Cappato*, *Cons. dir.* § 5 : « la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di *persone vulnerabili*, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze » (italique ajouté).

9 « Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi. In assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti » (*Ordinanza Cappato*, *Cons. dir.*§ 10).

10 Normalement – lorsque la Cour constitutionnelle constate l'existence d'une inconstitutionnalité, latente dans le système, qui ne peut pas être éliminée directement par le juge constitutionnel car c'est le législateur, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, qui doit intervenir – le juge des lois se limite à exhorter le Parlement à résoudre le problème, en adoptant une décision dite « monitoria » (de mise en garde, d'exhortation au législateur). Cette typologie de décision (qui a été créée d'une façon prétorienne) peut parfois se présenter sous la forme de décision d'« incostituzionalità accertata ma non dichiarata » (inconstitutionnalité constatée mais pas déclarée), lorsque l'exhortation au législateur est particulièrement pressante et que l'inconstitutionnalité est relevée, dans les motifs, d'une façon très explicite. Souvent, lorsque le juge constitutionnel est saisi à nouveau d'une question de constitutionnalité identique à celle qui avait déjà fait l'objet d'une « sentenza monitoria » et

d'attitude de la Cour constitutionnelle – déjà évoquée en introduction – à l'égard des formalités de procédure dès lors que sont en cause les droits des personnes en situation de vulnérabilité.

Depuis 2019, l'usage de la notion de vulnérabilité dans les décisions de la Cour constitutionnelle a considérablement augmenté, bien que de manière surtout quantitative.

Certaines décisions, en effet, ne présentent aucun réel intérêt pour notre analyse. En particulier :

- *Sentenza* n° 194 de 2019 : l'expression « personnes vulnérables » y figure, mais uniquement parce que les requérants l'ont utilisée (en outre, non pas dans le cadre d'une saisine incidente, mais dans celui d'un recours direct)[11] ;
- *Ordinanza* n° 38 de 2023 : également adoptée dans le cadre d'un recours direct, elle contient le mot « vulnérabilité » uniquement dans les « *ritenuto in fatto* » (motifs de fait) et uniquement car le mot en question figure dans le texte d'une loi mentionnée dans la décision ;
- *Sentenza* n° 70 de 2023 : tout comme la décision précédente, elle a été adoptée dans le cadre d'un recours direct et ne contient le mot « vulnérabilité » que dans les « *ritenuto in fatto* » et uniquement car celui-ci figure dans le texte d'une loi.

En revanche, les décisions suivantes présentent de l'intérêt pour notre analyse :

- La *sentenza* n° 79 de 2022, adoptée dans le cadre d'un contrôle incident, mentionne les « femmes particulièrement vulnérables sur le plan économique et social » en lien avec la gestation pour autrui ;
- La *sentenza* n° 95 de 2022, également adoptée dans le cadre d'une saisine incidente, fait référence aux actes obscènes commis dans un lieu public au préjudice de personnes « *pour quelques raisons vulnérables* », avec une référence explicite aux mineurs.
- La *sentenza* n° 14 de 2023, bien qu'adoptée dans le cadre d'un recours direct, décline le concept de vulnérabilité en lien avec les obligations de vaccination contre la Covid-19, notamment dans une perspective comparative avec les juridictions constitutionnelles étrangères, en particulier française et allemande ;

---

qu'entretemps le Parlement n'est pas intervenu, la Cour constitutionnelle réagit d'une façon plus drastique, en adoptant une nouvelle décision (dite « doppia pronuncia ») et en déclarant l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Avec l'« ordinanza Cappato », toutefois, la Cour constitutionnelle a préféré ne pas se servir d'une décision « monitoria » classique, afin de pouvoir expérimenter une nouvelle solution inédite et sans précédent : celle de laisser le temps au Parlement d'intervenir en la matière, en reportant la discussion sur la question de constitutionnalité d'un an et en fixant une nouvelle audience publique à laquelle a suivi, nécessairement, une nouvelle décision (la « sentenza Cappato »). Il s'agit, en d'autres termes, d'un *non liquet* (avec une sorte de référé au législateur) soumis à une date d'expiration ; mais aussi, en même temps, d'un nouveau « mécanisme » jurisprudentiel, composé par une décision « monitoria » atypique (première phase) et par une « doppia pronuncia » à « à date préfixe » (seconde phase).

11 Sur le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité en Italie v. récemment, aussi pour des plus amples références bibliographiques, P. Passaglia, « Modèle concentré et ancrage de la Constitution dans l'évolution du contrôle incident en Italie. Contribution à l'étude des remèdes contre le refus de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité », in M. Fatin-Rouge Stefanini, C. Severino (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2017, p. 309.

- La *sentenza* n° 15 de 2023, adoptée dans le cadre d'un contrôle incident, décline le concept de « vulnérabilité » en lien avec les conditions sanitaires et sociales, en rapport avec les obligations de vaccination contre la Covid-19. Il convient de souligner, à cet égard, que la législation de référence ne mentionne pas explicitement le concept de vulnérabilité, que la Cour a toutefois interprété comme sous-jacent à la *ratio* de l'acte législatif ;
- La *sentenza* n° 48 de 2023, bien qu'adoptée dans le cadre d'un recours direct, revêt néanmoins un certain intérêt, car la Cour semble adopter une conception normative de la vulnérabilité, telle qu'exprimée dans le cas d'espèce au sein d'une directive européenne.

Certaines de ces décisions feront l'objet d'une analyse plus approfondie dans la suite de ce travail. Il semble toutefois opportun, à présent, d'examiner également les cas où la Cour constitutionnelle recourt, non pas au concept de « vulnérabilité », mais à celui de « faiblesse ».

Pour l'instant, on peut simplement relever que, depuis à peu près 2017, la jurisprudence constitutionnelle a connu une utilisation de plus en plus fréquente de la notion de « vulnérabilité », qui, à partir de 2020, s'est imposée de manière assez constante dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

B. Les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle utilise la« faiblesse »

Bien évidemment, nous ne pourrons pas analyser ici systématiquement l'ensemble de plus de 30 décisions où les expressions « *soggetti deboli* » et « *soggetti fragili* » sont employées. Une telle démarche, d'ailleurs, ne serait pas particulièrement utile, dans la mesure où, même dans ce cas, certaines décisions se contentent d'employer l'expression « *soggetti deboli* » seulement parce que c'est le juge *a quo* qui l'avait utilisée dans sa saisine et la Cour se limitait, donc, à transcrire les mots employés dans l'« *ordinanza di rimessione* »[12]. C'est précisément le cas des trois premières décisions où la Cour utilise l'expression « *soggetti deboli* » : *ordinanza* n° 410 de 1992 ; *ordinanza* n° 74 de 1993 ; *sentenza* n° 324 de 1998. C'est le cas, également, des décisions n° 166 de 2008, 251 de 2008, 440 de 2008, 116 de 2009, 239 de 2011, 257 de 2011, 104 de 2015, 158 de 2007 (même si, dans cette dernière, le juge *a quo* avait lui-même employé l'expression « *soggetti deboli* » en renvoyant à l'arrêt n° 233 de 2005 de la Cour constitutionnelle, dans lequel le juge des lois avait lui-même employé cette locution) et 74 de 2023.

12 Il s'agit de la saisine, ou pour mieux dire de la décision avec laquelle le juge *a quo* saisit la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Il convient de remarquer que dans le système italien il n'est prévu aucun « filtre » de la part de la Cour de Cassation ou du Conseil d'État : chaque juge peut saisir directement la Cour constitutionnelle. Dans la « ordinanza di rimessione » le juge doit indiquer : les « norme oggetto » (les dispositions contestées), les « norme parametro » (les dispositions du bloc de constitutionnalité qui sont évoquées en tant que paramètres du contrôle) et les griefs. Il devra également démontrer l'impossibilité d'interpréter les « norme oggetto » d'une façon conforme à la Constitution, que la question soit « non manifestamente infondata » (c'est-à-dire, avec beaucoup d'approximation, qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux) et qu'elle soit « rilevante » (à savoir que le jugement *a quo* ne puisse pas aboutir sans appliquer les dispositions contestées).

Nous ne parlerons pas non plus des décisions n° 292 de 2007, 93 de 2011 et 44 de 2017, dans lesquelles l'expression « *soggetti deboli* » ne figure dans le texte de la décision que parce qu'elle a été évoquée par les parties du procès, sans que la Cour constitutionnelle ne l'ait réellement employée de manière intentionnelle et significative. Pour la même raison, nous avons exclu les décisions n° 338 de 2003 et 67 de 2011, dans lesquelles seule la Région emploie les termes « *soggetti deboli* » et « *soggetti particolarmente vulnerabili* » (personnes particulièrement vulnérables) dans le cadre d'un recours introductif d'une question de légitimité principale, la Cour constitutionnelle se limitant à transcrire le texte de ce recours.

Enfin, nous n'examinerons pas non plus en détail certaines décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle utilise à la fois les expressions « vulnérabilité » et « faiblesse », celles-ci ayant déjà été examinées précédemment (c'est le cas, par exemple, des arrêts n° 14 et 15 de 2023). En revanche, nous porterons notre attention sur certaines décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle utilise l'expression « *categorie deboli* » (« catégories faibles ») pour désigner des catégories de personnes vulnérables.

La première décision qui mérite d'être prise en considération est la n° 422 de 1999[13], dans laquelle la Cour utilise pour la première fois l'expression « *soggetti deboli* » de manière, pour ainsi dire, consciente, en référence à des catégories de personnes (et, en particulier, de détenus) bien déterminées, c'est-à-dire celles indiquées par l'article 47-*ter* de la loi pénitentiaire de 1975 (loi n° 354 du 26 juillet) avant sa modification qui a eu lieu avec la loi n° 165 du 27 mai 1998. Il s'agit des : femmes enceintes ou allaitant leurs enfants ; mères d'un enfant en bas âge ; personnes grièvement malades ; personnes âgées de plus de 60 ans, si elles sont invalides ; jeunes de moins de 21 ans ayant des exigences particulières liées à la santé, aux études, au travail ou à la famille.

Dans la formulation originaire de l'article 47-*ter*[14], ces catégories de personnes étaient les seules qui, en cas de condamnation à une peine privative de liberté, pouvaient bénéficier de la détention domiciliaire au lieu de rester en prison. Et cette prérogative découlait précisément – comme l'explique la Cour – du fait qu'elles sont des « personnes vulnérables ».

La Cour utilise donc, dans ce cas, la notion de vulnérabilité d'une façon plutôt bien « objectivée », en affirmant – en se référant aux arrêts n° 173 de 1997 et n° 165 de 1996 – que si les personnes indiquées à l'article 47-*ter* sont qualifiées de « vulnérables », c'est parce qu'il s'agit de « *categorie bisognose di interventi umanitari ed assistenziali* » (catégories de personnes nécessitant une assistance humanitaire et sociale).

---

13 *Corte cost.*, 4 novembre 1999, in *Giur. cost.* 1999, p. 3711.

14 Article 47-*ter*, introduit par l'article 13 de la loi n° 663 du 10 octobre 1986, alinéa 1 : « *La pena della reclusione non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate, se non vi è stato affidamento in prova al servizio sociale, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza quando trattasi di: 1) donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a cinque anni con la convivente; / 2) persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; / 3) persona di età superiore a 60 anni, se inabile anche parzialmente; / 4) persona di età minore di 21 anni, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia* ».

Or, ce n'est qu'à partir de la modification de l'article 47-*ter* en 1998[15], que la détention domiciliaire a pu être accordée non seulement aux personnes « vulnérables » indiquées dans la liste susmentionnée, mais également à d'autres détenus dans un but de réinsertion sociale. La Cour constitutionnelle, pourtant, établit une distinction assez nette entre ces deux situations[16], dans la mesure où seules les premières sont qualifiées de vulnérables.

Or, il nous semble que la Cour – en affirmant implicitement que les détenus ne sauraient être qualifiés de personnes vulnérables en tant que tels, mais seulement lorsqu'ils relèvent des catégories mentionnées à l'alinéa 1 de l'article 47-*ter* – *exclut que la réinsertion sociale des détenus soit une finalité, un but qui relève, par lui-même, de la catégorie de personnes en situation de vulnérabilité.*

Selon la Cour constitutionnelle en 1999, tous les détenus ne peuvent donc pas être qualifiés de « *soggetti deboli* », mais seulement ceux qui se trouvent dans une situation particulière : ce qui relèverait, d'après la distinction proposée par Gaëlle Lichardos, de la vulnérabilité « situationnelle »[17].

Dans le prolongement de la décision n° 422/1999 s'inscrit la décision n° 350 de 2003[18], qui porte également sur l'article 47-*ter* susmentionné. Dans cette décision, la Cour se limite à réaffirmer le principe déjà énoncé en 1999, à savoir que la possibilité de bénéficier de la détention domiciliaire ne découle plus – comme c'était le cas avant 1998 – du fait de l'appartenance à une catégorie de « personnes vulnérables », mais doit désormais être considérée comme un outil visant à la réinsertion sociale des détenus, peu importe si ces derniers sont ou non des « *soggetti deboli* » au sens strict du terme[19].

---

15 La loi n° 265 du 27 mai 1998, en particulier, a introduit un alinéa 1-*bis* à l'article 47-*ter* : « 1-*bis*. La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-*bis* ».

16 « La misura della detenzione domiciliare, come si è accennato ora mutata nella propria struttura ad opera della stessa legge n. 165 del 1998, non è più caratterizzata da quella eminente finalità umanitaria ed assistenziale che prima la contraddistingueva (v. sentenze n. 173 del 1997 e n. 165 del 1996), ma ha assunto aspetti sicuramente più vicini alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale. La circostanza, infatti, che la misura in questione non sia più limitata ai "soggetti deboli", prima previsti come destinatari esclusivi della misura stessa dall'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario, ma sia applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena) purché la misura sia idonea ad evitare il pericolo di recidiva, sta a dimostrare che in queste ultime ipotesi la pena o il residuo di pena detentiva breve legittimano l'applicazione della misura in quanto volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi, senza incidere negativamente sulle eventuali opportunità di lavoro » (Cons. dir. § 3).

17 G. Lichardos, *La vulnerablilité en droit public: pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse soutenue à l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, *passim*. D'après cette autrice, il y a vulnérabilité « catégorielle » lorsque le législateur qualifie de « personnes vulnérables » un certain nombre de catégories de personnes perçues comme faibles ; il y a, en revanche, vulnérabilité « situationnelle » lorsque ce n'est pas l'appartenance à une catégorie prédéterminée qui détermine le statut de « personne vulnérable », mais un état factuel dû à une situation spécifique. Selon Gaëlle Lichardos, toutefois, la « vraie » vulnérabilité ne peut être que « situationnelle » : d'une part parce que la seule appartenance à une catégorie est insuffisante pour qualifier la vulnérabilité, et d'autre part parce que la vulnérabilité « catégorielle » a pour conséquence directe d'exclure certaines personnes, alors même qu'elles se trouvent dans une situation de vulnérabilité. En conséquence, elle propose de substituer à la notion de personnes vulnérables celle de « personnes placées dans une situation de vulnérabilité ».

18 *Corte cost.*, 5 décembre 2003, in *Giur. cost.* 2003, p. 3634, notes A. Oddi et L. Filippi.

19 « La detenzione domiciliare […] realizza ormai, come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 165 del 1996, una modalità meno afflittiva di esecuzione della pena. L'istituto – come questa Corte ha ritenuto nella sentenza n. 422 del 1999, successiva all'ampia riforma realizzata con la legge n. 165 del 1998 – ha assunto quindi aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena, *non essendo più limitato alla protezione dei "soggetti deboli"* prima previsti come destinatari esclusivi della misura » (*Cons. dir.* § 2.2, italique ajouté).

Un an après la décision n° 422/1999, avec la *sentenza* n° 423 de 2000[20], la Cour constitutionnelle met explicitement la vulnérabilité en relation avec la « protection de la santé », en qualifiant, par conséquent, de « *soggetti deboli* » ceux qui ont été endommagés, d'une façon irréversible et permanente, par une hépatite post-transfusionnelle due à des vaccinations obligatoires. Ceux-ci sont en effet, d'après la Cour constitutionnelle, des « *soggetti deboli, posti in condizioni di gravissima difficoltà e quindi meritevoli di protezione* » (*Cons. dir.* § 4), c'est-à-dire des personnes vulnérables qui se trouvent dans une très grave situation de difficulté et qui, par conséquent, méritent une protection particulière, même sur le plan constitutionnel.

La décision n° 236 de 2002[21] qualifie l'article 148 du code civil italien de « norme de protection de personnes vulnérables »[22]. Or, l'article 148 en question impose aux époux ayant des enfants le respect – dans la mesure où leur travail et leur capital le permet – de l'obligation d'entretenir, instruire, éduquer et assister moralement leurs enfants d'une façon conforme aux capacités, aux inclinations naturelles et aux aspirations de ces derniers[23]. Encore une fois, donc, ce sont les mineurs qui sont qualifiés en tant que personnes vulnérables, mais cette fois-ci non pas parce qu'il s'agit de mineurs handicapés (ce qui relèverait du droit à la santé), mais seulement car ils ont besoin d'une « assistance » de la part de leurs parents dans une phase de la vie où ils ne sont pas encore en mesure de vivre d'une façon autonome leur existence.

Mais c'est peut-être la septième décision (n° 467 de 2002[24]) dans laquelle la Cour a utilisé l'expression « *soggetti deboli* » qui revêt une importance particulièrement primordiale. C'est avec cette décision en effet que la Cour affirme, pour la première fois d'une façon aussi nette, l'existence d'une « *esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli* » (*Cons. dir.* § 4), c'est-à-dire d'une « exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité »). Elle le fait, en particulier, en référence à l'accès au droit à l'éducation des mineurs handicapés, en affirmant que l'exigence de protéger les droits de ces derniers en tant que « soggetti deboli » a « trouvé une traduction également dans la jurisprudence » constitutionnelle[25].

20 *Corte cost.*, 16 octobre 2000, in *Giur. cost.* 2000, p. 3166. Sur cette decision v. B. Barbisan, « Vaccinazioni obbligatorie, trattamenti necessari e solidarietà per danni », *Giur. cost.* 2001, p. 4118.

21 *Corte cost.*, 14 juin 2002, in *Giur. cost.*, p. 1781.

22 « L'art. 148 cod. civ. è una norma di tutela dei soggetti deboli » (*Cons. dir.* § 1).

23 Article 147 code civil italien : « Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli » ; article 148, al. 1 : « I coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. […] ».

24 *Corte cost.*, 22 novembre 2002, in *Giur. cost.* 2002, p. 3908.

25 « *L'esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli*, che ha trovato traduzione anche nella giurisprudenza di questa Corte con particolare riferimento ai minori invalidi […], rendono incostituzionale l'esclusione operata dalla disposizione censurata, in quanto lesiva dei principi di cui agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione, invocati come parametri dal giudice rimettente » (*Cons. dir.* § 4, italique ajouté).

D'une façon identique, dans sa *sentenza* n° 233 de 2005[26] le juge des lois reconnaît, encore une fois, l'existence d'une « *esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli* » par rapport aux handicapés, en faisant d'ailleurs une référence explicite à la *sentenza* n° 467/2002 susmentionnée. L'expression *de qua* est également utilisée en référence aux handicapés dans la *sentenza* n° 203 de 2013[27], où la Cour constitutionnelle a affirmé un droit au congé annuel rémunéré pour les salariés qui doivent s'occuper d'un proche invalide.

Plutôt, pour ainsi dire, insolite est la décision n° 469 de 2002[28], où la Cour constitutionnelle utilise l'expression « *soggetti deboli* » en faisant référence à une catégorie complètement différente par rapport à celles que nous avons jusqu'ici examinées : celle des « consommateurs », dans le cadre des rapports contractuels et des droits des consommateurs. Elle affirme également que, lorsqu'ils stipulent un contrat en tant que consommateurs, les entrepreneurs, les artisans et ceux qui exercent une profession libérale ne peuvent pas être qualifiés de « *soggetti deboli* » s'ils négocient un contrat ayant un but lucratif en fonction de leur activité entrepreneuriale, artisanale ou professionnelle[29]. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle réaffirme le principe selon lequel on ne peut pas considérer une personne en tant que « *soggetto debole* » seulement parce qu'elle appartient à une catégorie de personnes potentiellement vulnérables : tous les consommateurs ne peuvent pas être considérés des « *soggetti deboli* » seulement parce qu'ils appartiennent à la catégorie des consommateurs.

À ce propos, il est intéressant de remarquer que, pour la première fois, la Cour utilise, dans la décision n° 469 de 2002, l'expression « *soggetti deboli* » dans un contexte – celui du droit des consommateurs – qui n'a rien à voir avec la protection humanitaire et sociale ou avec le droit à la santé[30]. Il s'agit, dans un certain sens, d'un « retour aux origines » de la notion de vulnérabilité qui – comme le rappellent Hubert Alcaraz et Caterina Severino – « est avant tout un concept mobilisé par le droit privé, en particulier par le droit de la consommation »[31]. Mais, en même temps, la notion

---

26 *Corte cost.*, 16 juin 2005, in *Giur. cost.* 2005, p. 2002, note V. Tondi della Mura.

27 *Corte cost.*, 18 juillet 2013, in *Giur. cost.* 2013, p. 2840, note E. Longo.

28 *Corte cost.*, 22 novembre 2002, in *Giur. cost.* 2002, p. 3926, note M. Esposito.

29 « La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità. / *Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l'artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli* anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell'attività imprenditoriale o artigianale da essi svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e della conseguente normativa di attuazione » (*Cons. dir.* § 2.1, italique ajouté).

30 Dans ce sens, on peut considérer cet usage du mot comme une exception à la règle, justifiée par le fait que, dans le cas d'espèce, c'est la loi à qualifier de « personnes vulnérables » le consommateur. De plus : les dispositions contestées avaient, en réalité, une « provenance » européenne (directive 93/13/CEE), donc le choix du législateur avait été, dans un certain sens, un « choix obligé », puisque c'est le droit européen à qualifier le consommateur de « *soggetto debole* ».

31 H. Alcaraz – C. Severino, « Rapport final de recherche QPC 2020 », publié en janvier 2020, in H. Alcaraz et C. Severino (dir.), *La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol*, Recherche réalisée à l'occasion des dix ans de la QPC avec le soutien du Conseil constitutionnel. Sur l'histoire de la notion de vulnérabilité en droit, voir aussi F. Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.

de consommateur adoptée par la Cour constitutionnelle constitue aussi un dépassement de la conception classique de la vulnérabilité au sein du droit de la consommation, dans la mesure où le juge des lois ne reconnaît pas l'existence d'une « présomption de faiblesse » (ou de vulnérabilité)[32] du consommateur, alors que, d'après la conception classique, « le consommateur appartient à une catégorie de personnes dont on présume l'état de vulnérabilité. C'est l'esprit tout entier de la matière qui repose sur le constat d'une faiblesse présumée »[33].

La décision la plus récente dans laquelle la Cour constitutionnelle utilise l'expression « *soggetti deboli* », la *sentenza* n° 223 de 2015[34] (exception faite pour la *sent.* n° 44/2017, qui ne revêt pour nous aucun intérêt, comme on l'a déjà remarqué) est aussi très remarquable. Cette décision est très intéressante car le juge *a quo*, dans son *ordinanza di rimessione*, avait qualifié de « *soggetti deboli* » les membres de la famille de la victime d'un crime[35], en revendiquant pour eux l'exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité dont l'existence avait déjà été reconnue par la Cour par rapport à d'autres catégories de personnes. Mais cette fois-ci la Cour constitutionnelle refuse d'accorder cette qualification, en statuant que la qualification de « personne vulnérables », accordée par le juge *a quo* aux membres de la famille de la victime, a un caractère générique et apodictique, alors qu'il n'y a aucun élément qui explique pourquoi ces membres devraient être qualifiés de cette façon. En d'autres termes : l'appartenance à une « catégorie » ne peut pas justifier, par elle-même, la qualification de « personne vulnérable », si l'intéressé ne se trouve pas, réellement, dans une situation de vulnérabilité[36].

Le juge des lois, donc, semble encore une fois aller dans la direction d'une conception « situationnelle » de la vulnérabilité, ce qui est de la plus grande importance pour notre recherche.

Il y a, toutefois, quelques occasions où la Cour constitutionnelle semble adopter une conception « catégorielle » de la vulnérabilité.

À ce propos, une espèce qu'il convient de citer est la *sentenza* n° 166/2008[37]. Au contraire des autres décisions que nous avons jusqu'ici examinées, il s'agit d'une *sentenza* qui ne découle pas d'une saisine par voie incidente, mais qui a été adoptée dans le cadre d'un recours direct de la

---

32 Il nous semble que, dans le cas d'espèce, l'expression « *soggetto debole* » – littéralement « personne faible » – est plus appropriée que celle de « personne vulnérable » sur le plan sémantique. Le consommateur, en effet, n'est pas dans une situation de vulnérabilité physique ou psychologique, mais il est seulement la partie « faible » d'un rapport synallagmatique.

33 F. Fiechter-Boulvard, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in F. Cohet-Cordey, *op. cit.*, p. 19. V. aussi J. Calais-Auloy – F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 4e éd., n° 18, cités par le même Cohet-Cordey, qui affirment que l'existence du droit de la consommation se fonde « sur une triple constatation : a) les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels ; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort; c) le droit civil classique est impuissant à assurer la protection des consommateurs ».

34 *Corte cost.*, 5 novembre 2015, in *Giur. cost.* 2015, p. 2071, notes R. Pinardi et M. Formica.

35 Comme le rappelle F. Fiechter-Boulvard, *op. cit.*, p. 17, « dans le système juridique, la notion d'individu vulnérable renvoie sans aucun doute à celle de victime ».

36 « *È palese,* in *proposito, il carattere generico ed apodittico della prospettazione del rimettente, che non consente di comprendere […] in che senso i familiari vittime del reato siano necessariamente da considerare "soggetti deboli"* » (*Cons. dir.* § 4.2).

37 *Corte cost.*, 23 mai 2008, in *Giur. cost.* 2008, p. 1999. Sur cette décision v. V. Valenti, « L'edilizia residenziale pubblica tra livelli essenziali delle prestazioni e sussidiarietà. Osservazioni alla sentenza della Corte Costituzionale, n. 166 del 2008 », *Federalismi.it* 2009, n° 4/2009.

Région Lombardie contre une loi étatique. La décision, toutefois, mérite d'être mentionnée, parce qu'avec elle la Cour qualifie de « *soggetti deboli* » non pas une seule typologie de personnes (malades, invalides, consommateurs, travailleurs, etc.) mais, génériquement, toutes les « *categorie sociali disagiate* » (catégories sociales défavorisées, vulnérables) par rapport au droit au logement et au respect de la dignité humaine[38]. Il s'agit, peut-être, d'une première utilisation de la part de la Cour constitutionnelle de la notion « catégorielle » de vulnérabilité.

Dans le même « filon » jurisprudentiel s'inscrit la décision n° 121 de 2010[39], elle aussi adoptée dans le cadre d'un recours direct, où la Cour utilise l'expression « soggetti deboli » en relation avec « *la finalità generale dell'incremento dell'offerta abitativa per i ceti economicamente deboli* » *(Cons. dir.* § 8), c'est-à-dire dans le but de garantir le droit au logement aux « classes économiquement plus faibles ».

Il est très révélateur que, dans la *sentenza* en question, la Cour constitutionnelle utilise, pour la première fois, l'expression – précitée en début de ce paragraphe – « *categorie deboli* » (« catégories faibles ») pour désigner les personnes en situation de vulnérabilité[40]. Ce qui semblerait confirmer, en apparence, l'utilisation d'une approche catégorielle de la part du juge des lois.

L'expression « *categorie deboli* » est également employée dans d'autres décisions dans lesquelles, de manière peut-être significative, les expressions « persone vulnerabili », « persone in situazione di vulnerabilità » et « soggetti deboli » ne figurent pas.

Nous pouvons citer, par exemple, la *sentenza* n° 329 de 2011[41], dans laquelle la locution « *categorie deboli* » est encore une fois utilisée, concernant la reconnaissance aux étrangers d'une « *indennità di accompagnamento* » (indemnité étatique, accordée aux mineurs de 18 ans mutilés ou invalides civils). En particulier, dans cette décision la Cour affirme – en reprenant, en partie, des considérations qu'elle avait déjà faites dans sa *sentenza* n° 187 de 2010[42] – que l' « *indennità di accompagnamento* » constitue une des mesures que l'État adopte pour protéger les « catégories faibles » ; et que, pourtant,

38 « Gli spazi normativi coperti dalla potestà legislativa dello Stato sono da una parte la determinazione di quei livelli minimali di fabbisogno abitativo che siano strettamente inerenti al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana e dall'altra parte la fissazione di principi generali, entro i quali le Regioni possono esercitare validamente la loro competenza a programmare e realizzare in concreto insediamenti di edilizia residenziale pubblica o mediante la costruzione di nuovi alloggi o mediante il recupero e il risanamento di immobili esistenti. L'una e l'altra competenza […] si integrano e si completano a vicenda, giacché la determinazione dei livelli minimi di offerta abitativa per specifiche categorie di soggetti deboli non può essere disgiunta dalla fissazione su scala nazionale degli interventi, allo scopo di evitare squilibri e disparità nel godimento del diritto alla casa da parte delle categorie sociali disagiate » (*Cons. dir.* § 3).

39 *Corte cost.*, 26 mars 2010, in *Giur. cost.* 2010, p. 1358. Sur cette décision v. A. Venturi, « Dalla legge Obiettivo al Piano nazionale di edilizia abitativa: il (ri)accentramento (non sempre opportuno) di settori strategici per l'economia nazionale », *le Regioni* 2010, n° 6/2010, p. 1378.

40 « La legge statale, in coerenza con la sua funzione di individuare i "livelli minimi", stabilisce un ordine inderogabile di priorità, il quale non esclude la possibilità che le Regioni, una volta soddisfatte le esigenze delle categorie deboli specificamente elencate, possano, nell'ambito del proprio territorio, individuare altre categorie meritevoli di sostegno, cui ritengono utile e necessario fornire il supporto degli interventi pubblici in materia di edilizia residenziale » (*Cons. dir.* § 7).

41 *Corte cost.*, 16 décembre 2011, in *Giur. cost.*, p. 4536 ; *in Riv. dir. sic. soc.*, 2012/1, p. 141, note M. Di Francesco ; *in Riv. it. dir. lav.*, 2012/2, II, p. 521, note L. Surdi.

42 *Corte cost.*, 28 mai 2010, in *Giur. cost.*, p. 2212.

sa conformité à la Constitution doit être contrôlée non pas sur la base de ses caractéristiques abstraites, mais en relation avec sa capacité de satisfaire concrètement les besoins des personnes vulnérables qui appartiennent à la « catégorie faible » intéressée[43]. Les besoins, les exigences, les attentes des personnes vulnérables deviennent ainsi un véritable paramètre de constitutionnalité, ce qui constitue un élément très remarquable de la jurisprudence constitutionnelle italienne.

D'une façon quasiment identique, dans sa *sentenza* n° 172 de 2013[44] – concernant le droit des immigrés non-européens aux « *assegni di cura* » (aide étatique accordée aux personnes nécessitant des soins à domicile) – la Cour constitutionnelle affirme que « *ciò che* […] *assume valore dirimente agli effetti del sindacato di costituzionalità, non è la denominazione o l'inquadramento formale della singola provvidenza, quanto, piuttosto, il concreto atteggiarsi di questa nel panorama delle varie misure e dei benefici di ordine economico che il legislatore (statale o regionale) ha predisposto quali strumenti di ausilio ed assistenza in favore di categorie "deboli"* » (*Cons. dir.* § 4.1).

Une dernière décision qui pourrait, au moins en apparence, relever de la vulnérabilité catégorielle est la *sentenza* n° 114/2015[45], dans laquelle l'expression « *soggetti deboli* » est utilisée en référence aux travailleurs qui constituent – pour utiliser les mots de la Cour – les « *soggetti deboli nel mercato del lavoro* » (personnes vulnérables sur le marché du travail). Il s'agit en particulier – d'après la Cour constitutionnelle – de ceux qui font un « *lavoro occasionale di tipo accessorio* » (forme de travail occasionnel, très peu protégée sur le plan juridique). C'est dans ce sens-là que l'on peut dire que le juge de lois se sert d'une notion « catégorielle », puisque les travailleurs occasionnels constituent une catégorie (ou, pour mieux dire, une sous-catégorie) de personnes vulnérables.

II. L'entrée en scène de la vulnérabilité et sa récente « explosion » : analyse détaillée des décisions les plus importantes adoptées entre 2017 et 2023

A. Personnes en situation de vulnérabilité et « forçage » des règles du procès

Arrivés à ce point de l'analyse – et ayant conclu le résumé de ce qui a été dit dans la contribution de 2020, dûment mis à jour – il semble opportun de se concentrer sur la jurisprudence des dernières années. Comme cela a déjà été dit, en effet, à partir de 2017 le terme vulnérabilité a commencé à apparaître de manière de plus en plus fréquente dans les décisions de la Cour constitutionnelle, au

43 « Come questa Corte ha avuto modo di sottolineare nella richiamata sentenza n. 187 del 2010, ciò che assume valore dirimente agli effetti del sindacato ad essa riservato, non è la denominazione o l'inquadramento formale della singola provvidenza, quanto, piuttosto, il concreto atteggiarsi di questa nel panorama delle varie misure e dei benefici di ordine economico che il legislatore ha predisposto quali strumenti di ausilio ed assistenza in favore di categorie 'deboli'. Per la compatibilità costituzionale delle scelte legislative occorre, infatti, verificare se, "alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale", la misura presa in considerazione "integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di 'bisogni primari' inerenti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare…" » (*Cons. dir.* § 5).

44 *Corte cost.*, 4 juillet 2013, in *Giur. cost.* 2013, p. 2542.

45 *Corte cost.*, 18 giugno 2015, in *Giur. cost.* 2015, p. 892 ; in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015/4, p. 793, note M. Di Francesco.

point qu'à partir de 2020 on a assisté à une véritable « explosion » de la vulnérabilité (et à la quasi-disparition de la « faiblesse » et de la « fragilité »). S'agit-il simplement d'un changement « stylistique », ou un véritable glissement conceptuel se cache-t-il derrière ? Essayons de le comprendre en analysant en détail certaines des décisions les plus importantes prises ces dernières années.

En analysant la jurisprudence des années 2017-2023[46], les premières décisions à prendre en considération sont, sans aucun doute, les deux relatives à l'affaire *Cappato*, c'est-à-dire l'*ordinanza* n° 207 de 2018 et la *sentenza* n° 242 de 2019, précitées.

Cette affaire, qui a fait beaucoup de bruit en Italie, est née d'une saisine incidente portant sur la conformité aux principes constitutionnels de la disposition du Code pénal réprimant l'aide au suicide, y compris lorsque la personne demandant à mettre fin à ses jours était un patient en phase terminale, soumis à des souffrances insupportables.

Dans ce contexte, la notion de vulnérabilité, envisagée sous un double prisme — celui des individus eux-mêmes (personnes en situation de faiblesse et de vulnérabilité) et celui de leur condition (situation de vulnérabilité) — renvoie à l'état des patients incurables en fin de vie, désireux de mettre un terme à leurs souffrances par le recours au suicide assisté.

Comme déjà souligné, ces deux décisions revêtent une importance particulière pour deux raisons essentielles.

En premier lieu, le recours à la notion de vulnérabilité permet à la Cour de « forcer » les règles du procès et d'introduire une technique décisionnelle novatrice, illustrée par l'ordonnance n° 207 de 2018. Par cette décision de renvoi à date fixe, le juge constitutionnel constate l'inconstitutionnalité d'une disposition législative sans l'annuler immédiatement, accordant ainsi au législateur un délai d'un an pour remédier aux problèmes de constitutionnalité identifiés. Ce modèle décisionnel, totalement inédit, trouve sa justification également dans la condition de vulnérabilité des patients en phase terminale.

En second lieu, avec l'arrêt n° 242 de 2019, la situation de vulnérabilité des malades en fin de vie est utilisée comme prétexte pour légitimer le non-respect, de la part de la Cour constitutionnelle, du pouvoir discrétionnaire du législateur, puisque ce dernier n'est pas intervenu dans le délai qui lui avait été accordé par l'*ordinanza* de 2018. En effet, afin de suppléer à l'inertie du législateur, le juge des lois, dans le but explicite d'établir un cadre juridique garantissant une protection aux patients en phase terminale (ou sujets vulnérables), a adopté une véritable « décision normative », en écrivant la réglementation sur le suicide assisté au lieu et place du législateur. Cette approche, qui a suscité

46 L'étude approfondie et attentive de la jurisprudence constitutionnelle de ces dernières années est proposée par P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, ES, 2022, et s.

de vifs débats doctrinaux[47], a donc conduit la Cour à se substituer au législateur, en instaurant un véritable cadre « législatif » en matière de suicide assisté[48].

***

Le recours à la notion de vulnérabilité pour légitimer une intervention particulièrement créative de la Cour constitutionnelle trouve une confirmation explicite également dans l'arrêt n° 99 de 2019.

Dans cette décision, le juge constitutionnel a déclaré l'inconstitutionnalité d'une disposition du régime pénitentiaire[49] qui excluait les détenus atteints de graves troubles psychiatriques du bénéfice de la détention domiciliaire spéciale, initialement réservée aux seules personnes souffrant d'une infirmité physique survenue après leur incarcération. Cette décision a entraîné un élargissement du champ d'application d'une mesure alternative à la détention – à savoir la détention domiciliaire à caractère « humanitaire » ou « dérogatoire » – que le législateur avait strictement limitée à certaines catégories spécifiques de détenus[50]. Ce faisant, elle a donné lieu à une évolution normative d'origine jurisprudentielle.

---

47 Cet aspect est mis en évidence de manière particulièrement critique par A. Ruggeri, « Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019) », in *Giustiziainsieme.it*, 2019, p. 2, qui affirme, en lien avec l'arrêt n° 242 de 2019 (bien que l'auteur indique que cette position de la Cour n'est pas circonscrite à la situation spécifique), que « le message qui nous est aujourd'hui adressé par le juge constitutionnel est que, lorsqu'un cadre normatif jugé constitutionnellement nécessaire ne verra pas le jour par la volonté du législateur, ce sera le juge constitutionnel qui en prendra en charge la régulation, sans aucune limite. Autrement dit, il n'y a plus de frontière certaine et infranchissable dans laquelle seule la volonté du législateur pourra s'imposer et s'affirmer ; c'est, au contraire, la Cour constitutionnelle qui décidera dorénavant jusqu'où elle étendra et où elle réduira la sphère de régulation confiée au législateur, allant même jusqu'à en annuler totalement l'étendue matérielle ». D'autres auteurs ont cependant cherché à justifier l'intervention de la Cour, en affirmant qu'on pourrait dire que la Cour ne « profite pas préméditément de son rôle pour poursuivre un projet subversif concernant la forme de l'État ou du gouvernement ». Lorsque la Cour dépasse son rôle, cela se fait « de manière occasionnelle, contingente et interstitielle, lorsque la Cour y est poussée par l'inaction et l'inertie du Parlement, ou, plus généralement, lorsqu'elle considère qu'elle peut ou doit agir pour garantir l'effectivité de la Constitution » (C. Tripodina, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, en R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (dir.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, 2011, p. 43). Des critiques pointues à l'encontre de la décision n'ont pas manqué, par exemple sur la complexité particulière de l'appareil décisionnel et sur la friction éventuelle qu'il pourrait engendrer avec le principe de détermination et de précision des prévisions pénales, comme dans le cas de la référence aux comités éthiques territoriaux, ou encore la reconnaissance expresse de l'objection de conscience (ainsi M. D'Amico, « Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019) », dans *Rivista AIC*, 1/2020, p. 295 et 301).

48 La justification donnée par la Cour repose sur le principe suivant : « L'exigence de garantir la légalité constitutionnelle doit, en tout état de cause, l'emporter sur celle de laisser une place à la discrétion du législateur pour réguler pleinement la matière » (Cour constitutionnelle, arrêt n° 242 de 2019, consid. dir. 4).

49 La disposition critiquée était l'article 47-*ter*, alinéa 1-*ter*, de la loi n° 354 du 26 juillet 1975.

50 À ce propos, la Cour prend soin de préciser que « Le projet réformateur complexe étant resté inachevé, le cadre normatif actuel présente des lacunes sérieuses qui affectent particulièrement la situation des détenus souffrant de troubles mentaux survenus après leur incarcération, lesquels n'ont accès ni aux REMS ni à d'autres mesures alternatives à la prison s'ils ont une peine résiduelle supérieure à quatre ans, comme le détenu requérant. Les détenus se trouvant dans une situation similaire à celle de la partie en cause ne peuvent pas bénéficier de la détention à domicile 'ordinaire' prévue à l'article 47-ter, alinéa 1, lettre c, du code pénitentiaire, destinée à tous les détenus ayant une peine résiduelle inférieure à quatre ans et gravement malades, indépendamment du type de pathologie – physique ou mentale – dont ils souffrent. Ils ne peuvent pas non plus bénéficier du renvoi obligatoire de l'exécution de la peine prévu à l'article 146, premier alinéa, numéro 3) du code pénal, car la pathologie mentale grave ne répond pas à la condition de maladie grave dans un état avancé réfractaire aux traitements. En outre, les malades mentaux ne peuvent même pas bénéficier du renvoi facultatif de l'exécution de la peine prévu à l'article 147, premier alinéa, numéro 2) du code pénal, car cette disposition concerne uniquement les cas de "grave maladie physique" ».

L'élément central de cette décision réside dans le recours à la notion de vulnérabilité comme critère justificatif d'une intervention qui, en pratique, empiète sur la marge d'appréciation du législateur. En effet, la Cour relève que les individus concernés par la disposition déclarée inconstitutionnelle se trouvent dans une double situation de vulnérabilité : d'une part, ils subissent une restriction de leur liberté personnelle en tant que détenus ; d'autre part, ils sont atteints d'une grave pathologie psychiatrique, qui accentue leur état de fragilité. Dans cette perspective, le juge constitutionnel affirme que l'absence d'une protection adéquate pour ces personnes entraînerait la création d'une « zone franche » au sein de l'ordre juridique, échappant à tout contrôle de constitutionnalité, dans un domaine – celui du régime pénitentiaire – où l'effectivité des droits fondamentaux doit être assurée avec une rigueur particulière.

Le choix de la Cour d'intervenir par le biais d'une décision à portée additive ne se limite donc pas à combler un vide normatif, mais s'inscrit dans une démarche de rééquilibrage visant à garantir la protection effective de droits fondamentaux autrement menacés. Ainsi, la notion de vulnérabilité n'est pas appréhendée comme une catégorie juridique dotée d'une définition normative précise, mais plutôt comme un critère argumentatif permettant de justifier la nécessité d'une intervention corrective face aux choix du législateur.

Toutefois, la Cour ne précise pas de manière détaillée les raisons pour lesquelles un détenu atteint d'une pathologie psychiatrique devrait être qualifié, non seulement en raison de sa condition existentielle, mais également en termes juridiques, de sujet vulnérable. En effet, aucune analyse approfondie du fondement normatif de cette qualification n'est menée ; celle-ci est davantage présupposée et mobilisée à des fins persuasives pour justifier l'opération interprétative entreprise. Cet abord méthodologique, s'il permet une plus grande flexibilité dans la protection des droits fondamentaux, laisse néanmoins en suspens la question de la délimitation juridique du concept de vulnérabilité, dont le contenu demeure largement tributaire du pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel.

En définitive, l'arrêt n° 99 de 2019 s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle par laquelle le juge constitutionnel se positionne comme interprète des exigences de protection de certaines catégories de personnes, en intervenant de manière supplétive par rapport au législateur, avec une approche substantialiste de la garantie des droits fondamentaux.

B. La vulnérabilité en tant que condition existentielle : sa portée expansive et sa fonction rhétorique et persuasive

L'analyse menée jusqu'à présent met en évidence deux aspects fondamentaux concernant la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle italienne. Tout d'abord, il semble que ce concept revête une fonction rhétorique et persuasive, en ce sens que la Cour fait appel à la vulnérabilité des malades en phase terminale et des détenus atteints de troubles psychiatriques pour justifier les opérations d'interprétation créative particulièrement audacieuses mises en œuvre dans les décisions examinées.

En effet, la Cour mobilise la notion de vulnérabilité pour légitimer des interventions herméneutiques particulièrement marquées, visant à assurer une protection renforcée aux personnes en situation de fragilité. Ainsi, la référence à la vulnérabilité des malades en phase terminale ou des détenus souffrant de pathologies psychiatriques semble constituer un élément central du raisonnement juridique sous-tendant les décisions analysées.

En second lieu, lorsqu'elle se réfère à la vulnérabilité, la Cour s'appuie sur un concept qu'elle ne prend pas la peine de définir de manière exhaustive, ni même de justifier en se fondant sur une approche logico-rationnelle explicite.

Ce concept est plutôt appréhendé de manière large et flexible, comme une simple condition existentielle d'exposition particulière à des situations de risque, impliquant un renforcement des garanties juridiques. L'absence d'une définition normative précise n'en limite pas la portée, mais en accroît au contraire la souplesse d'application, permettant ainsi à la jurisprudence constitutionnelle d'en adapter le contenu aux exigences spécifiques de protection mises en évidence dans chaque affaire. Cependant, comme nous le verrons par la suite, un tel choix n'est pas exempt de risques.

L'arrêt n° 50 de 2022 constitue une confirmation importante de la conception de la vulnérabilité comme une condition existentielle qui ne se limite pas rigidement à certaines catégories de personnes. Dans cette décision, rendue dans le cadre du contrôle de l'admissibilité du référendum abrogatif, la Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable la demande d'abrogation de l'article 579 du Code pénal, qui sanctionne l'homicide sur personne consentante[51]. Cette demande d'abrogation, en manipulant le texte de l'article en question, visait à rendre non punissables les comportements facilitant la décision des malades de mettre fin à leur existence.

La *ratio decidendi* de l'irrecevabilité repose sur la nécessité de préserver l'ordre juridique d'éventuelles lacunes normatives susceptibles de compromettre la protection des personnes en situation de vulnérabilité.

Cette décision revêt une importance particulière en ce qu'elle met en évidence un élément supplémentaire : la vulnérabilité, en tant que condition existentielle, ne se limite pas nécessairement à certaines catégories prédéterminées de sujets.

En effet, le juge constitutionnel affirme expressément que « les situations de vulnérabilité et de fragilité auxquelles ont fait référence les arrêts précités de cette Cour [207/2018 et 242/2019] ne se réduisent en aucun cas à la seule minorité, à l'infirmité mentale ou à la déficience psychique, mais peuvent être liées à des facteurs de nature diverse (non seulement liés à la santé physique, mais également à des aspects affectifs, familiaux, sociaux ou économiques) ».

---

51 Il s'agit de l'article 579 du code pénal italien, qui prévoit : « Quiconque cause la mort d'un homme, avec son consentement, est puni d'une peine d'emprisonnement de six à quinze ans. Les circonstances aggravantes prévues à l'article 61 ne s'appliquent pas. Les dispositions relatives à l'homicide [575-577] s'appliquent si l'acte est commis : 1) contre une personne de moins de dix-huit ans ; 2) contre une personne atteinte de troubles mentaux ou se trouvant dans une situation de déficience psychique, en raison d'une autre maladie ou de l'abus de substances alcooliques ou stupéfiantes ; 3) contre une personne dont le consentement a été extorqué par violence, menace ou suggestion, ou obtenu par tromperie ».

Ainsi, le juge des lois reconnaît que ces situations peuvent être associées à des éléments d'ordre affectif, familial, social ou économique, élargissant ainsi la portée même du concept de vulnérabilité.

On observe également la capacité d'expansion de la vulnérabilité, de manière analogue à ce qui s'est déjà produit de façon paradigmatique dans l'ordre juridique italien avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, énoncé au niveau international par la Convention de New York sur les droits de l'enfant de 1989 et intégré dans l'ordre juridique italien à travers l'article 3 de la loi n° 176 de 1991, impose que, dans chaque décision – qu'elle soit législative, administrative ou judiciaire – l'intérêt supérieur de l'enfant doive constituer une considération prépondérante. Cette approche a également été adoptée par la jurisprudence constitutionnelle et de légitimité, qui en a fait un critère directeur dans l'interprétation des normes relatives à la protection des personnes, notamment dans des contextes de vulnérabilité.

L'affirmation de l'intérêt supérieur de l'enfant a eu un impact significatif dans divers domaines, tels que le droit de la famille et la protection des mineurs étrangers non accompagnés, ainsi que dans les décisions en matière de garde et d'adoption.

Si son application a, d'un côté, eu le mérite de promouvoir une évolution du droit dans un sens personnaliste, en mettant au centre de l'évaluation juridique non plus une catégorie abstraite de sujets, mais la situation concrète de vulnérabilité dans laquelle l'individu peut se trouver, de l'autre côté, elle a révélé certains risques, notamment en raison de sa tendance à se transformer en une valeur tyrannique, brisant les limites dogmatiques de l'ordonnancement juridique, sur l'autel d'une protection substantielle aux contours indéfinis et, de fait, laissée à la discrétion du juge, souvent perçue comme de l'arbitraire.

La doctrine la plus avisée a en effet souligné que l'intérêt supérieur de l'enfant « ouvre – ou mieux, perce – toutes les portes, y compris celles du contrôle de constitutionnalité » et son application se traduit systématiquement par l'attribution aux organes judiciaires de la plus grande discrétionnalité dans la décision du cas concret, en fonction de la situation[52]. En raison de ces caractéristiques, l'intérêt supérieur de l'enfant fonctionne comme une « formule magique » à la disposition du juge pour atteindre n'importe quel résultat, et peut être comparé à une boîte vide, susceptible d'être remplie de tout contenu en fonction des valeurs de référence de l'interprète[53].

52 E. Lamarque, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione. Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "La famiglia davanti ai suoi giudici" Catania, 7-8 giugno 2013*, dans *Rivista del Gruppo di Pisa*, 6. L'auteure revient sur ce sujet dans *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milan, 2016.

53 Ces sont les mots de E. Lamarque, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro, op. cit.*, p. 6, qui se réfèrent aux affirmations de J. Carbonner, *Droit Civil*, I.2, *La famille, les incapacités*, Paris, 1969 et de P. Ronfani, *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, dans G. Mangioni, C.Baraldi. (dir.), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, 1997, p. 254.

Cet aperçu succinct du principe en question, et des risques liés à son utilisation peu contrôlée, est particulièrement significatif, non seulement parce qu'évidemment, à la base de la prééminence de l'enfant se trouve la reconnaissance de sa vulnérabilité, mais aussi parce qu'il révèle les pièges des dynamiques jurisprudentielles similaires concernant la vulnérabilité, qu'il convient de considérer avec attention pour éviter que celle-ci ne devienne un scénario déjà écrit, dont les résultats ne sont en rien rassurants.

III. Conclusions, première partie. La vulnérabilité : notion dangereuse ?

A. Les personnes démunies victimes de crimes sexuels et les mineurs en tant que sujets vulnérables. Le recours à la figure de l'*id quod plerumque accidit* comme fondement logique et rationnel de la vulnérabilité.

Dans certaines décisions, la Cour tente d'expliquer le fondement logique et rationnel de la condition de vulnérabilité liée à certaines catégories de personnes, mais, comme nous l'expliquerons sous peu (et de manière plus approfondie par la suite), avec des résultats largement insatisfaisants.

Dans l'arrêt n° 1 de 2021, la Cour rejette la question de la conformité à la constitution de la disposition législative qui permet automatiquement l'accès à l'aide juridictionnelle gratuite pour les victimes de crimes de violence sexuelle (sans donner au juge la possibilité d'évaluer si les conditions pour y accéder sont remplies). La norme examinée conditionne l'accès à l'aide juridictionnelle gratuite non pas aux conditions économiques de la victime (comme l'exigerait la logique de l'aide juridictionnelle gratuite), mais à la vulnérabilité des victimes des crimes en question. Selon la Cour, cette condition de vulnérabilité trouve son fondement dans un principe d'expérience commune (*id quod plerumque accidit*)[54].

Dans l'arrêt n° 14 de 2021, la Cour recourt au concept de vulnérabilité en relation avec le mineur témoin d'un crime sexuel, afin de justifier l'exception aux règles de la procédure pénale qui prévoient que la preuve doit être recueillie au cours du procès.

En effet, la Cour n'a pas accepté la question et a déclaré que la disposition législative qui permet de recueillir la déposition du mineur avant le procès (audition préalable) n'est pas contraire à la Constitution, non seulement lorsque le mineur est la victime de crimes sexuels, mais aussi lorsque (personne non lésée) il est simplement témoin.

La Cour justifie l'exception à la règle de l'acquisition de la preuve au cours du procès pour le mineur témoin d'un crime sexuel précisément en raison de la condition de vulnérabilité de ce dernier.

54 Comme l'indique correctement P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, *op. cit.*, p. 143, cette formule, « générale et essentiellement expéditive », « soulève des interrogations sur le plan de l'obligation de motivation, un aspect décisif pour limiter les marges de discrétion du juge découlant du caractère ouvert de la notion de vulnérabilité » ; ces interrogations seront abordées plus en détail dans le texte.

Vulnérabilité – et c'est là le passage significatif – qui trouve également ici sa justification dans un principe d'expérience commune *(id quod plerumque accidit)*:

> « 5. […] Le fait d'être appelé à témoigner sur des faits liés à l'intimité et à des violences subies ou auxquelles on a assisté est considéré comme conforme aux données d'expérience généralisées, résumables dans la formule de l'*id quod plerumque accidit*[55]. »

Dans les deux arrêts, la Cour justifie donc sa décision en se basant sur la condition de vulnérabilité, affirmant que celle-ci peut être présumée car elle repose sur un principe d'expérience commune *(id quod plerumque accidit)*. Ainsi, dans ces cas, la vulnérabilité est présumée, sans que la Cour s'engage à offrir une définition ou à expliquer les raisons juridiques (les bases logiques et rationnelles) pour lesquelles ces personnes peuvent être considérées comme vulnérables.

Cette opération suscite plus d'une interrogation, étant donné que la doctrine a depuis longtemps souligné les limites de l'argument de l'*id quod plerumque accidit*.

En effet, il a été soutenu que cette figure ne peut être considérée comme un véritable critère permettant d'enquêter scientifiquement sur la réalité sous-jacente aux choix législatifs, car elle se résume simplement à un recours général et apodictique à certains éléments d'expérience commune[56].

Ce critère, non seulement dépourvu de toute valeur scientifique, est également dangereux car il comporte le risque d'habiller la décision qui s'en sert d'une prétendue scientificité qui, en réalité, est inexistante, et ainsi de légitimer *a posteriori* des choix hautement discrétionnaires du juge des lois, qui risquent donc de dépasser les limites que la Cour elle-même a établies pour protéger la discrétionnalité législative.

Ainsi, même dans ce cas, le recours à l'argument du principe de l'expérience commune, d'où serait tirée la vulnérabilité des sujets concernés par la loi, semble incapable de surmonter l'idée, déjà plusieurs fois exprimée dans ces pages, que la vulnérabilité, entendue comme une condition existentielle, joue une fonction rhétorique et persuasive, plus que logique et argumentative, c'est-à-dire pour convaincre l'auditoire plutôt que pour identifier le fondement logique de la norme examinée et, donc, le fondement logique de la même décision de constitutionnalité.

---

55 Cour constitutionnelle *sent.* n° 14/2021.

56 L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, CEDAM, 19856, p. 657. À ce sujet, R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, p. 324, écrit avec clarté que celle-ci « vise à faire référence à une réalité 'moyenne' des comportements sociaux ou des relations économiques : un critère statistique est donc adopté, mais il se base uniquement sur des données générales d'expérience commune ». La critique exprimée par l'auteur dans son ouvrage *"Al Cuor non si comanda". Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, dans A. Ruggeri (dir.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, 1994, p. 330, est encore plus marquée. L'auteur, se référant à des cas spécifiques où cette stratégie est utilisée pour rejeter la question, écrit que « la valeur de ces figures est très faible, leur impact sur la configuration de la 'règle de prévalence' est quasiment nul. Ce sont des formules stéréotypées, répétées très fréquemment, et qui trop souvent occupent l'espace qui aurait dû être dédié à un raisonnement plus pertinent, visant à justifier pourquoi une certaine déformation perçue dans le 'cas' est considérée comme irrégulière ». Comme le souligne F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità* e coercizione cautelare, Giappichelli, 2016, p. 63, avec la formule analysée, « les juges constitutionnels finissent par appliquer, en fin de compte, les mêmes critères utilisés pour établir la présomption, ce qui […] en affaiblit la capacité démonstrative en raison de la généralisation susceptible d'être infirmée dans chaque cas particulier ».

B. Une conception moraliste de la vulnérabilité ?

Une autre décision qui revêt de l'intérêt pour notre analyse, et qui met en lumière le danger de l'utilisation faite par la Cour de ce concept, est l'arrêt n° 141 de 2019, concernant la conformité à la constitution des crimes de recrutement et de facilitation de la prostitution, volontairement et consciemment exercée. La question est née d'une affaire judiciaire plutôt médiatique, dans laquelle un entrepreneur recrutait des prostituées pour des « dîners élégants ».

Dans l'arrêt n° 141 de 2019, la Cour rejette les questions de constitutionnalité concernant la norme qui sanctionne pénalement le recrutement et la facilitation de la prostitution volontairement et consciemment exercée. Le juge des lois constate en effet que la norme incriminatrice est destinée à protéger les valeurs des droits fondamentaux des personnes vulnérables et de la dignité humaine (telles qu'exprimées par l'art. 41, alinéa 2, de la Constitution).

Comme on peut le voir, dans la décision, la vulnérabilité et la dignité humaine (dans un sens objectif) sont mises en relation, et c'est en vertu de cette association que la Cour semble « objectiver » le concept de dignité humaine ; une perspective qui est fort problématique, comme l'illustre le célèbre cas français du « lancement du nain » (v. *infra*).

Le recours au concept de vulnérabilité dans un cas où la prostitution résulte de l'autodétermination, c'est-à-dire qu'elle est exercée volontairement et consciemment, soulève plus d'une interrogation et l'appel à la dignité et à la vulnérabilité laisse transparaître une vision moraliste, évoquant les concepts de moralité publique et de bonnes mœurs, ainsi que des normes éthiques imposées à l'individu[57].

Cependant, la prise de position de la Cour est exigeante et dangereuse, car elle pourrait ouvrir la voie à des visions moralistes et paternalistes, visant à restreindre l'autodétermination individuelle[58].

Dans la perspective ouverte par l'affirmation de la Cour, ce ne sera pas à l'individu, dans son autonomie, de déterminer ce qui lui convient pour vivre dignement, mais ce sera « la morale commune qui lui imposera de ne pas faire usage de son corps si cela offense le bon usage »[59].

***

57 R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, dans *Forum di quaderni costituzionali*,, p. 5 et s.

58 Cela souligne le risque que ce choix puisse ouvrir la voie au soi-disant paternaliste pénal, selon S Bernardi, « Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?», dans *Diritto penale contemporaneo,* 2019, § 10.

59 R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione*, *op. cit.*, p. 6. En réponse à ces critiques (justifiant ainsi le choix de la Cour), P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, *op. cit.*, p. 135, écrit que celles-ci n'affectent pas la cohérence de la décision du juge constitutionnel si elles sont limitées aux comportements parallèles à la prostitution (c'est-à-dire le recrutement, la facilitation ou la tolérance habituelle de la prostitution) : « la question de la nature plus ou moins authentique du choix de se prostituer se réduit, car la réprobation du recrutement, de la facilitation ou de la tolérance habituelle de la prostitution peut très bien persister même si la prostitution […] est pratiquée de manière libre et volontaire ».

Le lien problématique entre vulnérabilité et dignité comprise de manière objective se retrouve – bien que sous une forme moins évidente – dans deux décisions concernant la maternité de substitution, à savoir les arrêts n° 33 de 2021 et n° 79 de 2022. Ces décisions représentent un moment significatif dans la jurisprudence constitutionnelle italienne, car elles mettent en lumière la manière dont le concept de vulnérabilité est utilisé pour justifier les limitations à l'autodétermination de la femme.

Dans les deux arrêts, la Cour fait référence à la vulnérabilité des femmes qui acceptent un contrat de maternité de substitution, c'est-à-dire celles qui décident de mener une grossesse pour le compte d'autrui. Cette vulnérabilité est considérée comme un élément central dans le poids accordé à la liberté personnelle et à la protection de la dignité humaine, avec une orientation clairement restrictive par rapport à la pratique de la maternité de substitution.

Dans l'arrêt n° 33 de 2021, la Cour affirme que « les accords de maternité de substitution comportent un risque d'exploitation de la vulnérabilité de femmes se trouvant dans des situations sociales et économiques précaires ; des situations qui, si elles existent, conditionneraient lourdement leur décision d'entreprendre une grossesse dans l'intérêt exclusif de tiers, à qui l'enfant devra être remis immédiatement après la naissance ».

Ici, le concept de vulnérabilité prend une connotation instrumentale, utilisé pour justifier une position de principe interdisant cette pratique de manière générale, sans analyse au cas par cas des conditions réelles des femmes concernées.

La position de la Cour est encore plus nette dans l'arrêt n° 79 de 2022, où, en rappelant ses précédents, dont l'arrêt n° 33 de 2021, elle affirme de manière incontestable que la maternité de substitution « offense de manière intolérable la dignité de la femme et mine profondément les relations humaines » (arrêt n° 272 de 2017 et, plus récemment, arrêt n° 33 de 2021), donnant lieu à une « marchandisation inacceptable du corps, souvent au détriment des femmes les plus vulnérables sur le plan économique et social ».

Cette position jurisprudentielle confirme la tendance à considérer la vulnérabilité non pas comme une condition factuelle justifiant l'intervention de la Cour pour prévenir des abus potentiels, mais comme une justification morale et normative.

Cela, comme déjà souligné, fait courir le risque d'une utilisation sélective et idéologique du concept, avec des conséquences importantes en termes de protection des droits fondamentaux. Dans ces décisions également, la vulnérabilité est simplement mentionnée, non pas définie, apparaissant, une fois de plus, comme un argument rhétoriquement utilisé pour renforcer la décision de la Cour.

Il ne faut pas oublier que l'absence d'une analyse approfondie des conditions réelles des femmes concernées risque d'aligner le discours juridique sur une vision paternaliste, qui limite l'autodétermination individuelle au nom d'une conception de la dignité comprise de manière objective, et donc imposée de manière hiérarchique.

Cette position semble, par ailleurs, négliger la dimension subjective de la dignité, c'est-à-dire la possibilité pour la femme de s'autodéterminer de manière complète et consciente, sans que son consentement soit automatiquement jugé comme entaché par une condition de vulnérabilité économique ou sociale. Si la vulnérabilité est utilisée comme critère pour limiter la liberté personnelle, il devient essentiel de définir précisément ses frontières et son application concrète, afin d'éviter qu'elle ne devienne un concept manipulable en fonction des besoins jurisprudentiels du moment.

IV. Conclusions, seconde partie. La vulnérabilité : notion juridique ?

A. La vulnérabilité ne se définit pas, mais elle se constate et elle s'affirme ?

Les réflexions que nous venons de faire nous poussent à exclure catégoriquement l'idée que la vulnérabilité puisse être directement liée à la notion de la dignité humaine. Cela, d'ailleurs, ne doit pas surprendre : l'usage de la dignité humaine dans les discours juridiques a toujours posé des problèmes. Pour mieux expliquer l'affirmation précédente, il suffit de rappeler les réflexions de la doctrine concernant les arrêts du Conseil d'État français sur le lancer du nain[60].

Il est bien vrai, certes, que plusieurs commentateurs ont évalué de manière très positive ces décisions. Certains auteurs, par exemple, ont estimé que les décisions du Conseil reposaient sur la conviction selon laquelle « dans l'hypothèse d'un conflit entre l'acception objective et subjective de la dignité, la seconde est inévitablement destinée à succomber », car « le comportement du nain qui consent à être traité publiquement comme un objet » finit par « rejaillir négativement sur la condition des autres nains »[61] ; d'autres ont considéré que la décision du juge administratif français pouvait être lue comme l'affirmation d'un principe selon lequel, « au nom de la dignité "acquise" », ne pourrait être niée « la dignité "innée", cette dernière étant, sur le plan juridique, hors de la disponibilité de l'individu »[62] ; d'autres encore, enfin, tout en admettant que « la manière d'appréhender le principe de dignité humaine » qui émerge des décisions en question semble contredire la connexion de cette dernière « avec l'exigence de protection des sujets les plus vulnérables à laquelle il semblerait parfaitement fonctionnel », expriment néanmoins « de la considération envers un maire » qui « assume la responsabilité d'empêcher que des handicaps, des malformations, des déformations des personnes malheureuses soient l'objet de moqueries et de railleries »[63].

La position assumée par cette doctrine semble, d'ailleurs, parfaitement cohérente avec une certaine conception de la dignité humaine qui, depuis quelques années, s'est imposée comme majoritaire dans le débat. D'après cette conception, en effet, la dignité humaine occupe une « position suprême » au sein d'un « ordre constitutionnel pluraliste »[64]. Elle ne serait, pour autant, « pas susceptible de réductions par effet de mise en balance, car elle constitue la balance elle-même, le critère de mesure

60 CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge* et *Ville d'Aix en Provence* (deux arrêts).
61 G. Resta, « La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità », in *Riv. dir. civ.*, 2002, 841.
62 M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, ES, 2012, 158.
63 E. Ripepe, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giapp., 2014, 29.
64 G. Silvestri, « La dignità umana dentro le mura del carcere , in M. Ruotolo (dir.), *Il senso della pena*, ES, 2014, 178.

de tous les principes et de tous les droits » ainsi que « de toutes les formes d'exercice de l'autorité »[65]. Dans cette perspective, le lancer du nain peut facilement être identifié comme un cas exemplaire où l'exercice de l'autorité, visant à protéger la dignité humaine, peut primer sur la protection des droits de l'individu, lorsque ces derniers ne sont pas alignés avec elle.

Toutefois cette thèse, bien qu'énoncée d'une manière efficace, suscite quelques perplexités quant à ses prémisses.

Tout d'abord, il convient de noter que la métaphore de la balance se heurte au fait que, en théorie, la dignité humaine pourrait parfaitement être mise en balance avec d'autres valeurs, au point que certains pays ont jugé nécessaire d'établir des interdictions explicites pour prévenir un tel résultat (il suffit de penser aux alinéas 1 et 2 de l'article 41 de la Constitution italienne)[66]. Il n'apparaît donc pas possible d'identifier, dans la dignité humaine, une sorte d'« insusceptibilité ontologique » à être mise en balance. Ce qui, selon nous, empêche également de la considérer comme une « balance », puisque, sauf interdiction expresse, elle pourrait bien être l'un des poids à placer sur l'un des plateaux.

Ériger, donc, artificiellement la dignité humaine en « balance » du système, signifierait, pour reprendre la définition précitée, en faire le « critère de mesure » de tout principe, droit ou forme d'exercice de l'autorité. Cela impliquerait qu'il faille nécessairement choisir une seule conception de la dignité pour comparer tous ces éléments, afin de déterminer si et dans quelle mesure un principe ou un droit mérite d'être appliqué, ou si une forme d'exercice de l'autorité peut être considérée comme légitime.

Le risque, à y regarder de près, est que la « dignité humaine », au lieu d'être l'« étoile polaire à laquelle se référer pour orienter d'un commun accord le chemin à parcourir »[67], ne devienne – du fait du rôle de « balance » qui lui a été attribué à tort – une simple « panacée argumentative »[68], un artifice rhétorique commode permettant de justifier tout et son contraire, en fonction de la conception choisie *(pro tempore)* et imposée « d'en haut ».

Ce risque se reproduirait, dans les mêmes termes, si la catégorie de vulnérabilité était utilisée en tant qu'expression de la dignité humaine. Ce risque deviendrait encore plus grave dans le cadre d'un contrôle dit de « *ragionevolezza* »[69] (un type de contrôle, introduit par voie prétorienne, dans lequel la Cour constitutionnelle remet en question les choix discrétionnaires effectués par le législateur, déclarant une loi inconstitutionnelle lorsque ces choix sont manifestement irrationnels), ou lorsque,

---

65 *Ibid.* V. aussi G. Silvestri, « La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali », in *Mélanges Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, 2012, p. 1181.

66 « 1. L'initiative économique privée est libre. 2. Elle ne peut s'exercer […] de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine, à la santé, à l'environnement ».

67 E. Ripepe, *op. cit.*, p. 2.

68 L'expression est utilisée concernant l'abus du concept de dignité humaine par F. Rimoli, *Dei diritti e dei doveri*, ES, 2022, p. 199.

69 RIPRENDERE PACE.

comme mentionné précédemment, la vulnérabilité est utilisée comme un « levier » pour forcer les règles du procès.

Devrions-nous alors nous résigner au fait que la vulnérabilité soit indéfinissable et qu'elle – pour reprendre Wattine sur l'urgence – « ne se définit pas, mais elle se constate et elle s'affirme »[70] ?

B. La vulnérabilité …par rapport à quoi ?

Une analyse plus approfondie de la jurisprudence constitutionnelle, qui ne se limite pas aux apparences, peut offrir quelques pistes de réflexion utiles pour tenter d'élaborer une notion de vulnérabilité plus affinée et, surtout, plus adaptée à son utilisation dans un contexte juridique en tant que « paramètre » de constitutionnalité d'une norme.

À ce propos, il convient tout d'abord de rappeler les conclusions auxquelles nous étions parvenus dans le cadre de notre étude de 2020 (précitée), où nous observions que la notion de vulnérabilité adoptée par la Cour constitutionnelle n'est pas une notion « classique ». La notion classique de vulnérabilité, en effet, est très liée, comme nous l'avons déjà remarqué, au droit de consommateurs. Celle de la Cour constitutionnelle, en revanche, est liée à la conception républicaine de la personne et de la dignité humaines et, plus particulièrement, au droit à la santé qui, d'ailleurs, est le seul droit que la Constitution italienne qualifie de « droit fondamental » (alinéa 1), en le liant, de plus, explicitement au « respect de la personne humaine » (alinéa 2)[71].

Elle n'hésite pas, cependant, à qualifier aussi de vulnérables d'autres catégories de personnes, comme les travailleurs occasionnels, ce qui nous semble, d'ailleurs, pleinement justifié par le fait que la République italienne est « fondée sur le travail » (article 1er de la Constitution transalpine).

Plus en général, donc, la notion de vulnérabilité du juge des lois semble se fonder sur les trois premiers articles de la Constitution (principe travailliste, principe « personalistico » et principe d'égalité), ainsi que sur tous les articles qui en constituent, en quelque sorte, un développement direct (article 4, droit au travail ; article 32, droit à la santé ; etc.). L'« exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité » dont la Cour, parfois, parle, se traduit donc dans l'exigence constitutionnelle de supprimer (ou au moins réduire) les inégalités entre les citoyens et entre les travailleurs, afin de permettre un plein développement de la personne humaine. Ce qui, d'ailleurs, ne fait que confirmer comment l'article 3 de la Constitution est désormais devenu l'axe central de la jurisprudence constitutionnelle.

---

70 Wattine : «"l'urgence ne se définit pas, mais elle se constate et elle s'affirme". Il s'agit d'une phrase connue et citée par de nombreux auteurs, chacun la reprenant d'autres. Le Pambou Tchivounda (*Recherche sur l'urgence en droit administratif français,* in *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1983, 92, n. 28), par exemple, la reprend de Rials (S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, 1980), qui, à son tour (94, n. 462), la reprend de Grévisse (Concl. S. 14.III.1958, reconstruction, *A.J.*, 1958. II.186).

71 Article 32 : « 1. La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et assure des soins gratuits aux indigents. 2. […] La loi ne peut en aucun cas violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ».

C'est pour cela que le choix de ne pas accorder la qualification de personnes vulnérables aux détenus qui ne se trouvent pas dans une situation de vulnérabilité, pour ainsi dire, « supplémentaire », peut paraître un peu surprenant.

Ceux qui se trouvent en prison, en effet, ne sont pas privés que de leur liberté d'aller et venir : la quasi-totalité des autres droits reconnus par la Constitution sont également limités, *de facto*, par le fait qu'ils se trouvent en prison, y compris, par exemple, le droit à la santé, et ceci au-delà de la circonstance qu'ils soient affectés par une maladie chronique ou par une maladie « importante ». En outre l'article 27 de la Constitution, en disposant que « les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité », explicite un lien très strict entre la détention en prison et la dignité humaine. De ce fait, il nous semble que les détenus devraient constituer une catégorie de personnes vulnérables pour le simple fait qu'ils se trouvent en prison.

Cette dernière considération nous amène, fatalement, à « la question des questions » : la notion de vulnérabilité adoptée par la Cour constitutionnelle, est-elle une notion situationnelle ou bien catégorielle ?

Or, s'il est vrai que dans la plupart des décisions la Cour semble utiliser une notion « situationnelle », il n'en est pas moins vrai qu'il y a un certain nombre de décisions où, en revanche, le juge des lois semble préférer raisonner en termes de « catégories vulnérables ».

Notre hypothèse est, donc, tout simplement, que la distinction entre notion « catégorielle » et notion « situationnelle » n'opère pas devant ce juge.

Si cette hypothèse est correcte, on ne saurait lui donner tort. À notre avis, en effet, l'appartenance à une catégorie découle nécessairement d'une situation transitoire et extrinsèque à l'individu (par ex. pour le mineur : avoir moins de 18 ans). Dans ce sens, la vulnérabilité « catégorielle » n'est qu'une forme objective de vulnérabilité situationnelle. De l'autre côté, à chaque fois qu'une personne se trouve dans une situation de vulnérabilité, elle devient immédiatement, même si d'une façon transitoire, susceptible d'être située dans une catégorie (par exemple pour ceux qui sont malades : catégorie de malades). Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, qu'en principe une catégorie peut être formée par une personne seulement. Dans ce sens la vulnérabilité « situationnelle » n'est qu'une forme subjective de vulnérabilité catégorielle.

Par conséquent, il nous semble opportun, pour en finir, de proposer une différente catégorisation de la vulnérabilité qui soit directement inspirée par la jurisprudence constitutionnelle italienne.

D'après nous, en effet, il nous semble que la notion de vulnérabilité adoptée par la cour peut se distinguer en trois différentes typologies :

1) Une vulnérabilité « relative », qui découle du fait qu'une personne, dans un contexte particulier et par rapport à un droit particulier, se trouve dans une situation de faiblesse (par exemple les consommateurs, lorsqu'ils ne sont ni des entrepreneurs, ni des artisans, ni des personnes qui exercent une profession libérale) ;

2) Une vulnérabilité « absolue », qui découle du fait qu'une personne, à cause de ses caractéristiques psycho-physiques ou de sa condition de vie, se trouve dans une situation de « faiblesse », de vulnérabilité continuelle (même si, éventuellement, transitoire) et par rapport à n'importe quel droit ou presque (par exemple les personnes à mobilité réduite, mais aussi, à notre avis, les détenus) ;

3) Une vulnérabilité présumée, qui découle du fait qu'une catégorie de personne est qualifiée de vulnérable par le législateur (par exemple les mineurs). Dans ce cas, c'est à la Cour constitutionnelle d'interpréter la volonté du législateur et d'indiquer si la présomption est absolue ou relative (comme dans le cas des mineurs).

Ce qui vient d'être proposé, toutefois, n'est pas à proprement parler une définition de la vulnérabilité, mais plutôt une catégorisation, une « taxonomie » ou – peut-être plus exactement – une « typisation » de l'usage que la Cour constitutionnelle en fait.

Si l'on veut pousser la réflexion un peu plus loin, il faut avant tout observer que l'on ne saurait véritablement chercher à définir une notion comme celle de la vulnérabilité sans avoir d'abord identifié son « destinataire ». En effet, la vulnérabilité est un concept intrinsèquement « relatif », en ce sens qu'il n'exprime pas une conception existentielle de la condition humaine : sinon, on commettrait à nouveau l'erreur de l'assimiler à la dignité, la réduisant ainsi à une condition objective d'« indignité »[72] qui, dans un ordre juridique pluraliste, ne saurait avoir sa place.

En d'autres termes, pour pouvoir répondre à la question « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? », il faut d'abord se demander : « Vulnérabilité par rapport à quoi ? ».

Si l'on y réfléchit bien, la réponse à cette dernière question pourrait être plus évidente qu'on ne pourrait l'attendre. Il nous semble, en effet, que toutes les décisions examinées jusqu'ici, à bien y regarder, reconnaissent l'existence d'une vulnérabilité là où il existe un obstacle objectif à l'exercice normal des droits.

On pourrait alors supposer – en appliquant, d'une certaine manière, le « rasoir d'Ockham » *(Pluralitas non est ponenda sine necessitate)* – que, puisque la fonction des juges constitutionnels, en particulier dans le cadre d'un contrôle incident, est fondamentalement celle de la protection des droits, la vulnérabilité doive être définie en relation avec une difficulté accrue, par rapport à la moyenne ou, en tout cas, par rapport à des personnes se trouvant dans des conditions similaires, dans l'accès aux droits.

72 Une fois encore, l'affaire du lancer de nain, déjà évoquée, est exemplaire. Comme conséquence desdites décisions, en effet, le « nain » Wackenheim dut suspendre son activité professionnelle, retournant vivre avec sa mère de quatre-vingts ans et en subvenant à ses besoins uniquement grâce au *Revenu de Solidarité Active*. Dix-neuf ans après les décisions du Conseil d'État, il déclarait à la presse « survivre, plutôt que vivre », n'ayant pas réussi à trouver un autre emploi. En d'autres termes, il menait une existence qu'il considérait comme indigne. De ces décisions, en effet, ne découle aucun droit à vivre dignement (qui, dans le cas d'espèce, n'aurait eu aucun destinataire), mais bien plutôt, le cas échéant, une obligation de vivre selon une seule conception de la dignité, imposée de manière unilatérale (se traduisant, pour Wackenheim, par une paradoxale obligation de vivre indignement). De la même manière, si l'on poussait ce raisonnement jusqu'à ses conséquences ultimes, il faudrait alors conclure que la raison pour laquelle le « nain » a été considéré comme une personne vulnérable – au point que le Conseil d'État a estimé devoir le protéger « contre lui-même » – est que la condition existentielle d'un nain qui fait un certain travail peu apprécié par quelqu'un doit être considérée comme intrinsèquement « indigne ». Il est évident qu'un tel raisonnement ne saurait trouver place dans un discours démocratique.

Cela permettrait ainsi d'expliquer toutes les références faites par la Cour constitutionnelle à l'*id quod plerumque accidit*, mais aussi – à une analyse approfondie – les références à la dignité humaine qui, dans une dimension constitutionnelle, devraient être considérées comme la simple expression d'une disposition constitutionnelle (et donc du droit relatif) auquel le concept se rapporte (pensons, par exemple, à l'article 32 de la Constitution qui, en prévoyant le droit à l'autodétermination thérapeutique, précise que la loi ne peut en aucun cas « dépasser les limites imposées par le respect de la personne humaine »).

En outre, on parviendrait ainsi à élaborer une définition de la vulnérabilité parfaitement cohérente avec le discours juridique, pleinement objectivable et – en théorie – extensible à d'autres branches du droit.

Que la définition ici proposée puisse être jugée *adéquate ou non*, c'est donc une question que nous laissons volontiers au débat.

Il Consiglio di Stato italiano e il concetto di vulnerabilità

Alessia-Ottavia Cozzi[1]

Sintesi della ricerca sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano in tema di vulnerabilità

Il presente contributo intende esporre i risultati della ricerca attinente all'utilizzo del termine «vulnerabilità», «vulnerabile», al singolare e al plurale, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano nell'arco di tempo considerato dall'indagine, ossia dal gennaio 2010 al maggio 2023. Conviene da subito anticipare i risultati della ricerca. Il primo risultato attiene al fatto che il numero delle sentenze del Consiglio di Stato rilevanti per la presente ricerca nel periodo indicato è significativamente circoscritto. Il termine «vulnerabilità», nel significato oggetto della presente ricerca, ossia quale condizione ontologica o situazionale di persone fisiche, è poco presente nella giurisprudenza amministrativa esaminata. Il secondo risultato consiste nell'individuazione dei settori materiali in cui il termine è utilizzato. I settori sono essenzialmente tre: provvedimenti in materia di immigrazione; provvedimenti connessi alla disciplina dei cosiddetti «giochi e scommesse», in particolare in tema di obblighi di distanziamento da luoghi sensibili e di orari di apertura di esercizi commerciali con *slot machine*; provvedimenti correlati all'obbligo vaccinale, in relazione alle normative adottate per far fronte alla pandemia Covid-19.

Rispetto a questi settori, il risultato forse più significativo della presente indagine consiste nell'individuazione del formante da cui il giudice amministrativo ha tratto il concetto di vulnerabilità. Si tratta di un dato importante per comprendere se e in che misura l'utilizzo del termine corrisponda all'identificazione di una vera e propria categoria giuridica, che comporta diritti o facoltà in capo al soggetto interessato e obblighi od oneri in capo alla pubblica amministrazione o se, al contrario, ne delinei un utilizzo con funzioni narrative, discorsive, descrittive, tali per cui il termine è fungibile con altri, al pari di sinonimi come persone fragili, persone deboli.

Da questo punto di vista, la ricerca ha mostrato che diversi sono i formanti «di origine» del termine, nei diversi settori materiali. Per ciò che attiene al diritto migratorio, il termine «vulnerabile» è tratto, e costituisce puntuale attuazione, di fonti secondarie dell'Unione europea. Per gli obblighi di

---

1 Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico all'Università di Udine.

distanziamento dei locali con *slot machine*, il formante di origine del termine è dato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, che ha delineato la *ratio* delle normative nazionali e regionali che impongono siffatti obblighi, consistente nella protezione di minori o di soggetti in carico presso i servizi socio-assistenziali. Infine, per gli obblighi vaccinali il termine è riferito ai pazienti, come soggetti considerati complessivamente vulnerabili a prescindere da specifiche patologie, ed è tratto in parte dagli atti di autorità sanitarie, in parte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per ciascuno dei settori indicati, i paragrafi che seguono analizzano nel dettaglio i formanti da cui il termine vulnerabilità proviene.

Nella parte finale del presente studio, si sostiene che l'utilizzo del termine sia più presente laddove previsto da puntuali norme di legge, italiane od europee, assumendo in questi soli casi il significato di categoria giuridica. Il «peso» del formante legislativo non stupisce, attesa la centralità della norma di legge quale norma attributiva del potere e parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Lo scarso utilizzo del termine «vulnerabile», d'altra parte, non costituisce in alcun modo manifestazione di una incapacità strutturale del giudice amministrativo nel garantire l'effettività dei diritti fondamentali delle persone in condizioni di svantaggio. Per dimostrare la centralità del formante legislativo e l'effettività della tutela giurisdizionale avanti al giudice amministrativo, a prescindere dall'utilizzo del termine «vulnerabile», sono stati utilizzati alcuni indici che operano *a contrario*. In primo luogo, sono state analizzate le altre sentenze, non rilevanti per la presente ricerca, in cui compare il termine «vulnerabile». Esse sono riferite alla vulnerabilità dei suoli, delle acque o, in generale, di risorse naturali, anche in questo caso perché il termine è puntualmente presente nelle singole normative di settore, spesso di origine europea. Si conferma, in questo modo, la ricorrenza del termine ove la legge lo prevede. In secondo luogo, molto ricca è, nel periodo di riferimento, la giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di disabilità, ambito in cui, pur senza utilizzare il termine «vulnerabile» il giudice amministrativo è stato in grado di offrire tutela ai più diversi ambiti del vivere comune in cui la persona interessata si sia confrontata con un cattivo esercizio del potere amministrativo. Si dimostra, sotto questo profilo, che lo scarso utilizzo del termine «vulnerabile» non corrisponde ad una debolezza degli strumenti propri del sindacato giurisdizionale amministrativo.

Sebbene la ricerca abbia mostrato che la creazione della categoria giuridica della vulnerabilità, nei casi esaminati, sia determinata dalla legge, e non dal giudice stesso, l'ultima parte del contributo ragiona dell'espansione della funzione giurisdizionale come elemento, da più parti evidenziato, caratterizzante l'evoluzione della forma di Stato. Il Consiglio di Stato italiano ha certamente esercitato da sempre una notevole funzione di integrazione e di ricomposizione del tessuto normativo, spesso estremamente frammentato e scomposto. Solo da una ventina d'anni è invalsa anche in Italia la prassi di adottare Codici, o comunque normative organiche, per settori materiali tipicamente rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, quali l'edilizia, l'espropriazione, l'ambiente, i contratti pubblici, le società partecipate, solo per fare alcuni esempi. In precedenza, la legislazione italiana era essenzialmente settoriale, il che rendeva necessario il ricorso a principi generali del diritto ad integrazione del parametro legislativo. La funzione «creativa» del diritto, dunque, a prescindere dagli intesi dibattiti che da decenni accompagnano l'espressione, non è certamente estranea al giudice

amministrativo. Di qui l'utilità, nella parte finale del presente lavoro, di ragionare della creazione di nuove categorie giuridiche in rapporto allo spazio della funzione giurisdizionale in una Costituzione democratica e pluralista.

I. Materiali e metodi

Prima di procedere ad una analisi puntuale dei settori materiali interessati dalla giurisprudenza amministrativa esaminata, è utile chiarire le premesse metodologiche e gli strumenti operativi utilizzati nella presente ricerca. La descrizione dei materiali e metodi consente di dare conto dell'esiguo numero di sentenze rilevanti per la ricerca, che ne rappresenta, come detto, il primo risultato.

La ricerca è stata condotta utilizzando un motore di ricerca privato di frequente utilizzo da parte degli operatori del diritto[2]. I risultati ottenuti sono stati posti a confronto con il motore di ricerca pubblico e ad accesso libero della giustizia amministrativa, molto ricco per pronunce raccolte, ma meno raffinato dal punto di vista dei campi di ricerca[3]. I numeri ottenuti attraverso il motore di ricerca privato consistono in diciannove massime e 291 sentenze. Il confronto con i risultati ottenuti con il motore di ricerca pubblico mostra che i dati sono sostanzialmente comparabili, dunque realisticamente affidabili[4]. Ebbene, il numero di sentenze individuate risulta davvero sparuto rispetto al totale delle sentenze del Consiglio di Stato nel periodo di riferimento presenti nel motore di ricerca[5]. Il numero è ancora più ridotto se si considera che non tutte le decisioni, comprendenti sentenze, ordinanze cautelari presidenziali o collegiali e decreti decisori, sono indicizzate nel motore di ricerca, risultando dai dati statistici predisposti per l'inaugurazione dell'anno giudiziario in numero molto maggiore[6].

---

2 www.dejure.it, banche dati editoriali GLF, giuffrefrancislefebvre.it; il termine ricercato è stato «vulnerabil*» (proposto così dal motore di ricerca) filtri: «Consiglio di Stato» periodo 1 gennaio 2010-10 maggio 2023. In un primo tentativo di ricerca, si è inserito «vulnerabilità», ma risultavano solo tre decisioni. Si è utilizzato, perciò, il suggerimento del motore di ricerca stesso come «vulnerabil*». Quanto al periodo temporale, sono state fatte più ricerche. Per esempio, al 1 marzo 2022 risultavano 236 sentenze, di cui quaranta sentenze certamente non rilevanti, tra cui sei adunanze plenarie, la cui massima era riferita sempre a «consumatori particolarmente vulnerabili». L'ultimo aggiornamento di ricerca, qui considerato, è del 10 maggio 2023.

3 www.giustizia-amministrativa.it, in cui è possibile effettuare una ricerca libera testuale, ma le sentenze che ne risultano sono indicate solo per data, senza massima o parola chiave, per cui non è agevole individuare quelle davvero rilevanti.

4 Sul motore di ricerca di www.giustizia-amministrativa.it si è proceduto con la ricerca per parole «vulnerabil*», autorità: Consiglio di Stato, tipologia provvedimento: sentenza. Non è stato possibile inserire una data di inizio e fine della ricerca. La ricerca ha dato come esito 355 sentenze dal 2001, anno applicato automaticamente dal motore di ricerca. Il motore, indica, tuttavia, il numero di sentenze per anno e, sommando quelle dal 2010 al 2023, sono 319, un numero ragionevolmente vicino alle 291 trovate con dejure.it.

5 Senza inserire il termine «vulnerabil*», nel motore di ricerca dejure.it nel periodo 1 gennaio 2010-10 maggio 2023 il totale delle massime del Consiglio di Stato è di 56.456 e il totale delle sentenze del Consiglio di Stato è di 85.828.

6 Si consideri che c'è uno scarto tra il numero di sentenze presenti nel motore di ricerca e il numero di decisioni realmente pronunciate dal Consiglio di Stato nel periodo di riferimento. Al di là della tipologia di provvedimento decisorio (sentenza, ordinanza cautelare presidenziale o collegiale, decreto decisorio), lo scarto emerge con evidenza se si considerano i dati statistici relativi all'attività del Consiglio di Stato presentati ogni anno in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, in www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato. Si ricava dai dati statistici che il numero dei «ricorsi decisi» dal Consiglio di Stato a partire dal 2017 è il seguente: 9.990 nel 2017; 11.055 nel 2018; 12.151 nel 2019; 11.811 nel 2020; 11.789 nel 2021; 14.718 nel 2022. Negli anni precedenti, per completezza, i dati sono i seguenti: 15.534 nel 2010; 12.616 nel 2011; 11.562 nel 2012; 10.183 nel 2013; 10.309 nel 2014; 9.604 nel 2015; 9.858 nel 2016, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/52818/nsiga_4150149.pdf/bb549c91-7b9a-08a1-f72e-a5f9bd203d29?t=1530095786000.] Per quanto la lettura dei dati non sia semplice, può dirsi che nel periodo 1° gennaio 2010 - 31 dicembre 2022 il totale dei

La base di dati su cui la ricerca si è incentrata, perciò, attiene a 291 sentenze. Esse sono state a loro volta scremate, per trattenere soltanto quelle attinenti alla vulnerabilità delle persone fisiche. Ne sono emersi i tre settori materiali già indicati nella sintesi iniziale di questo contributo, ossia quindici decisioni in materia di stranieri; trentatré in materia di giochi e scommesse, in relazione a provvedimenti relativi all'apertura di sale gioco e agli obblighi di distanziamento rispetto a luoghi sensibili, nonché a provvedimenti recanti ordini di chiusura o di contingentamento dell'orario di esercizio; undici sentenze in tema di obblighi vaccinali del personale sanitario. Ulteriori sei sentenze attengono ad atti e provvedimenti di organizzazione del servizio sanitario, per esempio l'estensione dei distretti sanitari, in rapporto alla vulnerabilità della popolazione considerata e ai soggetti potenziali utenti del servizio. Le sentenze pertinenti per la presente ricerca sono, dunque, sessantacinque.

Se si volesse rapportare il dato (sessantacinque sentenze) al totale delle sentenze in cui compare il termine «vulnérabil*» (291 sentenze), esso corrisponde al 22,33%. Rispetto al totale delle sentenze del Consiglio di Stato indicizzate dal motore di ricerca nel periodo di riferimento, il termine «vulnérabil*», considerando tutte le 291 sentenze, si attesta al 0,339% mentre, considerando le sole sessantacinque sentenze pertinenti, diventa lo 0,075%[7]. La percentuale si abbassa ancora se si tiene conto che, come detto, non tutte le decisioni del Consiglio di Stato sono indicizzate nel motore di ricerca.

I dati ora indicati, dunque, attestano con chiarezza che il termine «vulnerabil*» è davvero poco presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano. Può concludersi, dunque, che il vocabolo ha una incidenza assai ridotta nella giurisprudenza amministrativa d'appello. L'analisi che segue mira ad analizzare nel dettaglio le sessantacinque sentenze pertinenti e i relativi settori materiali, con l'obiettivo di individuare l'origine del termine, se normativa o di autonoma e spontanea creazione giudiziale.

II. Ambiti materiali in cui è stata rinvenuta la parola «vulnerabil*», origine e riflessi per la costruzione di una categoria giuridica

Come anticipato, sono essenzialmente tre gli ambiti materiali in cui si rinvengono sentenze del Consiglio di Stato che si riferiscono alla «vulnerabilità» delle persone fisiche: stranieri; giochi e scommesse, ossia distanziamento da scuole, strutture sanitarie o socio-sanitarie e orari di apertura di esercizi commerciali con *slot machine*; obbligo vaccinale del personale sanitario in epoca Covid-19.

Un risultato importante della ricerca è consistito nell'individuazione del formante da cui questa giurisprudenza ricava il termine «vulnerabile». Dal formante può dipendere anche la connotazione del termine come categoria giuridica dotata di effetti classificatori e conformativi o, al contrario, il suo utilizzo in senso atecnico, discorsivo, narrativo, al pari di sinonimi come «persone fragili», «persone deboli».

---

ricorsi definiti sia di 151.180. Come detto, le cifre indicate si riferiscono ai ricorsi definiti, dunque decisi, e non al numero delle pronunce con efficacia decisoria. La differenza è evidente se si considera che il giudice può decidere contestualmente su più ricorsi riuniti, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., ove il potere di riunione dei ricorsi è ritenuto discrezionale.

7 Percentuale di sentenze del Consiglio di Stato contenenti il termine «vulnérabil*» sul totale delle sentenze in dejure.it nel periodo 1 gennaio 2010-10 maggio 2023, ossia 291 sentenze su 85.828: 0,339%; 65 sentenze su 85.828: 0,075%.

In sintesi, il formante normativo, dunque la derivazione da norme di legge, è molto evidente nella giurisprudenza sugli stranieri. Il formante giurisprudenziale, in particolare la derivazione da sentenze della Corte costituzionale, è caratteristico della giurisprudenza in materia di giochi e scommesse. Un formante «misto» si ricava dalla giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, in cui la qualificazione dei pazienti come vulnerabili deriva, insieme, da rapporti di natura tecnico-scientifica ripresi nelle sentenze (European Medicines Agency-EMA; Agenzia Italiana del Farmaco-AIFA) e da una sentenza della Corte di Strasburgo.

A. La giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di stranieri

L'analisi delle sentenze individuate in materia di stranieri richiede una premessa in ordine alla conformazione duale del sistema italiano di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Il sistema duale rappresenta una eccezione nel contesto occidentale e determina il fatto che la tutela nei confronti dell'amministrazione possa essere ottenuta in alcuni casi davanti al giudice ordinario, in altri davanti al giudice amministrativo[8]. Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si fonda nell'ordinamento italiano sulla posizione giuridica soggettiva protetta, in particolare sulla distinzione, sconosciuta ad altri ordinamenti, tra diritto soggettivo e interesse legittimo, già presente nell'organizzazione della tutela giurisdizionale del Regno d'Italia e mantenuta dalla Costituzione italiana, negli artt. 103, comma 1, e 113 Cost.[9]. La dualità del sistema di tutela comporta che non sia sufficiente che la pubblica amministrazione sia parte del giudizio per identificare la giurisdizione del giudice amministrativo. L'ordinamento si caratterizza, pertanto, per una concorrenza tra giurisdizioni e rispettivi strumenti di tutela, che insistono entro i medesimi ambiti materiali.

Un esempio è dato proprio dalla disciplina degli stranieri. Si tratta di un ambito materiale in cui coesistono posizioni soggettive che assumono la conformazione del diritto soggettivo, la cui cognizione è affidata al giudice ordinario, per esempio in fattispecie di rigetto della domanda di protezione internazionale o di protezione umanitaria, e posizioni che hanno la qualità dell'interesse legittimo, ricadendo nella giurisdizione del giudice amministrativo, per esempio in caso di diniego del permesso di soggiorno o di revoca delle misure materiali e giuridiche di protezione internazionale[10].

8 Per un inquadramento di sistema, F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, IX ed., 2023; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021; G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2021; inoltre, in prospettiva comparata, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamento dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2020, in particolare il cap. VI, «Contenzioso amministrativo e tutela giurisdizionale».

9 Art. 103, comma 1, Cost., per cui: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»; art. 113 Cost., secondo cui: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa». La Costituzione, dunque, fotografa questa dualità: due situazioni giuridiche soggettive, diritto soggettivo e interesse legittimo, e due giurisdizioni, giudice ordinario e giudice amministrativo.

10 La dottrina sulla condizione giuridica delle persone migranti è amplissima. In relazione al loro statuto costituzionale, ci si limita a F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2022;

Non è agevole spiegare queste distinzioni, che rendono difficile comprendere per il ricorrente a quale giudice rivolgersi, mettendo in discussione la certezza del diritto, il diritto di azione e di difesa e la tutela dei diritti fondamentali. Nella dottrina italiana il dibattito è antico e, proprio in materia di stranieri, si è parlato di «nomadismo giurisdizionale», per indicare che, a fronte di fattispecie che paiono simili, non è chiaro a quale giudice rivolgersi. Ma lo stesso accade in altri settori materiali, per esempio in relazione ai soggetti disabili, per cui alcune controversie ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario, altre in quella del giudice amministrativo.

Il riflesso, ai fini del presente lavoro, è duplice. Per un verso, per misurare il grado di protezione che l'ordinamento offre a determinati soggetti, occorre considerare l'insieme delle giurisprudenze ordinaria e amministrativa, dunque l'effettività offerta dalla concorrenza dei rispettivi rimedi giurisdizionali. Per altro verso, e specularmente, la giurisprudenza amministrativa in materia di stranieri coglie soltanto una frazione delle situazioni giuridiche protette, mentre nella presente ricerca sentenze in materia di stranieri saranno richiamate anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione, sezioni civili.

Fatte queste premesse, è possibile concentrare l'analisi sulle quindici sentenze del Consiglio di Stato relative alla disciplina dello straniero in cui compare il temine «vulnerabile», cercando le origini del termine e le ragioni del suo utilizzo.

In materia di stranieri, il riferimento alla vulnerabilità è presente nella legislazione interna di recepimento di norme del diritto dell'Unione europea, legislazione che costituisce il parametro di legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione. L'origine del termine risiede essenzialmente, dunque, nel diritto dell'Unione. La normativa interna applicata nelle sentenze analizzate è costituita dal d.lgs 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della* direttiva 2013/33/UE *recante norme relative*

P. Bonetti, «L'attuale sistema italiano del diritto degli stranieri e la sua insostenibilità costituzionale. Proposte di riforma per governare l'immigrazione», in M. Bonini, S. La Porta (a cura di), *Quale governo per le migrazioni?*, Atti del seminario di studi interdisciplinari 20 novembre 2020 Università degli Studi di Milano Bicocca, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 25-90; P. Bonetti, «Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione», *Diritto costituzionale*, n. 2 del 2020, pp. 13-79 (numero monografico); L. Montanari, F. Grisostolo, «I diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale italiano. Il ruolo della questione incidentale nel complesso del sistema di tutela dei diritti», in C. Severino, H. Alcaraz (dir.), *Système de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnerabilité. Approche de droit comparé*, Confluence des droits [en ligne], Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, 2022, pp. 365-381; C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; I. Ruggiu, «I diritti dei migranti: la tutela della libertà personale e le nuove sfide per i diritti umani poste dal fenomeno migratorio», in I. Spigno, L. Efren Rios Vega (a cura di), *La crisi dei diritti umani. La visione della giustizia regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 247-264; L. Montanari, «La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri», *Federalismi.it*, numero speciale, n. 2 del 2019, p. 63 ss.; G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2017; G. Moschella, L. Buscema (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, Aracne, 2016; F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013; L. Ronchetti (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffré, 2012; A. Ruggeri, «Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri», *Rivistaaic.it*, n. 2 del 2011; A.O. Cozzi, «Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali», *Quad. cost.*, n. 3 del 2010, pp. 551-570; M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, CEDAM, 2007; AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti dl XIV convegno annuale AIC, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010; M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1997. In chiave comparata, A. Tarzia, *Il giudice e lo straniero. Linguaggi e culture nei percorsi giurisdizionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*[11]. L'art. 2, comma 1, lett. h) qualifica come «richiedente con esigenze di accoglienza particolari» il «richiedente che rientra nelle categorie vulnerabili indicate nell'articolo 17 e che necessita di forme di assistenza particolari nella prestazione delle misure di accoglienza». L'art. 17 d.lgs n. 142 del 2015 è rubricato *Accoglienza di persone portatrici di esigenze particolari* e al primo comma dà un elenco di persone considerate vulnerabili: «Le misure di accoglienza previste dal presente decreto tengono conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali». Si tratta di una definizione ripresa testualmente dall'art. 21 direttiva 2013/33/UE. L'art. 22 direttiva, peraltro, stabilisce che solo le persone vulnerabili ai sensi dell'articolo 21 della direttiva possano essere considerate come persone con esigenze di accoglienza particolari e possano pertanto beneficiare delle particolari misure di sostegno previste dalla direttiva stessa. L'art. 21 direttiva, e il corrispondente art. 17 d.lgs n. 142 del 2015, non sarebbero perciò suscettibili di applicazione analogica.

La direttiva, e di conseguenza il d.lgs 142 del 2015, collega alla condizione di soggetto vulnerabile specifici obblighi in capo alla pubblica amministrazione, di notevole impatto per la tutela dei diritti delle persone interessate: l'obbligo di un accertamento e di una rivalutazione periodica della condizione di vulnerabilità; il divieto di collocazione nei centri di trattenimento; l'obbligo di apprestare specifici servizi di supporto sanitario e psicologico; la predisposizione di progetti di inserimento individualizzati. Norme specifiche, inoltre, sono poste per i minori, prevedendo per esempio la prevalenza, nella selezione delle misure, del superiore interesse del minore, il diritto del minore ad essere ascoltato, il diritto alla permanenza con i genitori o i fratelli, e particolari cautele per i minori non accompagnati (art. 18 d.lgs n. 142 del 2015, *Disposizioni sui minori*, e art. 19, *Accoglienza dei minori non accompagnati*, che recepiscono l'art. 23, *Minori*, e l'art. 24, *Minori non accompagnati*, direttiva 2013/22/UE). È, dunque, la legislazione europea, e di riflesso quella interna, a identificare e circoscrivere i soggetti vulnerabili e a collegarvi specifiche conseguenze giuridiche, nella forma di obblighi della pubblica amministrazione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato in cui compare il termine «vulnerabil*» attiene in particolare a provvedimenti di revoca delle misure di accoglienza per coloro cui è stata riconosciuta la protezione internazionale o, in via residuale, la protezione umanitaria, disciplinati dall'art. 23 d. lgs n. 142 del 2015. I provvedimenti di revoca sono provvedimenti discrezionali, in cui spetta all'amministrazione porre in bilanciamento le esigenze di tutela dei diritti delle persone interessate

11 Sulla disciplina unionale e interna in materia di protezione internazionale, per tutti S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, II ed., 2022.

con le esigenze di ordine pubblico e sicurezza, considerando che la revoca comporta il venir meno di condizioni di vita minime, di solito in assenza di altri punti di riferimento. Anche le misure di revoca sono disciplinate dal diritto dell'Unione, in particolare dall'art. 20, par. 5, direttiva 2013/33/UE, in tema di riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza. La disposizione richiede che le misure di revoca siano adottate in modo individuale, obiettivo e imparziale e siano motivate. Per i soggetti vulnerabili, in particolare, la norma pretende che le decisioni siano basate «sulla particolare situazione della persona interessata», tenendo conto del principio di proporzionalità.

Nella giurisprudenza esaminata, relativa ai provvedimenti di revoca, questo apparato normativo si traduce nella pretesa di un onere motivazionale aggravato in capo alla pubblica amministrazione, che deve ponderare le condizioni in concreto del ricorrente, il pregiudizio alla sua situazione soggettiva e le puntuali ragioni di ordine o sicurezza pubblica emerse nel caso di specie. Proprio l'assenza di motivazione in relazione alle condizioni personali della persona interessata è causa di per sé di annullamento del provvedimento impugnato[12].

In materia di stranieri potremo dire, quindi, che la qualificazione di persona vulnerabile e gli effetti ad essa connessi sono previsti direttamente dalla legge; sul lato della giurisprudenza, questo set di norme comporta in capo alla pubblica amministrazione un onere motivazionale aggravato.

Occorre tenere presente anche un ulteriore aspetto: essendo la definizione di vulnerabilità in questo ambito di derivazione europea, la giurisprudenza amministrativa interna si confronta e si conforma alle sentenze della Corte di giustizia in materia[13]. Inoltre, occorre considerare che la legislazione interna italiana già prevedeva fattispecie, quali il divieto di espulsione o di respingimento, riferite a persone che oggi definiremo vulnerabili e che la qualificazione espressa di «vulnerabile» è stata inserita successivamente, sempre per effetto del recepimento di norme europee. Si vuol dire che,

12 Emblematico è Cons. St., Sez. III, 8 maggio 2019, n. 2994, in merito alla revoca delle misure di accoglienza ex art. 23, c. 2, d.lgs n. 142 del 2015, di un soggetto adulto affetto da cataratta che era stato fermato per spaccio di modiche quantità di hascisc, in cui il giudice amministrativo non prende posizione sulla gravità della malattia, né su altri aspetti, perché il provvedimento è privo di motivazione con riferimento alle condizioni personali dello straniero, quindi è di per sé illegittimo.

13 Corte giust., Grande Camera, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin*, C-233/18, sull'art. 20, parr. 4 e 5, direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, letto alla luce dell'art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per effetto di questa sentenza, alcuni tribunali amministrativi regionali hanno disapplicato l'art. 23 d.lgs n. 142 del 2015, di recepimento dell'art. 20 direttiva: così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 2378, T.A.R. Toscana, Sez. II, 6 maggio 2020, n. 540. Il Consiglio di Stato, Sez. III, con ord. 30 dicembre 2020, n. 8540, ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di giustizia in relazione alla revoca di misure di accoglienza nei confronti di soggetto maggiorenne, non rientrante tra le categorie di soggetti vulnerabili ai sensi della direttiva. In risposta al rinvio pregiudiziale, Corte giust., Sez. X, 1° agosto 2022, *Ministero dell'interno*, C-422/21, ha riaffermato, tra l'altro, che l'art. 20, parr. 4 e 5 direttiva, «osta all'irrogazione, a un richiedente protezione internazionale che abbia posto in essere comportamenti gravemente violenti nei confronti di funzionari pubblici, di una sanzione consistente nel revocare le condizioni materiali di accoglienza, ai sensi dell'articolo 2, lettere f) e g), di tale direttiva, riguardanti l'alloggio, il vitto o il vestiario, qualora ciò abbia l'effetto di privare detto richiedente della possibilità di far fronte ai suoi bisogni più elementari. L'irrogazione di altre sanzioni ai sensi del citato articolo 20, paragrafo 4, deve, in qualsiasi circostanza, rispettare le condizioni di cui al paragrafo 5 di tale articolo, in particolare quelle relative al rispetto del principio di proporzionalità e della dignità umana», confermando che il principio trova applicazione generalizzata e non circoscritta ai soggetti vulnerabili ai sensi della direttiva. Per completezza, l'art. 5-*quater*, *Riduzione o revoca delle condizioni di accoglienza*, d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni nella l. 5 maggio 2023, n. 50, ha modificato l'art. 23 d.lgs n. 142 del 2015, introducendo un sistema graduale di riduzione delle misure di accoglienza in rapporto alla gravità della violazione commessa; si veda la scheda predisposta dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) in www.asgi.it/wp-content/uploads/2024/10/scheda-pratica-revoca-accoglienza_definitiva_L_50_2023.docx.pdf.

in questo modo, il diritto europeo ha sovrapposto una qualificazione normativa a situazioni giuridiche in parte già protette dall'ordinamento interno, pur non essendo qualificate in questo modo[14].

B. (Segue) di giochi e scommesse

Il secondo ambito materiale rilevate è quello relativo ai giochi e scommesse, in particolare all'obbligo di distanziamento di esercizi commerciali con *slot machine* da luoghi come scuole, ospedali, centri di accoglienza in cui possono essere presenti soggetti vulnerabili. Per ciò che attiene alla fonte degli obblighi di distanziamento, si tratta di norme di legge statale o regionale o di norme precisate in regolamenti degli enti locali. Obblighi di distanziamento, tuttavia, sono venuti all'attenzione del giudice amministrativo anche nella forma di prescrizioni di necessità e urgenza contenute in ordinanze sindacali. Nel complesso, le disposizioni legislative o regolamentari, come pure le ordinanze contingibili ed urgenti, non fanno tendenzialmente riferimento espresso al concetto di vulnerabilità, ma indicano direttamente le categorie protette, essenzialmente i minori e le persone in carico ai servizi sanitari o socioassistenziali.

La riconduzione di queste categorie al concetto di persone «vulnerabili» è stata operata dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in via principale su leggi regionali. La Corte ha individuato la *ratio* di queste norme nella protezione di soggetti psicologicamente immaturi o fragili[15]. La giurisprudenza amministrativa, pertanto, usa la categoria della vulnerabilità sulla scia

---

14 Il riferimento è in particolare all'art. 19 T.U. immigrazione, d.lgs n. 286 del 1998, la cui formulazione originaria già prevedeva il divieto di espulsione dello straniero verso uno Stato in cui potesse essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, oppure potesse rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non fosse protetto dalla persecuzione. Inoltre, l'espulsione era tendenzialmente vietata per gli stranieri minorenni, le donne in stato di gravidanza e le donne e gli uomini nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Nel 2011 la rubrica dell'articolo è stata modificata per effetto del recepimento di direttive UE, diventando *Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili*, con l'aggiunta alla disposizione di un comma 2 *bis*, per cui «Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate» (art. 3, comma 1, lett. g), n. 1), d.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con modificazioni in l. 2 agosto 2011, n. 129, *Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*).

15 Corte cost., 10 novembre 2011, n. 300; la disposizione legislativa impugnata in via principale, artt. 1 e 2, comma 2, legge della Provincia autonoma di Bolzano 22 novembre 2010, n. 13, aveva introdotto nella precedente legge provinciale 13 maggio 1992, n. 13, *Norme in materia di pubblico spettacolo*, un nuovo art. 5-*bis*, relativo ai giochi leciti, senza fare espresso riferimento al termine «soggetti vulnerabili», riferito a giovani o soggetti esposti a necessità di cura o assistenza socioassistenziale. Tuttavia, nelle sue difese la Provincia di Bolzano riferì la *ratio* della legge non all'ambito della prevenzione dei reati, ma alla necessità di preservare dalle implicazioni negative del gioco determinate categorie di persone, in specie i giovani o comunque «soggetti vulnerabili» (p. 2.2 *Ritenuto in fatto*), con una tesi accolta dalla Corte costituzionale. Si veda F. Angelini, «Quando non bastano le "regole del gioco" la Corte fa "ordine". Note a margine della sentenza n. 300 del 2011», *Rivistaaic.it*, n. 1 del 2012; si veda anche Corte cost., 18 luglio 2014, n. 220, su cui S. Rossi, «Una pronuncia di rigetto in rito e una posta in gioco ancora da definire: i sindaci *no slot* e i loro poteri», *Le Regioni*, n. 2 del 2015, p. 427 ss.; Corte cost., 11 maggio 2017, n. 108, su cui S. Scagliarini, «Rien ne va plus: la Consulta conferma la competenza regionale sulla ubicazione delle slot machine», *Le Regioni*, n. 5 del 2017, p. 1084 ss.; sempre sulla giurisprudenza costituzionale in materia di gioco d'azzardo, anche in chiave competenziale, E. Longo, «La "ludopatia" e il contrasto al gioco d'azzardo nell'ultima legislazione regionale: un esame a partire da due recenti leggi toscane», *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2 del 2018; V. Sciarabba, «Spunti di indagine e di riflessione sulle e dalle misure comunali e regionali di contrasto "totale" al gioco d'azzardo (e alla pandemia) nella prospettiva costituzionale», *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*, Vol. II, *Il diritto pubblico della pandemia*,

della qualificazione operata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Perché sia chiaro, un passaggio della motivazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 300 del 2011 afferma che la prossimità a determinati luoghi e la pubblicità degli esercizi commerciali con *slot machine* avrebbero potuto «indurre al gioco un pubblico costituito da soggetti psicologicamente più vulnerabili od immaturi e, quindi, maggiormente esposti alla capacità suggestiva dell'illusione di conseguire, tramite il gioco, vincite e facili guadagni». Questo passaggio motivazionale è di frequente ripreso nella giurisprudenza amministrativa relativa a provvedimento di diniego di apertura o recanti l'ordine di chiusura anticipata dei locali[16].

Opera, quindi, in questo ambito il formante giurisprudenziale. Questo «transito giurisprudenziale» costituisce un esempio di un fenomeno ricorrente, per cui le motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale non soltanto rilevano per il dispositivo e gli effetti che producono direttamente in relazione alla questione decisa, ma hanno un importante effetto indiretto, ossia la ricostruzione sistematica di istituti e l'individuazione della loro *ratio*, con argomenti che entrano nel circuito dell'applicazione giudiziaria di merito e di legittimità e sono ripresi al di là della singola questione di costituzionalità trattata[17]. In questo senso, nelle sentenze amministrative sui giochi e le scommesse il richiamo della giurisprudenza costituzionale, che comprende il concetto di soggetti vulnerabili, serve a far emergere gli interessi pubblici sottostanti all'esercizio dei rispettivi poteri normativi e amministrativi, comprensivi del diritto alla salute. Tali interessi sono stati fotografati dalla Corte costituzionale e come tali, compresa l'espressione linguistica sintetica di «vulnerabili», emergono nella successiva giurisprudenza amministrativa.

C. (Segue) di obblighi vaccinali

Giudizi amministrativi sugli obblighi vaccinali connessi alla pandemia sono stati decisi a partire dal 2021, in relazione all'introduzione da parte del legislatore di obblighi di vaccinazione cosiddetti selettivi, per particolari categorie di soggetti, inizialmente il personale sanitario[18]. Le sentenze attengono a provvedimenti amministrativi che intimavano l'ordine di vaccinarsi e, in caso di mancato adempimento, disponevano, come previsto dalla legge, l'immediata sospensione dal servizio e dalla

Genova, Consulta *on line*, 2020, anche in *Giurcost.org*, 20 luglio 2020; per un recente inquadramento complessivo, F. Savastano, «Una nuova disciplina per il gioco d'azzardo e le scommesse sportive. Riflessioni a partire dal riordino del comparto online, operato con d.lgs 41 del 2024», *Rivistaaic.it*, n. 3 del 2024; in termini generali, sui plurimi interessi che interseca la normativa dei giochi e la sua evoluzione, G. Sirianni, «Il gioco pubblico. Dal monopolio fiscale alla regolamentazione, nella crisi dello Stato sociale», *Diritto pubblico*, n. 3 del 2012, p. 801 ss.

16 Corte cost. n. 300 del 2011, p. 3.2 *Cons. dir.*, ultimo periodo. Il passaggio si ritrova, per esempio, in Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2582; Cons. St., Sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1618; Cons. St., Sez. III, 26 luglio 2018, n. 4592; Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4593; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2542. Per un commento alla giurisprudenza amministrativa sulle misure restrittive in materia di giochi e scommesse e il bilanciamento tra interessi costituzionali quale seguito della giurisprudenza costituzionale, M. Rospi, «Il nuovo assetto costituzionale della materia di giochi e scommesse tra competenza dello Stato e competenza delle Regioni e degli altri Enti locali alla luce del principio di proporzionalità», *Federalismi.it*, n. 29 del 2020; inoltre, M. Timo, «La tutela della concorrenza e della salute nella disciplina del gioco lecito», *Diritto amministrativo*, n. 2 del 2019, p. 413 ss.; A.M. Cecere, «Dalla tutela dell'interesse della comunità locale alla tutela dei diritti. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di prevenzione del gioco d'azzardo», *Munus*, n.1 del 2019, p. 313 ss.

17 E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 112 ss.

18 Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, ripreso in Cons. St., Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454, p. 3 *Fatto e diritto.*

retribuzione, pur senza perdita del posto di lavoro[19]. Vulnerabili, nella giurisprudenza amministrativa, sono i pazienti, «con particolare riguardo a quelli affetti da patologie tali da renderli particolarmente vulnerabili al rischio infettivo ed alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla contrazione della malattia respiratoria acuta denominata Covid-19». Quanto al formante da cui origina il termine «vulnerabile», la nozione di persone vulnerabili non era presente nelle norme di legge che hanno imposto l'obbligo vaccinale, ma si rinviene nella giurisprudenza amministrativa[20].

Poiché si tratta di decisioni più recenti, adottate quando la nozione di soggetti vulnerabili era già oggetto di una più attenta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, queste sentenze consentono di ragionare sulla eventuale emersione di una categoria giuridica che il giudice amministrativo applica a prescindere dall'esistenza di specifiche norme di riferimento, dunque sull'esistenza di una vera e propria categoria di origine pretoria, frutto della creatività giudiziale. Tuttavia, l'esame della giurisprudenza non conferma questa tesi. La qualificazione dei pazienti come vulnerabili, in questa giurisprudenza, non è effettuata direttamente dal giudice amministrativo, ma ha due matrici diverse. In alcuni casi, il termine è tratto da rapporti di carattere tecnico-scientifico degli organi e istituzioni che hanno avuto un ruolo essenziale nella elaborazione delle strategie di prevenzione e contenimento della diffusione del virus, a livello europeo l'EMA, a livello interno l'AIFA, Agenzia Italiana del Farmaco, e l'ISS, Istituto superiore di sanità[21]. In altre sentenze, deriva dal formante giurisprudenziale, questa volta di Strasburgo: di fronte all'asserita violazione, da parte della norma interna sull'obbligo vaccinale selettivo, della CEDU, artt. 1, 2, 5, 8 e 14, il Consiglio di Stato respinge la censura richiamando le statuizioni della Corte di Strasburgo, Grande Camera, nel caso *Vavricka e altri c. Repubblica CECA*, 8 aprile 2021, in cui nove vaccinazioni obbligatorie imposte ai minori sono

19 Il giudice amministrativo ha affermato la propria giurisdizione in quanto l'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo è stato ritenuto esercizio di potere amministrativo; così Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045; Cons. St., Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454, p. 1.3 *Fatto e diritto*; Cons. St., Sez. III, ord. 4 febbraio 2022, n. 583, in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto che il diritto all'autodeterminazione di coloro che abbiano deciso di non vaccinarsi è recessivo rispetto alla tutela della salute pubblica. La prima sentenza richiamata, Cons. St. n. 7045 del 2021, ha avuto notevole eco per aver per prima dichiarato la legittimità dell'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dall'art. 4 d.l. n. 44 del 2021, su cui *infra*; il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso degli operatori sanitari nel merito, laddove in primo grado il TAR per il Friuli Venezia Giulia, con sentenza 10 settembre 2021, n. 263, aveva dichiarato il ricorso inammissibile. In dottrina, V. De Santis, «L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045», *Osservatorioaic.it*, n. 6 del 2021; C.M. Rovati, «Sulla vaccinazione degli operatori socio-sanitari nei tempi maturi della pandemia da SARS-CoV-2: la pronuncia del Consiglio di Stato (nota a C. Stato 20 ottobre 2021, n. 7045)», *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2 del 2022, p. 620 ss.; sempre sulla sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato, e anche sull'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, G. Torta, «L'interesse pubblico tra politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia», *Nuove Autonomie*, n. 2 del 2022, p. 529 ss. Sulla connessione tra questa giurisprudenza amministrativa e le successive sentenze della Corte costituzionale, dal punto di vista dell'identificazione degli interessi costituzionalmente coinvolti e del rapporto tra fatto scientifico e discrezionalità, M. Massa, «Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali», *Corti supreme e salute*, n. 1 del 2023, a partire da Corte cost. nn. 14 e 16 del 2023 e Corte cost. n. 25 del 2023, in relazione agli obblighi vaccinali; inoltre, L. Busatta, «Giustizia costituzionale e obblighi vaccinali: alla Corte l'occasione, in cinque tempi, per consolidare il proprio orientamento», *Osservatorioaic.it*, n. 4 del 2023.

20 All'epoca dei fatti di causa, art. 4 d.l. 1° aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76, *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*.

21 Cons. St., Sez. III, 28 febbraio 2022, n. 1376, p. 8.4 *Fatto e diritto*, Cons. St., Sez. III, 28 febbraio 2022, n.1377, p. 6.2 *Fatto e diritto*, e Cons. St., Sez. III, 28 febbraio 2022, n. 1381, tutte depositate lo stesso giorno, che riprendono un estratto del Rapporto annuale AIFA sulla sicurezza dei vaccini anti-COVID-19 per il periodo 27 dicembre 2020-26 dicembre 2021.

state ritenute una ingerenza legittima nel diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, in quanto previste dalla legge e fondate sull'obiettivo legittimo, in una società democratica, di garantire il principio di solidarietà, ossia l'esigenza di proteggere tutti i membri della società e, in particolare, quelli che sono più vulnerabili, a tutela dei quali si chiede al resto della popolazione di assumersi un «minimo rischio» sotto forma di vaccinazione[22].

L'origine, dunque, è in parte in rapporti tecnico scientifici, in parte nella giurisprudenza convenzionale. Accanto alla fonte da cui è ricavato, la funzione del termine entro questa giurisprudenza conferma che non si tratta di una vera e propria categoria giuridica cui siano ricondotti puntuali diritti od obblighi in capo ad un circuito di soggetti. Il termine non è utile, in altre parole, a garantire effetti qualificati, per esempio in termini di speciale protezione, ma è utilizzato in maniera atecnica, narrativa, descrittiva, nel senso che nelle medesime decisioni i pazienti sono definiti, in altri passaggi motivazionali, come fragili, utilizzando espressioni come «vulnerabile», «fragile», «suscettibile» come sinonimi, senza che dai diversi termini derivi alcuna variazione nell'argomentazione, né distinti effetti giuridici[23].

D. L'assenza di una categoria giuridica di origine pretoria relativa ai soggetti vulnerabili

Possono ora trarsi le prime conclusioni dall'analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato nei tre settori di analisi emersi, ossia stranieri, giochi e scommesse e obblighi vaccinali. Per ciò che attiene ai formanti da cui origina il termine «vulnerabil*», si è detto che il formante normativo, dunque la derivazione da norme di legge, è molto evidente nella giurisprudenza sugli stranieri. Il formante giurisprudenziale, in particolare la derivazione da sentenze della Corte costituzionale, è caratteristico della giurisprudenza in materia di giochi e scommesse, mentre un formante «misto» si ricava dalla giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, in cui la qualificazione deriva, insieme, da rapporti di natura tecnico-scientifica e da una sentenza della Corte di Strasburgo. Ad uno sguardo complessivo, non constano, dunque, sentenze in cui il termine «vulnerabil*» sia stato introdotto spontaneamente dal giudice amministrativo per l'identificazione di un particolare regime giuridico.

22 Così Cons. St. n. 1377 del 2022, p. 7 *Fatto e diritto*, e Cons. St. n. 1381 del 2022, p. 7 *Fatto e diritto*, in termini identici, richiamando Corte EDU, Grande camera, *Vavricka e altri c. Repubblica Ceca*, 8 aprile 2021, ric. n. 47621/13 e a., §§ 279, 306, per concludere che «Dunque, nemmeno nella prospettiva e dall'analisi del c.d. costituzionalismo multilivello, fatta valere dagli odierni appellanti con la censura in esame, emerge la contrarietà della misura ai valori generalmente riconosciuti a livello sopranazionale o internazionale, in ambito europeo ed extraeuropeo».

23 Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, ripreso da Cons. St., n. 8454 del 2021, cit., p. 10.6 *Fatto e diritto*, e da Cons. St., Sez. III, ord. 4 febbraio 2022, n. 583. Sempre per l'intercambiabilità tra «vulnerabile» e altri sinonimi, si vedano Cons. St. n. 1376 del 2022, cit., p. 8.4 *Fatto e diritto*; in Cons. St. n. 1377 del 2022, p. 6.6 *Fatto e diritto*, e Cons. St. n. 1381 del 2022, p. 6.7 *Fatto e diritto*, il riferimento è ai «pazienti più suscettibili e vulnerabili»; in Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946, di riforma di TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 gennaio 2022, n. 419, che aveva annullato le Linee guida AIFA per la gestione domiciliare dei pazienti Covid-19, p. 19.2 *Fatto e diritto*, è sempre atecnico il riferimento ai «pazienti più vulnerabili» in riferimento alle raccomandazioni sul monitoraggio costate dei parametri clinici come operazioni attive e non di rassegnato immobilismo nell'ambito della cosiddetta «vigile attesa».

Per ciò che attiene alla funzione del termine, l'individuazione di una categoria normativa di soggetto vulnerabile, cui si collegano precisi effetti giuridici, si ha soltanto ove le stesse norme di legge, nella specie di derivazione europea, usano questa qualificazione, dunque, quando è il formante normativo ad agire. Quando, invece, l'utilizzo del termine deriva dal formante giurisprudenziale, nella specie dal richiamo a sentenze della Corte costituzionale o della Corte di Strasburgo, la sua funzione non corrisponde ad un significato tecnico, ma attesta il transito e la ripresa, nella giurisprudenza amministrativa, della ricostruzione sistematica di interi istituti e della corrispondente ponderazione di interessi già effettuata dalla giurisdizione costituzionale o sovranazionale. Il termine ha, nelle decisioni analizzate, una valenza atecnica, descrittiva, narrativa, da cui non derivano specifiche conseguenze giuridiche, tanto da essere fungibile, ossia sostituito, nelle stesse sentenze amministrative, da sinonimi come «fragile».

III. Quale vulnerabilità (ontologica o situazionale)

Alla base di questa ricerca, si erano distinte due diverse accezioni di vulnerabilità, una vulnerabilità ontologica, intrinseca ad alcune categorie di persone, come i minori o i malati, e una vulnerabilità situazionale, in cui sono le condizioni esterne a indurre una fragilità che non è propria della condizione psico-fisica del soggetto[24]. Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato esaminata conta anche per questo profilo il formante di riferimento. Nelle sentenze sugli stranieri, l'identificazione delle persone vulnerabili è effettuata direttamente dal legislatore, dell'Unione e quindi nazionale, e affianca diverse varianti di vulnerabilità: categorie per cui la vulnerabilità è ontologica (minori, disabili, donne in stato di gravidanza, persone affette da gravi malattie o disturbi mentali), altre in cui la vulnerabilità ha una matrice situazionale (donne vittime della tratta di esseri umani, persone che hanno subito gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale per l'orientamento sessuale o l'identità di genere, dunque soggetti che non erano vulnerabili in origine, ma lo sono diventati per ciò che hanno vissuto), altre categorie ancora per le quali è controversa, in dottrina, l'esistenza di una intrinseca fragilità (genitori singoli con figli minori, anziani). Tutte queste categorie, tuttavia, diventano vulnerabili, nelle norme di riferimento, per la condizione situazionale in cui si trovano, l'essere stranieri richiedenti protezione internazionale (art. 21 direttiva 2013/33/UE e corrispondente art. 17 d.lgs n. 142 del 2015).

Negli altri due ambiti materiali esaminati (giochi e scommesse; obblighi vaccinali) la vulnerabilità ha un carattere essenzialmente ontologico. Per i giochi e le scommesse, vulnerabili sono i minori e le persone che fruiscono di servizi sanitari o socioassistenziali, per l'intrinseca fragilità di una personalità in formazione o di una condizione di instabilità fisica o psichica. Per gli obblighi vaccinali, vulnerabili sono i pazienti, proprio in quanto soggetti in cura. In entrambi i casi si tratta di condizioni di vulnerabilità presunte. Il legislatore stesso ha bilanciato gli interessi in gioco attraverso una presunzione generale di vulnerabilità per questi soggetti, imponendo appunto il distanziamento da scuole e edifici di cura per gli esercizi commerciali con *slot machine* o l'obbligo vaccinale per il

24 Si rinvia per un approfondimento su queste nozioni al rapporto introduttivo della presente ricerca.

personale sanitario. Questa presunzione, normativamente posta, è molto evidente nella giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, in cui non si distingue l'adeguatezza o proporzionalità dell'obbligo imposto per legge in funzione delle patologie effettive dei pazienti, ma l'applicazione è generalizzata, come la legge vuole, per tutti i dipendenti di strutture sanitarie e socio-assistenziali, chiaramente in relazione alla capacità del virus Sars-covid di circolare rapidamente tra reparti e all'interno delle strutture socio-assistenziali.

IV. Elementi che confermano la prevalenza del formante normativo ai fini della costruzione della categoria giuridica della vulnerabilità

La ricerca ha offerto due elementi che confermano il ruolo preponderante del formante normativo per aversi una categoria giuridicamente qualificata di vulnerabilità, cui siano connesse speciali misure di protezione.

Per un verso, si è effettuata una ricerca sul diverso termine «disabil*», ricavandone una amplissima giurisprudenza del giudice amministrativo sui soggetti disabili nei più diversi ambiti materiali: concorsi pubblici con riserva di posti per persone disabili; diritto all'istruzione di alunno disabile, sotto diversi profili, come l'illegittimità dell'esame finale in caso di mancata predisposizione di un piano educativo individualizzato richiesto per legge o di mancata assegnazione delle ore di sostegno previste, o composizione delle classi in rapporto al numero di alunni disabili, o diniego o ritardo nel trasporto pubblico di alunno disabile; in materia edilizia e urbanistica, controversie in tema di eliminazione delle barriere architettoniche; in materia di pubblico impiego, disciplina dell'assunzione obbligatoria dei disabili, diniego di trasferimento del pubblico dipendente per assistenza a parente disabile per esigenze di servizio; in materia di appalti pubblici, esclusione del concorrente che non abbia prodotto la dichiarazione di regolarità in merito all'assunzione obbligatoria di persone disabili; in tema di invalidità civile, controversie in tema di riparametrazione degli importi dell'assegno mensile. Tutti questi ambiti sono disciplinati da specifiche norme di legge attributive di poteri amministrativi, ma essi non emergono nella ricerca incentrata sul termine «vulnerabil*». Questo dimostra che, da un lato, la giurisprudenza amministrativa usa il termine quando è il formante normativo a prevederlo; dall'altro, che il sindacato sull'effettività dei diritti di persone che astrattamente sono qualificabili come ontologicamente vulnerabili, quali le persone disabili, è in ogni caso garantito pur senza ricorrere a questo termine.

In secondo luogo, sempre a conferma del fatto che è il formante normativo, nella giurisprudenza amministrativa, ad originare una nozione giuridicamente qualificata di vulnerabilità, rilevano le sentenze escluse dalla presente ricerca, perché contengono il termine «vulnerabil*», ma non hanno ad oggetto persone fisiche o attengono ad ambiti di carattere economico, come il diritto dei consumatori. Le sentenze escluse si riferiscono alla disciplina ambientale, paesaggistica o edilizia. Per esempio, numerose sentenze attengono alla «vulnerabilità» di suoli o acque, sulla scorta di specifiche previsioni del d.lgs n. 152 del 2006, *Codice dell'ambiente*, che ha recepito norme dell'Unione europea, per esempio la direttiva nitrati 91/676/CE, in cui l'accertamento della vulnerabilità attiene sia alla pianificazione,

che alla autorizzazione di singoli progetti o impianti, attraverso la valutazione di impatto ambientale (VIA) o in sede di rilascio di autorizzazione integrata ambientale (AIA). Si ritrovano, per queste ragioni, in questa giurisprudenza espressioni come «vulnerabilità da nitrati», «vulnerabilità idrica», «vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità». Per altro verso, numerose sentenze hanno ad oggetto la «vulnerabilità sismica», secondo le condizioni prescritte da norme tecniche in materia edilizia.

Per ciò che attiene ai consumatori, numerose sentenze originano dall'impugnazione di sanzioni amministrative adottate dalle Autorità amministrative indipendenti, per esempio per informazioni ingannevoli o pratiche commerciali scorrette rivolte nei confronti di un «gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto», ai sensi dell'art. 20, comma 3, d.lgs n. 206 del 2005, *Codice del consumo*. Anche qui si tratta di categoria direttamente derivante dal diritto dell'Unione europea.

Conclusioni sulla prevalenza del formante normativo

Volendo riprende le principali conclusioni cui è giunta la presente ricerca, può dirsi innanzitutto che il termine «vulnerabil*» è poco presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. In secondo luogo, sulla base delle sentenze esaminate, la giurisprudenza amministrativa non ha autonomamente e spontaneamente creato una categoria normativa di vulnerabilità, e in particolare una categoria di natura funzionale, ossia con lo scopo di offrire un regime speciale di protezione.

I formanti che giustificano la presenza del termine nella giurisprudenza amministrativa sono essenzialmente due: il formante normativo (stranieri) e il formante giurisprudenziale (giurisprudenza della Corte costituzionale e giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rispettivamente per la disciplina di giochi e scommesse e per gli obblighi vaccinali). Tuttavia, quando il formante è giurisprudenziale, il termine «vulnerabil*» è utilizzato in senso atecnico, narrativo, nel senso che si accompagna a sinonimi e dal suo utilizzo non deriva alcuna conseguenza giuridicamente connotata.

Nell'ambito del formante giurisprudenziale, in particolare, l'utilizzo del termine fa parte della circolazione degli argomenti tra giurisprudenze. In relazione alle sentenze amministrative che richiamano precedenti della Corte costituzionale, l'utilizzo si spiega, come detto, per la funzione delle sentenze della Corte costituzionale di ricostruzione sistematica di istituti e della loro *ratio*, con argomenti che entrano nel circuito dell'applicazione giudiziale. Il riferimento alle sentenze della Corte costituzionale, a cui si deve il termine «vulnerabil*», serve, dunque, ad inquadrare l'assetto degli interessi sotteso alle norme di legge che costituiscono parametro di legittimità del provvedimento amministrativo e a chiarire le condizioni di esercizio del potere amministrativo. Non implica, però, effetti particolari per i soggetti che il legislatore stesso ha già ritenuto presuntivamente meritevoli di protezione, peraltro senza qualificarli espressamente come vulnerabili.

Invece, il termine «vulnerabil*» ha rilievo giuridico quando il legislatore lo prevede, condizionando ad esso le norme attributive del potere, ed è la qualificazione operata dal legislatore a dare contenuto

al termine e connettervi puntuali conseguenze giuridiche. I due ambiti di analisi di cui al paragrafo precedente, esclusi dalla ricerca, ma utilizzati come test di conferma, avvalorano questa conclusione. Da un lato, le sentenze sulla disabilità dimostrano che una ricerca condotta con il solo termine ««vulnerabil*» non coglie ampi settori della giurisprudenza amministrativa italiana, in cui il giudice realizza una effettiva protezione dei diritti fondamentali, come in materia di disabilità. Al contrario, la giurisprudenza in materia ambientale, paesaggistica, edilizia e della tutela dei consumatori, anch'essa esclusa dalla presente ricerca, mostra che in questi settori la parola «vulnerabil*» è presente nella giurisprudenza amministrativa come riferita alla vulnerabilità da nitrati, idrica, sismica, o a gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili, nell'ambito di sanzioni amministrative per informazioni ingannevoli o pratiche commerciali scorrette. Il termine è presente nella giurisprudenza perché le rispettive norme di legge lo prevedono. È in queste fattispecie che opera, così come per gli stranieri, il formante normativo e in esse il termine «vulnerabil*» individua una categoria giuridica, cui sono connesse conseguenze normativamente qualificate. Ma questa operazione di qualificazione è condotta dallo stesso legislatore, che introduce specifici obblighi in capo all'amministrazione, e non direttamente dal giudice.

Conclusioni di carattere generale: categorie giuridiche, espansione della funzione giurisdizionale e Costituzione pluralista

Il rilievo del formante normativo, emerso dalla ricerca svolta, riflette un principio cardine tipico e proprio del diritto amministrativo sin dallo Stato liberale, da tempo depurato dall'originaria impronta autoritaria e riletto in chiave costituzionale, ossia il principio di legalità, inteso come l'assoggettamento di ogni potere amministrativo alla legge[25]. Sono le norme di legge attributive del potere a conformare i poteri amministrativi e a costituire il parametro per il giudice, che ne valuta il corretto esercizio.

25 Nella dottrina italiana, gli studi sul rapporto tra Costituzione e amministrazione hanno seguito linee di indagine diverse e sono oggetto di periodica rivisitazione critica. Una delle linee di fondo, tuttavia, è certamente costituita dalla funzione servente dell'amministrazione rispetto ai diritti costituzionali della persona e non rispetto ad interessi propri dello Stato apparato. La letteratura è sterminata. Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971; Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010; F. Benvenuti, «Per un diritto amministrativo paritario», in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, p. 807 ss.; Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994; U. Allegretti, «Pubblica amministrazione e ordinamento democratico», *Foro it.*, 1984, V, p. 205 ss., ora in Id., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 100-134; G. Pastori, «Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali», in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli editore, 1987, II, p. 805 ss.; Id., «La pubblica amministrazione», in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 1997, Bologna, il Mulino, 289 ss.; G. Berti, *Amministrazione e Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 455 ss.; V. Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione. Saggi*, Torino, Giappichelli, 2022. Inoltre, G. Corso, «La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo», *Riv. dir. cost.*, 1999, pp. 120-146; G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, in Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; di recente, F. Cortese, «Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo», *Diritto amministrativo*, n. 2 del 2020, 329 ss. Sul legame funzionale tra amministrazione e persone, si vedano anche le proposte di riforma costituzionale elaborate da un gruppo di studiosi nel 1993 e confluite nei lavori della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, rimasti senza esito, raccolte e commentate da autorevoli voci in S. Cassese, A.G. Arabia (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, il Mulino, 1993. Sulla trasformazione della nozione di interesse pubblico dal monolite astratto dello Stato liberale al pluralismo degli Stati costituzionali democratici, F.G. Scoca, M.R. Spasiano, «Nozioni introduttive», in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2015, p. 15 ss.

Il giudice amministrativo, quindi, pur essendo un giudice abituato, anche nell'ordinamento italiano, a ragionare per principi, ad estrarre dalle norme la loro *ratio*, a operare ricostruzioni sistematiche di una legislazione spesso frammentaria e contraddittoria, mostra, nella giurisprudenza esaminata, il suo legame primario e inscindibile con la legge, cui è chiamato a fare applicazione[26].

Occorre, tuttavia, evitare fraintendimenti. Il principio di legalità, anche nelle sentenze esaminate, non testimonia in alcun modo una deferenza cieca del giudice nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, ma testimonia come nel giudizio amministrativo abbia ancora centralità la norma di legge. Per lungo tempo nell'ordinamento italiano era invalsa l'opinione per cui il giudice "naturale" dei diritti fondamentali fosse il giudice civile, competente a conoscere dei diritti soggettivi, mentre il giudice amministrativo avrebbe offerto sempre una tutela dimidiata e debole delle situazioni giuridiche soggettive, svilite in interessi legittimi per il fatto stesso di aver incontrato la pubblica amministrazione e strutturalmente piegate dai poteri amministrativi espressivi di interessi generali prevalenti su quelli individuali. Questa concezione del sistema di tutela dei diritti italiano è ampiamente superata. La tutela avanti al giudice ordinario e la tutela avanti al giudice amministrativo si caratterizzano per la diversità di strumenti, ma non per l'effettività, dunque per il grado di protezione che sono in grado di offrire, ed effettivamente offrono, ai diritti fondamentali. Il punto è stato affermato con estrema chiarezza dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 140 del 2007, secondo cui il giudice amministrativo è idoneo ad offrire una tutela piena ai diritti, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa[27]. Una concezione che ritenga la giurisdizione amministrativa piegata alla legge e strutturalmente incapace di tutelare i diritti fondamentali è, perciò, errata e non corrispondente alla realtà attuale dell'ordinamento italiano[28].

Una ultima riflessione può essere tentata. In linea generale, ci si può chiedere se sia un elemento positivo o un elemento negativo per la effettività dei diritti fondamentali il fatto che un giudice, per noi il giudice amministrativo, non crei autonomamente nuove categorie giuridiche che vorrebbero essere funzionali, appunto, a questa effettività. La domanda è complessa e richiama un dibattito molto intenso, anche nella dottrina italiana, sul rapporto tra giudice e legislatore[29].

---

26 Per un inquadramento, M. D'Alberti, «Diritto amministrativo e principi generali», in M. D'Alberti, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 67 ss.; in relazione ai principi generali dell'azione amministrativa, i saggi in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativi. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006.

27 Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, e già Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191 e Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; per una traccia di questo dibattito, F. Patroni Griffi, «Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa», *Questione giustizia*, n. 1 del 2021, p. 19 ss.

28 Si vedano, anche qui senza pretesa di completezza, G. Silvestri, «Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana», in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 707 ss.; Id., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012; G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, *Rivistaaic.it*, n. 4 del 2014; M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, *Rivistaaic.it*, n. 3 del 2015.

29 Sia consentito rinviare a A.O. Cozzi, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, spec. Capitolo VIII, e la bibliografia ivi citata.

È comune in dottrina il rilievo, per vero sin dagli anni Sessanta, di una espansione strutturale e irreversibile della funzione giurisdizionale. Nell'esperienza giuridica contemporanea, e nell'attuale fase di sviluppo dello Stato costituzionale, il legislatore avrebbe perso il monopolio dell'attuazione della Costituzione e i giudici farebbero valere il contenuto normativo della Costituzione per disciplinare il caso concreto anche senza l'interposizione della legge[30]. Questo fenomeno è derivato da numerosi fattori, alcuni apparentemente contraddittori: da un lato, l'aumento stesso della legislazione tipica dello Stato sociale, che ha accresciuto le posizioni giuridiche soggettive azionabili derivanti da un apparato normativo complesso, frammentato e a volte contraddittorio; per altro verso, in altri settori e al contrario, per l'inerzia del legislatore, che rifiuta di offrire risposte a domande sociali emergenti, con la conseguenza per cui esse si riversano inevitabilmente sui giudici, che non possono sottrarsi all'obbligo di decidere. Inoltre, hanno certamente contribuito alla fine del monismo della sovranità statuale incentrata sugli organi rappresentativi la stessa Corte costituzionale, che ha rotto la linea di confine tra giurisdizione e legislazione; la progressiva commistione di modelli giuridici di *civil law* e di *common law*; la crescente quantità e pervasività del diritto dell'Unione europea; l'affermarsi di fonti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti. Nel dibattito dottrinale, per alcuni autori l'espansione della giurisdizione è una «trasformazione costituzionale» di carattere fisiologico[31], mentre per altri si tratta di un fenomeno patologico, che pregiudica il ruolo essenziale della politica, dunque della legge, per plasmare gli interessi della comunità, in ossequio al carattere democratico della Costituzione[32].

È questo, a nostro avviso, il contesto in cui rispondere alla domanda se sia utile o meno per la tutela dei diritti la creazione di una nuova categoria giuridica di origine pretoria. La domanda, ovviamente, di per sé non ha molto senso, perché dipende dalla natura e dagli effetti della categoria. Alcune brevi considerazioni, tuttavia, possono essere tentate. Numerosi sono i casi di categorie nuove nate ad opera della giurisprudenza, e questo corrisponde alla creatività fisiologica connessa all'esercizio della funzione giurisdizionale, nell'interpretazione e applicazione della legge. La costruzione di una «categoria», dunque di una forma giuridica, di un istituto, che ha una sua costanza e persistenza nella giurisprudenza ha il pregio di garantire la parità di trattamento e la certezza del diritto. Due, però, sono i *caveat*: in primo luogo, la creazione di una nuova forma di tutela non è mai «gratuita» per l'ordinamento, ma avviene, attesa la limitatezza delle risorse economiche e organizzative disponibili, a discapito o a svantaggio di altre tutele già previste o di altri potenziali beneficiari[33]. Infine, la creazione di una categoria giuridica, come sempre nel diritto, ha una capacità includente, per coloro che ne sono compresi, ma anche, inevitabilmente,

30 M. Fioravanti, «Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione», *Quad. cost.*, n. 1 del 2006, pp. 7-20.

31 I contributi in A. Cardone, F. Donati, M. C. Grisolia, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio.* Lectio magistralis *di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, specie P. Caretti, «Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio», ivi, pp. 9-41, spec. 11, 30.

32 M. Luciani, «Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana», *Rivistaaic.it*, n. 1 del 2013, ora in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, Vol. II, pp. 775-811.

33 Per tutti, R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

escludente, per coloro che ne restano esclusi[34]. Il punto è assicurarsi che la costruzione della categoria non determini una visione meramente assistenziale e caritatevole delle persone coinvolte, relegandole in una gabbia di strutturale svantaggio e definitiva emarginazione, invece che metterle nella condizione di fuoriuscire dalla contingente situazione di difficoltà, realizzando così quella finalità di emancipazione e di pieno sviluppo della personalità di ciascuno delineata dagli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana.

34 Sulla funzione inevitabilmente classificatoria del diritto e, in particolare, sulla capacità inclusiva e insieme escludente della cittadinanza, per esempio, P. Ridola, «Cittadinanza, identità, diritti», *Osservatorioaic.it*, n. 1 del 2022, 4 gennaio 2022, contributo nell'ambito del ciclo di Seminari «Persona e diritti fondamentali» organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti. Nella dottrina civilistica, un ricco dibattito sulla soggettività giuridica come dinamica di visibilità e inclusione o, al contrario, di invisibilità ed esclusione è in F. Bilotta, F. Raimondi (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2020.

La vulnérabilité dans la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation en France

Mélina Douchy-Oudot[1]

Introduction

Dans le cadre du projet de recherche sur la vulnérabilité, la mission nous a été confiée d'analyser la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation française de 2010 à 2023. En 2009, le rapport annuel de la Cour de cassation offre une première étude sur *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour*[2]. La jurisprudence recueillie donne lieu à des contributions articulées pour la première chambre civile autour des droits de l'enfant, les majeurs protégés, le maintien en rétention des étrangers, pour la deuxième chambre civile autour de la protection des particuliers surendettés, l'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes, 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, et enfin sur la vulnérabilité et droit de la sécurité sociale. Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation sont l'objet d'étude pour la troisième chambre civile.

L'analyse que nous avons menée à partir de 2010 recouvre pour partie les domaines déjà explorés avant cette date, en dépit d'un usage restreint du terme de « vulnérabilité » dans les décisions accessibles à partir du site Légifrance. Loin d'être spécifique et conceptuellement délimitée, la vulnérabilité est protéiforme, inclusive d'une pluralité de situations, contextuellement distinctes, de nature conjoncturelle ou structurellement rattachée à la personne. Une recherche par mots-clés est pour cette raison très déceptive, sauf à l'ouvrir à des concepts voisins avec le risque de déborder le champ d'études[3].

---

1 Professeure à la Faculté de droit, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

2 [https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2009.pdf], Avant propos de Xavier Lagarde.

3 Le mot « vulnérabilité » est utilisé dans 25 décisions publiées de la première chambre civile, 1 décision publiée pour la deuxième chambre, et 3 pour la troisième chambre, les chiffres passant respectivement à 82, 18 et 23 en ouvrant aux décisions non publiées Toutes les décisions ne sont pas pertinentes, le mot étant souvent présent dans les moyens, mais non repris dans la décision des juges. Parfois, le concept n'intéresse pas les personnes, mais d'autres situations exclusives de la recherche. L'utilisation d'autres mots-clés tels que personne vulnérable, faiblesse, précarité, fragilité, personne dépendante ont permis d'ouvrir à d'autres situations, utiles à la réflexion d'ensemble.

La vulnérabilité prend corps chaque fois qu'une personne perd son autonomie naturelle et ne peut plus pour cette raison exercer ses droits et libertés, que ce soit pour des raisons internes à sa constitution (situation de vulnérabilité interne) ou pour des raisons extérieures plus conjoncturelles. La perte d'autonomie ou de décision résulte de multiples facteurs, qui peuvent intégrer tous les éléments contingents de la vie en société. Tout est donc facteur de vulnérabilité dès lors que la circonstance aboutit à rendre la personne inapte à l'exercice de ses droits et libertés. Il est également possible de dire qu'est vulnérable toute personne qui, quelle qu'en soit la raison, a besoin de protection en raison de sa perte d'autonomie (naturelle, économique, professionnelle…). La protection dépendra du constat, au cas par cas, de la perte d'autonomie de la personne la plaçant dans une situation de dépendance, conduisant à une situation de vulnérabilité. Il n'y a pas de présomption générale de vulnérabilité obstacle à l'exercice d'un droit[4].

À l'issue de ce travail, il est apparu principalement que les situations de vulnérabilité en matière civile permettent l'octroi de droits spécifiques, alors que d'autres ont pour effet contraire de réduire les droits des personnes vulnérables (**I**). L'objectif reste toujours de sauvegarder les droits des personnes en situation de vulnérabilité, en sanctionnant tout abus destiné à profiter de la situation où ces personnes se trouvent, en préservant, chaque fois qu'il est possible, l'exercice personnel de leurs droits (**II**).

I. Cartographie des situations de vulnérabilité devant les chambres civiles de la Cour de cassation

Le travail de l'équipe constitutive du GIP est parti du constat effectué par la Cour européenne des droits de l'homme, *Lacatus c/ Suisse*, selon lequel « une situation inhumaine et précaire » peut justifier un droit de mendier, entendu du « droit de s'adresser à autrui pour obtenir de l'aide (§ 59). La Cour a jugé ne pas avoir « de raison de douter que la mendicité constituait pour la requérante l'un des moyens de survivre. Elle estime que, se trouvant dans une situation de vulnérabilité manifeste, l'intéressée avait le droit, inhérent à la dignité humaine, de pouvoir exprimer sa détresse et d'essayer de remédier à ses besoins par la mendicité » (§ 107). Elle estime que l'État avait outrepassé sa marge d'appréciation et conclut : « que la mesure par laquelle la requérante, qui est une personne extrêmement vulnérable, a été punie pour ses actes dans une situation où elle n'avait très vraisemblablement pas d'autres moyens de subsistance et, dès lors, pas d'autres choix que la mendicité pour survivre, a porté atteinte à la dignité humaine de l'intéressée et à l'essence même des droits protégés par l'article 8 de la Convention »[5]. L'examen de la jurisprudence civile de la Cour de cassation aboutit au même

4 Le Conseil constitutionnel a pris ce parti en déclarant inconstitutionnelle l'incapacité générale de disposer des personnes âgées, handicapées ou ayant besoin d'une aide à domicile, à propos de l'article L. 116-4 CASF : Cons. const. 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC ; *D.* 2021, 526, *ibid.* 750, point de vue N. Reboul-Maupin ; *ibid.* 1257, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; *ibid.* 1509, obs. Y. Strickler et N. Reboul-Maupin ; *ibid.* 2064, obs. S. Godechot-Patris ; *JA*, 2021, n° 637, p. 11, obs. X. Delpech ; *Dr. fam.*, 2021, 75, M. Nicod ; *AJ fam.*, 2021, 230, Pratique D. Pollet ; *ibid.* 231, Pratique J. Casey ; *RDSS*, 2021, 455, note A. Niemiec ; *RTD civ.*, 2021, 385, obs. A.-M. Leroyer ; *ibid.* 464, obs. M. Grimaldi.

5 CEDH, 19 janv. 2021, n° 14065/15, Lacatus c/ Suisse : JurisData n° 2021-000637, *JCP G*, 2021, act. 126, Frédéric Sudre ; *RTD civ.*, 2021, 368, obs. J.-P. Marguénaud.

constat, les situations de vulnérabilité peuvent justifier des droits spécifiques, qu'ils aient été ou non, préalablement reconnus par le législateur (**A**). À rebours, cependant, la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve une personne peut aussi devenir un obstacle à l'exercice de ses droits (**B**).

A. Situations de vulnérabilité constitutives de droits spécifiques

L'intérêt du concept de vulnérabilité est de permettre l'octroi de droits spécifiques ou de garanties particulières aux personnes se trouvant dans ces situations.

La législation figurant au code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et son application par les juridictions en matière de rétention des étrangers fait de l'état de vulnérabilité un moyen de défense à la décision de rétention administrative[6]. La jurisprudence est abondante. Lorsque l'état de vulnérabilité est lié à la santé de la personne, l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) va vérifier que la pathologie peut être prise en charge dans le pays d'origine de la personne faisant l'objet de la rétention[7].

Le développement des droits au profit des personnes souffrant de violences conjugales s'inscrit également dans la reconnaissance de la situation de vulnérabilité des victimes. Afin de libérer les victimes de la domination économique de leur conjoint, la loi n° 2023-140 du 28 février 2023 créée une aide universelle d'urgence pour celles-ci, dont l'entrée en vigueur, à défaut de décret antérieur, est fixée en décembre 2023. La jurisprudence civile relative aux violences conjugales s'inscrit dans ce contexte de prise en charge des situations de vulnérabilité, même si le mot n'apparaît pas toujours dans les décisions rendues par la première chambre civile.

La Cour de cassation refuse à ce jour d'admettre que la situation de vulnérabilité d'une personne puisse justifier la restriction des droits d'autrui.

La question a été posée à propos d'une mesure d'expulsion de ressortissants syriens. Dans cette affaire pour écarter la mesure d'expulsion au vis de l'article 8 de la Conv. EDH, les juges d'appel ont relevé que cette mesure « aurait pour effet de placer M. et M^me^ Y… *dans une plus grande précarité*, s'agissant de ressortissants syriens ayant été contraints de quitter leur pays d'origine », ce qui « caractériserait *une atteinte plus importante au droit au respect du domicile* de M. et M^me^ Y… que le refus de cette mesure au droit de propriété de Habitat Toulouse, et serait, à l'évidence, dans les circonstances de l'espèce, de nature à compromettre l'exercice par ceux-ci de leurs droits consacrés par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte que le trouble allégué est dépourvu de toute illicéité manifeste ». Bien que la situation de particulière vulnérabilité ait été exposée par les juges du fond, l'arrêt est cassé. Cette situation n'est pas de nature à supprimer l'illicéité du trouble provenant de « l'occupation sans droit ni titre

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

7 Pour l'hépatite C, en Algérie : Civ. 1re, 15 déc. 2021, n° 20-17.283.

du bien d'autrui »[8]. La solution a été réitérée par la troisième chambre civile de la Cour, deux ans après : « que, l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété »[9].

Dans un contexte identique d'immigration, un Kosovar, né en 1939, entré en France depuis deux ans, a demandé à la Caisse des dépôts et consignations l'attribution de l'allocation de solidarité aux personnes âgées. Ne satisfaisant pas aux conditions légales d'attribution de cette allocation, supposant d'être titulaire depuis au moins dix ans d'un titre de séjour autorisant la caisse a refusé l'allocation. Un recours a été diligenté devant la juridiction sociale, la cour d'appel ayant été saisie fait droit à la demande du Kosovar au motif qu'il « remplit les conditions définies par le code de la sécurité sociale pour percevoir cette allocation, soit les conditions d'âge, de résidence en France, de ressources et de détention d'un titre de séjour l'autorisant à travailler », en relevant que seule la condition de l'antériorité de la résidence, dix ans, n'est pas remplie. Pour justifier la solution, les juges du fond soulignent que l'objet de l'allocation est de « couvrir les besoins vitaux de personnes âgées » lorsqu'elles n'ont aucun autre revenu. L'exclusion pure et simple de toute allocation versée à l'intéressé avant l'âge de 83 ans produit des effets disproportionnés puisqu'elle conduit « à le priver de tout minimum vital avant l'âge de 83 ans, et par conséquent à ne pas lui permettre de mener une vie digne et indépendante, comme exigé par les dispositions de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». La deuxième chambre civile de la Cour de cassation refuse de suivre l'argumentation fondée sur la situation de particulière vulnérabilité liée à l'âge pour justifier la non-application des textes clairs applicables à l'espèce, les articles L. 815-1, alinéa 1er, et L. 816-1, 1° du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011[10].

En matière de conflit parental et de déplacement illicite d'enfant, des juges du fond pour s'opposer au retour avaient retenu « qu'au regard de *la vulnérabilité de l'enfant*, liée au conflit parental émaillé de plusieurs procédures judiciaires, de sa réelle intégration scolaire et sociale en France, du principe d'intangibilité de la fratrie et de son ressenti de ne pas avoir été entendue par son père lorsqu'il exerçait son droit de visite et d'hébergement, il apparaît que le retour en Roumanie impliquant une séparation d'avec sa mère et son frère, la placerait dans une situation intolérable ». La Cour a cassé l'arrêt d'appel estimant que n'avait pas été établi « au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard » de nature à s'opposer au droit du père au retour immédiat de son enfant[11].

8 Civ. 3e, 21 décembre 2017, n° 16-25.469.
9 Civ. 3e, 4 juillet 2019, n° 18-17.119.
10 Civ. 2e, 4 mai 2016, n° 15-18.957.
11 Civ. 1re, 19 décembre 2019, n° 19-18.148.

B. Situations de vulnérabilité obstacles à l'exercice des droits

La situation de vulnérabilité peut être un obstacle à l'exercice des droits de la personne principalement pour protéger la personne en situation de vulnérabilité.

En matière civile, l'insanité d'esprit est un obstacle au droit de disposer de la personne dans un but de protection (C. civ., art. 901)[12]. Certaines dispositions interdisent, de façon plus radicale, aux personnes en situation de vulnérabilité de disposer de leurs biens envers ceux qui les ont accompagnés sans référence à l'existence ou à l'intégrité de leur consentement[13]. L'article 909, alinéa premier du Code civil interdit ainsi aux membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi qu'aux auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci. Par répercussion l'interdiction de recevoir conduit à réduire le droit de la personne de disposer. Le Conseil constitutionnel reconnaît expressément que la situation de vulnérabilité est seul obstacle à la liberté de disposer, indépendamment de la capacité réelle de la personne dont le droit est limité : « eu égard à la nature de la relation entre un professionnel de santé et son patient atteint d'une maladie dont il va décéder, l'interdiction est bien fondée sur la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le donateur ou le testateur à l'égard de celui qui lui prodigue des soins »[14].

La première chambre civile de la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser que « l'incapacité de recevoir un legs est conditionnée à l'existence, au jour de la rédaction du testament, de la maladie dont est décédé le disposant, peu important la date de son diagnostic »[15]. La référence à l'existence de la maladie indépendamment de la connaissance de celle-ci par les tiers ou le testateur conduit à retenir une situation de vulnérabilité objective indépendante de toute emprise subjective provenant de la connaissance de celle-ci par les intéressés. Cette interprétation détache la limitation du droit de disposer résultant de la situation de vulnérabilité non seulement de l'incapacité, mais aussi de l'abus. La question reste alors posée du fondement de l'interdiction si elle ne résulte ni de l'incapacité de disposer, ni de l'abus de faiblesse par le bénéficiaire dès lors que le diagnostic n'étant pas posé, nul ne pouvait profiter de la situation.

Les régimes de protection juridique, des mineurs ou des majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés, empêchent également l'exercice des droits par la personne aux fins de protection.

---

12 L'insanité d'esprit peut résulter de la caractérisation du délit d'abus de faiblesse par la juridiction pénale : Civ. 1re, 24 octobre 2012, n° 11-20.442.

13 A. Niémiec, « Sur l'interdiction de disposer des personnes vulnérables en faveur du secteur de l'aide à domicile », *RDSS*, 2021, 455.

14 Disposition déclarée conforme à la Constitution : Décision n° 2022-1005 QPC du 29 juillet 2022, *AJ fam.*, 2022, 437, note J. Houssier ; *Dr. fam.*, 2022, comm. 147, obs. A. Tani ; *RDSS*, 2022, 963, note A. Niémiec ; *JCP N*, 2 sept. 2022, act. n° 35, obs. S. Bernard et Z. Brémond. Nous renvoyons aux développements relatifs à la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la première partie de cet ouvrage.

15 Civ. 1re, 16 septembre 2020, n° 19-15.818 ; pour une affaire où l'article 909 C. civ. a été écarté en raison des liens d'amitié anciens du médecin et du disposant : Civ. 1re, 15 janv. 2014, n° 12-22.950, *D.*, 2014, 207 ; *JCP N* 2014, comm. 1313, note J. Massip ; *Lamy civil*, mars, 2014, 60, note A. Paulin ; *LPA*, 8 avr. 2014, p. 9, note A.-L. Fabas-Serlooten ; *RJPF*, mars, 2014, 42, note F. Sauvage.

Le régime de l'hospitalisation complète, sans le consentement de l'intéressé, tend à protéger la personne en situation de vulnérabilité et nécessitant des soins, mais aussi les tiers (CSP, art. L. 3211-2-1).

La jurisprudence civile n'est qu'une mise en application de ces protections spécifiques.

La situation de vulnérabilité peut aussi être un obstacle à l'exercice d'un droit sans protéger la personne qui est dans cette situation, mais pour protéger exclusivement autrui. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi approuvé des juges du fond d'avoir déclaré judiciairement un enfant délaissé par application des articles 381-1 et 381-2 du Code civil. En l'espèce, les faits font apparaître que la mère « présentait une structuration "limite", marquée par l'immaturité, la dépendance affective et la crainte de l'effondrement avec toutefois un ancrage à la réalité assez préservé », « l'expert relevait chez la mère un certain retard mental, semblant résulter de troubles envahissants du développement durant l'enfance pour lesquels elle n'aurait pas été suivie, constatait qu'elle conservait une forte immaturité affective et aurait connu des passages dépressifs la conduisant à être hospitalisée en psychiatrie », raison pour laquelle la mère préférait « communiquer avec son fils par textos ». Les juges du fond refusent de prendre en compte la situation particulièrement vulnérable de la mère en raison de son état de santé constaté par l'expert. Les juges vont mettre en balance le droit de la mère et l'intérêt de l'enfant pour conclure, approuvé par la Cour de cassation, qu'il convenait de le « libérer du lien avec ses parents biologiques »[16].

II. Sauvegarde des droits des personnes en situation de vulnérabilité devant les chambres civiles de la Cour de cassation

La Cour de cassation sanctionne les abus commis au préjudice des personnes en situation de vulnérabilité (**A**) et préserve chaque fois que la situation concrète le permet l'exercice personnel de leurs droits par les personnes placées dans cette situation (**B**).

A. Sanctionner les abus commis au détriment des personnes en situation de vulnérabilité

La jurisprudence civile sanctionne les abus commis à l'égard de personnes en situation de vulnérabilité sans viser nommément cette situation. L'expression de vulnérabilité est utilisée parfois dans les moyens du pourvoi, mais non dans la solution de la Cour de cassation. En réalité, la sanction de l'abus commis au détriment de la personne en situation de vulnérabilité prend des formes juridiques où le mot de vulnérabilité n'apparaît pas nécessairement.

16 Civ. 1re, 30 novembre 2022, n° 20-22.903.

L'abus de la personne en situation de vulnérabilité prendra la forme dans les faits d'un abus de faiblesse connu du droit pénal[17] ou du droit de la consommation[18]. Dans une affaire de recel successoral, la demanderesse au pourvoi reprochait à la cour d'appel de s'être bornée « à faire état d'une vulnérabilité de la *de cujus* et d'une connaissance de cette vulnérabilité par (sa fille), qui en aurait ainsi profité pour tenter de divertir de la succession l'immeuble litigieux, sans indiquer de quelle manière (celle-ci) avait été à l'origine des libéralités établies par sa mère à son profit » privant sa décision de base légale au regard de l'article 778 du Code civil. La Cour de cassation approuve la décision des juges du fond et, par motifs rapportés, relève, en l'espèce, qu'après la mort accidentelle de son fils, la mère s'était trouvée « sous l'emprise morale de sa fille, qui, connaissant son aliénation mentale et la procédure de mise sous tutelle, s'était installée chez elle, l'avait coupée de toute relation avec son entourage habituel et avait bénéficié d'une procuration sur ses comptes bancaires où des mouvements suspects avaient été observés ». Puis, qu'elle avait réussi « à frustrer ses nièces de l'actif successoral en obtenant de sa mère, tant, deux jours seulement après le décès de son frère, un testament olographe, puis une donation par préciput et hors part de son bien immobilier à son seul bénéfice, alors qu'auparavant la mère avait rédigé un testament authentique au profit de ses deux enfants par parts égales tout en gratifiant ses petits-enfants »[19].

Ce sera le cas d'un notaire auquel sera reproché dans le moyen d'avoir profité de la vulnérabilité de personnes dans le cadre d'une vente, la cour d'appel ayant écarté « toute faute du notaire, après avoir relevé que les consorts E… soutenaient que celui-ci avait eu connaissance d'indices de nature à le faire douter de leur capacité à s'engager, soit par la presse locale, soit parce qu'il avait reçu, le 21 janvier 2008, une lettre anonyme accompagnée d'un article de journal » au motif que la lettre n'aurait pas été retrouvée lors de l'enquête pénale. L'arrêt des juges du fond est cassé dès lors que « les pièces contenant ces déclarations avaient été régulièrement produites et soumises à la libre discussion des parties, de sorte qu'elle (la cour d'appel) devait examiner leur contenu et apprécier leur valeur probante »[20].

L'abus de la personne en situation de vulnérabilité peut aussi prendre les formes de toute maltraitance. Le législateur a récemment reconnu la notion au code de l'action et des familles à l'article L.119-1 rattachant la maltraitance à la situation de vulnérabilité de la personne : « La maltraitance au sens du présent code vise toute personne en situation de vulnérabilité lorsqu'un geste, une parole, une action ou un défaut d'action compromet ou porte atteinte à son développement, à ses droits, à ses besoins fondamentaux ou à sa santé et que cette atteinte intervient dans une relation de confiance, de dépendance, de soin ou d'accompagnement. Les situations de maltraitance peuvent

17 Lequel constitue parfois en matière civile une cause de responsabilité civile du commettant du fait de ses préposés : « M^me^ Y… se trouvait dans une situation de particulière vulnérabilité, la cour d'appel a pu décider, le délit d'abus de faiblesse imputable à M^me^ Z… n'impliquant pas nécessairement qu'elle ait agi hors du cadre de ses fonctions au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, que M^me^ Z… n'avait pas agi hors des fonctions auxquelles elle était employée et que l'association ne s'exonérait pas de sa responsabilité », Civ. 1^re^, 16 juin 2005, n° 03-19.705.

18 C. cons., art. L. 121-8 et s. ; C.-M. Péglion-Zika, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *Dr. fam.*, 2023, dossier 5.

19 Civ. 1^re^, 2 mars 2022, n° 20-20.604.

20 Civ. 1^re^, 9 septembre 2020, n° 18-26.525.

être ponctuelles ou durables, intentionnelles ou non. Leur origine peut être individuelle, collective ou institutionnelle. Les violences et les négligences peuvent revêtir des formes multiples et associées au sein de ces situations ».

B. Préserver l'exercice personnel des droits par les personnes en situation de vulnérabilité

Les personnes en situation de vulnérabilité ne peuvent pas, au seul motif de la vulnérabilité, être privées de façon générale de l'exercice d'un droit, sauf disposition législative particulière. Les juges doivent vérifier, au cas par cas, si l'état de vulnérabilité dans lequel la personne est placée est un obstacle à l'exercice du droit considéré.

Il a été jugé à propos d'une personne placée en situation de curatelle simple, que le passage en curatelle renforcée autorisé par l'article 472, al. 1 du Code civil n'était pas justifié, contrairement à l'appréciation de la cour d'appel, par ces observations du médecin psychiatre ayant relevé chez elle : « une immaturité, une dépendance, un vécu persécutif sur un mode interprétatif, une fragilité, une vulnérabilité et une absence de prise en charge sur le plan psychiatrique pourtant nécessaire ».

Pour priver la personne de son droit à percevoir ses revenus, les juges auraient dû rechercher « si M^me^ [Z] était ou non apte à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale »[21]. À propos cette fois d'un placement sous tutelle, la cour d'appel avait retenu que la personne « ne présente pas un degré d'altération important de ses facultés intellectuelles et mentales, mais qu'elle est vulnérable et influençable, ainsi que le démontrent les dispositions qu'elle a prises au profit de son petit-fils et de ses deux filles, se sentant redevable de l'affection qui lui est portée, que son comportement ne doit pas pour autant aller à l'encontre de ses intérêts, raison pour laquelle une simple mesure de curatelle renforcée n'apparaît pas suffisante, en considération de l'importance de ses revenus et de son patrimoine ». La première chambre civile va casser l'arrêt d'appel car cette motivation ne justifie pas la nécessité d'une représentation de la personne de manière continue dans tous les actes de la vie civile[22].

Les juges doivent également vérifier que la personne a été mise en mesure de défendre ses droits. Cette vérification est prépondérante en matière d'hospitalisation complète. Une personne faisant l'objet de cette hospitalisation a remis en cause la poursuite des soins psychiatriques ordonnés sous cette forme au motif « que toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé, cette information portant sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus et il en va de même s'agissant du traitement administré sans consentement », or en l'espèce elle faisait valoir qu'à aucun moment elle « n'avait été informée

21 Civ. 1re, 26 janvier 2022, n° 20-17.278.

22 Civ. 1re, 12 octobre 2022, n° 21-12.268.

de sa prétendue maladie psychiatrique d'une part, pour laquelle elle avait subi un traitement sans son consentement et sans que les effets de celui-ci ne lui soient notifiés, d'autre part ». La décision des juges du fond sera cassée pour défaut de réponse sur ce point[23].

Pour maintenir l'exercice de la liberté matrimoniale, la Cour de cassation approuve l'appréciation de la cour d'appel ayant retenu « qu'en dépit de la vulnérabilité de M^me^ G…, le souhait exprimé lors de son audition par le juge des tutelles ainsi que la durée et la stabilité de la vie commune avec son compagnon démontraient que son projet de mariage était réel et qu'elle était en mesure d'apprécier la portée de son engagement matrimonial, même si elle devait être représentée dans les actes de la vie civile ; qu'elle en a souverainement déduit, sans méconnaître l'effet dévolutif de l'appel ni l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'ouverture de la mesure de protection, qu'il convenait d'autoriser la majeure protégée à se marier avec M. X…, dont elle partageait la vie depuis plusieurs années »[24].

Le juge du fond doit toujours motiver expressément la privation de l'exercice du droit qu'il supprime ou réduit. A été cassé au visa de l'article L.5 du code électoral, la décision du juge supprimant, sans le motiver, le droit de voter à une personne, alors que le certificat médical produit à l'instance établissait qu'elle : « souffrait de la maladie d'Alzheimer, évoluant depuis 2009, qu'elle présentait des troubles du langage, des troubles mnésiques, ne parvenait plus à signer, ne comprenait pas tout ce qu'elle disait, se perdait dans son quartier et ne pouvait plus rien faire seule »[25].

L'étude de la jurisprudence civile de la Cour de cassation révèle la prise en compte par la haute juridiction des situations de vulnérabilité, sans que le concept de vulnérabilité ait toujours pour effet de renforcer l'exercice des droits de la personne placée dans ces situations.

La situation de vulnérabilité conduit à une limitation des droits et libertés de la personne soit dans leur contenu, ainsi la limitation de disposer ou la limitation de la liberté d'aller et venir avec l'hospitalisation complète sans consentement, soit dans leur exercice, les régimes de protection juridique des mineurs ou des majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles en sont l'illustration.

De façon encore exceptionnelle, la situation de vulnérabilité peut donner lieu à l'octroi de droits spécifiques, mais ceux-ci doivent être reconnus par le législateur, ainsi dans le cadre du placement en rétention administrative ou, pour les violences conjugales, l'octroi par exemple d'une aide universelle d'urgence. Les chambres civiles de la Cour de cassation ne s'emparent pas encore de la situation de vulnérabilité pour limiter les droits d'autrui et étendre les droits de la personne placée dans cette situation, ainsi qu'il a été montré s'agissant de mesure d'expulsion par exemple.

---

23 Civ. 1^re^, 18 mars 2021, n° 20-17.300.
24 Civ. 1^re^, 26 juin 2019, n° 18-15.830.
25 Civ. 1^re^, 13 juin 2019, n° 18-19.079.

La protection de l'exercice des droits par la personne placée en situation de vulnérabilité prend corps dans la sanction des personnes cherchant à profiter de cette situation, et dans le maintien de l'exercice personnel des droits par une appréciation *in concreto* de la situation factuelle.

Il ruolo della vulnerabilità nella giurisprudenza civile della Corte di cassazione italiana*

Claudia Morgana Cascione[1]
Sabrina Akram Ibrahim El Sabi[2]
Paola Francesca Rizzi[3]

I. Premessa metodologica

Il tema della vulnerabilità e della sua tutela assume rilevanza sempre crescente nel dibattito giuridico contemporaneo[4]. Nonostante le difficoltà nel perimetrare con esattezza i confini di un concetto dai contorni incerti e sfumati[5], la tutela dei soggetti vulnerabili è diventata sempre più una priorità di legislatori e di *policy makers* nazionali e sovranazionali[6]. Parallelamente, anche la giurisprudenza dei diversi Stati è stata chiamata a confrontarsi con le problematiche specifiche dei soggetti vulnerabili, a rafforzare le tutele fornite a livello legislativo e ad interpretare istituti e concetti tradizionali in una prospettiva *vulnerable oriented*.

Con specifico riguardo al diritto civile, la vulnerabilità – calata nel contesto delle relazioni interindividuali – appare sprovvista di idonee tutele. Si colloca in una zona grigia che sfugge alla dicotomia capacità/incapacità e alla conseguente alternativa validità/invalidità degli atti posti in essere dal soggetto. I sistemi codicistici tradizionali, ad esempio, non sembrano lasciare spazio a quelle situazioni in cui un soggetto presti il suo consenso in condizioni di debolezza e/o in virtù di un rapporto di fiducia, dipendenza e soggezione nei confronti della controparte (o di un terzo)[7].

---

* La presente pubblicazione è il frutto della riflessione congiunta delle autrici; ai fini di una più esatta ripartizione, alla prof.ssa Cascione sono imputabili i paragrafi I, II, V, VI; alla dott.ssa El Sabi i paragrafi VII, VIII, IX; alla dott.ssa Rizzi i paragrafi III, IV e V. Si ringraziano, per la collaborazione all'elaborazione del report, il prof. Fausto Caggia e il dott. Edoardo Ruzzi.

1 Professoressa associata di Diritto privato comparato all'Università di Bari Aldo Moro.
2 Dottoressa di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro.
3 Dottoressa di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro.

4 M. A. Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale J. L. & Feminism*, vol. 20, 2008, p. 1 ss.

5 F. Ippolito, S. Iglesias Sanchez, «Introduction», in F. Ippolito, S. Iglesias Sanchez (eds.), *Protecting Vulnerable Group: the European Human Rights Framework*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015, p. 1 ss.; F. Roux-Demare, «La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe», *Cah. Just.*, 2019, p. 619 ss.

6 Uno dei primi riferimenti alla vulnerabilità si rinviene nell' art. 8 della Dichiarazione sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco, rubricato «Rispetto per la vulnerabilità umana e dell'integrità personale», su cui v. F. Ippolito, «La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?», *Ars Int.*, fasc. n. VIII, fasc. 2, 2019, p. 63 ss.

7 C. M. Cascione, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 161 ss.

Le Corti civili, pertanto, sono state chiamate ad adattare alcune previsioni normative e alcuni istituti giuridici alle specifiche condizioni di vulnerabilità in cui può trovarsi un soggetto (per età, malattia, disabilità o per altre condizioni quali povertà, disoccupazione ecc.).

La presente ricerca è stata condotta selezionando, tra le sentenze della Corte di Cassazione italiana degli ultimi dieci anni (2012–2022), estratte dalla banca dati ufficiale della Corte di Cassazione, le pronunce in cui risultano presenti le parole vulnerabile/vulnerabilità. Considerata l'esiguità dei risultati, la ricerca si è allargata a ricomprendere i termini debole/debolezza; fragile/fragilità.

A tal proposito può preliminarmente considerarsi che, benché semanticamente vulnerabilità e fragilità abbiano due significati diversi (la fragilità è uno stato, la vulnerabilità è un processo, ossia la potenzialità di essere ferito[8]), la Cassazione italiana utilizza indifferentemente le espressioni, con riferimento a condizioni di minorazione fisica e/o psichica o con riferimento a soggetti appartenenti a determinati gruppi (minori, disabili, anziani…). Il termine vulnerabilità è utilizzato prevalentemente nelle pronunce in materia di protezione umanitaria; il termine fragilità è utilizzato trasversalmente, mentre il riferimento alla debolezza ricorre per lo più in materia di consumatori.

Il numero totale di sentenze che sono state raccolte e analizzate è pari a 60, numero esiguo, ove si consideri la numerosità degli ambiti in cui la vulnerabilità rileva; tuttavia, molto spesso, la Corte fa menzione, nel corpo delle sentenze, più che alla generica condizione di vulnerabilità, agli specifici fattori da cui essa deriva (disabilità, anzianità). Tali ultime sentenze non sono state prese in considerazione, in quanto esulanti dal tema del progetto.

Delle sentenze analizzate, 27 contengono le parole «vulnerabilità» e omologhe («persona vulnerabile», «soggetti particolarmente vulnerabili»); 26 recano le parole «fragilità» e omologhe («persone fragili», «fragilità psichica», «personalità fragile», «fragilità genitoriale», «fragilità emotiva e cognitiva»); 12 presentano le parole «debolezza» e omologhe («soggetti deboli», «parti deboli»). Si precisa che in 5 sentenze sono state rinvenute sia le parole «fragilità» e omologhe, sia «debolezza» e omologhe.

Per ragioni di chiarezza espositiva, si è optato per un raggruppamento delle sentenze per aree tematiche che corrispondono ai diversi ambiti del diritto civile e che riflettono la ripartizione interna delle materie tra le sezioni civili della Corte[9].

8 A. Fusaro, L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere, Napoli, Jovene, 2019, p. 5 ss.

9 In particolare, sono state esaminate le pronunce emanate dalle Sezioni che, in base alle Tabelle di organizzazione della Corte di Cassazione, risultano competenti nelle materie di diritto privato, ovverossia delle Sezioni I, II, III e VI, con esclusione della Sezione lavoro (IV) e della Sezione tributaria (V). Il maggior numero di sentenze raccolte proviene dalla Sezione I, competente in materia di famiglia e persone: di tale Sezione sono state raccolte 26 sentenze, di cui: 7 in materia di misure di protezione; 8 in materia di protezione umanitaria; 2 in materia di parto anonimo; 2 in materia di diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente; 5 in materia di adozioni; 1 in materia di rapporti tra incapacità naturale e reato di circonvenzione d'incapace; 1 in materia di consumatori.
Nell'ambito della Sezione III, competente in materia di contratti, obbligazioni e responsabilità civile, sono state rinvenute 11 decisioni, di cui: 1 in materia di diritto all'immagine; 1 in materia di rapporti tra reato di circonvenzione d'incapace e testamento; 1 in materia di protezione umanitaria; 2 in materia di consumatori e 6 in materia di responsabilità extracontrattuale.

Nonostante il numero limitato di sentenze reperite in relazione al periodo di riferimento – eccezion fatta per le pronunce concernenti il permesso di soggiorno per motivi umanitari che, seppur numerosissime negli ultimi anni, si sostanziano nella maggioranza dei casi in provvedimenti stringati e motivati per relationem, riportando precedenti analoghi – l'analisi di queste decisioni ha condotto a risultati interessanti.

In via preliminare, può evidenziarsi che sono state rilevate differenze di approccio a seconda dell'area tematica analizzata; inoltre, in alcuni casi, è la condizione di vulnerabilità a fondare la decisione del giudice, mentre in altri costituisce un elemento che, da solo o insieme ad altri, orienta l'interpretazione giudiziale.

A titolo esemplificativo, nelle pronunce in materia di misure di protezione – e segnatamente di amministrazione di sostegno – la condizione di fragilità e disagio del beneficiario costituisce elemento necessario ai fini della concessione della misura e, di conseguenza, va provata dal richiedente; analogamente, nelle sentenze sul diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, la vulnerabilità del figlio, che può consistere in una situazione di disagio personale o relazionale (e che costituisce oggetto di prova) può giustificare il perdurare di tale diritto.

Invece, nelle pronunce in tema di annullamento di testamenti e contratti per dolo o incapacità naturale, la Corte è stata chiamata a stabilire se la condizione di vulnerabilità in cui il soggetto ha stipulato il contratto o redatto il testamento, sia idonea ad inficiarne la validità. In tale prospettiva, si segnala una tendenza conservatrice della Corte italiana, rispetto alle conclusioni rassegnate dalle corti straniere[10], dimostrandosi riluttante ad annullare gli atti giuridici in questione, ove non siano precisamente integrati i requisiti previsti dal codice civile per l'incapacità naturale (art. 428 c.c.) e per il dolo (art. 1439 c.c.).

Al di là dei riferimenti specifici alla casistica – che sarà oggetto di analisi nel prosieguo – la ricerca ha dimostrato, da un lato, che nella giurisprudenza civile italiana il rilievo della vulnerabilità è crescente, in coerenza con l'emergere di situazioni di «affievolimento del volere», «disabilità»,

---

Il numero delle sentenze provenienti dalle Sezioni II e VI (c.d. Sezione filtro) è invece rispettivamente di 8 pronunce per la Sezione II e 7 per la Sezione filtro. In particolare, della Sezione II, generalmente competente in materia di successioni, sono state rinvenute 3 decisioni in materia di annullabilità del testamento, 3 in materia contrattuale e 2 in materia di permesso di soggiorno per assistenza ai minori; delle 7 sentenze emanate dalla Sezione filtro, 4 riguardano l'ambito delle misure di protezione, 1 il diritto del figlio maggiorenne non autosufficiente ad esser mantenuto, 1 la materia consumeristica ed infine 1 nuovamente in materia di protezione umanitaria.
Infine, si registrano 5 vicende giudiziarie che hanno indotto la Sezione assegnataria a rimettere la questione al Primo Presidente al fine di assegnare la causa alle Sezioni Unite, ipotesi in cui la questione sottoposta alla Corte è stata ritenuta di particolare importanza, tenuto conto della funzione nomofilattica della stessa. Le relative pronunce riguardano le situazioni di fragilità sottese alle problematiche della maternità surrogata, della debolezza del consumatore-investitore, del diritto all'istruzione delle persone con disabilità e due, infine, sulle condizioni rilevanti per il riconoscimento della protezione umanitaria.

10 Il riferimento è sia alle decisioni dalle Corti europee (v., per esempio, la giurisprudenza spagnola: *ex multis* Tribunal Supremo, 15.7.1987 – RJ 1987/5494; Tribunal Supremo, 23.7.1998 – RJ 1998/6199), sia all'orientamento delle Corti di *Common Law* che, tramite il ricorso all'istituto della undue influence, invalidano frequentemente atti negoziali che rechino pregiudizio a soggetti fragili (per riferimenti v. L. Nerenberg, «Literature Review on Undue Influence», *Undue influence. Definitions and Applications*. A project supported by the Borchard Foundation Center on Law and Aging, March 2010, [https://www.courts.ca.gov/documents/UndueInfluence.pdf]).

«abbandono», «dipendenza funzionale», che si sono moltiplicate negli ultimi anni come conseguenza dell'invecchiamento della popolazione, della disgregazione dei modelli familiari tradizionali, della difficoltà occupazionale, tutti tratti caratterizzanti le società contemporanee.

D'altra parte, l'approccio settoriale alla vulnerabilità denota la mancanza, nell'ordinamento italiano, di riferimenti normativi certi a cui ancorare la decisione giudiziale e, più in generale, di una normativa di dettaglio che tuteli, a livello privatistico, le situazioni di debolezza e fragilità, che non si concretano in una mancanza di capacità.

II. Misure di protezione a tutela dei soggetti fragili e/o vulnerabili

Partendo dalla casistica sulle misure di protezione (nello specifico, amministrazione di sostegno e inabilitazione), la Suprema Corte distingue a seconda che la condizione di particolare vulnerabilità/debolezza/fragilità incida o meno sull'espletamento delle funzioni della vita quotidiana e sulla capacità di autodeterminazione del soggetto.

Il contenzioso più rilevante è quello in tema di amministrazione di sostegno, misura di protezione introdotta nell'ordinamento italiano nel 2004[11], per affiancare le misure tradizionali rigide dell'interdizione e dell'inabilitazione e per introdurre uno strumento flessibile, «di aiuto che si traduce in termini di assistenza»[12], al precipuo scopo di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone affette da un'infermità o da una menomazione fisica o psichica che determini l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere alla cura dei propri interessi (art. 404 c.c.).

L'amministrazione di sostegno è, dunque, misura introdotta nell'ordinamento italiano per venire incontro alle esigenze di quelle «persone prive di autonomia nell'espletamento delle funzioni di vita quotidiana»; tale espressione è stata intesa in senso giuridico-dinamico, nel senso che versa in tale condizione non solo il soggetto fisicamente impedito o psicologicamente disturbato, ma anche quello che, per una ragione non necessariamente patologica, non è in grado di assumere nel proprio interesse scelte di carattere esistenziale[13]. È evidente, allora, la stretta correlazione tra la misura dell'amministrazione di sostegno e le situazioni di vulnerabilità in cui il soggetto può versare (per malattia, età avanzata, disabilità), a prescindere da un conclamato stato di incapacità. L'amministratore di sostegno, infatti, può operare in una serie di situazioni che esulano da una condizione qualificabile come infermità di mente; di conseguenza, possono beneficiarne tutti i soggetti che non sono concretamente in grado di badare ai propri interessi, a causa di un affievolimento delle capacità cognitive o sensoriali o di un handicap fisico[14].

---

11 L'amministrazione di sostegno è stata introdotta in Italia dalla L. 9 gennaio 2004, n. 6, GU 19 gennaio 2004, n. 14.

12 Trib. Modena, 16 marzo 2018, *Dir. fam. e pers.*, fasc. IV, 2018, p. 1375 ss.

13 G. Buffone, «La protezione giuridica dell'adulto incapace: l'anziano e l'amministratore di sostegno», *Giur. merito*, fasc. XII, 2011, p. 910.

14 *Contra* G. Bonilini, F. Tommaseo, «Dell'amministratore di sostegno – Artt. 404-413», in *Il codice civile commentato* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli), Milano, Giuffrè, 2018, p. 95.

Dalle sentenze esaminate, soprattutto nel contesto del riconoscimento della misura di protezione dell'amministrazione di sostegno, può dedursi che il Collegio ha fatto riferimento alla necessità di riconoscere tali misure di protezione soltanto nei casi in cui il potenziale beneficiario si fosse trovato in una situazione di inferiorità, di debolezza o di fragilità tale da ingenerare l'approfittamento ad opera di altri soggetti (ritenendole necessarie al fine della regolamentazione dei propri interessi, tanto patrimoniali quanto personali). In particolare, la Corte di legittimità ha valorizzato l'esigenza che la situazione di fragilità psicofisica del beneficiario della misura di protezione sia idonea ad incidere sulla concreta possibilità di gestire le attività della vita quotidiana e i propri interessi, al fine di legittimare il ricorso alla misura in esame. La Corte ha quindi cercato di spezzare l'automatismo tra situazione di vulnerabilità/necessità della misura: solo se la fragilità del soggetto si traduce nell'incapacità di gestire i propri interessi, può esservi la nomina dell'amministratore[15].

Questo è evidente nel contenzioso concernente soggetti anziani[16]: non ricorrendo i presupposti effettivi di incapacità e non autosufficienza, l'amministrazione di sostegno risulterebbe una misura superflua e inutilmente gravatoria, nonché ultronea rispetto alla reale esigenza di tutela della persona parzialmente priva di autonomia[17].

Quest'orientamento è peraltro ribadito anche dalla Cassazione. La Suprema Corte, da un lato, ha giustificato l'adozione della misura dell'amministrazione di sostegno ove sussista una situazione di fragilità e di disagio «a seguito dell'affievolimento delle facoltà critiche della ricorrente e della sua capacità di valutare in modo congruo le possibili conseguenze delle sue iniziative economiche e finanziarie anche a causa dell'età avanzata»[18]. In altre decisioni non ha giustificato il ricorso all'istituto se il soggetto anziano (anche se affetto da disturbi invalidanti) sia lucido e goda di una protezione assicurata da una rete familiare organizzata e funzionale[19].

---

15 Il concetto è più volte ribadito anche dai tribunali di merito: v. *ex multis* Trib. Bari, 15 giugno 2004, Giur. mer., fasc. I, 2005, p. 241 ss. «la norma impone uno scrutinio non necessariamente riferito a patologie con riflessi invalidanti sulla psiche, ma correlato, piuttosto, ad aspetti pratici e concreti, in termini d'incapacità e di difficoltà durevole nell'esercizio dei propri diritti, o, ancora, con riguardo all'incapacità di fronteggiare, in via autonoma, le necessità quotidiane».

16 C. M. Cascione, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, *op. cit.*, p. 106 ss.

17 V., esemplificativamente, Trib. Vercelli, Decr. 16 ottobre 2015, *Nuova giur. civ. com.*, fasc. VI, 2016, p. 827 ss. con nota di M. Piccinni, «Amministratore di sostegno – Misure di protezione e principio di sussidiarietà nell'attuazione dei diritti delle persone non autonome». Il giudice tutelare di Vercelli ha rigettato la richiesta di amministrazione di sostegno per una signora ultranovantenne, con menomazioni fisiche, ma non affetta da alcun disturbo psichico, ritenendo la signora «concretamente in grado di esercitare con pienezza i propri diritti, avvalendosi del proficuo aiuto da parte di terzi». V. altresì Trib. Modena, 16 marzo 2018, *Dir. fam. e pers.*, fasc. IV, 2018, p. 1375 ss., che ha rigettato la domanda di nomina di un amministratore di sostegno, proposta dai figli nei confronti dell'anziano padre, che non risultava in alcun modo «menomato psichicamente».

18 Così Cass. civ., Sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2346; in tal senso anche Cass. civ., Sez. I, 23 dicembre 2021, n. 41407.

19 Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2017, n. 22062; Cass. civ., Sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29981, riguardante la legittimità della nomina di un amministratore di sostegno per un'anziana signora, affetta da cecità. La Corte ha cassato la decisione nel merito fondata sulla scarsa cognizione, da parte della ricorrente, delle proprie possidenze patrimoniali, ritenendo violato il diritto di autodeterminazione del destinatario della misura. Anche nella pronuncia Cass. civ., Sez. I, 23 novembre 2021, n. 36324 la Corte ha rilevato che, nonostante il soggetto, anziano e con un deficit cognitivo, avesse una situazione di dipendenza fisica e relazionale, mantenesse piena capacità intellettiva e pieno controllo del denaro e degli atti dispositivi. L'amministrazione di sostegno non risultava, quindi, giustificata.

Sicuramente, a differenza delle altre ipotesi, in cui il concetto di vulnerabilità appare soltanto di contorno, in tale contesto si nota come la condizione di fragilità di tali soggetti influisca, in particolar modo e in maniera concreta, sui beneficiari (a seconda dei diversi casi vagliati), incidendo sulla tutela (rafforzata) da riconoscere agli stessi.

Dall'analisi dei casi evidenziati emerge inoltre che, in termini di riparto dei carichi probatori, la situazione di vulnerabilità ovvero di fragilità, su cui si fonda la misura di protezione richiesta, forma oggetto di prova dell'avente diritto. Tale premessa implica, dunque, che sia onere del richiedente allegare e dimostrare la causa che giustifica non solo l'infermità o menomazione (fisica o psichica), ma anche una limitazione della capacità di compiere determinate attività.

Da un punto di vista strettamente probatorio, lo strumento processuale privilegiato nella generalità dei casi analizzati, risulta essere quello della Consulenza Tecnica d'Ufficio (CTU), nell'ambito della quale viene valorizzato l'accertamento non solo della ragione clinico-patologica della condizione di fragilità della persona, bensì della concreta incidenza della stessa sulla capacità del beneficiario di provvedere ai propri interessi. Inoltre, strumento imprescindibile in sede di accertamento della situazione di fragilità dell'interessato è l'audizione di quest'ultimo.

In particolare, in tema di amministrazione di sostegno, il Collegio ha precisato che «colui che, assumendo, ai sensi dell'art. 406 c.c., di essere legittimato a proporre il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno di una persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, in caso di specifica contestazione di detta legittimazione, deve fornire la prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., della sua qualità soggettiva ai sensi del combinato disposto dagli artt. 406 e 417 c.c.»[20].

Inoltre, in sede di accertamento, si rileva la tendenza della Corte a privilegiare la condizione di concreta vulnerabilità dell'interessato, pur non esigendo che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità d'intendere o di volere. Al contrario, il Collegio richiede il riscontro di una condizione attuale di menomata capacità che ponga l'interessato nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi; quindi, per converso, esclude che il sostegno debba esser disposto nei confronti di chi si trovi, invece, nella piena capacità di determinarsi, anche se in condizioni di menomazione fisica.

Ad esempio, in una delle pronunce esaminate[21], la Suprema Corte ha ritenuto solo apparentemente motivata la sentenza di merito fondata sulla incondizionata adesione alle conclusioni del CTU, senza alcuna risposta ai puntuali rilievi mossi dai consulenti delle parti e riprodotti nel ricorso. In tal caso, la Corte di Cassazione ha accolto i rilievi del ricorrente secondo cui la prevalenza del profilo affettivo è un tratto della personalità che, ove privo di sostegno o collegamento con una psicopatologia, si rivela del tutto inidoneo a fondare un giudizio negativo sulla capacità di autodeterminarsi dell'esaminando. In particolare, nel caso di specie, nonostante il rilevato nesso di causalità tra dipendenza fisica ed affettiva, era stato del tutto escluso un deficit cognitivo.

20 Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2017, n. 22602.
21 Cass. civ., Sez. I, 23 novembre 2021, n. 36324.

In tema di inabilitazione, invece, la Corte pone a carico del richiedente l'onere di provare la concretizzazione della fragilità dell'inabilitando come presupposto della misura. Ad esempio, in tema di prodigalità, è il richiedente la misura di protezione a dover dimostrare che l'inabilitando sia dedito ad una sistematica e ricorrente dispersione dei propri mezzi economici, mediante il compimento di spese sconsiderate, prive di utilità e di una finalità motivazionale dotata di una qualche intrinseca e soggettiva coerenza[22].

III. I diritti della personalità di soggetti in condizioni di vulnerabilità

I diritti della personalità rappresentano un ambito del diritto privato nella cui definizione ed applicazione – pur a fronte della continua espansione delle relative fonti internazionali, sovranazionali e nazionali – il diritto di formazione giurisprudenziale mantiene storicamente una posizione di primo piano[23].

Nei recenti sviluppi della giurisprudenza italiana di legittimità sull'interpretazione di tale complesso di diritti, la valorizzazione giuridica del concetto di vulnerabilità della persona ha assunto una significativa importanza argomentativa e sistematica[24].

La nozione appena richiamata si è progressivamente affermata come una chiave di lettura fondamentale per garantire una tutela effettiva e personalizzata dei diritti assoluti dell'individuo, dimostrando una capacità innovativa di adattarsi alle molteplici esigenze di giustizia sociale e rispetto della dignità umana.

In particolare, l'innovativo approccio pragmatico e dinamico della Cassazione civile alla vulnerabilità si è recentemente manifestato in relazione a tre casistiche riguardanti, segnatamente, il diritto all'immagine e alla riservatezza della persona *in vinculis*, i diritti riproduttivi della donna ed il diritto all'istruzione di un minore con disabilità.

Le fattispecie, contraddistinte da peculiarità fattuali e giuridiche autonome e distinte, sono state affrontate dalla Cassazione attraverso la medesima prospettiva interpretativa della vulnerabilità situazionale delle persone coinvolte.

Nella prima delle tre ipotesi citate[25], riguardante il diritto all'immagine della persona sottoposta ad una misura restrittiva della libertà personale, la Corte di Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della pubblicazione di una foto segnaletica di persona arrestata, «senza che [ricorresse] alcun rilevante interesse pubblico o comprovato motivo di giustizia o di polizia».

22 Cass. civ., Sez. VI, 24 settembre 2014, n. 20144.

23 G. Resta, «Diritti della personalità: problemi e prospettive», *Dir. inf.*, fasc. 6, 2007, p. 1054.

24 M. A. Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *op. cit.*, *passim.*

25 Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12834, *Guida dir.*, fasc. 38, 2014, p. 39 ss.

In linea di principio, il bilanciamento tra il diritto di cronaca ed i diritti all'immagine e alla riservatezza è affidato ai canoni di fonte legislativa[26] dalla pertinenza dell'immagine oggetto di diffusione ad una notizia di rilevanza pubblicistica e dalla continenza di tale diffusione, quanto all'oggetto della pubblicazione ed alle modalità della stessa[27].

Limitandosi alla lettura del dato normativo, dunque, la vulnerabilità della persona interessata dall'attività divulgativa non compare tra gli elementi che devono formare oggetto di valutazione del giudice. A fronte di un simile assetto, la Cassazione ha segnalato la necessità di valorizzare una situazione fattuale di vulnerabilità riconoscendola come un elemento idoneo a temperare il rigore con cui il giudice è chiamato a valutare la sussistenza dei predetti requisiti di matrice normativa. La natura congiunturale della configurazione di un soggetto vulnerabile, nel caso di specie, è data dall'interazione tra due fattori: da un lato, la posizione di inferiorità derivante dal versare in uno stato limitativo della propria libertà personale; dall'altro, la potenzialità offensiva intrinseca all'enfatizzazione tipica della pubblicazione fotografica, quale strumento divulgativo visivo per antonomasia ed unico rispetto agli altri strumenti di comunicazione[28].

Secondo la Corte, pertanto, la momentanea inferiorità in cui versa il soggetto sottoposto a misura restrittiva della libertà personale, deve formare oggetto di integrazione del libero apprezzamento del giudice in sede di valutazione della liceità del trattamento delle fotografie pubblicate, in qualità di condizione idonea ad incrementare il grado di rilevanza pubblicistica richiesto al fine di giustificare la divulgazione dell'immagine.

L'uso giurisprudenziale della nozione dinamica di vulnerabilità trova una manifestazione emblematica nel confronto con un'ulteriore casistica di grande rilievo sociale, relativa all'autodeterminazione riproduttiva della donna. Nell'ambito di tale fenomenologia, possono individuarsi due distinte categorie di contenzioso, rappresentate dal riconoscimento del diritto della donna a restare anonima al momento del parto e a mantenere l'anonimato nel corso della sua vita, da un lato, e la surrogazione di maternità, dall'altro.

Anzitutto, la giurisprudenza di legittimità ha valorizzato la condizione di estrema vulnerabilità in cui versa la donna al momento del parto, per giustificare non soltanto la codificazione di una «signoria materna»[29] sulla costituzione del rapporto di filiazione nel nostro ordinamento, ma anche la prevalenza dell'anonimato materno sul diritto del figlio a ricostruire la propria narrazione identitaria[30]. Le pronunce in esame, infatti, nell'affermare la legittimità del rifiuto della madre biologica di rivelare la propria identità dopo essere stata interpellata su impulso proveniente dal figlio, ha valorizzato, da un

26 Legge n. 633 del 22 aprile 1941, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, GU 16 luglio 1941, n. 166, artt. 96 e 97.

27 N. Triggiani, «Il divieto di pubblicare immagini di persone private della libertà personale sottoposte a mezzi di coercizione fisica», *Sist. Pen.*, fasc. 2, 2008, p. 852 ss.

28 Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12834, *Foro It.*, vol.138, fasc. 1, 2020, pp. 177-178.

29 J. Marshall, «Giving Birth but Refusing Motherhood: Inauthentic Choice or Self-Determining Identity?», *Int. J. Law in Context*, vol. 4, fasc. 2, 2008, p. 169 ss.

30 M. S. Stanzione, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*.

lato, i fattori contingenti al momento del parto, che avevano spinto la donna a richiedere l'anonimato, quali una situazione di disagio psicofisico dettato da una precaria condizione economica[31]; dall'altro, una serie di elementi sussistenti al momento dell'interpello, come l'età avanzata della donna ed una concreta condizione di debolezza dettata da uno stato psichico deficitario.

Sotto il primo profilo, la situazione di vulnerabilità è stata collegata al potenziale perturbamento del processo volitivo della donna, dettato dall'esposizione della medesima all'azione imprescrittibile di riconoscimento esercitabile dal figlio biologico[32]. Questa condizione giustifica, pertanto, un temperamento di tale imprescrittibilità tale per cui l'azione di maternità non è esercitabile per tutta la durata della vita della madre[33]. Il risultato finale del rilievo della condizione di fragilità della partoriente è dunque la configurazione di un termine dilatorio, commisurato alla durata della vita della madre[34], che rende inammissibile l'azione di riconoscimento di maternità esercitata prima del decorso del suddetto termine[35].

Con riguardo al secondo aspetto, la condizione di debolezza della madre biologica deve essere valorizzata in sede di interpello di quest'ultima e di valutazione circa la sua piena capacità di revocare validamente e consapevolmente la propria scelta di anonimato. Qualora la madre versi in un generico stato di incapacità – che, come ha specificato la Corte, può anche non essere dichiarato – l'interpello non potrà dunque essere attivato: nel caso di specie, la Corte aveva appunto evidenziato l'inopportunità di interrogare la madre biologica interessata, che aveva manifestato una grave compromissione delle proprie facoltà cognitive e volitive, al punto da non essere in grado di esprimere la propria volontà[36].

Nella medesima area tematica dei diritti riproduttivi della donna si colloca una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione[37] che, pronunciandosi sulla legittimità della maternità surrogata nel nostro ordinamento, ha conferito rilievo alle condizioni di fragilità della gestante.

Il Supremo Collegio ha dovuto vagliare la *ratio* sottesa al divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano e la conseguente natura di ordine pubblico[38]. In particolare, il bilanciamento d'interessi riguarda la necessità di rispettare il diritto del nascituro all'identità personale e alla vita familiare e, d'altra parte, la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri.

31 Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 2022, n. 7093, *Guida dir.*, fasc. 20, 2022.
32 Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824, *Guida dir.*, fasc. 40, 2020.
33 Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2022, n. 26616, *Giust. Civ. Mass.*, 2022.
34 V. Lo Voi, «Mors omnia solvit? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte della stessa», *Dir. fam. e pers.*, vol. 2, fasc. 3, 2018, p. 1120 ss.
35 Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824, *Dir. & Giust.*, fasc. 182, 2020, p. 2 ss. con nota di P. Paleari, «Accertamento giudiziale della maternità e diritto della madre all'anonimato dopo la morte».
36 Cass. civ., Sez. I, 09 agosto 2021, n. 22497, *Dir. & Giust.*, fasc. 156, 2021, p. 2 ss. con nota di K. Mascia, «Parto in anonimato: va garantito il diritto del figlio di accedere alle informazioni sanitarie sulla salute della madre biologica».
37 Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, *Giust. Civ. Mass.*, 2023.
38 C. Varano, «La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali», *Fam. dir.*, fasc. 8-9, 2017, p. 825 ss.

In proposito, la Corte ha osservato che il divieto di surrogazione di maternità – volto a tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione non solo soggettiva, ma anche oggettiva, nonché a scongiurare l'abuso di condizioni di fragilità – è assoluto. In quest'ultimo caso, si ravvisa il cumulo tra la condizione di fragilità della donna immanente alla fase gestazionale e la fragilità derivante dall'impegno assunto dalla stessa di attuare e portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a reclamare diritti sul bambino che nascerà[39].

Infine, la giurisprudenza italiana si è fondata sul rilievo in concreto della condizione di vulnerabilità personale per affermare la necessità di un'applicazione più rigorosa del principio di uguaglianza sostanziale, nell'esaminare le implicazioni relative alla garanzia del diritto di istruzione delle persone con disabilità[40]. In questo caso, occorre rilevare come la vulnerabilità venga presa in considerazione partendo soprattutto dal contesto delle discriminazioni, nonché dal mancato riconoscimento di diritti, al fine di garantire il diritto di istruzione al minore disabile nel rispetto del principio di uguaglianza.

Nel caso all'origine della pronuncia esaminata, la situazione di peculiare vulnerabilità in cui versava un alunno – provocata da una grave disabilità – ha giustificato l'accertamento della responsabilità dell'amministrazione scolastica per la scarsità di risorse disponibili allo svolgimento di un piano educativo individualizzato per il sostegno scolastico. Secondo la Suprema Corte, in particolare, a fronte della previa identificazione della misura del supporto educativo integrativo, la rimodulazione del servizio personalizzato in misura scarsa o comunque insufficiente a garantire il diritto all'istruzione si traduce – in assenza di una corrispondente contrazione dell'offerta formativa per i normodotati – in una discriminazione indiretta.

Con riferimento al riconoscimento ed all'esercizio del diritto all'istruzione, dunque, la Corte di Cassazione ha messo in luce la necessità di garantire strumenti adeguati a sostenere il minore con disabilità, superando discriminazioni sistemiche e barriere strutturali. In tale prospettiva, la vulnerabilità del minore disabile è stata interpretata e valorizzata non soltanto come condizione personale, ma anche come riflesso di un contesto che amplifica le difficoltà e le disuguaglianze. La giurisprudenza si è quindi orientata verso un'applicazione più rigorosa del principio di uguaglianza sostanziale, rafforzando il ruolo dello Stato nel garantire il pieno sviluppo della persona e la promozione di un modello inclusivo. In altre parole, può affermarsi che la considerazione a livello giurisprudenziale della vulnerabilità, nel filone casistico in esame, ricopra un ruolo fondamentale nell'attuazione del «disegno personalista presente nella nostra Costituzione»[41] e nella promozione di un processo di riduzione delle disuguaglianze e di integrazione sociale volto all'effettivo godimento dei diritti fondamentali da parte di tutti i consociati.

39 A. Alghrani, «Surrogacy: A Cautionary Tale», *Medical L. Rev.*, fasc. 20, 2012, p. 631 ss.

40 Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, *Dir. Fam. e Pers.*, fasc. II, 2015, p. 3 ss.

41 Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, *Foro It.*, vol. 138, fasc. 3, 2015 p. 954 ss. con nota di E. Scoditti, «I diritti fondamentali fra giudice ordinario e amministrativo».

IV. La vulnerabilità nel diritto di famiglia

Nell'ambito del contenzioso in materia di diritto di famiglia, la vulnerabilità dei soggetti rileva nelle pronunce in tema di mantenimento del figlio maggiorenne e in tema di adozioni.

Quanto ai casi decisi dalla Corte in materia di diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, la vulnerabilità consiste in una ragione di incolpevole non autosufficienza del figlio maggiorenne, che giustifica il permanere del diritto di quest'ultimo al mantenimento nei confronti dei propri genitori.

Sul punto, è opportuno premettere qualche cenno all'evoluzione della giurisprudenza italiana che ha interessato il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente.

L'orientamento giurisprudenziale tradizionale, infatti, riteneva che il diritto al mantenimento del figlio non venisse meno per effetto del compimento del diciottesimo anno di età[42], ma perdurasse sino al raggiungimento dell'indipendenza economica del figlio. Ne conseguiva, secondo tale opzione ermeneutica, la configurazione di una presunzione *iuris tantum* di persistenza della condizione di vulnerabilità giustificativa del diritto al mantenimento, superabile attraverso la prova contraria, da fornirsi dal genitore, dell'insussistenza di tale condizione.

Tale orientamento è stato tuttavia superato da una pronuncia della Suprema Corte[43] secondo cui il compimento del diciottesimo anno di età cristallizza un momento in cui l'ordinamento presume che il figlio sia in grado di provvedere autonomamente al proprio sostentamento. Secondo la Cassazione «non è necessaria una prescrizione legislativa che fissi in modo specifico l'età in cui l'obbligo di mantenimento del figlio viene meno: in quanto, sulla base del sistema positivo, tale limite è già rinvenibile e risiede nel raggiungimento della maggiore età».

L'assolutezza del dispositivo è, tuttavia, mitigata dalla considerazione che – ove il figlio abbia avviato un percorso di studio o professionale – il diritto al mantenimento verrà meno ove sia «trascorso un ulteriore lasso di tempo, dopo il conseguimento dello specifico titolo di studio in considerazione [...] che possa ritenersi idoneo a procurare un qualche lavoro».

La Corte, a riguardo, specifica che «tra le evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne non autosufficiente, si pongono, fra le altre: a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, pur non sfociate nei presupposti di una misura tipica di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione di studi ultraliceali con diligenza, da cui si desuma l'esistenza di un iter volto alla realizzazione delle proprie aspirazioni ed attitudini, che sia ancora legittimamente in corso di svolgimento, in quanto vi si dimostrino effettivo impegno ed adeguati risultati, mediante la tempestività e l'adeguatezza dei voti conseguiti negli esami del corso intrapreso; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla

42 Ex plurimis Cass. civ., Sez. I, 1° febbraio 2016, n. 1858, *Fam. dir.*, fasc. 1, 2017, p. 134; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2289, *Fam. dir.*, fasc. 3, I, 2001, p. 275.

43 Cass. civ., Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183, *Dir. fam. e pers.*, fasc. 2, 2021 p. 568 con nota di V. Rossi, «Il fondamento del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e la ripartizione dell'onere probatorio: un overruling della Suprema Corte?».

conclusione degli studi, svolti dal figlio nell'ambito del ciclo di studi che il soggetto abbia reputato a sé idoneo, lasso in cui questi si sia razionalmente ed attivamente adoperato nella ricerca di un lavoro; d) la mancanza di un qualsiasi lavoro, pur dopo l'effettuazione di tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale».

Mutato il paradigma sostanziale ai fini del riconoscimento del mantenimento, è mutato anche il criterio di riparto dell'onere probatorio: grava sul figlio l'onere di dimostrare la sussistenza di una condizione di vulnerabilità o di altra condizione che giustifichi il diritto, ai sensi dell'art. 337 *septies* c.c., alla percezione di un contributo al proprio mantenimento da parte del genitore.

Tuttavia, al fine di evitare un aggravamento eccessivo del carico probatorio del figlio, la giurisprudenza prevede che la prova in giudizio possa essere agevolmente raggiunta mediante il ricorso a presunzioni.

Nella giurisprudenza della Corte Suprema, si evince la tendenza a giustificare la persistenza del diritto al mantenimento ove si ravvisi una condizione di vulnerabilità, legata ad una difficoltà psicologica e relazionale del figlio.

Emblematica, a tal riguardo è la decisione riguardante un individuo nella fase immediatamente successiva al mutamento dei propri caratteri sessuali, a causa del difficile processo di adeguamento della propria identità sessuale[44]. La Corte, nel caso di specie, ha giustificato il perdurare del diritto al mantenimento perché il cambiamento dei caratteri sessuali costituisce una causa di vulnerabilità e di difficoltà psicologica e relazionale, legata al difficile processo di adeguamento della propria identità sessuale, con evidenti conseguenze sull'inserimento sociale e nel mondo del lavoro, e quindi nella acquisizione di una posizione di indipendenza. Tuttavia, trascorsi tre anni da quel momento e raggiunta l'età dei trenta anni, in assenza di deduzioni specifiche da parte del maggiorenne, va presunto il raggiungimento di una situazione di indipendenza economica o di una capacità lavorativa potenziale cui non ha fatto riscontro una concreta ricerca del lavoro e, pertanto, deve essere revocato il diritto all'assegno di mantenimento.

Nelle decisioni in tema di adozione, i fattori di natura personale ricoprono un ruolo di primario rilievo. La disciplina italiana dedicata a questi singolari procedimenti prevede l'estensione del sindacato giurisdizionale ad una varietà di aspetti intimamente legati alla sfera individuale delle persone coinvolte – gli aspiranti adottanti, l'adottando ed i suoi genitori biologici – in attuazione del *best interest of the child* che, in simili fattispecie, si traduce nel diritto del minore di crescere in una famiglia[45].

---

44 Cass. civ, Sez. VI, 12 marzo 2018, n. 5883. A. Gentili, «La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale», *Riv. crit. dir.* fasc. 1., 2019

45 Legge 4 maggio 1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, GU 17 maggio 1983, n. 133.

In linea con l'affermazione della vulnerabilità come parametro trasversale per l'analisi delle problematiche sociali, la dottrina ha esaminato la singolarità della tutela del minore nel diritto positivo secondo la descritta chiave di lettura[46]. In questa prospettiva, l'adottando è considerato come soggetto vulnerabile in ragione della sua maggiore esposizione a potenziali pregiudizi per l'assenza di un contesto familiare durante una fase cruciale per il suo sviluppo personale.

Sul fronte legislativo, dunque, la vulnerabilità assume rilievo come condizione del minore risultante dalla combinazione tra la minore età e lo stato d'abbandono.

Non sorprende, quindi, che termini come vulnerabilità, fragilità o debolezza siano frequentemente impiegati dalla giurisprudenza italiana per descrivere anche le situazioni dei genitori biologici e degli aspiranti adottanti. In particolare, la Corte di Cassazione ha elaborato il concetto di «grave fragilità genitoriale» per indicare l'incapacità, potenziale o attuale, di un genitore, di adempiere in modo adeguato ai propri obblighi di cura ed educazione nei confronti dei figli[47]. Nello sviluppo di tale concetto, la giurisprudenza realizza una piena sinergia con il diritto positivo, valorizzando situazioni concrete di vulnerabilità relazionale per far fronte a condizioni di vulnerabilità individuale del minore, tutelate mediante una disciplina specifica[48].

Per tali ragioni, da un punto di vista probatorio, nei procedimenti di adozione si attribuisce grande rilevanza all'utilizzo della Consulenza Tecnica d'Ufficio (CTU). La Corte, infatti, ha sottolineato che «l'accertamento mediante CTU della fragilità psico-fisica di entrambi i genitori deve dimostrare la loro incapacità di proporsi come adeguate figure di riferimento genitoriale»[49]. Questo accertamento deve essere accompagnato da una valutazione prognostica, volta a verificare l'eventuale possibilità di recupero delle capacità genitoriali.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, inoltre, spicca una decisione particolarmente significativa[50], in cui la Suprema Corte ha ribadito come la fragilità dei genitori biologici sia un elemento determinante per accertare lo stato di abbandono del minore. In questi casi, la condizione di debolezza deve essere utilizzata come parametro interpretativo per stabilire se l'incapacità genitoriale giustifichi un provvedimento di adozione che recida definitivamente il legame tra il minore e la famiglia d'origine, tutelando il diritto del primo ad un nucleo affettivo familiare. In proposito, la Corte ha chiarito che la fragilità dei genitori naturali, pur rilevante, deve essere considerata recessiva rispetto all'interesse del figlio a mantenere una relazione con la famiglia di nascita[51], aprendo così la strada all'applicazione dell'istituto dell'«adozione mite»[52].

---

46 J. Herring, «Vulnerability and Children's Rights», *Int. J. for the Semiotics of Law*, vol. 36, 2023, p. 1509 ss.

47 P. Cendon, «Variazioni sulla fragilità umana», *Dir. Fam. e Pers.*, fasc. 2, vol. 1, 2024, p. 812 ss.

48 M. R. Marella, «Critical Family Law», *J. Gend., Soc. Policy Law*, vol. 19, 2011, pp. 723-735.

49 Cass. civ., Sez. I, 13 luglio 2022, n. 22120.

50 Cass. civ., Sez. I, 22 novembre 2021, n. 35840, *Giust. Civ. Mass.*, 2021.

51 E. Battelli, «Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU», *Dir. fam. e pers.*, fasc. 2, vol. 1, 2021, p. 844.

52 Cass. civ., Sez. VI, 6 giugno 2022, *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2022, p. 1337 con nota di G. Fazzeri, «Adozione mite e piena: quale tutela per i minori?».

Infine, la vulnerabilità parentale è stata presa in considerazione dalla Corte come fattore personale che giustifica la fisionomia singolare che assume il procedimento di adozione nella prima fase di giudizio[53]. In particolare, la disposizione di cui all'art. 10, l. 183/1984 contempla un'ipotesi di nullità del procedimento di adozione in caso di mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del padre dell'adottando.

La Corte ha interpretato la mancanza della medesima disposizione in sede di disciplina del giudizio di appello come la presunzione dell'ordinamento che tale condizione sia destinata progressivamente a scemare, in linea con l'instaurazione ed il consolidamento di nuovi legami affettivo-familiari nella sfera individuale del minore.

V. La vulnerabilità nel diritto delle successioni: annullabilità del testamento per dolo

Il problema dell'incidenza della vulnerabilità del soggetto sulla genuinità del consenso si pone, innanzitutto, in ambito successorio, con riguardo alla validità di testamenti redatti in età avanzata. Il principio generale della autonomia del volere negli atti di ultima volontà, si scontra con il bisogno – anch'esso meritevole di protezione – di tener conto della fragilità, anche emotiva, del testatore anziano che lo rende facilmente condizionabile e suggestionabile[54]. Tuttavia, a fronte di prese di posizione della dottrina volte a riconoscere nel «testatore c.d. vulnerabile una figura socialmente tipica»[55], meritevole di protezione, la giurisprudenza italiana ha assunto un atteggiamento più cauto.

Infatti, nelle decisioni in materia di successione testamentaria (concernenti, in particolare, l'annullamento del testamento per vizi del consenso), la condizione di vulnerabilità non è stata presa in considerazione dalla Corte e valutata come tale, nei casi di mera influenza di ordine psicologico sul testatore (nonostante la volontà dell'anziano testatore spesso venga influenzata ricorrendo a suggerimenti e blandizie). Al contrario, la Corte richiede che tale influenza sia esercitata nei confronti del testatore attraverso effettivi raggiri o altri mezzi fraudolenti che abbiano tratto il medesimo in inganno (incidendo, a riguardo, fattori quali l'età, lo stato di salute e le condizioni psicologiche del soggetto).

Emblematico, in tal senso è un caso di recente deciso dalla Corte[56], concernente la validità di un testamento redatto da una persona molto anziana, in pessimo stato fisico e mentale, che era stata avvicinata nell'ultimo periodo di vita da un cugino, in favore del quale era stato redatto il testamento. Il testatore aveva condizioni di salute particolarmente gravi: era in preda a confusione mentale e irascibilità, tanto da imporre il ricorso a misure di contenzione ed era non vedente. Per redigere il testamento aveva avuto bisogno di sostegno fisico (da parte del cugino) e aveva anche utilizzato un

53 Cass. civ., Sez. I, 2 settembre 2021, n. 23793, *Giust. Civ. Mass.*, 2021.

54 A. Bucelli, «Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione», *Fam. pers. succ.*, fasc. 8-9. 2006, p. 711 ss.

55 E. Carbone, «Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 3, 2019, p. 799.

56 Cass. civ., Sez. II, 11 aprile 2017, n. 9309, Nuova giur. civ. com., fasc. 7-8, 2017, p. 1063 ss., con nota di S. Patti, «Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti», nonché *Giur. it.*, fasc. 8, 2018, p. 1384, con nota di P. R. Lodolini, «Dolo testamentario e tutela della volontà fragile del testatore: alla ricerca di un equilibrio».

linguaggio preciso anche dal punto di vista giuridico, certamente a lui sconosciuto. Nonostante questi presupposti, la domanda di annullabilità del testamento è stata respinta nei tre gradi di giudizio. In particolare, la Corte non ha ritenuto provato il dolo, ritenendo non sufficiente l'attività captatoria del beneficiario del testamento (e non dirimente la circostanza che si fosse improvvisamente avvicinato all'anziano e poi allontanato dopo la redazione del testamento).

Tale conclusione è coerente con l'orientamento espresso da costante giurisprudenza, in tema di annullamento del testamento per dolo, interpretato in maniera rigorosa, nel senso «che non si concreta in una qualsiasi influenza psicologica esercitata sul testatore attraverso blandizie, sollecitazioni e consigli, ma consiste in veri e propri raggiri o altre manifestazioni fraudolente che, ingenerando una falsa rappresentazione della realtà, siano in grado di ingannare il testatore»[57].

Ai fini dell'annullamento del testamento per dolo, occorre la prova della presenza di mezzi fraudolenti che – avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito del testatore – siano stati idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni e orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata[58].

In termini di riparto dell'onere della prova, quest'ultimo ricade sul soggetto che impugna la disposizione testamentaria e, quindi, risulta interessato a dimostrare la condizione di vulnerabilità del testatore.

Sotto il profilo strettamente probatorio, invece, la suddetta necessità di accertamento degli effettivi raggiri perpetrati nei confronti del testatore, si traduce nell'esigenza per cui «la prova della captazione, pur potendo essere presuntiva, deve fondarsi su fatti certi, che consentano di identificare e ricostruire l'attività captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore, non potendosi tale prova desumere unicamente dal fatto che il beneficiario conviva col de cuius»[59].

In particolare, ai fini della prova del dolo testamentario, non è sufficiente provare qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, ma occorre la presenza di veri e propri raggiri o altri mezzi – che siano idonei a trarlo in inganno – suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata[60].

---

57 V. Cass. civ., Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 824, CED Cassazione, 2014. Come afferma M. Girolami, «Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi», *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2017, p. 1180 «le Corti richiedono l'allegazione di fatti e episodi precisi e così gravi da identificare da soli il concreto svolgersi dell'attività captatoria, escludendo invece la rilevanza di attività insistenti, il cui effetto doloso maturi solo nel tempo come somma di piccole interferenze in sé non determinanti».

58 Tra le poche sentenze in cui la Corte ha annullato testamenti per dolo si segnala Cass. civ., Sez. 2, 28 febbraio 2018, n. 4653, CED Cassazione, 2018 la Corte ha ravvisato gli estremi del dolo testamentario all'esito di una complessa vicenda, definita anche in sede penale. Nelle motivazioni della sentenza civile, si desume «il dolo della beneficiata dal comportamento complessivo della stessa, che si era sostituita al marito nel ruolo di badante dell'anziano, senza neppure avvertire i parenti e, quindi, approfittando delle condizioni dell'assistito, l'aveva indotto a compiere in sequenza il testamento pubblico, il matrimonio e il rilascio della procura generale». Inoltre, il testamento era stato compiuto all'insaputa dei parenti e «il contenuto dell'atto realizzava una vera e propria espropriazione dell'erede legittimo».

59 Cass. civ., Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 824.

60 Per V. Brizzolari, «Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico», *Nuova giur. civ. com.*, fasc. 5, 2018, p. 763 ss. il tutto rischia di risolversi in una prova diabolica perché accattivarsi l'amicizia e la simpatia del testatore è un processo che può richiedere anni e maturare dopo una serie di capziose affermazioni e dubbi insinuati, che difficilmente costituiscono fatti certi.

VI. Il contratto: annullabilità per incapacità naturale o vizi del consenso

Con riguardo al contratto concluso da un soggetto vulnerabile ovvero in condizioni di vulnerabilità, la giurisprudenza si è dimostrata piuttosto oscillante nell'attribuire rilievo a situazioni di vulnerabilità ai fini dell'annullamento del contratto. Le soluzioni in astratto applicabili spaziano dai vizi del consenso all'incapacità naturale; tuttavia, le Corti non hanno raggiunto conclusioni univoche o concordanti, dimostrando la difficoltà di riconoscere compiutamente il rilievo dell'abuso della debolezza in una vicenda contrattuale[61].

In materia di vizi del consenso, va preliminarmente considerato che la Cassazione ha accolto una interpretazione piuttosto rigida delle nozioni di «raggiro» (ai fini della configurazione del dolo) e di «minaccia» (ai fini della configurazione della violenza), tale da escludere ogni forma di tutela nei confronti delle influenze o persuasioni, idonee ad indurre alla stipula di un contratto un soggetto che sia reso vulnerabile da condizioni intrinseche (malattia, età) o estrinseche (solitudine, povertà ecc.)

Con specifico riferimento al dolo, la Cassazione italiana si è dimostrata piuttosto restia ad annullare il contratto là dove il consenso del contraente fragile non sia stato estorto tramite una vera e propria macchinazione, ma tramite più sottili persuasioni, ovvero approfittando della debolezza altrui o dello stato di soggezione e/o dipendenza dalla controparte (o da un terzo). In particolare, la giurisprudenza esige la prova rigorosa dell'attività captatoria o dell'inganno, non ritenendo sufficienti ai fini dell'annullamento più sottili blandizie, idonee ad indurre un soggetto vulnerabile (ad esempio in ragione dell'età) a concludere un contratto a condizioni svantaggiose.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto che «il dolo possa essere causa di annullamento del contratto allorché si sia concretato, non solo in artifici o raggiri, ma anche in menzogne che, ingenerando nella controparte una rappresentazione alterata della realtà, siano stati determinanti del consenso che altrimenti non sarebbe stato prestato»[62].

Nel caso sottoposto al suo vaglio, la Suprema Corte ha annullato un contratto, alla cui stipulazione la parte – che si trovava in una minorata situazione fisica e psichica – era stata indotta con una ben precisa menzogna.

Analogamente, anche in materia di incapacità naturale, la Cassazione ha assunto un atteggiamento piuttosto rigoroso nella valutazione dei presupposti richiesti dall'art. 428 c.c. ai fini dell'annullamento del contratto.

Infatti, sebbene l'incapacità naturale non presupponga l'incapacità assoluta e totale del soggetto, la Corte ha affermato che essa deve comunque sostanziarsi in una menomazione delle facoltà intellettive, tale da ostacolare «una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente»[63]. La giurisprudenza è unanime nell'affermare che «per aversi incapacità naturale di uno dei contraenti,

61 C. M. Cascione, *Il lato grigio del diritto*, *op. cit.*, p. 161 ss.
62 Cass. civ., Sez. II, 20 agosto 2013, n. 19247.
63 Cass. civ., Sez. II, 25 ottobre 2018, n. 27061.

al momento della conclusione del contratto, non è sufficiente che il normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà sia in qualche modo turbato, come può accadere in caso di grave malattia». È necessario, invece, provare che «le facoltà intellettive o volitive del soggetto siano, a causa della malattia, perturbate al punto tale da impedire una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, ciò che va provato in modo rigoroso e specifico»[64].

Le cause tipiche di incapacità si sostanziano in stati patologici, ma ad integrarla può concorrere, altresì, qualsiasi evento, anche non ascrivibile al paradigma della malattia, tale da turbare i normali processi di formazione ed estrinsecazione della volontà e da impedire, comunque, la capacità di cosciente e libera autodeterminazione del soggetto. In definitiva, la vulnerabilità (causata da età avanzata, malattia ecc.) non è di per sé sola idonea a dimostrare l'incapacità naturale del soggetto, ove non venga fornita la prova rigorosa dell'incidenza di tali fattori sui processi intellettivi o volitivi[65].

Nelle pronunce esaminate, la Corte non ha riconosciuto la sussistenza dei presupposti dell'art. 428 c.c. nonostante la personalità estremamente fragile del soggetto; invece, ha dato rilievo ad una patologia come il morbo di Alzheimer, perché in grado di incidere sul processo di formazione della volontà del soggetto.

Con riguardo al riparto dell'onere della prova, in tema di annullamento del contratto per incapacità naturale, chi impugna l'atto giuridico a contenuto patrimoniale, deve dimostrare con rigore l'alterazione delle facoltà di discernimento; l'altra parte – ad esempio, nei giudizi coinvolgenti soggetti affetti da morbo di Alzheimer – può provare che l'atto sia stato stipulato in un momento di «lucido intervallo», tale da ridare al soggetto l'attitudine a rendersi conto della natura e dell'importanza dell'atto[66]. Inoltre, l'art. 428 c.c. richiede, ai fini dell'annullamento del contratto, la prova della malafede dell'altro contraente, intesa come stato soggettivo di consapevolezza che questi abbia avuto della menomazione della sfera intellettiva o volitiva della controparte, con conseguente approfittamento di tale situazione. Negli atti unilaterali la norma richiede, invece, la prova del pregiudizio dell'incapace. La prova dell'intento fraudolento non è affatto agevole perché nel caso di contratto concluso da un soggetto vulnerabile (in ragione dell'età o di altri fattori), non sempre rileva la mancata consapevolezza del contenuto dell'atto, quanto, piuttosto, l'incapacità di sottrarsi ad una pressione diretta alla conclusione di un contratto (che lo stesso soggetto ritiene consono ai propri interessi).

Emblematica in tal senso è una vicenda giunta al vaglio della Suprema Corte riguardante un'anziana signora, che, a causa della soggezione psicologica nei confronti di un uomo, a cui attribuiva poteri miracolosi di guaritore, si era allontanata dalla propria famiglia, legandosi alla congregazione religiosa di cui l'uomo era alla guida. In seguito all'atto di cessione in favore di

64 In argomento, v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 26 maggio 2000, n. 6999, *Contr.*, 2001, p. 25 con nota di M. Ambrosoli, «Tutela dell'incapace naturale e requisito del pregiudizio».

65 Ripercorre le tappe dell'evoluzione interpretativa dell'art. 428 c.c. A. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, *op. cit.*, p. 90 ss.

66 Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2020, n. 8900.

quest'ultimo del suo patrimonio, il figlio aveva impugnato l'alienazione, adducendo l'incapacità della madre ai sensi dell'art. 428 ss., e la mala fede dell'altra parte[67]. La Corte ha ritenuto sussistente, nel caso di specie, un'incapacità rilevante ai sensi dell'art. 428 c.c., considerando lo stato mentale e psicologico dell'anziana signora al momento della stipula, espressione della menomazione della capacità di intendere e di volere della medesima per effetto, non solo delle sue condizioni soggettive (di età, personalità, istruzione, salute, emotive), ma anche dell'ambiente mistico-religioso in cui viveva e della preponderante personalità del guaritore. Ai fini della decisione, la Corte ha ritenuto altresì rilevante la circostanza che la signora, in conseguenza di tale situazione, già da tempo, si era progressivamente allontanata dal figlio e dagli altri familiari e conoscenti (ciò comportando una forte limitazione del proprio orizzonte sociale).

La Corte ha infine ravvisato la malafede dell'altro contraente che non deve necessariamente accompagnarsi ad un comportamento volto ad influenzare la determinazione dell'incapace.

Un profilo interessante è rappresentato dalle ricadute civilistiche delle condanne penali per il reato di circonvenzione di incapace: infatti, se i rimedi offerti dal diritto civile non offrono idonea tutela ai soggetti vulnerabili – per l'interpretazione rigida fornita dalle Corti alle nozioni di incapacità e vizi del consenso – il diritto penale, invece, sanziona frequentemente le condotte di approfittamento della debolezza altrui.

Infatti, nell'ordinamento italiano non sono infrequenti le condanne penali per circonvenzione di incapace nei confronti di soggetti che abbiano profittato della vulnerabilità altrui nella stipulazione di atti giuridici aventi contenuto patrimoniale. Ai fini dell'accertamento del reato è richiesta, infatti, la prova di una debolezza psichica del soggetto che lo abbia portato al compimento di atti pregiudizievoli per sé o altri. Per integrare la fattispecie di cui all'art. 643 c.p. non si esige che il soggetto passivo versi in stato di incapacità di intendere e di volere, essendo sufficiente anche una minorata capacità psichica, con compromissione del potere di critica ed indebolimento di quello volitivo, tale da rendere possibile l'altrui opera di suggestione e pressione[68]. Inoltre, sotto il profilo della condotta criminosa, l'abuso dello stato di vulnerabilità può realizzarsi «anche attraverso comportamenti che implicano il ricorso a forme di violenza morale o comunque di sollecitazione, suggestione inducenti al compimento di atti dannosi»[69].

Quello che rileva, ai fini della configurazione del reato è che l'agente, a causa del rapporto squilibrato che instaura con la vittima, abbia avuto la possibilità di manipolarne la volontà approfittando del fatto che «si trova, per determinate situazioni da verificare caso per caso, in una minorata situazione e, quindi, incapace di opporre alcuna resistenza a causa della mancanza o diminuita capacità critica»[70].

---

67 Cass. civ., Sez. II, 26 marzo 2013, n. 7626, *Guida dir.*, 2013, 27, p. 46 ss.

68 Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2012, n. 29003.

69 Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 35528.

70 Cass. pen., Sez. II, 12 giugno 2014, n. 28907, *Guida dir.*, fasc. 34-35, 2014, p. 49 ss.

È evidente, pertanto, la distanza che separa i presupposti per l'incapacità naturale civilistica e per il reato di circonvenzione di incapace: l'art. 428 c.c. richiede che le facoltà intellettive e volitive del soggetto siano diminuite in modo tale da impedire o ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente. Nella circonvenzione di incapace è invece sufficiente provare una diminuzione della capacità intellettiva e un indebolimento di quella volitiva, tali da rendere possibile l'altrui opera di suggestione o di agevolare l'attività di induzione svolta dal soggetto attivo per raggiungere il suo fine illecito[71].

Rimane aperta la questione – nell'ottica delle tutele civilistiche – del rilievo della condanna penale sulla validità del negozio posto in essere. Si pone il problema di stabilire quali siano i rimedi che il soggetto raggirato ha a disposizione rispetto al contratto stipulato. La questione assume rilievo soprattutto perché le maglie della nozione di incapacità «penalistica» sono più larghe rispetto ai requisiti richiesti dal diritto civile; tanto che, in una medesima fattispecie, potrebbe giungersi al rigetto di una richiesta di annullamento dell'atto in sede civile e alla contemporanea condanna penale per circonvenzione di incapace. E, in tale caso, la violazione della legge penale potrebbe legittimare la configurabilità della nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. In tal senso si è pronunciata la Suprema Corte: «nel caso in cui la stipulazione di un negozio giuridico costituisca effetto diretto della consumazione del reato di circonvenzione di incapace, ravvisandosi una violazione di norme di ordine pubblico, l'atto deve essere dichiarato radicalmente nullo per violazione di norme imperative»[72].

Da un punto di vista probatorio, emerge la rilevanza probatoria in sede civile dell'istruttoria condotta in sede penale. In un caso esaminato[73], la Corte ha constatato la piena attitudine probatoria dell'istruttoria penale quanto all'accertamento della situazione di fragilità del testatore, rilevando l'inutilità di conseguire una ricostruzione dei fatti più appagante.

Nello specifico, la Corte di Cassazione è stata chiamata a chiarire se l'accertamento, operato in sede penale, circa una situazione di debolezza e fragilità del testatore integrante il reato di circonvenzione d'incapace, influisca in sede civile sulla validità degli atti di ultima volontà del medesimo. La questione astratta posta all'attenzione della Corte è, dunque, se lo sfruttamento della condizione di mera fragilità e debolezza, quale fatto giuridicamente rilevante da un punto di vista penale, possa assurgere altresì a fatto costitutivo del diritto *ex* art. 2697 c.c., ovverossia fatto dal cui accertamento dipende la sussistenza del diritto (nella specie, la declaratoria di nullità dei testamenti) di cui si dibatte in sede civile.

---

71 Sulla distinzione v. Cass. civ., Sez. I, 19 maggio 2016, n. 10329, *Giust. Civ. Mass.*, 2016 che, in un'azione volta ad ottenere la nullità di un atto di compravendita stipulato da un'anziana signora, ha delineato la differenza tra incapacità naturale e circonvenzione di incapace: «mentre l'art. 428 c.c. richiede l'accertamento di una situazione espressamente qualificata di incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'art. 643 c.p. è, invece, sufficiente che l'autore dell'atto versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgere o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera si suggestione e induzione di deprivare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio».

72 Cass. civ., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 7785.

73 Cass. civ., Sez. II, 6 febbraio 2023, n. 3523.

La Corte, nel pervenire ad una soluzione affermativa alla questione prospettata, ha dunque conferito un rilievo giuridico ad una condizione di fragilità e debolezza psichica del testatore che, in applicazione della disciplina civilistica sull'annullabilità del testamento, non avrebbe trovato spazio. I Giudici di legittimità hanno pertanto tenuto conto dell'effettiva idoneità della situazione di debolezza in questione a menomare la libera espressione della volontà del de cuius in occasione della redazione del testamento.

In termini di riparto dell'onere della prova, infine, nei giudizi in cui si controverte sulla nullità di un contratto, a seguito di circonvenzione di incapace, secondo la Corte di cassazione è onere dell'attore dimostrare sia la deficienza psichica sia la dipendenza psicologica da un altro soggetto, nonché la condotta di induzione.

VII. Il consumatore vulnerabile

Il tema della vulnerabilità in materia consumeristica ha acquisito, nel tempo, una crescente centralità[74], mettendo in discussione la tradizionale nozione di consumatore medio[75] e facendo sorgere, successivamente, la figura del consumatore vulnerabile[76].

Tale graduale evoluzione ha mirato a individuare fattori in grado di spostare l'esigenza di tutela su categorie di soggetti che rischiano di non avere accesso a servizi essenziali, di essere esposti a forme di manipolazioni lesive dei diritti fondamentali e di subire discriminazioni. In tale ottica, il concetto di vulnerabilità non si fonda tanto sul rapporto tra professionista e consumatore, quanto piuttosto sulla relazione del singolo individuo con la società e il mercato, tenendo conto delle specifiche cause che ne determinano la condizione di fragilità.

Tuttavia, la nozione di vulnerabilità è intrinsecamente complessa[77], risultando, di conseguenza, difficoltosa la precisa identificazione dei soggetti vulnerabili. L'espressione soggetto vulnerabile[78] presenta una connotazione ambivalente: per certi versi, appare vittimistica, per altri[79], non essendo definita entro rigidi confini, viene interpretata come condizione universale e condivisa dell'essere umano; individuale (poiché non colpisce tutte le persone allo stesso modo); potenziale (in quanto non sempre il rischio si concretizza) e relazionale e contestuale[80].

---

74 L. Florencia, «Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels», *Int. J. Fem. Approaches to Bioethics*, vol. II, 2009, p. 121 ss.

75 S. Sandulli, «Vulnerabilità e consumatore al tempo della pandemia», in P. Corrias (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, ESI, 2022, p. 178 ss.; S. Pagliantini, «In memoriam del consumatore medio», *Europa Dir. Priv.*, fasc. 1, 2021, p. 1.

76 M. Rabitti, «Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni», *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2023, p. 1 ss.; Commissione europea, Comunicazione 2016, «Understanding Consumer Vulnerability in the EU's key markets», 2016, [https://commission.europa.eu/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets_en].

77 V. V. Cuocci, *La protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale*, Bari, Cacucci, 2022, p. 31 ss.

78 P. E. Corrias, E. Piras, *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, ESI, 2021, *passim*; P. E. Corrias, *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, ESI, 2022, *passim*; S. Sandulli, «Vulnerabilità e consumatore al tempo della pandemia», in P. E. Corrias (a cura di), *op. cit.*, p. 177 ss., spec. pp. 193-196; P. E. Corrias, «Il mercato come risorsa della persona vulnerabile», in P. E. Corrias (a cura di), *op. cit.*, p. 933 ss.; E. Battelli, «Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità», in P. E. Corrias (a cura di), *op. cit.*, p. 35 ss.

79 M. A. Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *op. cit*, *passim*.

80 AA.VV., «Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto», in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2015, *passim*.

La vulnerabilità può essere intesa come una condizione di elevata esposizione al rischio, combinata con una ridotta capacità dell'individuo di proteggersi e di riuscire a far fronte alle conseguenze negative (danni) originatisi dalla determinazione del rischio[81].

Certamente, nella relazione tra consumatore e mercato, la vulnerabilità è spesso più facilmente identificabile e in una certa misura gestibile attraverso una regolamentazione che tenga conto della specificità di ciascun soggetto. Tuttavia, appaiono limitative quelle interpretazioni che la riconducono esclusivamente a rapporti giuridici strutturalmente asimmetrici, in cui il soggetto è parte debole (come il caso della figura del consumatore-utente digitale)[82].

Nel contenzioso analizzato dai giudici della Suprema Corte – relativo alla debolezza del consumatore tanto nel settore dei prodotti e dei servizi finanziari quanto nel settore turistico – la nozione di vulnerabilità tende a riferirsi ad una generica condizione di debolezza del consumatore, evidenziando lo squilibrio intercorrente tra le parti contrattuali. Non emerge, tuttavia, dalle pronunce una qualificazione della vulnerabilità come «potenzialità (dell'individuo) di essere ferito»[83].

Tuttavia, spesso la vulnerabilità viene desunta quale condizione in grado di determinare un abuso di potere nei confronti della parte debole del rapporto, o meglio, quale approfittamento (ad esempio, da parte degli operatori finanziari senza scrupoli), della debolezza, dell'inesperienza ed in genere della mancanza di una preparazione culturale specifica dell'investitore[84].

In un'ulteriore pronuncia[85] – riguardante intermediazione finanziaria e squilibrio tra controprestazioni – i Giudici di legittimità hanno specificato che la situazione di particolare vulnerabilità viene associata a uno squilibrio abnorme, determinato dalla sproporzione delle posizioni di partenza e dalla minor capacità difensiva di uno dei contraenti, dovuta alla preoccupazione previdenziale e alla scarsa esperienza nel settore, aggravate dalla particolare aggressività dell'intermediario professionale nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie.

Nei casi oggetto di analisi in tema di violazione degli obblighi informativi (sia in merito ai contratti di finanziamento, che in relazione ai contratti di viaggio), si ritiene che la condizione di particolare vulnerabilità o debolezza (acclarata) della controparte contrattuale rappresenti, piuttosto, uno *status* soggettivo intrinseco del consumatore (assunto, dunque, consolidato). In particolare, non è dato motivo di ritenere che, nelle pronunce esaminate, il concetto di vulnerabilità venga considerato come oggetto della materia del contendere, trattandosi di una situazione preesistente in cui viene a trovarsi il soggetto consumatore, considerato per eccellenza parte debole del rapporto contrattuale intercorrente tra il medesimo e un professionista. Difatti, non emerge dai casi analizzati alcun referente normativo dal quale il giudice di legittimità trae una nozione di vulnerabilità, limitandosi, di contro, a una mera indicazione del termine vulnerabile, al pari dell'utilizzo molto più frequente,

---

81 United Nations, «Report on the World Social Situation: Social Vulnerability: Sources and Challenges», 2003, [https://desapublications.un.org/publications/2003-report-world-social-situation-social-vulnerability-sources-and-challenges].

82 P. Stanzione, «Data Protection and Vulnerability», *Eur. J. Priv. Law Technol.*, fasc. 2, 2020, p. 9 ss.

83 A. Vignon-Barrault, «Les droits fondamentaux de la personne âgée», *RDSS*, 2018, p. 759 ss.

84 Cass. civ., Sez. III, 8 novembre 2019, n. 28811.

85 Cass. civ., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559.

del concetto di debolezza. In effetti, la situazione di particolare vulnerabilità viene evidenziata in relazione a quello squilibrio abnorme, tra le parti, che deriva dalla sproporzione delle posizioni di partenza e, quindi, dall'asimmetria informativa che evidenzia, da un lato, la minorata difesa di uno dei contraenti – per la non esperienza nel settore e per la particolare aggressività dell'altro quale intermediario professionale nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie; dall'altro, gli obblighi informativi che l'organizzatore deve fornire in forma scritta, tramite apposito opuscolo, concorrenti con il principio di autoresponsabilità del consumatore (dovendo lo stesso addurre una parzialità informativa che abbia davvero inciso sul suo consenso).

Nei casi in esame, con riferimento alla condizione di vulnerabilità in cui versano i consumatori (essendo la vulnerabilità riconnessa allo *status* dei medesimi), non si rinvengono neppure conseguenze specifiche in termini di riparto degli oneri probatori.

In generale, la Suprema Corte ha rilevato che l'obbligo posto a carico dell'intermediario, il quale deve dimostrare di aver correttamente adempiuto agli obblighi di informazione – come precisato in alcune delle sentenze esaminate[86] – è volto a colmare il gap informativo e la dissimmetria consequenziale nelle cognizioni delle parti e, in tal modo, a consentire all'investitore una scelta consapevole e razionale. Tuttavia, a tale obbligo deve, altresì, affiancarsi una valutazione sull'effettivo bisogno di assistenza dell'investitore (ad esempio, considerazioni relative al suo bagaglio culturale, potendo lo stesso essere tutt'altro che sprovveduto e inconsapevole).

Per quanto concerne il settore turistico, l'onere informativo, secondo la Corte[87], grava sull'agenzia di viaggio (organizzatore), concorrendo, tuttavia, con il principio di autoresponsabilità del consumatore circa la lettura e l'utilizzo dell'opuscolo.

Pertanto, anche in tale ipotesi, la situazione di vulnerabilità, che non forma oggetto della materia del contendere, discende da asimmetrie informative e dall'evidente squilibrio della posizione contrattuale del consumatore, non sussistendo conseguenze in termini del riparto degli oneri probatori.

Ciò che emerge dalle considerazioni rese dai giudici della Cassazione, è una sostanziale parificazione dei concetti di vulnerabilità e di debolezza, impiegati per descrivere la marcata posizione di inferiorità del consumatore rispetto al professionista, determinata dall'abnorme squilibrio sinallagmatico tra le parti.

È necessario, pertanto, distinguere chiaramente le due nozioni, attribuendo maggior rilievo al rapporto tra diritto e vulnerabilità. Tale distinzione dovrebbe basarsi su specifici presupposti tra cui, l'elevata esposizione al rischio da parte del consumatore vulnerabile; la mancanza di risorse dell'individuo per evitare il rischio che può provocare un danno e l'incapacità del soggetto di rispondere adeguatamente al danno qualora il rischio si materializzi[88].

---

86 Cass. civ., Sez. Un., 3 giugno 2013, n. 13905; Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2015, n. 9326; Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4907.

87 Cass. civ., Sez. III, 8 luglio 2020, n. 14257, *Dir. & Giust.*, fasc. 132, 2020, p. 5 ss.

88 J. Alwanf, P. Siegel, S. L. Jorgensen, «Vulnerability: a View from Different Disciplines, Social Protection Discussion Papers and Notes», *The World Bank Group* 23304, 2001, [http://documents.worldbank.org/curated/en/636921468765021121/Vulnerability-a-view-from-different-disciplines].

VIII. La vulnerabilità del danneggiato nella responsabilità extracontrattuale

Un peculiare e ulteriore ambito di contenzioso è quello che tratta la situazione di vulnerabilità del danneggiato – e la sua ambiguità concettuale – in materia di responsabilità aquiliana[89].

Sul punto, i profili di valorizzazione giurisprudenziale della vulnerabilità si evincono dalle questioni relative al nesso di causalità tra condotta del danneggiante ed evento dannoso, al particolare ambito della responsabilità da cosa in custodia e, infine, al settore dell'illecito endofamiliare.

Dalla casistica menzionata, si deduce che la pregressa condizione di vulnerabilità in cui può versare il danneggiato non influisce sul nesso di causalità in tema di responsabilità civile[90].

Il mero pregresso stato di vulnerabilità, in tale sede, viene inteso quale condizione preesistente non necessariamente patologica o invalidante del (paziente) danneggiato, che può aver contribuito a modificare la situazione del soggetto anche in assenza dell'evento dannoso. Tale condizione è da considerarsi quale semplice concausa, irrilevante ai fini dell'interruzione del nesso di causalità tra la causa imputabile al danneggiante (sanitario) e all'evento dannoso verificatosi[91].

Più segnatamente, nelle pronunce analizzate, la Corte di Cassazione, investita della questione se una pregressa situazione di vulnerabilità del danneggiante sia suscettibile di interrompere il nesso di causalità materiale e giuridica in tema di responsabilità aquiliana, ha distinto tra patologie con effetti invalidanti e mero pregresso stato di vulnerabilità. Le prime, infatti, sono in grado di incidere eziologicamente in senso modificativo della situazione del danneggiato; il secondo, invece, costituisce una mera predisposizione non invalidante in sé che non esclude né la causalità materiale, per il principio dell'equivalenza delle cause, né quella giuridica, perché il danno risulta conseguenza diretta ed immediata dell'azione illecita. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui la persona danneggiata sia, per la propria condizione soggettiva, più vulnerabile dei soggetti della stessa età e dello stesso sesso, tale circostanza non incide sul nesso di causalità, né sull'attribuzione della colpa né sulla liquidazione del danno. In tale contesto, il concetto di vulnerabilità parrebbe, dunque, non incidere direttamente sulla possibilità di risarcimento del danno dell'individuo.

Il concetto di vulnerabilità (preesistente), invero, sembrerebbe acquisire maggior rilievo con riguardo alle fattispecie in tema di cose in custodia, riferendosi a quella particolare condizione che il danneggiato presenta prima del fatto illecito (ad esempio, una persona anziana, disabile o con problemi psicologici può trovarsi in una posizione di maggiore fragilità che amplifica l'effetto dannoso di un comportamento illecito). In tali ipotesi, il danno subito dal soggetto vulnerabile è maggiore rispetto a quello che avrebbe subito una persona non vulnerabile. La responsabilità aquiliana, pertanto, richiede un'attenta valutazione della condizione del danneggiato, con l'intento di garantire un risarcimento che tenga conto della sua situazione personale e non solo di uno standard generale.

---

89 F. Piraino, «Il nesso di causalità», *Europa Dir. Priv.*, fasc. 2, 2018, p. 399 ss.

90 R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 196 ss.

91 Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, *Giust. Civ. Mass.*, 2011, fasc. 7-8, p. 1098; G. Miotto, «La Cassazione torna sul concorso di cause umane e cause naturali e butta il bambino con l'acqua sporca», *Resp. civ. e prev.*, fasc. 12, 2011, p. 2505 ss.

Sul punto, una parte della dottrina[92] ha ritenuto che, in presenza di una vulnerabilità preesistente, la responsabilità civile impone di applicare il principio del «danno differenziale»[93], calibrando il risarcimento in base alla specifica condizione/posizione del danneggiato[94], anziché limitarlo a una misura uniforme per tutti i soggetti. Difatti, ai fini della liquidazione del danno differenziale, si procede attraverso un giudizio controfattuale che si esplica tramite il raffronto fra lo stato di fatto preesistente al fatto illecito e quello successivo, in modo da verificare in concreto il danno, conseguenza immediata e diretta dell'evento imputabile.

In proposito, anche la giurisprudenza di legittimità riconosce che un soggetto vulnerabile può subire danni aggravati rispetto ad altri individui[95], con la conseguente necessità di adeguare il risarcimento alla sua particolare situazione, al fine di ripristinare un equilibrio eccessivamente compromesso dalla condizione di vulnerabilità preesistente[96].

Le pronunce analizzate in materia di responsabilità extracontrattuale offrono, dunque, un quadro chiaro delle modalità con cui la Corte di Cassazione tratta la vulnerabilità del danneggiato. Nello specifico, con riguardo al nesso eziologico, questo è annoverato tra gli elementi che formano oggetto di prova a carico del danneggiato. In ragione della funzione riparatoria che la Corte di legittimità attribuisce alla responsabilità aquiliana sin dagli anni '70, l'accertamento di tale nesso di causalità si basa sul c.d. principio di irrilevanza delle concause non interruttive[97].

Peraltro, qualora sia dimostrato in giudizio che la condotta del danneggiante sia stata di per sé astrattamente e concretamente idonea a cagionare l'evento dannoso, diventa irrilevante la circostanza che altri fattori abbiano concorso alla causazione del danno rispetto all'integrale addebito di responsabilità al danneggiante, a meno che l'incidenza di tali fattori non abbia esplicato una rilevanza eziologica assorbente.

In proposito, il pregresso stato di vulnerabilità del danneggiato, in tutti i casi esaminati, è inquadrato proprio nella categoria di concausa non interruttiva, confermando l'ottica riparatoria verso il soggetto vulnerabile e danneggiato.

In tali ipotesi, dunque, la differenza concettuale che sussiste tra la condizione di vulnerabilità – quale potenziale esposizione ad un pregiudizio – e la condizione effettiva di danno, emerge con maggior chiarezza.

---

92 L. Berti, «Concorso fra cause umane e naturali: la differente valutazione della predisposizione e della vulnerabilità fra scienza medico legale ed accertamento giuridico», *IUS Resp. Civ.*, 2020.

93 M. Bona, «Il calcolo del 'danno differenziale' da invalidità preesistente: questione risolta dalla 'doppia valutazione' di 'San Martino 2019'?», *Resp. civ. e prev.*, vol. 85, fasc. 3, 2020, p. 808 ss.

94 N. Rizzo, «Concause naturali e responsabilità proporzionale?», in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 437 ss.

95 Cass. civ., Sez. III, 23 aprile 2015, n. 8225.

96 Cass. civ., Sez. III, 5 agosto 2010, n. 18172.

97 R. Savoia, «In caso di concorso tra causalità umana e concausa naturale il responsabile dell'illecito risponde per l'intero», *Dir. & Giust.*, fasc. 130, 2020, p. 6 ss.

Infatti, qualora lo stato di vulnerabilità fosse coinciso con una situazione propriamente di danno, la stessa avrebbe esplicato un'efficienza causale autonoma ed assorbente, in grado di ridurre ovvero escludere l'apporto eziologico del danneggiante.

Sotto il secondo profilo (la responsabilità da cosa in custodia), lo stato di vulnerabilità, che a vario titolo caratterizza il danneggiato da una cosa di cui il custode è il danneggiante, influisce, aggravandola, sulla prova liberatoria che il custode è tenuto a fornire in giudizio per andare esente da responsabilità (dimostrando che l'evento dannoso sia derivato da un caso fortuito, ovvero da un evento imprevedibile e inevitabile). Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui l'albergatore, custode ai sensi dell'art. 2051 c.c. della scala in uso nell'albergo, «deve prestare particolare vigilanza» e attenzione alla «possibile inesperienza, immaturità o diminuita abilità» delle persone costrette ad usare le suddette le scale, tenuto conto che la scala può essere utilizzata da soggetti particolarmente vulnerabili (come nel caso di specie, in cui era coinvolta una signora anziana che aveva riportato lesioni per la caduta dalla scala della pensione priva di corrimano).

Sulla specifica questione circa la pericolosità della scala, la Corte di Cassazione, al fine di accertare la responsabilità dell'albergatore[98], ha incidentalmente evidenziato che lo stato di vulnerabilità del danneggiato può rilevare al fine di innalzare lo sforzo di vigilanza esigibile dall'albergatore. Infatti, il riparto dei carichi probatori che trova applicazione è esclusivamente quello risultante dal combinato disposto degli artt. 2051 e 2697 c.c., corrispondente ad un modello di responsabilità oggettiva.

Tuttavia, sul punto, i Giudici di legittimità hanno appurato che la condizione di particolare vulnerabilità non sussiste nell'ipotesi in cui il danneggiato (ultrasessantenne) affronti la discesa dalla scala con modalità imprevedibili per la loro sconsideratezza. Ciò esclude che il gestore dell'albergo possa adottare una qualche misura per prevenire o evitare il rischio di caduta.

Nonostante la vulnerabilità venga interpretata quale condizione di fragilità e di aumentata esposizione a rischi[99], si è cominciato a criticare un uso eccessivo e categorizzante della nozione, capace di oscurare i bisogni specifici degli individui in un dato contesto e di divenire una possibile fonte di fenomeni di stereotipizzazione e discriminazione[100].

Ulteriore vicenda esaminata trae *origine una caduta* dalla biciletta condotta dal ricorrente, mentre percorreva una pista ciclabile, a causa di un'insidia stradale. La questione in rilievo concerne la visibilità di un tombino da parte di tutti gli utenti della strada, compresi gli utenti più vulnerabili, quali, ad esempio, i ciclisti. La peculiarità di questo caso, è che la vulnerabilità del ciclista discende proprio dalle maggiori difficoltà nel riconoscere insidie stradali non segnalate.

In linea di principio, attesa la qualificazione in termini oggettivi della responsabilità da cosa in custodia *ex* artt. 2697 e 2051 c.c., il custode è tenuto a fornire la prova liberatoria del caso fortuito, rappresentato da un evento improvviso che ha determinato, in modo imprevedibile ed inevitabile, la causazione del danno.

---

98 Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2013, n. 18332.

99 A. Gentili, «La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale», *Riv. crit. dir. priv.*, , fasc. 1, 2019, p. 41 ss.

100 B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 71.

La condizione di vulnerabilità del danneggiato, in quest'ottica, rileva particolarmente al fine di ridurre il grado di imprevedibilità e inevitabilità dell'evento, aggravando tuttavia il carico probatorio del custode-danneggiante.

Infine, in materia di illecito endofamiliare, la S.C. ha riconosciuto la vulnerabilità del minore adottato nell'ambito del giudizio di accertamento, circa la sussistenza del diritto di quest'ultimo al risarcimento del danno cagionato dalle modalità con cui il padre adottivo ha dato luogo alla separazione dalla madre. In tale ambito, la vulnerabilità non costituisce elemento fondante della decisione, ma incide sull'elemento soggettivo del fatto illecito, aggravando la condotta.

Atteso che la materia del giudizio oggetto di tale decisione è la responsabilità da fatto illecito endofamiliare, il giudice è stato chiamato ad accertare la sussistenza degli elementi che formano oggetto di prova del danneggiato ai sensi degli artt. 2697, 2043 e 2059 c.c.

In tale quadro, la condizione di vulnerabilità del minore adottato è emersa non quale specifico elemento su cui si è fondata la decisione giudiziale, bensì come fattore che ha influito sull'elemento soggettivo del fatto illecito.

Secondo la Corte Suprema, il padre, nella conduzione della separazione personale dalla moglie, avrebbe dovuto tenere in debita considerazione la circostanza che il figlio adottivo avesse già sofferto il trauma di un precedente abbandono, situazione in cui si è essenzialmente concentrata la definizione della vulnerabilità del minore, così incrementando la gravità della propria condotta di abbandono ulteriore, in quanto commessa nella consapevolezza del previo abbandono del figlio.

Nell'unico caso rinvenuto in materia di illecito endofamiliare[101], la Corte di Cassazione ha affermato che «la responsabilità esclusiva del ricorrente, accertata con valore di giudicato, della rottura dell'unione coniugale, non è stata ritenuta di per sé sola, idonea ad integrare il fatto lesivo ma ne è stata posta in luce la modalità traumatica cui è seguito l'allontanamento geografico del padre ed il succedersi repentino di eventi tutti diretti a rafforzare l'idea della privazione della figura genitoriale paterna (nuovo nucleo familiare, nascita di un nuovo figlio). Queste scelte personali, secondo la valutazione dei fatti e delle conclusioni della CTU svolta insindacabilmente dalla Corte d'Appello, sono state adottate senza considerare o prendere in adeguata considerazione la fragilità dei figli adottivi e la precarietà dell'equilibrio affettivo dagli stessi raggiunto».

Ne consegue che la condizione di fragilità dei minori ha operato come elemento di aggravamento del carico probatorio del ricorrente, che, per andare esente da responsabilità risarcitoria, avrebbe dovuto dimostrare anche di aver prestato cura e attenzione alla peculiare situazione di fragilità dei figli.

In tutte le pronunce esaminate, ciò che rileva in modo particolare attiene all'irrilevanza dello stato pregresso di vulnerabilità ai fini dell'interruzione del nesso di causalità in materia di responsabilità aquiliana. In altre parole, la preesistente condizione di potenziale esposizione ad un pregiudizio non assurge a fatto costitutivo del diritto ai sensi dell'art. 2697 c.c.

---

101 Cass. civ., Sez. I, 2 aprile 2021, n. 9188.

L'attore, in particolare, in qualità di danneggiato, è tenuto a fornire la prova in giudizio dei vari elementi del danno ai sensi degli artt. 2043 e 2059, tra cui vi è anche il nesso causale.

Al contrario, costituisce onere del convenuto dimostrare la rilevanza eziologicamente autonoma ed assorbente della pregressa condizione di vulnerabilità del danneggiato, ai fini della causazione del danno, quale fatto impeditivo del diritto risarcitorio vantato dall'attore.

Ad esempio, in una pronuncia analizzata[102], la Corte ha riconosciuto l'onere della prova gravante su una cooperativa sociale, rispetto alla caduta da un pullman di un soggetto interdetto dichiarato invalido al 100% ed oligofrenico, utente della cooperativa in parola. In particolare, secondo la Cassazione, è la cooperativa a dover dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee a garantire la sua sicurezza ed a prevenire l'evento dannoso, avendo accettato, stipulando il contratto di appalto, di trasportare persone con disturbi comportamentali, fisici e affette da obesità, di cui deve garantire l'incolumità anche nelle fasi di salita e di discesa dal mezzo di trasporto e anche nel caso in cui non siano state specificamente indicate le fonti probatorie da cui ha tratto origine il convincimento che l'interdetta fosse in grado di fare autonomo ingresso nella sua abitazione, di muoversi autonomamente e di scendere e risalire le scale senza bisogno di ausili. Per di più, ad escludere il grado di diligenza e di controllo da parte della cooperativa non è bastato il fatto che la condizione della vittima non avesse richiesto l'adozione di misure di assistenza specifica o che la stessa non avesse dato prova di necessitarne. E, dunque, solo l'evento fortuito avrebbe potuto liberare la cooperativa da responsabilità.

In conclusione, il filone casistico esaminato consente di rilevare che, nell'ipotesi in cui la persona danneggiata sia, per la propria condizione soggettiva, più vulnerabile di altri soggetti, il riconoscimento della condizione di vulnerabilità implica un aggravamento degli obblighi di diligenza, vigilanza e controllo a carico del danneggiante. Tuttavia, è sempre necessario effettuare delle valutazioni, caso per caso, prendendo in considerazione diversi fattori (condizioni di salute, età, orientamento sessuale)[103], poiché soltanto attraverso un'apposita valutazione della particolare situazione in cui versa un dato soggetto, è possibile accertare concretamente se lo stesso rientri o meno tra i soggetti particolarmente vulnerabili.

IX. I soggetti vulnerabili nel sistema di protezione internazionale dei diritti umani

Per concludere, l'ultimo gruppo rilevante di sentenze riguarda l'uso del termine vulnerabilità in tema di protezione umanitaria.

Il concetto di vulnerabilità, sul punto, ha costituito il nucleo argomentativo delle pronunce esaminate aventi ad oggetto il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, rappresentando infatti la condizione personale del cittadino straniero, meritevole di tutela, che ne giustifica la permanenza sul territorio nazionale in assenza di diverso titolo.

---

102 Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2023, n. 7922, *Resp. civ. e prev.*, 2023, fasc. 2, p. 612.

103 F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo – Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 43.

In effetti, da qualche decennio, nel diritto internazionale parrebbe essersi moltiplicato il riferimento ai gruppi vulnerabili come oggetto di tutela nell'ambito del sistema di protezione internazionale dei diritti umani[104]. Tale rilievo della nozione di gruppo vulnerabile evidenzia l'importanza della dimensione di gruppo nel sistema internazionale dei diritti umani, venendo impiegato anche per indicare parti della popolazione che meritano una specifica tutela[105].

La condizione di vulnerabilità rilevante ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, secondo l'interpretazione offertane dalla Suprema Corte, si presenta come una categoria aperta, verificabile caso per caso, secondo un giudizio attuale o prognostico, consistente nella situazione di violazione o di impedimento all'esercizio dei diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale a cui il richiedente asilo sarebbe esposto in caso di rimpatrio. Trattasi di una ipotesi di «vulnerabilità patogenica»[106], intesa non solo quale esito della specifica situazione in cui il soggetto viene a trovarsi, ma di una situazione segnata da uno squilibrio di potere, o da forme di oppressione e discriminazione, o da un bisogno economico (si pensi ai fenomeni di discriminazione subiti dai migranti; alle politiche restrittive adottate dai paesi di destinazione, ai fenomeni di razzismo ed emarginazione[107]).

La Cassazione non si preoccupa di fornire una definizione univoca della condizione di vulnerabilità, né tantomeno riconduce la stessa ad una o più circostanze tipizzate o predeterminate dal legislatore.

In proposito, il sistema di protezione internazionale dei diritti umani non offre una lista specifica di gruppi in condizioni di vulnerabilità, né una definizione di gruppo vulnerabile da applicarsi universalmente[108]. Ciò evidenzia come tale categoria sia aperta.

D'altro canto, la stessa disciplina riguardante il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari[109] – nelle formulazioni anteriori alle modifiche apportate dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. Decreto Sicurezza) e comunque applicabili ratione temporis alle istanze presentate prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto legge – si limitava unicamente a riconoscere il diritto ad ottenere il titolo in questione qualora ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»[110], senza far alcuna menzione della vulnerabilità come condicio sine qua non per il riconoscimento della protezione *de qua*.

104 I. Fanlo Cortès, D. Ferrari (eds.), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Torino, Giappichelli, 2020, *passim*.
105 I. Nifosi-Sutton, *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Oxon-New York, Routledge, 2017, p. 267.
106 F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo*, *op. cit.*, p. 17.
107 C. MacKenzie, «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability», in C. MacKenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds.), *Vulnerability, New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, OUP, 2014, p. 40.
108 A. R. Chapman, B. Carbonetti, «Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contribution of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quart.*, vol. 37 (3), 2011, p. 691 ss.
109 Art. 32, co. 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 e art. 5, co. 6, 25 luglio 1998, n. 286.
110 Art. 5, co. 6, d.lgs. 286/1998.

Partendo da questo laconico dato normativo, è stata poi l'elaborazione pretoria dell'istituto a designare la condizione di vulnerabilità dello straniero quale oggetto principale della protezione umanitaria, individuando, caso per caso, indici e circostanze che concorrono a integrare gli estremi di quella situazione meritevole di tutela[111]. Alcuni gruppi sono considerati particolarmente vulnerabili, manifestando un forte bisogno di protezione, con cui si evidenzia il nesso fra la specificità della protezione accordata e la particolare intensità del bisogno di protezione di specifiche categorie di individui[112].

A titolo esemplificativo, nell'individuazione di una condizione di vulnerabilità è stato dato rilievo a diversi profili come situazioni politiche o economiche molto gravi nel paese di origine o in quelli di transito, da cui perciò si possa prefigurare il concreto rischio per il richiedente di non poter far fronte alle proprie esigenze di salute e di alimentazione in caso di espulsione, espressioni del più universale diritto alla vita e alla integrità fisica.

La Suprema Corte ha comunque valorizzato il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU quale principale parametro di riferimento nel giudizio di vulnerabilità. In particolare, la verifica dell'eventuale lesione dei diritti contenuti nell'art. 8 CEDU, da non limitarsi alla situazione che il cittadino straniero troverebbe nel paese di rimpatrio, deve altresì tener conto del pericolo di danno da perdita di relazioni affettive, di professionalità maturate e di integrazione sociale raggiunta in Italia. Il giudice, pertanto, è tenuto a considerare non solo il rischio di danni futuri – connessi alle condizioni oggettive e soggettive che il richiedente troverà nel paese di origine – ma anche il rischio di un danno attuale derivante dallo sradicamento dal territorio nazionale, precisando che gli elementi giustificanti la protezione umanitaria non devono essere valutati isolatamente e astrattamente, ma concorrono complessivamente a fondare il giudizio di vulnerabilità.

Il Giudice di legittimità ha in seguito approfondito la regola della valutazione comparativa, elaborando alcuni correttivi al bilanciamento tra i contesti di vita nelle ipotesi in cui i profili di vulnerabilità rivestano un carattere particolare o eccezionale, come nel caso di vittime di violenze di natura sessuale nei paesi di transito[113] o di minori non accompagnati[114]. Al riguardo viene elaborato l'ulteriore criterio della c.d. comparazione adeguata[115], a mente del quale quanto più risulti accertata in giudizio una situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità, tanto più è consentito al giudice di merito valutare con minor rigore sia il livello di integrazione raggiunto in Italia sia la presenza di situazioni di grave privazione dei diritti umani nel paese di origine. Pertanto, la condizione in cui il richiedente versava prima dell'espatrio è destinata ad assumere un peso tanto minore quanto maggiore risulti il grado d'integrazione che egli dimostri di aver raggiunto nella società italiana

111 A. H. E. Morawa, «Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law», *J. Int. Rel. Dev.*, vol. 6 (2), 2003, p. 139 ss.

112 A. Cole, «All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique», *Critical Horizons*, vol. 17 (2), 2016, p. 270 ss.

113 Cass. civ., Sez. I, 12 gennaio 2022, ord. n. 676.

114 Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2023, n. 3768.

115 A. Villa, «La valutazione comparativa fra le condizioni nel Paese di origine e in quello ospitante ai fini della concessione della protezione umanitaria», *Dir. & Giust.*, fasc. 174, 2021, p. 3 ss.

e viceversa. Tale meccanismo è direttamente mutuato dalla prassi applicativa dell'istituto della protezione sussidiaria[116] – riconosciuta, tra i vari presupposti, al cittadino straniero proveniente da un contesto di violenza indiscriminata o di conflitto armato, tale da far temere che dal rimpatrio possa derivare una minaccia personale grave alla vita o all'integrità fisica – per cui quanto più il ricorrente è in grado di dimostrare di essere esposto a rischi, tanto minore è il livello di violenza indiscriminata richiesto per il riconoscimento della protezione sussidiaria.

Sebbene i presupposti di fatto che determinino lo stato di vulnerabilità debbano essere attuali, ossia sussistere al momento della decisione sulla domanda di protezione, per la Cassazione il danno o il rischio di danno non devono tuttavia essere necessariamente correlati alla situazione di partenza del migrante, ma possono anche legarsi ad una fase successiva, come il percorso di migrazione. Gli ermellini hanno così precisato che, nella valutazione delle condizioni di vulnerabilità del richiedente, il giudice di merito non deve unicamente basarsi sulla situazione presente nel paese di origine al momento della presentazione della domanda, ovvero sul livello di integrazione socio-lavorativa raggiunta nel paese ospitante, ma anche considerare il vissuto del richiedente nel paese di transito, nonché le violenze o le vessazioni subite in quel periodo temporale.

Le conseguenze traumatiche derivanti dal passaggio nei suddetti territori rappresentano dei chiari indici di vulnerabilità, soprattutto nell'ipotesi di danni permanenti alla salute psicofisica[117] e devono essere valorizzati nella valutazione compiuta dal giudice del merito.

Infine, è opportuno evidenziare come in tutte le pronunce in esame trovi applicazione il dovere di cooperazione istruttoria del giudice, il quale – in parziale deroga al principio dispositivo – è tenuto ad integrare il racconto che concerne la vicenda personale del richiedente con fonti ufficiali, attendibili e specifiche sulla situazione oggettiva del paese di origine e di quelli di transito, allo scopo di verificare l'eventuale sussistenza di una situazione di vulnerabilità legittimante il rilascio del relativo permesso di soggiorno.

L'esercizio dei poteri officiosi d'indagine e di acquisizione documentale, allo scopo di colmare le lacune informative, presuppone in ogni caso un dovere di cooperazione anche da parte del richiedente, sul quale grava comunque l'onere di individuare e di allegare i fattori di vulnerabilità a sostegno della sua domanda, ossia i fatti costitutivi del suo diritto ad ottenere il titolo di soggiorno per motivi umanitari. Recentemente, la Cassazione ha escluso che la cooperazione officiosa dovesse estendersi all'acquisizione di informazioni sulla diffusione del virus Covid-19 nel Paese di origine del richiedente, senza però alcuna allegazione da parte di quest'ultimo su come tale epidemia avesse un impatto sulla sua situazione personale[118]. Pertanto, la sussistenza di una situazione pandemica,

116 M. Starita, «Le protezioni complementari in Italia e i trattati in materia di diritti umani dopo la conversione in legge del decreto legge 10 marzo 2023, n. 20: una questione d'interpretazione», *Dir. um. dir. int.*, fasc. 27 (2), 2023, p. 337 ss.

117 Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2023, n. 3768.

118 C. L. McNeely, L. A. Schintler, B. Stabile, «Social Determinants and COVID-19 Disparities: Differential Pandemic Effects and Dynamics», *World Med. & Health Policy*, vol. 2 (3), 2020, p. 207 ss.; A. Banik, T. Nag, R. Chowdhury Sahana, R. Chatterjee, «Why Do COVID-19. Fatality Rates Differ Across Countries? An Explorative Cross-country Study Based on Indicators», *Global Business Rev.*, vol. 21 (3), 2020, p. 607 ss.

isolatamente e astrattamente valutata, non poteva essere considerata causa di vulnerabilità[119], in mancanza di un raffronto con altre condizioni soggettive e oggettive riguardanti il Paese d'origine.

Da un punto di vista probatorio, se, in generale, chi chiede tutela di un diritto deve indicare ed allegare i fatti costitutivi dello stesso, con conseguente vincolo per il giudice all'allegazione dei fatti compiuta dalle parti ed alle offerte di prova di queste rispetto ai fatti allegati (art. 115 c.p.c.), il giudizio sul diritto al riconoscimento della protezione internazionale si presenta come un modello processuale atipico – tendenzialmente orientato alla riduzione dei tempi processuali – in cui il principio dispositivo è ridimensionato da taluni particolari poteri di iniziativa istruttoria attribuiti alla pubblica autorità e a favore del richiedente asilo. La legge[120], infatti, impone sia all'autorità amministrativa esaminante che all'organo giudicante di svolgere un ruolo attivo nell'accertamento delle condizioni che consentono allo straniero di godere della protezione internazionale, ad esempio, ricercando *ex officio* le prove sulla fondatezza della domanda del richiedente asilo, oppure verificando la situazione generale esistente nel suo Paese di origine.

Questa peculiare conformazione dell'onus probandi trova applicazione anche con riferimento all'abrogata protezione umanitaria. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato, *ex aliis*, che una volta verificata la proposizione della domanda in via subordinata od esclusiva si «impone al giudice di verificare se le allegazioni e le complessive acquisizioni istruttorie, pur se predisposte normalmente in funzione del riconoscimento degli *status* tipici [n.d.r. protezione internazionale e protezione sussidiaria], non conducano all'accertamento di una condizione qualificata di vulnerabilità, ai fini della verifica della quale non è necessaria, oltre alla formulazione della domanda, un corredo ulteriore di allegazione e prova»[121].

In materia di protezione umanitaria, il giudice è pertanto tenuto – in parziale deroga al principio dispositivo – ad integrare il racconto che concerne la vicenda personale del richiedente con fonti ufficiali, attendibili e specifiche sulla situazione oggettiva del paese di origine e di quelli di transito, allo scopo di verificare l'eventuale sussistenza di una situazione di vulnerabilità legittimante il rilascio del relativo permesso di soggiorno. La decisione, resa dal giudice senza aver compiuto alcuna indagine, è censurabile in Cassazione *ex* artt. 360, n. 4, c.p.c., configurandosi il vizio della motivazione apparente, sfornita cioè «di ogni capacità illustrativa delle ragioni che l'hanno determinata»[122].

L'esercizio dei poteri officiosi di indagine ed acquisizione documentale, allo scopo di colmare le lacune informative (dovere di cooperazione officiosa), presuppone, in ogni caso, un dovere di cooperazione del richiedente, sul quale grava comunque l'onere di individuare ed allegare i fattori di vulnerabilità a sostegno della sua domanda, ossia i fatti costitutivi del suo diritto ad ottenere il titolo di soggiorno per motivi umanitari[123].

---

119 Cass. civ., Sez. I, 30 novembre 2022, n. 35189.
120 Artt. 10/16 direttiva 2013/32/UE, già direttiva 2005/85/CE; art. 8, co. 3, d.lgs. 25 del 2008 e art. 3, co. 5, d.lgs. 251 del 2007.
121 Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455, § 6.
122 Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, ord. n. 2956.
123 Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455.

Alla luce delle sostanziali diversità che caratterizzano il sistema francese[124] e quello italiano nella tutela giurisdizionale del diritto d'asilo (*in primis*, la presenza di un'autorità giurisdizionale speciale di natura amministrativa nel sistema d'oltralpe, la c.d. *Cour nationale du droit d'asile*, con funzioni in buona parte assimilabili a quelle delle sezioni specializzate in materia di immigrazione e asilo dell'ordinamento italiano, istituite, invece, presso i tribunali ordinari) e la natura peculiare dell'istituto della protezione umanitaria, è opportuno effettuare alcuni brevi cenni sul quadro normativo nazionale riguardante quest'ultima forma di protezione.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari era regolato, nei suoi presupposti, dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. 286/1998 (c.d. Testo unico dell'immigrazione), che nella formulazione anteriore alle modifiche intervenute con D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. Decreto Sicurezza) stabiliva che «il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

Parimenti, l'art. 32, comma 3, del d.lgs. 25/2008 (nella formulazione previgente al Decreto Sicurezza), disponeva che «nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale» (nella forma dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria) e «ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, co. 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». La protezione umanitaria costituiva, pertanto, una forma di tutela a carattere residuale rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde[125].

Come anticipato, il D.L. n. 113 del 2018 ha sistematicamente disposto l'espunzione da ogni disposizione, legislativa o regolamentare, di qualsivoglia riferimento al permesso di soggiorno per motivi umanitari e, in particolare, ha abrogato la disposizione, sopra indicata, contenuta nel d.lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, sostituendo tale forma di protezione con una serie di permessi di soggiorno tipizzati. Nonostante l'avvenuta abrogazione dell'istituto in questione, la Suprema Corte ha continuato a riconoscere la protezione *de qua* con riferimento alle domande presentate prima dell'entrata in vigore della novella, chiarendo che, in queste ipotesi, il diritto del cittadino straniero di ottenere il titolo di soggiorno fondato su seri motivi umanitari fosse già sorto antecedentemente all'entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018 «per effetto del verificarsi delle condizioni di vulnerabilità e la proposizione della domanda ne ha cristallizzato il paradigma legale, che non può essere modificato per effetto della successione delle leggi nel tempo»[126].

---

124 V. Carlino, *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo. Un'analisi comparata sull'effettività in Italia e in Francia*, Padova, CEDAM, 2021, p. 112 ss.

125 Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455.

126 Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2019, n. 29460.

È dunque evidente che la rimozione della protezione umanitaria dal sistema dell'asilo costituzionale non abbia in alcun modo determinato un arresto dell'elaborazione giurisprudenziale sul concetto e sui fattori di vulnerabilità del cittadino straniero. Al contrario, stante anche l'elevato numero di ingressi e di domande di protezione presentate prima della novella, sono proprio gli anni successivi all'entrata in vigore del Decreto Sicurezza in cui si è registrata un'approfondita rilettura della vulnerabilità, cioè della condizione soggettiva posta a fondamento della protezione umanitaria, tanto da aversi più interventi delle sezioni unite sulla questione. Tale patrimonio giurisprudenziale rappresenta un importante punto di riferimento per l'interprete nell'applicazione delle nuove forme di protezione che, in sostituzione dell'abrogata protezione umanitaria e in attuazione del principio di non refoulement, si rivolgono ai cittadini stranieri vulnerabili: una tendenza che sembra già delinearsi con riferimento alla c.d. protezione speciale introdotta nel 2020[127].

Nelle vicende riguardanti, invece, il rilascio del permesso di soggiorno *ex* art. 31, comma 3, d.lgs. 286/1998, per assistenza ai figli minori – riconosciuto al genitore straniero per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del figlio – la condizione di vulnerabilità del minore rilevante non è previamente tipizzata dalla disciplina di riferimento, ma deve essere valutata caso per caso, attraverso un giudizio prognostico compiuto dall'amministrazione o dall'autorità giudiziaria ordinaria[128].

La Cassazione ha comunque chiarito che tale situazione di vulnerabilità non deve necessariamente avere una natura emergenziale o ricondursi a circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che, in considerazione dell'età od anche delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, possa derivare al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto[129].

Dalla complessiva elaborazione giurisprudenziale si ricava quindi che, nell'eventuale conflitto tra l'interesse dello Stato alla protezione dei confini e le esigenze del fanciullo, il giudice debba dare preminenza a queste ultime, valorizzando, da un lato, il livello di integrazione del minore nel territorio nazionale e, dall'altro lato, il rischio che lo sradicamento comporterebbe per l'equilibrio psicologico del minore.

Va dunque presunta la vulnerabilità dei minori nati in Italia che siano integrati nel tessuto socio-territoriale e nei percorsi scolastici, in applicazione dei criteri di rilevanza decrescente dell'età, per i minori di età prescolare, e di rilevanza crescente del grado di integrazione, per i minori in età scolare, in considerazione della prioritaria esigenza di stabilità affettiva nel delicato periodo di crescita.

---

127 Cass. civ., Sez. I, 1° marzo 2023, n. 6185.

128 P. Franco, «Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano», *Dir. fam. e pers.*, fasc. 1, 2007, p. 522 ss.

129 F. Persano, «La protezione internazionale nella più recente giurisprudenza di legittimità», *Resp. civ. e prev.*, fasc. 5, 2021, p. 1472 ss.

Da un punto di vista probatorio, la condizione di vulnerabilità è, invece, presunta con riferimento al minore di genitori stranieri nato in Italia, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno *ex* art. 31, comma 3, d.lgs. 286 del 1998. La Suprema Corte[130] ha infatti cassato la pronuncia della corte d'Appello per aver posto a carico dei genitori l'onere di allegazione e di prova dei gravi motivi *ex* art. 31, comma 3, T.U. immigrazione che, al contrario, graverebbe sugli stessi nella diversa ipotesi della richiesta di autorizzazione all'ingresso del familiare (e non, dunque, come nel caso in questione, alla permanenza nel territorio nazionale). È pertanto principio consolidato che la vulnerabilità di minori nati in Italia ed integrati nel tessuto socio-territoriale e nei percorsi scolastici deve essere presunta, in applicazione dei criteri di rilevanza decrescente dell'età, per i minori in età prescolare, e di rilevanza crescente del grado di integrazione, per i minori in età scolare.

Tale prospettiva, nell'ambito del sistema di protezione internazionale dei diritti umani, mette in evidenza l'eccessiva ampiezza della categoria di gruppo vulnerabile, non offrendo né un'elencazione di specifiche categorie di vulnerabili né una definizione universalmente condivisa di gruppo vulnerabile.

130 Cass. civ., Sez. II, 12 luglio 2021, ord. n. 19797.

La prise en compte de la vulnérabilité des salariés par la Cour de cassation

Franck Petit[1]

En recherchant un contrat de travail, le salarié peut se montrer vulnérable, notamment lorsque le nombre de prétendants à un emploi est largement supérieur au nombre d'emplois proposés. Il arrive très souvent qu'il signe son contrat sans en demander l'aménagement et l'enrichissement, de peur de voir l'emploi lui échapper. C'est d'ailleurs toujours l'employeur qui rédige le projet de contrat pour le lui présenter à la signature.

Une fois en poste, en se plaçant sous la subordination d'autrui, le salarié est de nouveau susceptible de se placer en situation de vulnérabilité lorsqu'il est question de modifier le contrat de travail. Cette situation de faiblesse a été à l'origine de la jurisprudence dite Raquin[2], le Code du travail ne s'étant nullement préoccupé de la question de la modification du contrat de travail. Cet oubli s'est révélé désastreux pour les salariés, puisqu'ils ne savaient jamais avec certitude s'ils pouvaient légitimement refuser une demande de changement des conditions d'emploi.

Ces différentes situations de vulnérabilité, qui relèvent d'une première catégorie, ont trouvé aujourd'hui une réponse à travers la législation d'ordre public du droit du travail, qui prend en compte la situation de faiblesse du salarié en l'empêchant de renoncer à ses prérogatives, notamment en termes de durée du travail, d'aménagement du temps de travail et de rémunération.

Il est aussi revenu au juge de déterminer les conditions de l'acceptation par le salarié d'une modification de son contrat. Le plus souvent, la proposition de modification du contrat rencontrait le silence de l'intéressé, celui-ci poursuivant le travail et préférant se taire pour être sûr de garder son emploi. La question s'est alors posée de savoir si ce comportement passif, cette absence de protestation valait acceptation des nouvelles conditions de travail. Il est acquis depuis l'arrêt Raquin du 8 octobre 1987 que le fait de poursuivre le travail ou l'absence de protestations ne permet pas de présumer l'acceptation du salarié. Les juges font à cette occasion application de la règle classique selon laquelle le silence ne vaut pas acceptation.

---

1 Professeur, Aix Marseille Univ, CDS, Aix-en-Provence, France.

2 *Dr. soc.* 1988, p. 140, note J. Savatier.

Rétablissant le salarié dans une situation respectant son libre arbitre, la législation du travail et la jurisprudence de la Cour de cassation lui reconnaissent une volonté éclairée et libre, de nature à éviter toute inégalité dans la relation de travail subordonnée.

Mais une deuxième catégorie de vulnérabilités a vu le voir dans les relations du travail, à la suite de l'exposition de certains salariés à des facteurs de vulnérabilité accentuée, en raison de leur situation personnelle (jeune salarié, salarié âgé, étranger, salarié précaire, salarié exposé à une discrimination ou à un licenciement économique, etc.).

Plusieurs textes de droit pénal font état d'infractions résultant de l'abus exercé par un employeur sur un salarié en raison de sa situation sociale (tel le délit de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement indignes ou à des conditions de travail indignes). Pour obtenir condamnation de l'employeur, le juge fait référence à une vulnérabilité explicite que les textes ont expressément prévue.

Mais dans d'autres situations, la particulière vulnérabilité du salarié est seulement induite par les textes protecteurs. Si elle n'est pas visée expressément par la loi, il n'en est pas moins vrai que les dispositifs applicables visent à empêcher l'abus à l'égard d'un salarié placé dans une situation de vulnérabilité accentuée.

On commencera donc par l'étude des situations relevant du droit pénal, dans lesquelles la loi protège le salarié sur le fondement explicite d'une particulière vulnérabilité, avant de poursuivre par l'analyse des situations justifiant la mobilisation de dispositifs protecteurs impliquant une vulnérabilité implicite des victimes.

I. L'invocation par la Cour de cassation d'une vulnérabilité explicite

Depuis une dizaine d'années, neuf affaires jugées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation font état de la mise en cause de la vulnérabilité du salarié. Dans les autres affaires, la vulnérabilité était seulement invoquée dans les moyens du pourvoi, sans que la Cour de cassation ait décidé de la reconnaître. Cette vulnérabilité, dite parfois « particulière vulnérabilité », est protégée par des textes légaux de droit pénal. Le contentieux faisant explicitement état de la vulnérabilité du salarié dans la jurisprudence de la Cour de cassation est exclusivement pénal.

Ces arrêts font référence au délit de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement indignes[3], au délit punissant le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou

3 Art. 225-14 C. pén. ; v. par exemple : Cass. crim. 16 février 2010, 09-84.012 : L'employeur, qui dirigeait deux sociétés exploitant deux domaines agricoles, a recruté au Maroc et en Tunisie plusieurs dizaines de travailleurs saisonniers logés sur chacun des sites ; il a été poursuivi pour avoir soumis ces personnes, dont l'état de dépendance lui était connu, à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. En l'espèce, les chambres de 12 m² étaient occupés par quatre salariés, certains lits n'étaient pas équipés de matelas, l'installation électrique était défectueuse, l'eau, parfois impropre à la consommation, devait être tirée d'un puits situé à une cinquantaine de mètres et il n'existait que six installations sanitaires, dont certaines en mauvais état, pour cent personnes.

l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués, ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli[4] et au délit de violences habituelles sur une personne particulièrement vulnérable[5]. Par ailleurs, un principe constitutionnel vient en renfort de la condamnation sur le fondement du délit de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement indignes[6] : les conditions d'hébergement indignes sont contraires au droit à disposer d'un logement décent constitutionnellement protégé.

Tenu par le principe de la légalité des infractions et des peines, le juge doit vérifier l'existence de cette vulnérabilité, tant du point de vue de l'intentionnalité que de la matérialité de l'infraction. Les infractions citées ne sont reconnues que si l'on arrive à prouver que l'employeur connaissait la vulnérabilité du salarié. Souvent, il agissait sciemment, c'est-à-dire en ayant une connaissance exacte de la dépendance dans laquelle il plaçait la victime : ce sera le cas lorsqu'un employeur recrute directement dans le pays d'origine les salariés, pour être maître de leur recrutement, dans des conditions illégales, et de leur renouvellement[7]. Ce sera aussi le cas à l'égard de l'employeur qui confisque à ses salariés étrangers les papiers d'identité et passeport, pour éviter qu'ils ne repartent dans leur pays d'origine. La connaissance d'un handicap peut conduire à l'abus de dépendance : tel est le cas de l'employeur qui, connaissant le handicap de son salarié, refuse d'aménager le poste de travail et lui accorde une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées[8].

Mais la connaissance de l'état de dépendance et de la vulnérabilité des intéressés se déduit parfois des faits. Ce sera le cas à l'égard d'étrangers que l'employeur héberge dans des locaux qu'il sait insalubres et exigus : le juge indique alors que le prévenu n'a rien ignoré des conditions de logement de ces travailleurs dont l'hébergement a été organisé par ses soins[9].

---

4 Art. 225-13 C. pén. ; pour un exemple d'arrêt retenant la responsabilité de l'employeur sur le double fondement des art. 225-13 et 225-14 du Code pénal : Cass. crim. 17 février 2015, 14-80.386.

5 Art. 222-14 C. pén.

6 Art. art. 225-14 C. pén.

7 Cass. crim. 7 mai 2018, 16-83994.

8 Cass. crim. 10 mars 2020, 19-80768 : « Les juges relèvent que le salaire déclaré de M. O. s'élevait à 812 euros par mois en 2016, qu'il bénéficiait d'une allocation d'adulte handicapé d'un taux supérieur à 80 % jusqu'à juillet 2007, inférieur à ce taux postérieurement à cette date, qu'il devait acquitter un loyer mensuel de 370 euros auprès de son employeur au titre de son logement, étant noté, par ailleurs, que son repas de midi lui était compté et que M. J. ne lui versait pas de salaire, lui remettant, chaque samedi, la somme de 30 ou 50 euros en espèces, soit le solde de ce qui restait après les déductions pour charges. Ils soulignent que le prévenu, qui avait nécessairement conscience de la vulnérabilité de M. O. qu'il prétend avoir cherché à protéger, n'a pas aménagé l'emploi de ce dernier en tenant compte de son handicap, concluant qu'en l'employant pour le service des différentes propriétés familiales et lui faisant exécuter diverses tâches, que, pour certaines d'entre elles, telle la conduite d'engins, le salarié n'avait pas la capacité d'assumer sans risque en raison de son handicap, ceci pendant un nombre d'heures supérieur à celui prévu à son contrat de travail, qu'il n'avait pas davantage la capacité de discuter, le prévenu s'est rendu coupable du délit d'obtention de fourniture de services non rétribués, ou contre rétribution sans rapport avec l'importance du travail, de la part d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance lui étaient apparents ou connus. En l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le prévenu, qui a exploité sciemment l'état de dépendance de la partie civile, qu'il savait vulnérable en raison de son handicap physique et de ses déficiences intellectuelles, en lui accordant une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées, la cour d'appel a justifié sa décision au regard de l'article 225-13 du Code pénal ».

9 Cass. crim. 28 mars 2017, 16-80914 : « L'arrêt retient que […] les conditions d'hébergement ont été insalubres, précaires et incompatibles avec la dignité humaine ; que les juges déduisent l'état de vulnérabilité des salariés soumis à ces hébergements de l'éloignement de leur pays d'origine et de leur famille, de leur absence de maîtrise de la langue française et de leur défaut d'autorisation de travail en France ; que la cour d'appel ajoute que le prévenu n'a rien ignoré des conditions de logement de ces travailleurs dont l'hébergement, dans ces deux sites, a été organisé par ses soins ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision ».

Il peut y avoir cumul de vulnérabilités dans un certain nombre d'arrêts, par exemple à l'égard d'un étranger, dépourvu d'autorisation de travail et d'économie, loin de sa famille et ne parlant pas le français.

Dans tous les cas, il est apparent que la vulnérabilité ne procède pas de la simple infériorité du salarié du seul fait de la conclusion du contrat de travail. Conclure un tel contrat place seulement le travailleur dans un état de subordination. On en déduit que la vulnérabilité n'est pas la subordination. Elle résulte surtout d'éléments de fait affectant la personnalité de la victime.

À titre d'exemples, les infractions relevées s'observent dans les rapports entre un employeur et une personne porteuse de *handicap*: le chef d'entreprise qui la savait vulnérable en raison de son handicap physique et de ses déficiences intellectuelles a pu lui accorder une rémunération sans rapport avec les heures de travail effectuées[10].

L'infraction se retrouve dans les rapports entre un chef d'entreprise et une *personne sous tutelle*: ce fut le cas à l'égard d'un salarié logé par son employeur dans des conditions insalubres et portant des vêtements usagés fournis par lui, travaillant tous les jours, y compris parfois le samedi, sans pouvoir bénéficier des conditions de travail ordinairement offertes aux employés d'une entreprise, étant même insulté et parfois frappé[11]. Elle a aussi été caractérisée dans une relation de travail existant entre un employeur et un *salarié mineur*[12].

L'infraction a été invoquée avec succès pour protéger des *élèves* et des *stagiaires* dans le cadre d'une formation, qui n'avaient pas d'autres choix que celui d'accepter ces conditions d'emploi, compte tenu de l'importance des tâches et de l'évaluation dans le cursus de formation concerné[13].

L'infraction peut aussi être retenue pour protéger des *étrangers*: les occupants des locaux dégradés se trouvaient dans une situation de vulnérabilité en matière d'hébergement, laquelle résultait de leur qualité de travailleurs étrangers, démunis d'autorisation de travail, sans famille en France et ne parlant pas la langue française[14].

---

10 Cass. crim. 10 mars 2020, 19-80768.

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

12 Cass. crim. 1er juin 2011, 10-85.652 : La soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine s'est trouvée suffisamment caractérisée par la preuve d'une absence de rémunération de la victime à raison de tâches exécutées en permanence ; l'état de minorité de la victime a conduit de plein droit à considérer celle-ci comme vulnérable et dépendante.

13 Cass. crim. 20 janvier 2015, 13-83.301 ; v. déjà Cass. crim. 3 décembre 2002, Dr. Soc. p. 428, obs. F. Duquesne ; A. Coeuret et E. Fortis, Droit pénal du travail, Lexis-Nexis, 2012, n° 570.

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

Si l'on regarde de près la jurisprudence de la chambre criminelle rendue dans les relations du travail, on se rend rapidement compte qu'aucune définition générale de la vulnérabilité n'émerge. Le concept de vulnérabilité, qui est contingent, est un état lié à la personne de celui qui l'éprouve. La vulnérabilité de la victime est caractérisée grâce à des éléments de fait révélant que l'individu est placé dans une situation de particulière dépendance à l'égard de son donneur d'ordre. Le juge s'efforce de montrer que l'employeur a abusé du salarié en raison de sa situation sociale : la personne porteuse de handicap ou le travailleur particulièrement fragile se laissera faire, car il peut être dans l'incapacité d'exprimer le caractère anormal de ses conditions de travail ; l'étranger sera particulièrement vulnérable en cas de contrat saisonnier (l'employeur étant libre de décider ou non du renouvellement du contrat) ou s'il est directement recruté à l'étranger, dans des conditions non conformes au droit ; l'élève peut craindre pour l'obtention de son diplôme, la reconnaissance de son titre professionnel ou la validation de son stage.

II. La mobilisation de dispositifs protecteurs impliquant une vulnérabilité implicite des victimes

La vulnérabilité, qui ne peut être assimilée à l'état d'infériorité du salarié placé en situation de subordination, tient à la situation personnelle de celui qui accepte de travailler au nom et pour le compte d'autrui. C'est pourquoi le juge s'efforce toujours de vérifier l'existence des éléments de faits (maladie, handicap, forte dépendance économique, mauvaise connaissance de la langue française, isolement professionnel ou familial, situation de formation et d'apprentissage, etc.) qui participent de la caractérisation de la vulnérabilité.

Cette vulnérabilité est médicale dans les textes ayant permis, en période de contamination du Coronavirus, de placer les salariés fragiles en activité partielle[15].

Cette vulnérabilité est économique dans la situation visée par l'art. L. 1133-6 C. trav.

Le développement des actions de substitutions dans les années 1980 s'explique aussi par la reconnaissance de la particulière vulnérabilité dans laquelle se placent certains salariés ; celles-ci font figure d'exceptions parmi les règles de procédure françaises, puisqu'en principe nul ne plaide par procureur ; cette maxime signifie qu'une personne ne peut exercer une action en justice à la place d'une autre sans mandat de sa part. Précisément, les actions de substitution, qui permettent aux syndicats représentatifs d'agir à la place des salariés, en exerçant leurs actions individuelles, sans mandat de leur part, dérogent à ce principe.

L'action de substitution fit son apparition en droit du travail avec la loi du 19 mars 1919 ; elle a été créée pour permettre aux syndicats signataires des conventions collectives de se substituer à leurs syndiqués dans l'action en exécution de la convention collective. Avec ce dispositif, il était question d'apporter une solution à l'isolement et à l'immobilisme des salariés qui hésitaient, en raison de

15 Décret n° 2021-1162 du 8 septembre 2021.

leur situation de travailleurs subordonnés et, surtout, du risque de représailles de l'employeur, à réclamer seuls l'application de la convention collective. Cette action est prévue actuellement à l'art. L. 2262-11 C. trav. À la lecture de ce texte, qui n'a guère été modifié depuis sa création, on remarque immédiatement deux éléments caractéristiques de cette action : d'une part, elle peut être engagée sans mandat de l'intéressé ; mais, d'autre part, elle nécessite une information de l'intéressé et ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en intervention de la part du salarié, qui peut faire valoir son point de vue devant le juge.

Au début du XX^e siècle, une autre action de substitution avait vu le jour au profit des travailleurs à domicile[16]. Là encore, il était question de venir en aide à des salariés qui pouvaient hésiter à agir en raison d'un état de vulnérabilité accentué par leur isolement.

Puis ce type d'actions se multiplia à partir des années 1980, mais elles changèrent de physionomie en s'ouvrant à des salariés placés dans d'autres situations de vulnérabilité et en étant réservées aux syndicats représentatifs. Le droit de substitution du syndicat intéresse aujourd'hui, en plus des premières actions créées au début du XX^e siècle en matière d'exécution des conventions collectives ou de travail à domicile, les actions ouvertes en matière d'égalité professionnelle[17], de discrimination[18], d'emploi des étrangers[19], de travail précaire (CDD et intérim)[20], de marchandage[21], de licenciement pour motif économique[22] et au profit de salariés liés à un groupement d'employeurs[23].

On remarquera qu'à chaque fois, l'action de substitution est censée lutter contre l'inaction d'une personne non pas seulement placée du fait de son contrat de travail dans une subordination juridique, mais souffrant d'une faiblesse supplémentaire : *isolée* (travailleur à domicile), *craignant une rétorsion* (salarié en cours d'exécution de son contrat qui souhaite bénéficier de la convention collective), placée en situation *d'inégalité*, faisant l'objet d'une *discrimination*, *harcelée* (d'un point de vue moral ou sexuel), *maîtrisant mal la langue et le contexte juridique* (étranger), placée en situation de *précarité juridique* (contrats courts) ou *économique* (à la suite d'un licenciement), enfin *victime d'un prêt de main-d'œuvre illicite*[24].

Le caractère exorbitant de ces actions de substitution nécessite qu'elles soient mises en œuvre dans le plus grand respect des droits individuels du salarié, qui doit toujours avoir été averti au préalable de l'engagement de l'action, ne pas s'y être opposé et pouvoir intervenir à l'instance

16 Art. L. 7423-2 . trav.
17 Art. L. 1144-2 C. trav.
18 Art. L. 1134-2 C. trav.
19 Art. L. 8255-1 C. trav.
20 Art. L. 1247-1 et L. 1251-59 C. trav.
21 Art. L. 8242-1 C. trav.
22 Art. L. 1235-8 C. trav. ; v. l'étude de J.-M. Verdier sur l'art. L. 321-15 C. trav. issu de la loi du 2 août 1989 relative à la prévention des licenciements pour motif économique, *RJS* 1990, p. 3.
23 Art. L. 1253-16 C. trav.
24 Du point de vue pénal, les employeurs qui se prêtent au travail dissimulé, au délit de marchandage ou au délit de prêt illicite de main-d'œuvre encourent une aggravation de leur peine s'ils avaient connaissance de la vulnérabilité ou de l'état de dépendance des victimes, ou si cette vulnérabilité ou cet état de dépendance était apparent : art. L. 8224-1, L. 8234-1 et L. 8243-1 C. trav.

engagée pour y mettre un terme à tout moment. Le Conseil constitutionnel estime que cette action n'est pas contraire au principe de liberté syndicale dans la mesure où les salariés peuvent s'opposer à la substitution et y mettre fin à tout moment[25]. La Cour de cassation a complété ces garanties textuelles en soulignant, dans le cadre d'actions exercées en faveur d'un salarié engagé par contrat à durée déterminée, l'importance de l'information de l'intéressé : « […] Le salarié doit notamment être informé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la nature et de l'objet de l'action exercée par le syndicat ; cette formalité substantielle est protectrice de la liberté du salarié, en sorte que le syndicat ne peut présenter de demandes autres que celle mentionnée dans cette lettre »[26].

25 Décision n° 89-257 du 25 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 627.

26 Arrêts *Servair* du 1er fév. 2000, *Cah. Soc.*, Barreau de Paris, avril 2000, n° 119, A 018, obs. F.-J. Pansier.

Le declinazioni lavoristiche della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza delle Alte Corti in Italia*

Marco Chiaramonte[1]
Carla Spinelli[2]
Andrea Violante[3]

I. Premessa

Il diritto del lavoro ha una profonda familiarità con la nozione di vulnerabilità e con le sue varie declinazioni (fragilità, debolezza, ecc.).

La disciplina lavoristica, infatti – come ci insegna un autorevole Maestro – presenta una peculiarità che la contraddistingue dalle altre discipline giuridiche: ossia «l'implicazione della persona del lavoratore nel lavoro prestato ad altri»[4].

Ed è proprio questa peculiarità che ha indotto la maggioranza della dottrina giuslavorista a considerare il diritto del lavoro come una disciplina preordinata a tutelare la parte debole del rapporto, ossia il lavoratore.

Ora, questa affermazione – benché condivisibile – impone una precisazione.

Il diritto del lavoro, infatti, intanto è chiamato ad assolvere una funzione di tutela della parte debole del rapporto in quanto il contratto di lavoro subordinato legittima l'assoggettamento del lavoratore al potere datoriale nel contesto di una relazione fra soggetti (formalmente) eguali.

È stata, dunque, la giuridificazione del potere datoriale sull'organizzazione produttiva e sui suoi partecipanti a imporre un intervento eteronomo finalizzato a preservare i lavoratori da un uso distorto di quello stesso potere[5].

---

* Il presente contributo è frutto della riflessione condivisa fra gli autori. Tuttavia, la prof.ssa Carla Spinelli è autrice dei paragrafi I, II e VI; il dott. Andrea Violante dei paragrafi III e IV; il dott. Marco Chiaramonte, del paragrafo V e relativi sottoparagrafi.

1 Assegnista di ricerca all'Università del Molise.
2 Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro all'Università di Bari Aldo Moro.
3 Dottorando di ricerca all'Università di Bari Aldo Moro.

4 F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1945.

5 Sul rapporto fra contratto di lavoro e organizzazione si è cimentata molta autorevole dottrina; tra i contributi pionieri del tema, cfr. almeno M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, CEDAM, 1966; F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982.

Ora, questa istanza di tutela del soggetto debole del rapporto non si è manifestata soltanto nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato.

Negli ultimi anni, infatti, la progressiva trasformazione dell'organizzazione produttiva ha evidenziato come tali esigenze di tutela emergano con sempre maggiore evidenza, ad esempio, anche nell'area del lavoro autonomo, ove è la debolezza intesa come dipendenza economica, insieme a quella organizzativa, a farsi strada come elemento di valutazione. Si tratta di una debolezza che non è necessariamente collegata al controllo diretto sul lavoro, ma che emerge dalla mancanza di alternative lavorative o dalla difficoltà di contrattare le proprie condizioni di lavoro.

All'elaborazione dottrinale in tal senso, si accompagna poi il maturare di nuovi orientamenti interpretativi nella giurisprudenza.

Basti pensare, a tal proposito, alla nozione di subordinazione attenuata[6], che ha influenzato le più recenti scelte regolative del legislatore, con riferimento, ad esempio, al lavoro prestato per le piattaforme digitali[7].

D'altro canto, il lavoro digitale e la pandemia hanno posto ancor di più l'accento anche sulla condizione di vulnerabilità e/o fragilità, intesa come esposizione di un soggetto al rischio di sostanziali limitazioni ai diritti fondamentali della persona, che possono colpire il prestatore di lavoro in quanto tale o coloro ai quali questi presti cura.

Ebbene, in questo quadro, il presente contributo si propone di illustrare le declinazioni lavoristiche che il concetto di vulnerabilità ha progressivamente assunto nella giurisprudenza delle Alte Corti.

A tal fine, gli autori hanno condotto un'analisi delle sentenze emesse dalla Corte di cassazione, sezione lavoro, nell'arco temporale compreso tra il 2010 e il 2023.

Nello specifico, l'attività di ricerca è stata sviluppata in due fasi.

In una prima fase, sono state analizzate le sole pronunce in cui comparivano le parole «vulnerab*/ vulnerabilità»; in un secondo momento, invece, la ricerca è stata estesa anche a quelle pronunce in cui erano presenti parole chiave concettualmente assimilabili a quelle, come «debolezza» e «fragilità».

Si è voluto dar conto, poi, di alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale per l'attinenza al tema.

---

6 Cfr. ampi riferimenti in R. De Luca Tamajo, «Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro», *Arg. Dir. Lav.*, fasc. 2, 2005, p. 467 ss. Di recente, v., ad. es., Cass. civ., Sez. lav., 22 aprile 2022, n. 12919; Cass. civ., Sez. lav., 27 dicembre 2022, n. 41578 e le pronunce ivi richiamate.

7 Art. 2, co. 1 e artt. 47 bis e ss., d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

II. Le declinazioni lavoristiche del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza

Orbene, dall'analisi condotta è stato possibile appurare come il concetto di vulnerabilità – nelle sue varie declinazioni lavoristiche – sia stato utilizzato dalla giurisprudenza delle Alte Corti essenzialmente con riferimento a tre aree tematiche: la protezione umanitaria; la qualificazione del rapporto di lavoro; la disciplina del rapporto di lavoro. Nell'ambito di quest'ultima, pronunce di interesse sono state individuate, in particolare, con riferimento al *mobbing*, al lavoro di cura e all'obbligo di vaccinazione per il personale sanitario durante la pandemia.

III. La vulnerabilità in materia di protezione umanitaria

Un primo ambito tematico in cui la giurisprudenza di legittimità ha utilizzato il concetto di vulnerabilità è quello relativo alla protezione umanitaria.

In questo ambito, in particolare, le pronunce analizzate affrontavano alcune questioni giuridiche connesse alla disciplina riguardante il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 32, co. 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 e dell'art. 5, co. 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nelle formulazioni anteriori alle modifiche apportate dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. «Decreto Sicurezza»), che ne ha disposto l'abrogazione.

Ciò nonostante, si è ritenuto di dar conto di questa giurisprudenza, anche perché, pure con riferimento alle normative sopravvenute e alle nuove forme di protezione da queste disciplinate, laddove, in particolare, la protezione umanitaria è stata sostituita dalla protezione speciale, le opzioni interpretative elaborate in merito al concetto di vulnerabilità non hanno esaurito la loro funzione e possono continuare ad assolvere un ruolo di tutto rilievo.

Ora, sebbene la disciplina delineata dal d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 non dettasse in maniera chiara e diretta criteri utili per condurre l'organo giudicante ad effettuare un giudizio prognostico circa la sussistenza dei requisiti idonei per ottenere il riconoscimento della protezione umanitaria da parte del richiedente, il primo comma dell'art. 32 del predetto decreto rinviava agli artt. 11 e 17 del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, dal quale ricavare in via sussidiaria i criteri e i requisiti necessari per ottenere il predetto permesso.

La disciplina abrogata, quindi, si limitava a fornire all'organo giudicante i criteri da dover considerare al fine di effettuare una corretta valutazione circa il possesso, da parte del richiedente, dei requisiti idonei per poter ottenere il permesso di soggiorno per motivi umanitari, senza far menzione della "vulnerabilità" come condizione indispensabile per il riconoscimento della protezione umanitaria.

Si evince pertanto che l'utilizzo della locuzione «condizione di vulnerabilità» non emergeva in virtù di una espressa previsione normativa, ma, al contrario, risultava essere un parametro di riferimento di elaborazione giurisprudenziale.

Nello specifico, l'orientamento assunto della giurisprudenza di legittimità in materia prevedeva che la condizione di vulnerabilità potesse essere desunta dalla valutazione comparativa tra il grado d'integrazione raggiunto dallo straniero in Italia (o comunque nel paese in cui quest'ultimo effettuava richiesta) e la situazione soggettiva ed oggettiva in cui questi si sarebbe venuto a trovare in caso di rientro nel paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio potesse determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale[8].

Pertanto, in mancanza di una definizione normativa che consentisse di circoscrivere con precisione i requisiti necessari affinché si potesse ravvisare una condizione di vulnerabilità, è stata l'attività interpretativa della giurisprudenza ad assolvere ad una funzione integrativa indispensabile per garantire effettività alla protezione umanitaria.

Ne deriva dunque che in questo ambito – considerata la grande varietà di circostanze che permettono di poter individuare una condizione di vulnerabilità del soggetto richiedente (come ad esempio, nelle pronunce esaminate, la violenza domestica, l'età, l'etnia, lo sfruttamento lavorativo, etc.), le quali comunque necessitano di essere contestualizzate caso per caso, comportando una difficoltà non trascurabile da parte dell'organo giudicante nel valutarne la sussistenza – la funzione nomofilattica esercitata dalla Cassazione ha svolto un ruolo dirimente.

Non può trascurarsi, peraltro, come questa declinazione della vulnerabilità abbia avuto delle ripercussioni anche sul piano dell'onere della prova.

Nello specifico, dalle pronunce esaminate può evincersi come, in materia di protezione umanitaria, l'orientamento consolidato assunto dalla giurisprudenza di legittimità prevedesse che i principi che regolano l'onere della prova incombente sul richiedente dovessero essere interpretati secondo le norme di diritto comunitario[9], il quale prevede che l'autorità amministrativa esaminante ed il giudice debbano svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria[10].

8 Cass. civ., Sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 3681, *Giust. Civ. Mass.*, 2019; Cass. civ., Sez. VI, 3 aprile 2019, n. 9304, *Giust. Civ. Mass.*, 2019; Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2019, n. 29459, *Giust. Civ. Mass.,* 2020; Cass. civ., Sez. lav., 11 gennaio 2021, n. 198, *Giust. Civ. Mass.,* 2021; Cass. civ., Sez. lav., 18 febbraio 2022, n. 5467, *Giust. Civ. Mass.,* 2022; Cass. civ., Sez. lav., 11 maggio 2021, n. 12418, *Dir. & Giust.,* fasc. 95, 2021, p. 2, con nota di A. Ievolella, «Emarginazione e povertà per la sua etnia in patria: protezione possibile per lo straniero in Italia»; Cass. civ., Sez. lav., 18 giugno 2021, n. 17504; Cass. civ., Sez. lav., 18 febbraio 2022, n. 5467, *Giust. Civ. Mass.,* 2022.

9 Artt. 10/16, Direttiva 2013/32/UE; art. 8, co. 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 e art. 3, co. 5, d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251.

10 Cass. civ., Sez. lav., 16 giugno 2021, n. 17204, *Giust. Civ. Mass.,* 2021; Cass. civ., Sez. lav., 14 febbraio 2022, n. 4782.

Pertanto, il riconoscimento della protezione umanitaria postulava – una volta che il richiedente avesse allegato i fatti costitutivi del diritto – l'obbligo per il giudice del merito, ai sensi del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, art. 8, co. 3, estensivamente interpretato, di cooperare nell'accertamento della situazione reale del paese di provenienza, mediante l'esercizio di poteri/doveri officiosi d'indagine, in modo che ciascuna domanda venisse esaminata alla luce di informazioni aggiornate al riguardo.

IV. La nozione di «debolezza economica» in tema di qualificazione del rapporto di lavoro

Il secondo ambito tematico in cui ricorre il concetto di vulnerabilità è quello relativo alla qualificazione del rapporto di lavoro.

Nello specifico, le pronunce esaminate riguardavano controversie nelle quali taluni soggetti qualificati (come, ad esempio, stagisti o lavoratori autonomi) richiedevano all'organo giudicante di ricondurre il rapporto di lavoro di cui erano parte all'area del lavoro subordinato, con conseguente applicazione delle tutele previste ex art. art 2094 c.c.

Prima di illustrare come la Corte di legittimità declini nei casi di specie il concetto di vulnerabilità appare opportuno, però, un chiarimento preliminare.

Invero, occorre innanzitutto rammentare come negli ultimi anni l'emergere di nuove forme di lavoro – sempre più precarie, peraltro – abbia messo alla prova la tenuta delle categorie tradizionali in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro.

Dottrina e giurisprudenza, in particolare, hanno prodotto notevoli sforzi interpretativi intorno al concetto di subordinazione ex art. 2094 c.c. al fine di rimodularne i suoi tratti caratteristici e di tracciare delle linee di confine, rispetto alle tutele applicabili, in tutti i casi in cui lo stesso confine tra lavoro autonomo e subordinato fosse incerto[11].

Ora, la soggezione del prestatore di lavoro ai poteri di controllo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro resta il criterio principale utilizzato dalla giurisprudenza per ricondurre un rapporto di lavoro all'area della subordinazione.

Tuttavia, qualora non fosse agevole tracciare le linee di confine che possano consentire di distinguere tra autonomia e subordinazione, il giudice utilizza una serie di criteri distintivi che consentono di poter compiere una analisi più puntuale della fattispecie.

Nello specifico, si fa riferimento alla cadenza periodica del compenso erogato al lavoratore, la continuità nello svolgimento della prestazione lavorativa, l'osservanza di un orario di lavoro, l'assenza di rischio economico in capo al prestatore di lavoro, che costituiscono, indizi gravi, rivelatori della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

---

11 A. Perulli, *Oltre la Subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del Lavoro,* Torino, Giappichelli, 2021; O. Mazzotta, «L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali», *Labor*, fasc. 1, 2020.

Ebbene, in questo quadro, dalle pronunce esaminate è emerso come la Corte di legittimità utilizzi il concetto di vulnerabilità per identificare la condizione di quei soggetti che – pur di inserirsi nel mercato del lavoro e pur di svolgere una determinata prestazione – sono disposti ad aderire a schemi contrattuali che non rientrano nella disciplina ex art. 2094 c.c., ma che di fatto presentano a tutti gli effetti le caratteristiche proprie della predetta fattispecie.

Nello specifico, la condizione di «debolezza» – sul mercato del lavoro o economica – che la Suprema Corte menziona nelle pronunce esaminate non corrisponde ad una o più circostanze tipizzate dal legislatore, ma rappresenta quella situazione personale del prestatore di lavoro che, pur non assumendo direttamente rilievo ai fini della qualificazione giuridica del rapporto in essere – poiché, come anticipato, altri sono gli indici rivelatori della sussistenza della subordinazione che la stessa giurisprudenza ha elaborato – contribuisce a rafforzare il convincimento del giudice e ne alimenta ulteriormente il percorso logico-argomentativo effettuato per pervenire alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato[12].

In definitiva, l'analisi condotta ha consentito di appurare che l'organo giudicante, nel momento in cui sarà chiamato ad esprimersi sulla qualificazione di un determinato rapporto di lavoro, non dovrà semplicemente limitarsi a verificare quale schema contrattuale regoli quel determinato rapporto, ma dovrà constatare se nella fattispecie sussistono gli indici della subordinazione che la giurisprudenza ha statuito sul punto, dovendo soprattutto verificare se e come il rilevante squilibrio del potere contrattuale delle due parti, dovuto ad una condizione di debolezza del prestatore di lavoro, venga a configurarsi in concreto nell'atteggiarsi della fattispecie.

Anche in questo ambito la condizione di vulnerabilità ha delle conseguenze sul piano dell'onere probatorio.

Il prestatore di lavoro che assuma l'iniziativa di proporre una domanda giudiziaria volta al riconoscimento della subordinazione ex art. 2094 c.c., infatti, sarà tenuto ad assolvere all'onere probatorio ordinario ex art. 2697 c.c. dovendo in ogni caso provare tutti gli indici caratteristici e propri di un rapporto di lavoro subordinato, affinché l'organo giudicante possa correttamente valutare sia il *petitum* sia la *causa petendi* della domanda e, conseguentemente, pronunciarsi in tal senso.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità, con indirizzo consolidato, ha statuito che il lavoratore, il quale invochi il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato, sarà tenuto a dimostrare la sussistenza degli elementi tipici della subordinazione quali, *in primis*, l'assoggettamento al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro[13].

12 Cass. civ., Sez. lav., 30 agosto 2022, n. 25508; Cass. civ., Sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, *Dir. Rel. Ind.*, fasc. 1, 2020, p. 146, con nota di A. Maresca, «La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate»; Cass. civ., Sez. lav., 26 agosto 2013, n. 19568, *Giust. Civ. Mass.*, 2013.

13 Cass. civ., Sez. lav., 30 settembre 2020, n. 20903.

V. La vulnerabilità relativa alla disciplina del rapporto di lavoro

A. Lo «stato di fragilità psicologica» del lavoratore vittima di *mobbing*

Un ulteriore ambito tematico in cui il concetto di vulnerabilità è stato declinato dalla giurisprudenza di legittimità è quello relativo alla fattispecie del *mobbing*.

Le pronunce analizzate, in particolare, traggono origine da richieste di risarcimento dei danni formulate da lavoratori a seguito di condotte di *mobbing* subìte dai propri datori di lavoro.

A tal proposito, occorre innanzitutto rammentare che, secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, la fattispecie del *mobbing*, in assenza di uno specifico referente normativo, risulta integrata allorché ricorrano determinati presupposti: 1) il compimento di reiterate condotte ostili e persecutorie, da parte del datore di lavoro o di superiori gerarchici, nei confronti di un lavoratore; 2) un danno alla salute o alla personalità del dipendente; 3) il nesso eziologico fra la condotta datoriale e il danno subìto dal lavoratore; 4) la prova dell'elemento soggettivo, ossia dell'intento persecutorio che ha mosso la condotta datoriale[14].

Tanto premesso, nei casi in esame, la Suprema Corte ha dovuto rispondere ad uno specifico quesito giuridico sotteso alla fattispecie del *mobbing*: ossia, se una pregressa condizione di vulnerabilità psicologica del lavoratore possa incidere sul nesso di causalità tra le condotte mobbizzanti e i danni da questi subiti.

Per rispondere a tale quesito, la Corte di legittimità – in assenza di uno specifico riferimento normativo – ha dapprima modellato la nozione di vulnerabilità, a seconda del caso, sulla base delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio (CTU), considerando la vulnerabilità come uno «stato di fragilità psicologica» in cui versi il lavoratore allorché subisca condotte mobbizzanti da parte del proprio datore di lavoro.

Una volta chiarita l'accezione del concetto di vulnerabilità, la Suprema Corte ha quindi analizzato la rilevanza del suddetto stato di vulnerabilità/fragilità/debolezza del lavoratore ai fini del riconoscimento del diritto di quest'ultimo a richiedere il risarcimento del danno per le condotte mobbizzanti subìte.

Ebbene, alla luce della disamina svolta, è emerso come la Suprema Corte non abbia risolto la questione in maniera univoca.

---

14 Sulla nozione di *mobbing*, cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3785, *Giust. Civ. Mass.*, 2009; Cass. civ., Sez. lav., 5 novembre 2012, n. 18927, *Giust. Civ. Mass.*, 2012; Cass. civ., Sez. lav., 6 agosto 2014, n. 17698, *Giust. Civ. Mass.*, 2014; Cass. civ., Sez. lav., 24 novembre 2016, n. 24029, *Dir. & Giust.*, fasc. 90, 2016, p. 5, con nota di R. Dulio, «Riorganizzazione aziendale e ricollocazione del lavoratore: non sono condotte vessatorie, né mobbing»; Cass. civ., Sez. lav., 04 ottobre 2019, n. 24883, *Resp. Civ. Prev.*, fasc. 2, 2020, p. 496, con nota di G. Pezzini, «La (discutibile) qualificazione dello straining come un minus del mobbing, ma a oneri probatori invariati»; Cass. civ., Sez. lav., 27 gennaio 2017, n. 2142; Cass. civ., Sez. lav., 15 novembre 2022, n. 33639, *Giust. Civ. Mass.*, 2022.

Invero, in alcuni casi il Collegio ha ritenuto che una pregressa condizione di vulnerabilità del lavoratore – non incidendo sul nesso di causalità fra la condotta mobbizzante e il danno subìto dal lavoratore – sia decisiva ai fini del riconoscimento del diritto del prestatore a ottenere il risarcimento del danno[15]; in altri casi, invece, la Corte ha osservato che una pregressa condizione di vulnerabilità – influenzando la percezione del lavoratore in ordine alla condotte subìte – sia addirittura ostativa ai fini del riconoscimento al lavoratore del diritto a richiedere un risarcimento del danno[16].

B. La vulnerabilità nel lavoro di cura

La nozione di vulnerabilità è utilizzata dalla giurisprudenza di legittimità non soltanto con riferimento a quei lavoratori che versino in uno stato di fragilità psicologica, ma anche per identificare soggetti affetti da disabilità o fragilità che necessitano di assistenza da parte dei propri familiari oppure da parte di operatori sanitari specializzati.

Ora, tali circostanze condizionano lo svolgimento del rapporto di lavoro, in quanto impongono al lavoratore, ad esempio, di organizzare lo svolgimento della prestazione di lavoro in funzione dell'accudimento del soggetto fragile oppure di adottare misure idonee a garantire la salute e la sicurezza dello stesso.

In questo quadro, la Cassazione nelle pronunce esaminate si è trovata ad affrontare una dirimente questione giuridica: ossia, in che termini la tutela del soggetto disabile possa limitare il potere gestionale dell'imprenditore.

Ora, la disciplina in tema di tutela dei soggetti portatori di disabilità riconosce ai familiari *caregiver* il diritto ad ottenere agevolazioni nello svolgimento della prestazione lavorativa e benefici di carattere economico a condizione che ricorrano determinati presupposti.

In particolare, ai sensi dell'art. 33, co. 5, l. 05 febbraio 1992, n. 104, il lavoratore ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al luogo in cui risiede il soggetto da accudire e a non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso.

La famiglia, del resto, svolge un ruolo fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di gravi patologie o di disabilità: quest'ultimi, infatti, non necessitano soltanto di attività di assistenza sanitaria, ma anche della «cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana»[17].

---

15 Cass. civ., Sez. lav., 17 novembre 2021, n. 35061; Cass. civ., Sez. lav., 08 luglio 2015, n. 14274, *Dir. & Giust.,* fasc. 27, 2015, p. 1, con nota di A. Ievolella, «Psiche fragile, fatale il mobbing subito in azienda: indennizzo ai familiari del lavoratore suicidatosi».

16 Cass. civ., Sez. lav., 15 novembre 2017, n. 27110; Cass. civ., Sez. lav., 11 ottobre 2017, n. 23859.

17 Corte cost., 18 luglio 2013, n. 203, *Giur. Cost.*, fasc. 4, 2013, p. 2853, con nota di E. Longo, «La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile»; Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 329, *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 2, 2012, p. 521, con nota di L. Surdi, «Art. 80, comma 19, l. n. 388/2000: never ending story»*;* Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19, *Riv. It. Dir. Lav.,* fasc. 4, 2009, p. 842, con nota di G. De Simone, «I confini giuslavoristici dell'assistenza familiare alla persona gravemente disabile»; Corte cost. 08 maggio 2007, n. 158, *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 4, 2007, p. 776, con nota di E. Raimondi, «Tutela del disabile e congedi straordinari retribuiti: un'importante decisione della Corte costituzionale»*;* Corte cost., 16 giugno 2005, n. 233, *Dir. rel. ind.,* fasc. 4, 2006, p. 1141.

Ebbene, in questo quadro, nei casi esaminati la Cassazione, aderendo all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, ha ribadito che il diritto del lavoratore a non essere trasferito senza il suo consenso non può subire limitazioni, salvo che il datore, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte[18].

C. La fragilità nella c.d. legislazione emergenziale

Il concetto di fragilità, infine, è rinvenibile anche nella c.d. legislazione emergenziale, ossia in quel complesso normativo predisposto al fine di contrastare la diffusione del virus SARS COV-2 (meglio noto come COVID–19).

A tal proposito, l'art. 4 del d.l. 01 aprile 2021, n. 44 (conv. nella l. 28 maggio 2021, n. 76) prevedeva, fino al 01 novembre 2022, l'obbligo per gli operatori esercenti professioni sanitarie di sottoporsi alla vaccinazione contro il COVID-19 al fine di tutelare quei soggetti che, in ragione dell'età o di patologie pregresse, fossero risultati più fragili di altri in caso di contagio[19].

Ne è derivata una dirimente questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 32 Cost.: può il diritto alla salute della collettività limitare la libertà del singolo individuo di rifiutare un trattamento sanitario?

Sul punto, la Corte costituzionale, con due recenti sentenze[20], ribadendo un orientamento ormai consolidato[21], ha stabilito che l'autodeterminazione del singolo individuo recede laddove ricorrano esigenze di salvaguardia delle condizioni di salute della collettività.

Ne deriva, dunque, che l'esigenza di tutela dei soggetti più fragili giustifica, in ossequio al principio solidaristico sancito dall'art. 2 Cost., l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio.

Infine, non inficia la costituzionalità della norma neppure la sanzione della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione prevista a carico dei medici o degli operatori inadempienti (art. 4, co. 4-5, l. 28 maggio 2021, n. 76).

---

18 Cass. civ., Sez. lav., 17 dicembre 2020, n. 29009; Cass. civ., Sez. lav., 05 dicembre 2017, n. 29062, *Giust. Civ. Mass.,* 2018; Cass. civ., Sez. lav., 03 novembre 2015, n. 22421, *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 3, 2016, p. 480, con nota di S. Buoso, «Trasferimento (implicito) e salvaguardia delle esigenze di assistenza del familiare disabile a seguito di pronuncia di illegittimità del termine».

19 Cfr. Circolare interministeriale, 04 settembre 2020, n. 13.

20 Cfr. Corte cost. 09 febbraio 2023, n. 14, *Dir. Rel. Ind.*, fasc. 4, 2023, p. 1100, con nota di P. Pascucci, «L'obbligo vaccinale contro il virus SARS-CoV-2 davanti alla Corte costituzionale»; Corte cost. 09 febbraio 2023, n. 15, *Giur. Cost.*, fasc. 1, 2023, p. 173.

21 Cfr. *ex multis*, Corte cost. 06 giugno 2019, n. 137, *Giur. Cost.*, fasc. 3, 2019, p. 1564; Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5, *Giur. Cost.*, fasc. 1, 2018, p. 100, con nota di C. Pinelli, «Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica».

Invero, come è stato chiarito dal Consiglio di Stato all'indomani della promulgazione della legge[22], questa misura consente, non solo di tutelare il diritto del lavoratore alla sicurezza sul luogo di lavoro, ma anche di preservare il diritto del paziente alla sicurezza della cura (art. 32 Cost.).

In questi casi, dunque, il diritto alla salute del paziente (art. 32 Cost.) prevale sul diritto al lavoro e ad una giusta retribuzione dell'operatore sanitario (artt. 1, 4 e 36 Cost.).

Tra l'altro, la sospensione risulta solo una *extrema ratio*, in quanto, in caso di rifiuto da parte dell'operatore di sottoporsi al vaccino, il datore di lavoro deve comunque valutare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e che non implichino rischi per la diffusione del contagio (art. 4, co. 7, l. 28 maggio 2021, n. 76).

VI. Considerazioni finali

La disamina svolta ha permesso di rilevare come i concetti di vulnerabilità, debolezza, fragilità – assunti come sinonimi pur nella consapevolezza delle diverse sfumature di significato – siano richiamati nella giurisprudenza della sezione lavoro della Corte di cassazione italiana, prevalentemente, come elementi di pre-comprensione dei fatti e componenti valoriali delle argomentazioni giuridiche su cui si fondano le decisioni.

Probabilmente, a diversa conclusione si sarebbe potuti giungere analizzando la giurisprudenza di merito, se solo si considera, ad esempio, la valenza strategica che ha assunto il contenzioso sui *rider* ai fini della qualificazione giuridica del loro rapporto di lavoro e alla conseguente estensione delle tutele applicabili, anche con riferimento ai diritti sindacali e previdenziali[23].

Gli orientamenti interpretativi della Cassazione analizzati in questo contributo sono destinati ad esaurirsi, ovvero saranno suscettibili di ulteriori evoluzioni, anche alla luce di sopravvenuti interventi regolativi del legislatore.

Nel primo senso rileva il contenzioso sugli operatori sanitari *no vax*, per cui la Suprema Corte aveva, da ultimo, giudicato legittima la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione[24]. Il superamento definitivo dei rischi connessi alla pandemia ha indotto il Governo a disporre l'annullamento delle sanzioni amministrative pecuniarie già irrogate e dei procedimenti pendenti nei confronti di quanti, pur tenuti a vaccinarsi, non avevano rispettato l'obbligo[25]. Nello stesso senso può richiamarsi la nuova disciplina sulla competenza a decidere sulle convalide di trattenimento dei richiedenti la

22 Cfr. Cons. St. 20 ottobre 2021, n. 7045, *Dir. Rel. Ind.*, fasc. 2, 2022, p. 620, con nota di C. M. Rovati, «Sulla vaccinazione degli operatori socio-sanitari nei tempi maturi della pandemia da SARS-CoV-2: la pronuncia del Consiglio di Stato».

23 C. Spinelli, «Il contenzioso strategico quale strumento di tutela dei diritti: il caso dei lavoratori delle piattaforme digitali», *Dir. Merc. Lav.*, fasc. 1, 2022, p. 65 ss.; A. Scelsi, «Una nuova onomastica digitale per i poteri del datore di lavoro», *Labor*, fasc. 3, 2021, p. 359 ss.; A. Gravinese, «Tutele collettive e previdenziali per i riders: superate anche le ultime riserve alla integrale equiparazione nel trattamento», *Riv. Giur. Lav., Giurisprudenzaonline Newsletter*, fasc. 1, 2024.

24 Cass. civ., Sez. lav., 05 giugno 2024, n. 15697, *Giust. Civ. Mass.*, 2024.

25 Art. 21, co. 5, d.l. 27 dicembre 2024, n. 202, conv. in Legge n. 15 del 21 febbraio 2025, *recante disposizioni urgenti in materia di termini normativi*, GU 24 febbraio 2025, n. 45.

protezione internazionale, che è stata trasferita dalle sezioni specializzate dei Tribunali alla Corte d'Appello, modificando altresì le modalità di ricorso in Cassazione avverso tali provvedimenti[26].

Al contrario, il rafforzamento dei diritti dei disabili e dei loro *caregiver*, conseguenti da ultimo all'approvazione del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62 attuativo della legge delega n. 227 del 2021, che ha introdotto, tra l'altro, una nuova definizione di disabilità ed è intervenuto in materia di accomodamenti ragionevoli, potrà offrire un nuovo sostegno agli orientamenti interpretativi delle Corti.

Al riguardo, basti citare le pronunce con cui la Corte di Cassazione ha confermato quel filone giurisprudenziale che rilegge in chiave di discriminazione indiretta la condotta del datore che eserciti il diritto di recedere dal rapporto di lavoro per superamento del periodo di comporto previsto dal contratto collettivo, senza tener conto, ai fini della determinazione della durata di tale periodo, della condizione di disabilità del lavoratore[27].

Altrettanto significative devono considerarsi le decisioni con cui la Suprema Corte ha suggellato un principio importante, censurando l'operato dei giudici di merito che non possono limitarsi a rigettare le domande di *mobbing* sulla base del mancato accertamento dell'elemento oggettivo o soggettivo, ma devono accertare comunque l'eventuale responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. per aver colposamente omesso di impedire la sussistenza di un ambiente di lavoro stressogeno e nocivo per la salute dei dipendenti[28].

Alla luce di tutte le considerazioni svolte in questo lavoro, non può esservi dubbio che gli sviluppi interpretativi della giurisprudenza italiana in tema di vulnerabilità meritino una prosecuzione dell'indagine.

---

26 Artt. 16, 18, 18 *bis* e 18 *ter*, d.l. 11 ottobre 2024, n. 145, convertito con modifiche dalla Legge n. 187 del 09 dicembre 2024, *recante misure urgenti in materia economica e fiscale e in favore degli enti territoriali*, GU 12 dicembre 2024, n. 291.

27 Si tratta di un orientamento inaugurato con la pronuncia della Cass. civ., Sez. lav., 31 marzo 2023, n. 9095, *Dir. Rel. Ind.*, fasc. 3, 2023, p. 819, con nota di M. Molè, «Un binomio che discrimina: la morbilità del lavoratore disabile e l'applicazione del periodo di comporto breve. Parola alla contrattazione collettiva?» (anche se invero si registravano pure in precedenza isolate pronunce di merito in tal senso), che poi si è imposto nel corso dell'anno successivo: Cass. civ., Sez. lav., 02 maggio 2024, n. 11731, *Dir. Rel. Ind.*, fasc. 4, 2024, p. 1170, con nota di V. Luciani, «Il comporto nel licenziamento del disabile "europeo" tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli»; Cass. civ., Sez. lav., 22 maggio 2024, n. 14316, *Giust. Civ. Mass.*, 2024; Cass. civ., Sez. lav., 23 maggio 2024, n. 14402, *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 3, 2024, p. 383, con nota di S. Buoso, «Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comporto del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli»; Cass. civ., Sez. lav., 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. civ., Sez. lav., 21 novembre 2024, n. 30095. V, da ultimo, Cass. civ., Sez. lav., 07 gennaio 2025, n. 170.

28 La Cassazione segna un punto di svolta, ponendo al centro del proprio scrutinio i fattori organizzativi e ambientali ed ascrivendo alla responsabilità ex art. 2087 c.c. la condotta del datore di lavoro che non abbia prevenuto né rimosso un «clima lavorativo teso e caratterizzato da reciproche incomprensioni» (Cass. civ., Sez. lav., 16 febbraio 2024, n. 4279, *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 2, 2024, p. 256, con nota di C. Di Carluccio, «Il datore di lavoro non risponde solo di mobbing! Ambiente di lavoro "stressogeno", danni alla salute del lavoratore e responsabilità ex art. 2087 c.c.», par. 4) e un «contesto di conflittualità all'interno dell'istituto» (Cass. civ., Sez. lav., 12 febbraio 2024, n. 3791, par. 3.2.3). Conf. Cass. civ., Sez. lav., 19 gennaio 2024, n. 2084; Cass. civ., Sez. lav., 31 gennaio 2024, n. 2870; Cass. civ., Sez. lav., 12 febbraio 2024, n. 3856; Cass. civ., Sez. VI, 12 febbraio 2022, n. 3822; Cass. civ., Sez. lav., 04 gennaio 2025, n. 123, *Dir. & Giust.*, fasc. 5, 2025, p. 3, con nota di I. Leverone, «È responsabile di straining il datore di lavoro che non si adopera per risolvere le conflittualità tra lavoratori».

La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Catherine Tzutzuiano[1]

Étymologie du terme. Le terme vulnérabilité trouve son origine dans le verbe latin *vulnerare* qui signifie « blesser, porter atteinte à ». Appliqué à quelque chose ou quelqu'un, il s'entend de ce qui donne prise à une attaque et se trouve susceptible d'être pris pour cible, blessé ou lésé[2].

En matière pénale, l'acte infractionnel ayant, dans la grande majorité des cas, blessé, lésé, porté atteinte à une personne, physique notamment, on pourrait alors en conclure que toutes les victimes d'infraction pénale, parce qu'elles ont été prises pour cible, blessées ou lésées, se sont trouvées en situation de vulnérabilité. L'emploi du terme de vulnérabilité pour qualifier la situation de toutes les victimes d'infraction conduirait à une perte d'intérêt de la notion en la matière. C'est pourquoi d'ailleurs le législateur ou les juges n'emploient pas la notion de vulnérabilité pour qualifier la situation de toutes les victimes d'infractions, mais seulement s'agissant de certaines victimes.

La vulnérabilité de la victime. Ainsi, le législateur pénal recourt à la notion de vulnérabilité pour qualifier, parmi les victimes d'infractions, celles qui présentent une faiblesse, non pas concomitante ou consécutive à la commission de l'infraction (ce qui reviendrait à appliquer le terme à toutes les victimes d'infractions), mais préexistante à la commission de l'infraction. L'état de vulnérabilité doit être préexistant à la commission des faits. Les personnes qualifiées de vulnérables par le législateur pénal sont celles qui, en raison d'une qualité propre de faiblesse, présentent plus de difficultés à faire face à une menace externe[3]. Autrement dit, il s'agit de personnes qu'il convient de protéger.

---

1 Maîtresse de conférences, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

2 « Vulnérable », in Dictionnaire de l'Académie française, 8e éd., [En ligne], site de l'Académie française, [http://www.academie-francaise.fr/] (page consultée le 28 avril 2022).

3 Dans un ouvrage intitulé, *Fragilité*, le philosophe Jean-Louis Chrétien opère une distinction entre la fragilité et la vulnérabilité : « Est fragile ce qui peut se briser. […] On peut se briser de soi-même, et non par un choc ou une agression venant d'ailleurs. C'est une différence notable au regard de la vulnérabilité, souvent confondue avec la fragilité, et aujourd'hui très à la mode, car est vulnérable ce qui peut être blessé, ce qui suppose une atteinte venant de l'extérieur » ; J.-L. Chrétien, *Fragilité*, Les éditions de minuit, 2018, p. 8-9.

Le législateur pénal va alors, dans une démarche préventive, qui passe par une accentuation de l'effet dissuasif de la peine, mais aussi dans une volonté de mettre l'accent sur la réprobation de la société, sanctionner celui qui aura exploité cette vulnérabilité pour parvenir à ses fins. Comme l'ont récemment rappelé les juges du droit, la volonté du législateur est d'instaurer une protection accrue des personnes vulnérables[4]. Le législateur réprime alors ou aggrave la répression de celui qui aura exploité un rapport interpersonnel déséquilibré pour commettre son méfait, celui qui s'est attaqué à ceux qui ont plus spécifiquement besoin d'être protégés[5]. La vulnérabilité de la victime a alors un effet répressif, incriminant ou aggravant[6] ; soit parce qu'elle correspond à un élément constitutif ou une condition préalable d'une infraction, soit parce qu'elle constitue une circonstance aggravante d'une infraction.

La vulnérabilité condition préalable ou élément constitutif de l'infraction. Ainsi, l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne d'une particulière vulnérabilité, prévue à l'article 223-15-2 du CP, ou encore l'infraction de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante, prévue à l'article 225-13 du CP[7], commandent, pour être caractérisées, que soit établie la vulnérabilité de la victime. La vulnérabilité de la victime est ici une condition préalable à la constitution de l'infraction[8] (ce qui signifie que si la personne n'est pas vulnérable il n'y a pas d'infraction possible). Il en va également ainsi, s'agissant du délit de traite d'être humain, prévu à l'article 225-4-1 du CP, pour lequel la vulnérabilité de la victime correspond à un élément constitutif de l'infraction (art. 225-4-1, 3° du CP) (ici l'infraction peut également être constituée dans d'autres cas de figure en dehors de la vulnérabilité de la victime).

La vulnérabilité circonstance aggravante de l'infraction. Le législateur fait également de la vulnérabilité de la victime une circonstance aggravante possible d'une infraction. Tel est le cas pour les infractions de viol (art. 222-24, 3° et 3°*bis*), d'agressions sexuelles (art. 222-29), de violences

4 Voir Cass. crim., 8 mars 2023, n° 22-84.651.

5 Cette réflexion nous conduit à préciser que, conformément à la méthode déterminée pour la présente recherche, consistant, dans un premier temps, à effectuer une recherche par mots-clés, ne seront ici pas étudiées les éventuelles décisions relatives aux incriminations dans lesquelles le législateur use de la périphrase de « personne qui n'est pas en mesure de se protéger », sauf à ce que les juges du droit emploient spontanément les termes « vulnérable(s) » ou « vulnérabilité(s) ». Il en va ainsi de l'infraction de délaissement d'une personne hors d'état de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique (art ; 223-3 du CP), de l'infraction de non-dénonciation de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, prévue à l'article 434-3 du CP ou encore de la levée du secret professionnel visée à l'article 226-14 du CP.

6 A. Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 32.

7 Sont également concernées les infractions de soumission de personnes vulnérables à des conditions d'hébergement ou de travail indignes (art. 225-14 du CP) et de réduction en servitude (art. 225-14-1 du CP).

8 Bien que caractérisée, la vulnérabilité reste insuffisante à dire l'infraction constituée. Les autres éléments constitutifs de l'infraction doivent être caractérisés. S'agissant par exemple du délit de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante, la Cour de cassation confirme, dans une décision du 10 mars 2020, n° 19-80.768, qu'il faut établir d'une part l'état de vulnérabilité et d'autre part l'insuffisance de la rémunération, soit les deux éléments constitutifs de l'infraction. L'état de vulnérabilité et le fait d'exploiter cet état en confiant des tâches non adaptées à son handicap est insuffisant pour caractériser ce délit. Il faut établir l'insuffisance ou l'inexistence de la rétribution. Tel était le cas en l'espèce.

(art. 222-8, 2° ; 222-10, 2° ; 222-12, 2° ; 222-13, 2° et 222-14), de meurtre (art. 221-4, 3°), de vol (art. 311-5, 2°), d'escroquerie (art. 313-2, 4°)…[9] Là encore, il convient, pour retenir la circonstance aggravante, dès lors qu'elle est prévue pour l'infraction donnée par le législateur[10], démontrer la vulnérabilité de la victime. À défaut, la vulnérabilité de la victime restera sans effet.

Le législateur visant ici la vulnérabilité de la victime d'une infraction, c'est donc de la vulnérabilité de la victime dont il est question en premier lieu dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Sur la période comprise entre le 1er janvier 2010 et le 10 mai 2023, on dénombre près de 570 décisions comportant au moins l'un des termes de la recherche. Parmi ces 570 décisions, 99 sont intéressantes pour notre recherche dans la mesure où la notion de vulnérabilité est en lien avec la question de droit. Pour le reste des décisions, l'un des termes au moins est cité, mais seulement au titre de rappel de la prévention, alors que la question de droit porte sur autre chose, ou parce que la question de la vulnérabilité n'est pas directement en cause (c'est un autre élément constitutif de l'infraction qui l'est) ou parce que le pourvoi porte sur la peine prononcée. Concernant les décisions dites « intéressantes », 87 d'entre elles concernent la vulnérabilité de la victime de l'infraction. Cette large prédominance de décisions faisant référence à la vulnérabilité de la victime est logiquement liée à l'emploi de ce terme par le législateur, le juge employant rarement de manière spontanée ces termes, hormis lorsqu'il associe minorité et vulnérabilité[11] ou lorsqu'il résume la périphrase « une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse »[12].

La vulnérabilité de l'auteur de l'infraction. L'examen des décisions comportant au moins l'un des termes de la recherche a également permis de relever que ce ne sont pas seulement les victimes d'une infraction qui peuvent être vulnérables, mais que l'auteur d'une infraction peut également présenter un tel état. Ainsi, on retrouve, parfois, les termes vulnérabilité ou vulnérable cités en jurisprudence et associés à l'auteur de l'infraction, plus exactement au suspect, à la personne poursuivie ou au condamné. Dans ces rares cas où il est fait référence à la vulnérabilité du suspect, de la personne

9 Sont également concernés : les tortures et actes de barbarie (art. 222-3, 2° et 222-4), l'administration de substances nuisibles, par renvoi aux articles sur les violences (art. 222-15), le harcèlement sexuel (art. 222-33, 3° et 4°), le harcèlement moral (art. 222-33-2-2, 3°), la réduction en esclavage (art. 224-1 C, 2°), la discrimination (art. 225-1), le proxénétisme (art. 225-7, 2°), le recours à la prostitution (225-12-1, al. 2), l'exploitation de la mendicité (art. 225-12-6, 2°) ; l'exploitation de la vente à la sauvette (art. 225-12-9, 2°), le bizutage (art. 225-16-2), le voyeurisme (art. 226-3-1, 3°), l'extorsion (art. 312-2,2°), l'abus de confiance (art. 314-2, 4°), les destructions, dégradations et détériorations d'un bien appartenant à autrui (art. 322-3, 2°), les entraves à la saisine de la justice (art. 434-3), l'outrage sexiste (art. 621-1, 3° et 4°).

10 La vulnérabilité de la victime n'est pas une circonstance aggravante générale. Il faut donc qu'elle soit expressément prévue par la loi pour l'infraction reprochée pour que le juge puisse la prendre en compte, conformément au principe de la légalité criminelle. Partant, y échappent ainsi certaines infractions pour lesquelles elle trouverait pourtant sa place, par exemple l'enlèvement et la séquestration ou la provocation au suicide.

11 Voir *infra*.

12 Parmi les rares cas dans lesquels les juges emploient spontanément le terme vulnérabilité, on peut citer la décision du 14 avril 2021, n° 20-81.196. Tant les juges du fond que les juges du droit emploient spontanément le terme vulnérabilité pour résumer la périphrase contenue à l'article 434-3 du Code pénal qui incrimine la non-dénonciation aux autorités judiciaires ou administratives de mauvais traitements ou agressions ou atteintes sexuelles commis sur « un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse ». Voir également, Cass. crim., 19 juin 2019, n° 18-84.629, s'agissant du crime de délaissement de personne hors d'état de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique.

poursuivie ou du condamné, soit 12 décisions sur les 99 décisions dites « intéressantes », la mobilisation de la notion n'est pas le fait des juges du droit, le législateur n'employant pas la notion pour ces personnes. La référence à la notion de vulnérabilité est le fait soit des parties à l'instance, soit des juges du fond, les juges du droit ne faisant alors que reprendre la terminologie contenue dans les moyens du pourvoi ou la motivation de la décision attaquée.

Annonce. Ainsi, si la prise en compte de la vulnérabilité de la victime se fait de manière explicite par les juges en raison de la consécration légale de cette notion et est prédominante dans la jurisprudence de la chambre criminelle (**I**), l'étude des décisions rendues au cours de la période étudiée nous conduit à observer une prise en compte « en creux », par une référence plus implicite et beaucoup plus rare à la notion de la vulnérabilité non plus de la victime, mais de « l'auteur de l'infraction » (plus exactement du suspect, de la personne poursuivie, du condamné) (**II**).

I. La prédominance de la vulnérabilité de la victime d'une infraction dans la jurisprudence de la chambre criminelle

La vulnérabilité de la victime prise en compte au titre du droit pénal spécial : un potentiel effet répressif. La vulnérabilité de la victime est celle dont il est principalement question dans la jurisprudence de la chambre criminelle. Comme indiqué dans l'introduction, cette prédominance de la vulnérabilité de la victime s'explique par le fait que la vulnérabilité de la victime est prise en compte par le législateur, soit parce qu'il en a fait un élément constitutif ou une condition préalable d'une infraction, soit parce qu'il l'a érigée en tant que circonstance aggravante d'une infraction. Partant, la vulnérabilité de la victime a un effet répressif, incriminant ou aggravant. C'est la raison pour laquelle cette vulnérabilité va devoir être caractérisée, prouvée pour que les juges puissent entrer en voie de condamnation. À défaut, l'effet répressif ne peut opérer.

La nécessaire démonstration de la vulnérabilité de la victime : la preuve. Dans les différents cas de figure, la preuve de la vulnérabilité de la victime est alors essentielle. À défaut de caractérisation de la vulnérabilité de la victime, soit l'auteur des faits ne pourra pas être condamné de ce chef, l'infraction n'étant pas constituée, soit la répression de l'auteur des faits ne pourra pas être aggravée, faute de pouvoir caractériser la circonstance aggravante.

Tel est le cas en matière d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne d'une particulière vulnérabilité, prévue à l'article 223-15-2 du CP, ou encore en matière de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante, prévue à l'article 225-13 du CP. Ces infractions commandent, pour être caractérisées, que soit établie la vulnérabilité de la victime. Si la vulnérabilité (préexistante) de la victime n'est pas établie, l'infraction n'est pas constituée.

De même, lorsque le législateur fait de la vulnérabilité de la victime une circonstance aggravante d'une infraction, il est nécessaire, pour retenir la circonstance aggravante, de démontrer la vulnérabilité de la victime. Il convient de préciser, en complément, que la vulnérabilité de la victime n'est pas

une circonstance aggravante générale, c'est-à-dire s'appliquant à toutes les infractions. Ce type de circonstances aggravantes existent, tels la récidive, l'usage d'un moyen de cryptologie ou le motif raciste ou sexiste,[13] mais ce n'est pas le cas s'agissant de la vulnérabilité de la victime. Partant, il faut que cette circonstance aggravante soit prévue par le législateur pour l'infraction donnée. À défaut, la vulnérabilité de la victime restera sans effet.

C'est donc la preuve de la vulnérabilité de la victime qui est au cœur de la démonstration.

Il s'agit alors d'une situation de faits qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges du droit se bornent, pour leur part, à vérifier que la motivation des juges du fond est exempte d'insuffisance comme de contradiction.

Un état de vulnérabilité insuffisant à produire un effet préventif. Pour que la vulnérabilité soit prise en compte, le juge doit établir *in concreto* l'état de vulnérabilité de la victime. Mais, l'effet répressif que le législateur a prévu n'est pas expressément dû à l'état de vulnérabilité de la victime, mais davantage au fait que l'auteur de l'infraction a exploité cet état de vulnérabilité. Dès lors, pour que l'effet répressif se produise, il convient non seulement d'établir l'état ou la situation de vulnérabilité de la victime, mais aussi le fait qu'elle était apparente ou connue de l'auteur et son lien avec l'infraction, l'ayant permise ou facilitée. Le seul constat de l'état de vulnérabilité de la victime ne suffit pas à produire un effet répressif. On comprend alors que ce n'est pas la vulnérabilité en tant que telle qui est une cause de répression ou d'aggravation de la répression, mais son exploitation par l'auteur de l'infraction.

Ainsi, la vulnérabilité ne produit un effet répressif que s'il est rapporté : la preuve de l'état ou de la situation de vulnérabilité, la preuve de la connaissance de cet état par l'auteur de l'infraction et l'exploitation de cet état par l'auteur de l'infraction.

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence de la chambre criminelle, que les juges du droit, par leur contrôle de la motivation des juges du fond, confirment un haut degré d'exigence pour caractériser non seulement la vulnérabilité de la victime (**A**), mais également la connaissance et l'exploitation par l'auteur de cette vulnérabilité (**B**).

A. L'établissement de la preuve de la vulnérabilité de la victime

La caractérisation de la vulnérabilité de la victime. La vulnérabilité de la victime n'est que très rarement présumée. Il convient donc de la démonter. La charge de la preuve pèse sur le ministère public (**1**). Ce dernier doit apporter des éléments permettant de caractériser l'état ou la situation de vulnérabilité de la victime (**2**).

---

13 Une circonstance aggravante est dite générale lorsqu'il n'est besoin d'aucun texte d'incrimination particulier pour que les peines encourues soient aggravées. La principale circonstance aggravante générale connue par notre droit est la récidive. Le Code pénal prévoit également l'utilisation d'un moyen de cryptologie comme circonstance aggravante générale. Les peines seront aggravées lorsque l'auteur d'un crime ou d'un délit aura utilisé un tel moyen pour préparer ou commettre ses actes délictueux. Depuis la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 dite Égalité et citoyenneté, le motif raciste ou sexuel des crimes et délits est également devenu, sauf exceptions limitativement énumérées, une circonstance aggravante générale (art. 132-76 et 132-77 du CP).

1. *La charge de la preuve de la vulnérabilité de la victime*

La charge de la preuve pesant sur le ministère public. Comme cela est le cas en règle générale en matière pénale, la charge de la preuve pèse sur l'autorité de poursuite : le ministère public. Celui-ci doit prouver, caractériser l'état de vulnérabilité de la victime et ce, y compris lorsque la victime est placée sous une mesure de protection civile.

La nécessaire preuve de la vulnérabilité y compris en présence d'une victime placée sous une mesure de protection civile. En effet, il convient de relever que le fait qu'une personne soit placée sous un régime de protection civile ne fait pas automatiquement de celle-ci une personne vulnérable et, inversement, ne l'exclut pas automatiquement de la catégorie des personnes vulnérables, sous prétexte qu'elle bénéficie d'une protection. En ce sens, dans une décision du 15 juin 2010 n° 09-83.185, les juges du droit ont approuvé la décision de juges du fond ayant déclaré le prévenu coupable des chefs de délits de conditions de travail et d'hébergement indignes, d'obtention de services non rétribués d'une personne vulnérable ou en état de dépendance et de violences habituelles sur une personne particulièrement vulnérable, pour des faits commis à l'égard d'une personne dont l'état de vulnérabilité ou de dépendance était, au-delà de son placement sous un régime de protection (en l'occurrence sous tutelle), caractérisé « tant par l'expertise psychiatrique qui révèle (relevait) notamment son état de domination que par la constatation de son incapacité à dénoncer les conditions qu'il (elle) a (avait) subies pendant de nombreuses années ».

Il est intéressant de noter que le demandeur au pourvoi soutenait que le droit des incapacités avait pour objet la protection de ses destinataires et que, par conséquent, la victime, étant placée sous un régime de tutelle, bénéficiait d'une protection. Partant, elle ne pouvait pas, selon le pourvoi, être considérée comme une personne vulnérable ou dépendante puisque placée sous la protection de son tuteur. Telle n'est pas la lecture faite par les juges de la chambre criminelle (et les juges du fond). Comme indiqué précédemment, le fait qu'une personne soit placée sous un régime de protection civile ne fait pas automatiquement de celle-ci une personne vulnérable et, inversement, ne l'exclut pas automatiquement de la catégorie des personnes vulnérables, sous prétexte qu'elle bénéficie d'une protection.

Les rares cas de présomptions de vulnérabilité. Si la vulnérabilité de la victime n'est pas, en principe, présumée, il existe cependant de rares cas de présomptions légales de vulnérabilité. C'est le cas pour la victime mineure ou encore pour les personnes qui ont été victimes de certaines infractions[14] « à leur arrivée sur le territoire français », aux termes de l'article 225-15-1 du CPP.

14 À savoir les infractions de soumission d'une personne, vulnérable ou en état de dépendance, à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, du travail forcé et de la réduction en servitude.

Une présomption de vulnérabilité innomée : la minorité. La minorité, bien qu'elle ne soit pas expressément nommée comme un état de vulnérabilité, peut être vue comme une vulnérabilité « innomée »[15]. La minorité produit en effet les mêmes effets, incriminant ou aggravant, que la vulnérabilité des majeurs. On peut alors soutenir que la minorité constitue un cas de présomption de vulnérabilité. Le seul constat de l'âge suffit à présumer de la vulnérabilité de la personne[16]. Cette présomption de vulnérabilité résulte de la prise en compte (non nommée) de l'incapacité du mineur à se protéger soi-même sur un plan physique, psychique, mais aussi économique et social. Cela étant, si à cette vulnérabilité « innomée » qu'est la minorité s'ajoute une autre cause de vulnérabilité, cette dernière devra, quant à elle, être prouvée.

Une présomption de vulnérabilité nommée : les personnes à leur arrivée sur le territoire français. S'agissant de la présomption de vulnérabilité prévue à l'article 225-15-1 du CP, il convient, au préalable de rappeler les termes du législateur : « Pour l'application des articles 225-13 à 225-14-2, les mineurs ou les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance ». Il y a ici une présomption de vulnérabilité qui vise, outre les mineurs, les étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français (c'est ce qui ressort des travaux parlementaires et de la jurisprudence)[17], même si le législateur ne le dit pas expressément et préfère utiliser une périphrase « à leur arrivée sur le territoire français »[18].

On notera d'ailleurs qu'une QPC a été formulée à l'encontre des dispositions de cet article, à savoir : « Les dispositions de l'article 225-15-1 du Code pénal, issues de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, qui posent une présomption légale de vulnérabilité ou de dépendance, pour l'application des articles 225-13 et 225-14 du même code, à l'égard des mineurs et des "personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français" portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et plus exactement aux principes constitutionnels de légalité et de prévisibilité de la loi garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ? ». Les juges du droit refusèrent de renvoyer la question, estimant que celle-ci ne présentait pas un caractère sérieux, « dès lors que les notions de minorité et d'arrivée sur le territoire français sont suffisamment claires et précises pour que leur interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, s'effectue sans risque d'arbitraire »[19].

---

15 Nous empruntons ici l'expression de M^me^ A. Cerf-Hollender, in « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 32. Cette expression nous semble intéressante au regard de notre méthodologie de recherche par « mots-clés ».

16 L'âge est un élément factuel indiscutable. Autrement dit, une fois constaté, l'âge n'est pas soumis à discussion. Il n'y a pas lieu de démontrer que l'auteur connaissait l'âge de la victime. Le constat de l'âge entraîne automatiquement les conséquences légales qui s'y attachent.

17 Voir entre autres, Cass. crim., 20 novembre 2013, n° 12-83.938.

18 La périphrase employée semble en réalité viser les étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français, même si le législateur ne le dit pas expressément (certainement parce que ces personnes se trouvent être également, compte tenu de leur situation, des délinquants).

19 Cass. crim., 9 janvier 2013, 12-82.627.

Ainsi, lorsque la victime d'une des infractions prévues aux articles 225-13 à 225-14-2 du CP, à savoir les infractions de soumission d'une personne, vulnérable ou en état de dépendance, à une rétribution inexistante ou insuffisante de son travail ou à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, ou à un travail forcé ou réduite en servitude, la vulnérabilité de cette dernière ou son état de dépendance est présumé dès lors qu'il s'agit d'une personne soumise à ces conditions dès son arrivée sur le territoire français de manière irrégulièrement. Pour cette catégorie de personnes, il n'est pas nécessaire d'établir la vulnérabilité (qui est pour ces infractions une condition préalable à caractériser en principe) *in concreto* (à noter qu'à la suite de l'analyse des décisions de la chambre criminelle on remarque peu l'effet de cette présomption dans la mesure où l'auteur de telles infractions est, dans bon nombre de cas, également poursuivi du chef d'autres infractions, telles la traite d'être humain, pour lesquelles la vulnérabilité de la victime doit être caractérisée ou encore parce que l'exposé des faits démontre cette vulnérabilité[20], ou enfin parce qu'il a également été poursuivi et reconnu coupable, à l'encontre de la même victime, des chefs d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France[21]).

Dès lors, à l'instar de la minorité qui présume de la vulnérabilité de la personne, une fois démontrée que la personne a été soumise à de telles conditions de travail ou d'hébergement à son arrivée sur le territoire français, il n'est pas nécessaire de prouver sa vulnérabilité, celle-ci est présumée.

Dans les autres cas, qui constituent la grande majorité des situations, la vulnérabilité va devoir être prouvée. La preuve de la vulnérabilité de la personne se fait au moyen de rapports d'expertises, de témoignages, au regard de la situation factuelle, du contexte. Pour ce faire, la juridiction peut se fonder sur une expertise médicale, ou seulement sur les éléments de l'enquête, les attestations des proches et de l'entourage, même si elles vont à l'encontre du rapport de l'expert[22].

2. La démonstration de l'existence de facteurs de vulnérabilité de la victime

L'identification de facteurs de vulnérabilité à défaut de définition de la vulnérabilité. La vulnérabilité ne fait pas l'objet d'une définition juridique, ni de la part du législateur, ni de la part des juges. Elle apparaît comme un concept flou, un « mot-valise »[23] ou encore un « concept polymorphe »[24]. Cela étant, la vulnérabilité de la victime devant être prouvée, sans pouvoir établir une liste exhaustive, certains facteurs de vulnérabilité sont identifiables.

---

20 Cass. crim., 2 mai 2018, n° 17-82.727.

21 Cass. crim., 10 décembre 2014, n° 13-86.260.

22 Cass. crim., 2 avr. 2014, n° 13-81.708.

23 J.-P. Pierron, « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 570.

24 F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 619-630.

De manière assez classique, il nous serait possible de distinguer entre les facteurs physiques ou psychiques et les facteurs économiques et sociaux. Toutefois, il nous semble intéressant de distinguer entre les cas de figure dans lesquels des facteurs de vulnérabilité sont expressément visés par le législateur (**a**) des cas dans lesquels aucun facteur n'est énoncé (**b**).

a. L'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité

Les facteurs de vulnérabilité. Dans la plupart des cas, que la vulnérabilité de la victime soit une condition préalable, un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'infraction, le législateur énumère des facteurs[25] de vulnérabilité. Selon la formule la plus fréquente, commune à la plupart des textes, la vulnérabilité de la victime peut être « due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »[26]. On trouve parfois des variantes dans la formulation. L'article 225-12-1 du Code pénal, incriminant le recours à la prostitution, vise « la vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ». Ces facteurs sont parfois qualifiés par la doctrine d'endogènes, de personnels, d'intrinsèques, de structurels.

Depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, un autre facteur de vulnérabilité a été institué : celui de la précarité économique ou sociale de la victime. Repris ensuite par la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016, visant à lutter contre les discriminations à raison de la précarité sociale, puis par la loi la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, cette cause de vulnérabilité est constitutive d'une circonstance aggravante de certaines infractions[27], tels le viol (art. 222-24, 3°*bis* du CP), les agressions sexuelles (art. 222-29 du CP), le harcèlement sexuel (art. 222-33, III, 4° du CP) et l'outrage sexiste (art. 621-1, III, 4° du CP). Ainsi, en matière de viol, le législateur a ajouté à la liste des circonstances aggravantes prévues à l'article un alinéa 3°*bis* aux termes duquel il est prévu que constitue une circonstance aggravante le viol commis « sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de l'auteur »[28]. Ce facteur de vulnérabilité est alors qualifié par la doctrine d'exogène, réel, conjoncturel, contextuel.

La précarité est donc envisagée comme étant un facteur de vulnérabilité, tout comme l'âge, la maladie, l'infirmité ou encore l'état de grossesse[29]. Le législateur cherche ici, par cette expression, à protéger les plus pauvres. Ce facteur permet d'étendre le champ de la vulnérabilité économique et sociale au-delà de son contexte initial, qui la limitait à celui du travail et du logement.

---

25 On utilisera ce terme dans la mesure où le législateur indique que la vulnérabilité est « due à ».

26 Voir infraction l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse ou encore au 3° de l'article 221-4 du CP listant les circonstances aggravantes du meurtre.

27 Cette circonstance aggravante pourrait dans le futur être étendue à d'autres infractions, notamment le harcèlement moral.

28 Cet alinéa 3°bis vient ainsi compléter la liste des critères permettant de caractériser la vulnérabilité de la victime, le 3° prévoyant déjà que constitue une circonstance aggravante le viol commis « sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur ».

29 Ces facteurs de vulnérabilité peuvent être temporaires ou passagers (minorité, état de grossesse, détention) ou définitifs (vieillesse ou l'infirmité).

Le caractère alternatif des facteurs de vulnérabilité. Les facteurs de vulnérabilité, alors énoncés, sont alternatifs.

Tel est le cas du « grand » âge (qui n'est légalement fixé numériquement). Le « grand » âge peut suffire à rendre vulnérable, sans qu'il soit besoin d'établir en outre une altération des facultés mentales ou physiques de la victime[30]. Cela étant, à la différence de la minorité, le « grand » âge n'est pas présumé être une cause de vulnérabilité. Dès lors, si l'âge peut être un critère suffisant il n'est pas toujours un critère déterminant[31]. Parfois, malgré le « grand âge », la particulière vulnérabilité de la victime ne sera caractérisée que s'il est démontré l'existence d'autres facteurs de vulnérabilité.

Bien entendu, rien n'interdit de relever chez une même personne plusieurs facteurs de vulnérabilité : le « grand » âge conjugué à la déficience psychique par exemple. Tel est le cas dans une décision du 16 janvier 2019, n° 17-86.162 s'agissant d'une « victime, âgée de 92 ans, dont la vulnérabilité était évidente, ainsi que les troubles neurologiques apparus à la suite d'un accident cérébral survenu en septembre 2011 la mettant dans une dépendance psychologique totale à l'égard de son conseiller ». Dans une décision du 15 décembre 2021, n° 21-82.01, les juges font état d'un rapport d'expertise présentant la victime comme « très vulnérable en raison de son âge et d'un important sentiment de solitude ». Ainsi, une même personne peut souffrir de plusieurs caractères de vulnérabilité[32]. L'approche probatoire d'un état de vulnérabilité en sera facilitée. L'analyse des décisions rendues par la chambre criminelle permet de constater que les juges font état de plusieurs facteurs de vulnérabilité[33]. Cela étant, ce cumul des facteurs de vulnérabilité n'est pas exigé du législateur. Un seul d'entre eux peut suffire à caractériser l'état de vulnérabilité de la victime et le cas échéant, les juges n'hésitent pas à le rappeler. Tel fut le cas dans une décision du 11 juillet 2017. Les juges du droit cassèrent la décision des juges du fond qui exigeaient la preuve d'une altération des facultés mentales pour dire la vulnérabilité d'une personne âgée caractérisée alors qu'un état de vulnérabilité peut être caractérisé en raison du grand âge sans qu'il soit nécessaire, rappellent les juges du droit, de rapporter la preuve d'une altération des facultés mentales de cette personne[34].

L'appréciation des facteurs de vulnérabilité. En outre, bien que la loi pénale soit d'interprétation stricte[35], les facteurs de vulnérabilité sont formulés de telle façon qu'ils offrent au juge une large marge d'appréciation.

30 Cass. crim., 11 juill. 2017, n° 17-80421, à propos de l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

31 Voir entre autres, Cass. crim, 27 novembre 2019, n° 18-87.082 ; Cass. crim., 12 juin 2019, n° 18-83.396 ; Cass. crim., 9 août 2017, n° 17-83.063.

32 La doctrine parle alors de « multi-vulnérabilités », d'« hyper-vulnérabilité », d'« hyper-vulnérabilité », de « vulnérabilité aggravée » ou de « sur-vulnérabilités ». Voir F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 622.

33 Voir entre autres, Cass. crim., 23 mars 2021, n° 19-87.075.

34 Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.421 : « Attendu que, pour infirmer le jugement, l'arrêt énonce qu'il ne résulte ni de l'expertise psychiatrique, ni du témoignage du fils de la victime, que celle-ci souffrait d'une détérioration mentale au moment des faits ; Mais attendu qu'en exigeant la preuve d'une altération des facultés mentales de la victime, la cour d'appel a méconnu l'article susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

35 En ce sens, le juge ne pourrait pas retenir un critère non prévu par le législateur, lorsque le législateur liste les critères de vulnérabilité (le législateur listant les critères de vulnérabilité n'emploie pas l'adverbe « notamment »).

Ainsi, aucun seuil d'âge particulier n'est fixé, la vulnérabilité pouvant alors tenir au grand âge comme au jeune âge, sous réserve des textes spécifiques aux mineurs. Aucune maladie, infirmité ou déficience particulière n'étant visée, toutes peuvent être prises en compte, qu'elles soient d'ordre physique ou psychique, définitives ou temporaires[36], liées à un handicap[37] ou à l'état d'ivresse de la victime[38]. La jurisprudence retient aussi parfois comme cause de vulnérabilité, élément constitutif du délit d'abus de faiblesse, l'isolement de la victime, sa solitude affective, du fait notamment de conflits familiaux[39], ou à la suite de la perte d'un proche[40] ou au regard de la fragilité de caractère de la victime âgée de 22 ans.

L'exigence des juges dans la démonstration de l'état de vulnérabilité. Les tribunaux, sous le contrôle de la Cour de cassation, se montrent exigeants à propos de cette condition de vulnérabilité comme le démontre, notamment, une décision du 2 décembre 2020, n° 19-83.401.

Dans cette décision, les juges du droit se rangent derrière l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont estimé qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments pour établir que la présumée victime ne disposait pas de toutes ses facultés intellectuelles au moment des faits litigieux. En l'espèce, l'employée d'une personne âgée de 90 ans était poursuivie pour lui avoir fait établir une procuration bancaire et une assurance-vie à son profit. Il lui était également reproché d'avoir fait modifier le testament de la vieille dame à son avantage. En l'absence d'expertise médicale, la cour d'appel a observé que les témoignages de son entourage relatifs à l'état de santé de la personne âgée étaient contradictoires, même si certains constataient une quasi-cécité, des rhumatismes et des troubles de la mémoire. La cour d'appel a relaxé l'employée, jugeant que l'état de vulnérabilité de la personne âgée n'était pas avéré.

Si les juges du fond se montrent exigeants s'agissant de la caractérisation de l'état de vulnérabilité, les juges du droit ne manquent pas de rappeler qu'il entre dans l'office du juge de répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties, notamment lorsque l'une d'elles fait valoir un état ou une situation de vulnérabilité. Dès lors, on peut relever certaines décisions dans lesquelles les juges du droit ont cassé les arrêts rendus par les juridictions du fond ne comportant pas les motifs propres à justifier la décision et à répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ou aux chefs péremptoires des conclusions des parties. Rappelant que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence, les juges du droit censurent la décision des juges du fond aux motifs, par exemple, que « sans répondre aux articulations essentielles du mémoire qui faisait valoir que le plaignant était en situation de faiblesse, que la personne désignée dans la plainte en avait profité en connaissance de cause et qu'elle avait bénéficié de la remise de substantielles sommes d'argent, disproportionnées au regard des revenus du plaignant, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision »[41].

---

36 Par ex. pour des troubles bipolaires : Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 12-87558.

37 Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-80.081.

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

39 Cass. crim., 17 oct. 2018, n° 17-87048.

40 Cass. crim., 1er avr. 2014, n° 13-83179.

41 Cass. crim., 10 janvier 2023, n° 22-82.712. Voir également, entre autres, Cass. crim., 10 janvier 2023, n° 22-81.700 ; Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-84.273.

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

L'absence de facteurs identifiés de vulnérabilité. S'agissant de la vulnérabilité visée en matière de délits liés aux conditions de travail et d'hébergement (les infractions prévues aux articles 225-13, 225-14[42] et 225-14-2 du CP), le législateur n'apporte ni définition de la notion, ni aucune précision quant aux critères permettant de caractériser cette vulnérabilité. Cette absence de définition (probablement renforcée par l'absence de critères d'identification) a conduit, dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 225-13 du CP, à la formulation d'une QPC.

Refus de transmission de la QPC. Le requérant soutenait qu'en l'absence de définition de l'état de vulnérabilité ou de dépendance visé à l'article 225-13 du CP, concernant l'infraction consistant en une rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante[43], cette disposition était contraire au principe de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi. Si effectivement, le législateur ne formule aucune définition, ni ne mentionne d'ailleurs de critères de vulnérabilité, les juges du droit refusèrent pourtant de renvoyer la question aux juges constitutionnels estimant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux dès lors que : « l'état de vulnérabilité ou de dépendance, qui doit être apparent ou connu de l'auteur, et sur lequel les juges doivent s'expliquer, a une portée déterminée par les autres éléments constitutifs de l'infraction dont il contribue à délimiter le champ d'application ; qu'en conséquence, l'article 225-13 du Code pénal est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire »[44]. Il entre alors dans l'office du juge pénal d'interpréter, au regard des autres éléments constitutifs de l'infraction, la notion de vulnérabilité.

La notion de vulnérabilité et les autres éléments constitutifs des infractions. Compte tenu des infractions concernées (à savoir les délits liés aux conditions de travail et d'hébergement), la victime est bien souvent dépendante (de manière objective) de l'auteur, en raison d'un lien de type contractuel, de droit ou de fait. Les victimes sont en effet soit des travailleurs, soit des locataires ou des personnes hébergées. Or, il convient de prendre garde à distinguer la dépendance objective de la vulnérabilité de la victime. En ce qui concerne les travailleurs, ils sont tous juridiquement dépendants de leur employeur, le contrat de travail créant un lien de subordination entre eux, mais ils ne sont pas tous nécessairement vulnérables pour autant au sens du Code pénal. Il est donc indispensable que le juge recherche, au-delà de cette dépendance objective, des éléments concrets de vulnérabilité (sous-entendu qui font que la victime ne peut pas renoncer, revenir sur ce lien de dépendance objective). Il faut opérer le même constat s'agissant des infractions liées au logement : le fait d'être locataire ne

42 Ces délits sont généralement en concours avec des contraventions du Code du travail (non-respect du SMIC, de la durée du travail et des congés), mais s'en distinguent par la prise en compte de la vulnérabilité ou de la dépendance du travailleur.

43 Dans la mesure où le législateur vise, au titre de la condition préalable à la constitution de l'infraction, « la vulnérabilité ou l'état de dépendance » de la victime, la question pouvait se poser de savoir si la vulnérabilité se distingue de l'état de dépendance ou si l'état de dépendance correspond à une simple variante de la vulnérabilité. À l'analyse de la jurisprudence, il semble que les deux termes soient assimilés. En ce sens, un travailleur peut être qualifié de vulnérable à l'égard de celui qui l'emploie, alors que le lien les unissant est un lien de dépendance (Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-80.914).

44 Cass. Crim., 25 janvier 2017, n° 16-83.186.

rend pas *ipso facto* vulnérable, mais le locataire peut le devenir dès lors qu'il est dans une situation financière précaire, notamment s'il ne travaille qu'à temps partiel, en CDD, d'autant plus s'il s'agit d'une mère célibataire[45]. À l'examen de la jurisprudence, on constate que c'est alors la réunion de plusieurs éléments factuels (un faisceau d'indices convergents) qui permettra de caractériser la vulnérabilité des personnes. On trouve, entre autres, l'état de santé physique et/ou mentale, le handicap, l'âge, le caractère irrégulier de la situation administrative de la personne, l'éloignement géographique de sa famille, de son pays d'origine, la situation de précarité économique, sociale ou encore familiale…

L'établissement d'un faisceau d'indices concordants pour dire la vulnérabilité caractérisée. Ainsi, pour dire la condition préalable de vulnérabilité de la victime constituée s'agissant du délit de soumission de personne vulnérable ou dépendante à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, les juges retiennent, par exemple, que les personnes victimes sont des travailleurs étrangers (polonais), certes en situation régulière, mais se trouvant dans une situation de contrainte morale et économique. En ce sens les juges soulignent que ces vendangeurs polonais étaient en situation de fragilité économique compte tenu de la situation de l'emploi et du niveau des salaires en Pologne, du fait qu'ils ne parlaient pas français, qu'ils se trouvaient très éloignés de leur domicile, sans moyen d'y retourner avant la fin des vendanges et qu'ils n'avaient pas d'autre solution d'hébergement[46]. Sera également considéré comme vulnérable et dans un état de dépendance, le salarié qui n'a pas de qualification et au regard de la situation particulièrement difficile de l'emploi dans le secteur concerné. Il en sera de même des salariés sans qualification, qui sont éloignés de leur pays d'origine et de leur famille, qui ne maîtrisent pas la langue française et n'ont pas d'autorisation de travail en France[47]. Les juges du droit approuvent également la décision des juges du fond ayant conclu à la vulnérabilité de la victime du délit de rétribution inexistante ou insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante[48], après avoir relevé que celle-ci ne savait « ni lire, ni écrire, ni compter, et présentait, aux termes d'un rapport d'expertise, une déficience mentale moyenne, entraînant une incapacité à se défendre et à se prendre en charge ». Les juges ajoutent que cette situation de dépendance de la victime « a été accrue du fait d'une subordination économique à l'égard du prévenu résultant » d'un prêt d'argent au bénéfice de l'auteur des faits et du fait que le loyer de la chambre occupée sur place par la victime était réglé au moyen de son allocation logement[49]. On trouve également plusieurs décisions relatives à des cas d'« esclavage domestique », notamment à l'égard de jeunes filles étrangères confiées à des tiers pour accomplir des tâches ménagères en échange du gîte et du couvert[50]. Dans le même ordre d'idée, pour déclarer un individu coupable de l'infraction de soumission de plusieurs personnes vulnérables ou dépendantes

---

45 Cass. crim., 14 nov. 2019, n° 18-84565.

46 Cass. crim., 7 avril 2021, n° 19-84.808.

47 Cass. crim., 28 mars 2017, nº 16-80.914.

48 Cette personne effectuait diverses tâches domestiques sans percevoir de rémunération.

49 Cass. crim., 25 avril 2017, n° 16-83.053.

50 Cass. crim., 29 mars 2017, n° 16-83.186 ; Cass. crim., 31 mars 2016, n° 15-82.036 ; Cass. crim., 10 décembre 2014, n° 13-86.206 ; Cass. crim., 11 mars 2011, n° 09-88.575.

à des conditions d'hébergement indignes, les juges vont relever que la condition de vulnérabilité est bien caractérisée par le fait que les victimes étaient en situation irrégulière et n'avaient pas d'autre endroit pour se loger en l'absence de titre de séjour[51].

À l'inverse, les juges du droit ont considéré que c'est à juste titre que les juges du fond ont dit les délits de rétribution insuffisante du travail d'une personne vulnérable ou dépendante et de soumission d'une personne vulnérable ou dépendante à des conditions de travail indignes non constitués, entre autres[52], à défaut de vulnérabilité de la personne qui « se trouvait en France de son plein gré et cherchait à s'y maintenir après avoir pourtant laissé ses quatre enfants à la garde d'un tiers au Brésil »[53] de sorte qu'on ne peut pas considérer la vulnérabilité comme étant caractérisée.

In fine, en matière pénale, on peut constater que la notion a été, au fil de la jurisprudence, dotée d'un noyau dur, mais qu'en l'absence de définition du terme, il reste difficile d'en identifier les contours avec précision. Une chose est certaine, cette vulnérabilité doit être caractérisée pour pouvoir dire, dans un second temps, si l'auteur de l'infraction a bel et bien exploité cette vulnérabilité pour commettre l'infraction.

B. L'exploitation par l'auteur de l'infraction de la vulnérabilité de la victime

La nécessaire connaissance de la vulnérabilité de la victime et la volonté de l'exploiter. Que la vulnérabilité de la victime soit un élément constitutif ou préalable de l'infraction ou qu'elle soit constitutive d'une circonstance aggravante, cette vulnérabilité doit être apparente ou connue de l'auteur des faits. Ce n'est donc pas l'état de vulnérabilité de la victime en tant que tel qui est pris en considération pour fonder la répression, mais la volonté de l'auteur d'exploiter cette vulnérabilité pour commettre l'infraction.

La démonstration de la connaissance de la vulnérabilité de la victime. Là encore, à l'instar de l'état de vulnérabilité, cette connaissance de la vulnérabilité de la victime doit être démontrée. Et là encore, comme il n'y a pas de présomption de vulnérabilité, il n'y a pas de présomption de connaissance de la vulnérabilité d'une personne. Par conséquent, outre l'état de vulnérabilité de la personne, la partie poursuivante doit également prouver que l'auteur des faits avait connaissance de cette vulnérabilité ; soit parce que cette vulnérabilité était apparente (âge, handicap moteur, grossesse…) soit parce qu'elle était connue de lui (état de santé mentale, état de santé physique, ou situation administrative irrégulière…).

Les juges du droit s'assurent que les juges du fond ont bien relevé cette connaissance par l'auteur des faits de l'état de vulnérabilité de la victime, sous peine de censure. Partant, même en présence d'une personne vulnérable, s'il n'est pas démontré que sa vulnérabilité était apparente ou connue de l'auteur des faits, ce dernier ne pourra pas se voir reprocher l'infraction visée ou voir la répression de

51 Cass. crim. 25 janvier 2022, n° 21-81.032.
52 Le caractère insuffisant de la rétribution et le caractère indignes des conditions de travail n'étaient pas établis.
53 Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 18-81.817.

son acte aggravée. Le seul constat du critère de vulnérabilité, âge (sauf minorité), maladie ou autre, ne suffit pas[54], et cela y compris si la victime est un majeur protégé au sens du Code civil, tutélaire ou curatélaire[55].

En ce sens, dans une décision du 2 décembre 2020, n° 20-80.619, les juges du droit ont censuré les juges du fond qui avaient retenu la culpabilité d'une personne pour abus de faiblesse sans avoir préalablement caractérisé la connaissance par le prévenu de l'état de vulnérabilité de la victime. En l'espèce, l'ami d'une femme atteinte de la maladie d'Alzheimer l'avait convaincue de lui signer deux chèques d'un montant total de 10 000 € sur la base d'une fausse reconnaissance de dette. Deux ans plus tard, après le placement sous tutelle de la malade, un signalement était établi et des poursuites pénales engagées à l'encontre de son ami. Les juges du fond ont conclu à la culpabilité de ce dernier, retenant que le prévenu ne pouvait ignorer la sévérité de la maladie de la victime en raison du lien d'amitié qui les unissait. Un argument insuffisant aux yeux de la Cour de cassation : la condamnation à six mois de prison avec sursis est censurée, les Hauts Magistrats reprochant notamment à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé la connaissance par le prévenu de l'état de vulnérabilité de la victime.

De même, dans une décision du 14 novembre 2019, n° 18.84-565, les juges du droit censurent la décision des juges du fond pour avoir reconnu le prévenu coupable de l'infraction de soumission de personne vulnérable ou dépendante à des conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine. Pour dire la vulnérabilité de la victime caractérisée les juges du fond font état de sa vulnérabilité familiale (il s'agissait d'une mère seule d'enfants en bas âge de 2 et 4 ans) et de sa précarité financière. Toutefois, la décision est cassée aux motifs que le prévenu n'avait pas connaissance de cette situation de vulnérabilité dans la mesure où au moment de la conclusion du bail la femme avait indiqué être seule. Le logement (certes insalubre) avait donc été loué pour une personne et pas pour quatre. Partant, l'infraction ne pouvait pas être reprochée au bailleur qui lors de la conclusion du contrat de bail n'avait pas connaissance de sa situation de vulnérabilité familiale.

À titre informatif, une juridiction correctionnelle varoise a écarté la circonstance aggravante de vulnérabilité de la victime de violences volontaires dans la mesure où l'état de grossesse de cette dernière n'était pas connu de l'auteur des faits et non apparent, compte tenu de la configuration dans laquelle les faits se sont déroulés. En l'espèce un individu se trouvant à bord d'une voiture a délibérément jeté un projectile dans le dos d'un individu se trouvant sur le trottoir. En l'occurrence, la personne visée était une femme enceinte. Le prévenu assure qu'il n'avait pas vu l'état de grossesse de la victime. Les différents témoignages et preuves apportés ont conduit les juges à conclure à ce défaut de connaissance de l'état de grossesse de la victime.

Une démonstration de l'intention de l'auteur de l'infraction d'exploiter cette vulnérabilité. À défaut de preuve de la connaissance par l'auteur des faits de la vulnérabilité de la victime, la vulnérabilité ne pourra pas être prise en considération aux fins de répression ou d'aggravation de la répression.

---

54 Cass. crim., 8 juin 2010, n° 10-82039 ; Cass. crim., 16 juin 2015, n° 14-87756 ; Cass. crim., 27 nov. 2019, n° 18-87082.

55 Cass. crim., 1er avr. 2014, n° 13-83163, relatif à un curatélaire.

Cette connaissance ou apparence de la vulnérabilité est essentielle afin de caractériser l'intention de l'auteur des faits, l'intention de commettre un acte répréhensible au regard de la vulnérabilité de la victime. Il s'agit ici de démontrer que l'auteur des faits a délibérément exploité une situation interpersonnelle déséquilibrée. Partant, la vulnérabilité de la personne, à la supposer « vraie », mais non établie, ou établie, mais non connue de l'auteur, ou établie, mais sans lien avec la commission de l'infraction, ne permettra pas d'engager ou d'aggraver la répression.

En ce sens, les juges du droit ont dit, dans une décision du 22 avril 2020, justifiée la décision des juges du fond confirmant l'ordonnance de non-lieu du chef d'abus de faiblesse dans la mesure où, malgré l'état de vulnérabilité de la personne, on ne pouvait retenir, à l'encontre de la personne mise en cause, une volonté d'exploiter cette vulnérabilité[56]. Les juges du fond avaient alors relevé que « le mariage de W… M… et de M^me^ I… était fondé sur des sentiments sincères et que les différentes auditions des personnes ayant connu le couple ont démontré qu'il existait entre eux une relation affective incontestable, que leur mariage était venu conforter, sans qu'il soit possible de considérer que cette décision ait été dictée par une volonté de tirer un avantage d'une situation de vulnérabilité », bien que cet état de faiblesse soit avéré et connu de M^me^ Y. Il en fut de même dans une décision du 16 octobre 2019, dès lors qu'il n'est pas établi que le mis en cause « aurait exploité ou aggravé consciemment ou non [l']état de faiblesse physique ou psychique [de Mme] afin de la placer dans une situation de dépendance et d'assujettissement pour assouvir ses besoins sexuels »[57].

II. La rare prise en compte de la vulnérabilité de l'auteur d'une infraction dans la jurisprudence de la chambre criminelle

La vulnérabilité de l'auteur de l'infraction : une vulnérabilité en creux. Celui que l'on a dénommé « auteur de l'infraction » pour le distinguer de la victime, mais qui se trouve être en réalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle tantôt suspect, personne poursuivie, personne condamnée, va se retrouver dans une situation déséquilibrée face à la machine policière et judiciaire. On peut relever ici une situation de vulnérabilité au moins supposée, si elle n'est pas expressément caractérisée. C'est cette vulnérabilité supposée du suspect, mis en cause, condamné, qui explique que lui soit garanti un certain nombre de droits dont les droits de la défense. Ce dernier a besoin de protections face à la machine policière et judiciaire qui pourrait exploiter cette situation déséquilibrée. Cette vulnérabilité est donc liée au contexte dans lequel se trouve l'individu suspecté, poursuivi ou condamné. Mais, cette vulnérabilité est une vulnérabilité « innomée »[58]. On l'évoquera néanmoins dans la mesure où elle a pu être visée dans de rares décisions de la chambre criminelle, tout particulièrement lorsque l'individu fait l'objet d'une mesure de privation de liberté. Ici la vulnérabilité est susceptible de se matérialiser dans un contexte donné. La vulnérabilité potentielle est la conséquence du contexte dans lequel l'individu est placé (**B**).

---

56 Cass. crim., 22 avril 2020, n° 19-80.889.

57 Cass. crim., 16 octobre 2019, n° 18-83.109.

58 Nous empruntons cette expression à A. Cerf-Hollender, in « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 31-38.

Outre cette vulnérabilité contextuelle, l'autorité judiciaire va parfois être amenée à prendre en considération la vulnérabilité particulière du suspect, mis en cause ou condamné, notamment aux fins d'individualisation, d'adaptation de la décision à rendre. Ici, il ne s'agit pas d'une vulnérabilité produite dans un contexte donné, mais d'une vulnérabilité propre à l'individu. Cette vulnérabilité est préexistante à la prise de décision, elle constitue un élément à prendre en compte dans le processus décisionnel (A).

A. La vulnérabilité particulière de l'auteur d'une infraction

Les règles procédurales relatives à la poursuite, l'instruction et le jugement intégrant en creux la vulnérabilité de certaines personnes. Face à des mineurs ou des majeurs protégés, et bien que le législateur ne les désigne pas expressément comme vulnérables, on retrouve parfois dans la jurisprudence de la chambre criminelle la référence explicite à la notion de vulnérabilité. Plus exactement, la notion de vulnérabilité est mobilisée par le pourvoi ou par les juges du fond, et c'est lors de la reprise des moyens du pourvoi ou des motifs de la décision attaquée que les juges du droit emploient à leur tour le terme de vulnérabilité. Il est très rare que ces derniers l'emploient de manière spontanée.

L'association des termes minorité et vulnérabilité. Cela étant, on retrouve, par exemple, dans une décision du 27 novembre 2018, n° 18-90.026, la référence à la notion de vulnérabilité s'agissant du mineur suspect. À cette date, le législateur n'avait pas distingué le régime de l'audition libre des mineurs de celui des majeurs. Par conséquent, une QPC avait été formulée sur le point de savoir si cette absence de garanties spécifiques reconnues au mineur, telles qu'il en existe en matière de garde à vue, n'était pas contraire à la Constitution. Les juges du droit ont accepté de renvoyer la question aux juges constitutionnels en indiquant qu'il « appart(enait) cependant au Conseil constitutionnel de dire si les garanties du mineur entendu sous le régime prévu par l'article 61-1 du CPP (étaient) suffisantes au regard du PFRLR du droit pénal spécial et protecteur des mineurs intégrant leur vulnérabilité » (souligné par nous). Ici, on trouve une référence explicite à la vulnérabilité des mineurs.

Cette association explicite entre minorité et vulnérabilité est intéressante lorsque l'on sait que le législateur n'associe pas, pour sa part, de manière explicite, la minorité et la vulnérabilité. Cela étant, si la notion de vulnérabilité est ici mobilisée, c'est bien en raison de la minorité de l'individu et non expressément en raison de son statut de suspect.

On retrouve encore cette association dans une décision du 14 septembre 2021, n° 21-83.689. Dans cette affaire, les juges du droit ont estimé que « c'est à juste titre que les juges du fond ont écarté le moyen de nullité de l'ordonnance de révocation du contrôle judiciaire et de placement en détention provisoire pris du défaut d'avis au représentant légal de M. [Y] de la délivrance du mandat d'amener et de l'audience devant le juge des libertés et de la détention et du défaut de rapport de la protection judiciaire de la jeunesse, l'arrêt attaqué énonce que les règles édictées par l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ont pour objectif de protéger le mineur non pas en raison de

son manque de discernement au jour des faits, mais de sa vulnérabilité supposée au moment de son audition, que M. [Y] était âgé de plus de vingt ans au moment de sa présentation au magistrat instructeur dans le cadre de mandat d'amener délivré contre lui pour violation de son contrôle judiciaire, et ne se trouvait donc plus en état de vulnérabilité ».

La décision est intéressante en ce que les juges du droit, à l'instar des juges du fond, associent explicitement minorité et vulnérabilité et concluent, par conséquent, qu'une fois la majorité acquise, cette vulnérabilité n'est plus. Mais, là encore, le concept de vulnérabilité est mobilisé en raison de la minorité du mis en cause et non en raison de son statut de mis en cause.

La vulnérabilité : un critère participant à une prise de décision individualisée. Si le législateur ne fait aucunement référence à la vulnérabilité du mis en cause ou du condamné notamment lorsqu'il s'agit de prendre une décision à son endroit, celle-ci peut faire son apparition en jurisprudence ; tantôt citée par le pourvoi dans ses moyens, tantôt citée par les juges du fond et parfois reprise par les juges du droit. Cette vulnérabilité vient caractériser un élément de la personnalité de l'individu. Elle est alors susceptible d'être prise en considération aux fins d'individualisation, d'adaptation de la décision qui doit être rendue. Partant, cette vulnérabilité peut tout autant conduire au prononcé d'une décision favorable à l'individu qu'à une décision qui lui est défavorable.

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

Il est évident que la vulnérabilité d'une personne ne doit pas être confondue avec l'abolition du discernement.

Dans une décision du 11 juillet 2017, n° 16-85.676, référence est faite à la vulnérabilité de l'auteur d'une infraction aux fins de contestation d'une décision de refus d'une demande de confusion de peines. Après avoir rappelé que dans le cadre d'une demande de confusion facultative de peines, il appartient au requérant de produire des éléments sur l'évolution de son comportement, sa personnalité et sa situation matérielle, familiale et sociale, afin de permettre à la juridiction, au

besoin après vérifications ou investigations complémentaires, d'apprécier le mérite de la demande, le pourvoi soutenait que les considérations pénales tournées vers le passé et tenant à l'infraction et à la nature des faits, n'étaient plus pertinentes pour l'octroi de la confusion post-sentencielle et que désormais, seuls les éléments de personnalité, matériels, familiaux et sociaux, visés à l'article 710 du CPP et renvoyant à des considérations de vulnérabilité, de difficulté psychosociale ou physique et de mérite personnel, devaient être pris en compte pour l'examen d'une requête en confusion de peines. La notion de vulnérabilité est ici mobilisée par le pourvoi, mais ne sera pas reprise par les juges du fond ni les juges du droit et restera au surplus sans effet.

Cela étant, si ce renvoi à des considérations de vulnérabilité au titre des éléments de la personnalité de l'individu n'est pas, dans cette affaire, repris par les juges du fond ni par les juges du droit, rien n'indique qu'il ne pourrait pas l'être. La vulnérabilité de l'auteur est un élément de sa personnalité. La vulnérabilité est ici synonyme d'une faiblesse induisant un plus grand besoin de protection de l'individu et, partant, une certaine indulgence ou tout du moins une adaptation des modalités d'exécution de la peine en l'occurrence. Or, il ressort de l'analyse de la jurisprudence de la chambre criminelle que lorsque la notion de vulnérabilité du suspect, mis en cause ou condamné est mobilisée et prise en compte par les juges, c'est notamment lorsque cette vulnérabilité est perçue comme une source de danger.

La vulnérabilité : un critère susceptible de conduire au prononcé d'une décision défavorable à l'auteur des faits. L'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle fait en effet apparaître que la vulnérabilité de l'auteur des faits peut être perçue comme une source de danger, comme étant une source de risques. Certes, la vulnérabilité reste une fragilité, une faiblesse, mais celle-ci n'est plus perçue comme une raison de protéger la personne qui est concernée, mais comme une source de danger pour autrui. C'est alors autrui qui doit être protégé face à la vulnérabilité de la personne.

On connaît en jurisprudence les cas de figure dans lesquels les juges justifient un placement ou un maintien en détention provisoire ou encore une peine d'emprisonnement ferme et expliquent qu'une mesure privative de liberté est préférable à toutes autres mesures par la nécessité de protéger la victime, vulnérable, des éventuelles pressions, actes d'intimidation ou risques de réitération[59]. Dans ces cas de figure, c'est la vulnérabilité de la victime, victime que l'on cherche à protéger, qui est au cœur du raisonnement. Mais dans de rares cas, ce n'est pas la vulnérabilité de la victime, mais celle du mis en cause ou du condamné qui est invoquée pour justifier le choix d'une mesure privative de liberté. Ici la vulnérabilité du mis en cause ou du condamné constitue une source de danger qui va justifier la privation de liberté, toujours aux fins de protection de la victime. En ce sens, dans une décision du 11 avril 2018, n° 18-80.709, les juges du droit ont confirmé la décision des juges du fond de maintien en détention provisoire d'un individu. En l'espèce, la chambre de l'instruction avait rejeté la demande de mise en liberté du mis en examen aux motifs d'éléments précis et circonstanciés de la procédure qui révélaient « l'existence de risques majeurs de réitération compte tenu, notamment, de la pathologie mentale de portée aliénante en cas de rupture future du traitement, de l'astructuration

59 Voir entre autres, Cass. crim., 16 octobre 2019, n° 19-84.770 ; Cass. crim., 6 juin 2019, n° 19-82.733.

de la personnalité sous forme d'état limite et de la toxicomanie certes vraisemblablement sevrée en détention, mais dont la tentation restera d'autant plus difficilement résistible à l'avenir que rien en l'état de la science ne permet de liquider sans retour les deux facteurs précédents de vulnérabilité, soit autant de causes potentielles de nouveau passage à l'acte sanglant chez qui est manifestement porté à considérer que ses proches (à commencer par sa sœur rescapée) doivent, au péril de leur vie, assurer le financement de ses excès ; que dans ces conditions, démonstration s'avère faite, que la détention provisoire de l'intéressé continue de s'imposer pour prévenir le renouvellement des crimes et garantir le maintien à disposition de la justice ».

Dans le même sens, dans une décision du 7 mars 2018, n° 17-81.729, les juges du droit ont confirmé la décision des juges du fond quant au choix des modalités d'exécution de la peine prononcée, à savoir un emprisonnement principalement ferme. L'arrêt attaqué avait confirmé la décision des premiers juges de prononcer une condamnation à la peine de cinq ans d'emprisonnement, dont un an seulement avec sursis. Pour ce faire, les juges du fond, après avoir rappelé les antécédents judiciaires de M. X…, sa situation professionnelle et les éléments relevés par l'expert psychiatre, avaient retenu que compte tenu de la gravité des faits, de la fragilité et de la vulnérabilité de la personnalité du prévenu ne permettant pas d'écarter tout risque de réitération, la peine prononcée par les premiers juges devait être confirmée. Si l'expertise psychiatrique indique qu'il ne présente pas de troubles graves de la personnalité, si ce n'est une certaine vulnérabilité psychique attestée par ses antécédents, une anxiété sociale, une immaturité et une influençabilité, compte tenu de la gravité des faits, de la fragilité et de la vulnérabilité de la personnalité du prévenu ne permettant pas d'écarter tout risque de réitération, le choix des modalités d'exécution de la peine était justifié.

Une vulnérabilité synonyme de dangerosité (de menace pour autrui). Dans ces deux décisions, il est fait référence à la vulnérabilité de l'individu mis en cause ou condamné afin de justifier son placement en détention provisoire ou le prononcé d'une peine privative de liberté sans sursis. Ici sa vulnérabilité le dessert puisqu'elle est appréciée comme un élément de sa personnalité pouvant faire craindre à la réitération des faits ou à l'exercice de pressions sur la victime.

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

En revanche, la vulnérabilité particulière du mis en cause ou condamné semble davantage prise en considération en tant que fragilité nécessitant une plus grande protection de l'individu lorsque c'est le système judiciaire qui place cet individu dans un contexte susceptible de le rendre vulnérable.

B. La vulnérabilité contextuelle de l'auteur d'une infraction

La vulnérabilité de l'individu créée par la situation dans laquelle il est placé. La vulnérabilité contextuelle vise le cas d'une personne qui ne présente pas une vulnérabilité particulière, *a priori*, mais qui est susceptible d'être vulnérable compte tenu du contexte, de la situation dans laquelle elle se trouve. La vulnérabilité de la personne n'est pas préexistante à la situation, mais c'est la situation qui crée cette vulnérabilité (il ne s'agit même pas d'un cas où la situation révélerait une vulnérabilité latente). Autrement dit, la personne est vulnérable parce que placée dans un contexte qui l'expose, plus que les autres individus, à un risque de violation de ses droits.

Dans cette configuration, la personne devient potentiellement vulnérable parce qu'elle se trouve dans une situation qui la place en infériorité. La personne, suspecte, poursuivie, condamnée, est dans une situation déséquilibrée non pas vis-à-vis de la victime, mais face à la machine policière et judiciaire. La personne, parce que privée de sa liberté d'aller et venir ou privée de l'exercice de certains de ses droits et se trouvant sous le contrôle exclusif des autorités, devient une personne vulnérable. Tel est le cas de celui qui est interpellé et placé en garde à vue, et qui, partant, se trouve soumis à une restriction de sa liberté d'aller et de venir et exposé à des mesures de contrainte qui le placent dans une situation de vulnérabilité potentielle, selon la formule des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette vulnérabilité potentielle conduit à lui reconnaître des droits destinés à veiller à ce que ces atteintes restent proportionnées au regard des impératifs allégués par les autorités de poursuites. Tel est également le cas de l'individu placé en détention provisoire ou condamné à une peine privative de liberté ferme.

Situation de vulnérabilité potentielle du suspect en garde à vue. Si le législateur ne mobilise pas la notion de vulnérabilité s'agissant du suspect placé en garde à vue, fort de certaines décisions des juges européens, on retrouve une référence explicite à la vulnérabilité du suspect placé en garde à vue dans les moyens du pourvoi dans une décision de la chambre criminelle du 14 février 2012, n° 11-87.757. En l'espèce, il s'agissait d'un pourvoi relatif à une demande de nullité d'une garde à vue par un tiers à la mesure contestée. Il est alors rappelé par le pourvoi que selon les juges européens[60] : c'est « parce qu'il [le suspect] est interpellé et placé en garde à vue, se trouve soumis à une restriction de sa liberté d'aller et de venir et exposé à des mesures de contrainte qui le placent dans une situation de vulnérabilité potentielle, que les droits qui lui sont reconnus au paragraphe 3 sont destinés à veiller à ce que ces atteintes restent proportionnées au regard des impératifs allégués par les autorités de poursuites ». Si cette référence à la situation de vulnérabilité de la personne en garde à vue n'est pas contestée, la demande du pourvoi fut rejetée au motif que, en tant que tiers à la garde à vue, il n'avait pas la qualité pour contester la mesure.

60 On rappellera ici que les juges européens estiment que les détenus sont en situation de vulnérable (entre autres, CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c/France*, n° 5608/05, § 83).

On notera l'expression employée, à savoir celle de « situation de vulnérabilité potentielle ». C'est bien une vulnérabilité contextuelle qui est mobilisée. Ici c'est le contexte qui rend la personne potentiellement vulnérable et qui justifie la reconnaissance et le respect de droits et de garanties. Autrement dit, la vulnérabilité de la personne n'est pas préexistante à la situation, mais créée par la situation.

Une vulnérabilité particulière associée à une vulnérabilité contextuelle : un risque d'atteinte à la dignité de la personne. Lorsque la vulnérabilité contextuelle, que l'on vient de présenter comme une vulnérabilité de la personne non préexistante à la situation, mais créée par la situation, se conjugue avec une vulnérabilité particulière, donc une vulnérabilité dont la cause est préexistante à la situation (handicap, troubles psychiques…), le résultat de ce cumul des vulnérabilités est une potentielle atteinte à la dignité de la personne humaine. En d'autres termes, l'état de vulnérabilité de l'individu placé dans un contexte de vulnérabilité est susceptible de porter atteinte à sa dignité.

Tel était l'argumentaire du pourvoi dans une décision du 24 octobre 2018, n° 18-84.545. Ce dernier contestait la décision de la chambre de l'instruction d'avoir confirmé son placement en détention provisoire alors qu'une telle privation de liberté, compte tenu de son niveau de handicap et de vulnérabilité, constituait un traitement inhumain et dégradant. En l'espèce, M. X…, issu de la communauté des gens du voyage, sourd et muet, ne connaissant pas le langage des signes et ne sachant ni lire ni écrire, ayant été entendu par l'intermédiaire de son père (seule personne à le comprendre de manière basique et rudimentaire), avait été placé en détention provisoire dans le cadre d'une instruction pour tentative de viol. Son avocat soutenait qu'au regard des dispositions de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le placement en détention provisoire de ce dernier, compte tenu de son niveau de handicap et de vulnérabilité, constituait en soi un traitement inhumain ou dégradant.

Les juges de la chambre criminelle avaient alors relevé que selon les éléments d'information recueillis par le ministère public auprès de la direction de l'établissement pénitentiaire sur les conditions de détention de M. X…, « celui-ci a(vait) été placé en cellule avec un détenu calme d'un profil proche du sien, n'a(vait) pas manifesté la volonté de travailler ni de pratiquer une activité sportive, se rend(ait) régulièrement en promenade et ne pos(ait) pas de réel problème de prise en charge ». Les juges du droit en conclurent que compte tenu des vérifications nécessaires sur la compatibilité de la détention du mis en examen avec la situation physique et mentale dont souffre l'intéressé au regard des exigences de l'article 3 de la CEDH effectuées par les juges de la chambre de l'instruction, c'est à juste titre qu'ils ont pu conclure que le placement en détention provisoire de M. X… ne portait pas atteinte à sa dignité.

Ici, c'est bien l'état de vulnérabilité particulière de l'auteur des faits qui, placé dans un contexte particulier source potentielle de vulnérabilité, est susceptible de constituer une atteinte à la dignité humaine. Or, pour les juges, s'il y a bien un état de vulnérabilité (handicap…), on ne peut pas conclure, au regard des conditions de détention du prévenu, que le contexte dans lequel il est placé aggraverait son état de vulnérabilité au point de constituer une atteinte à la dignité humaine. Autrement dit, si le contexte dans lequel il est placé (la détention) est une source potentielle de vulnérabilité, il n'est pas en l'espèce (au regard de ses conditions de détention) une source effective de vulnérabilité.

Le même raisonnement peut être transposé à la décision rendue par les juges du droit le 1er février 2022, n° 21-82.302. En l'espèce, un ressortissant moldave se trouvant en France avait formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel qui, dans la procédure d'extradition suivie contre lui à la demande du gouvernement moldave, avait émis un avis favorable. Dans son pourvoi, le ressortissant moldave soutenait qu'il existait un risque de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention en Moldavie. Les juges du droit retiennent que : « Pour rejeter le moyen pris d'un risque de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention en Moldavie, ainsi que la demande de complément d'information à ce titre, l'arrêt attaqué énonce qu'il résulte du rapport du 13 décembre 2018 du comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe (CPT) que les autorités moldaves mènent des efforts rigoureux pour lutter contre la surpopulation carcérale, que la délégation n'a reçu aucune allégation de mauvais traitements infligés aux détenus par le personnel pénitentiaire et que pour lutter contre l'emprise des détenus plus aguerris, l'administration pénitentiaire met en œuvre des mesures de protection des détenus les plus vulnérables »[61]. Là encore, si le contexte dans lequel il est placé (la détention) est une source potentielle de vulnérabilité, il n'est pas en l'espèce (au regard des mesures de protection des détenus les plus vulnérables mises en place en Moldavie) une source effective de vulnérabilité. Partant, quand bien même, ce ressortissant moldave présenterait une vulnérabilité particulière, celle-ci ne sera pas aggravée par le contexte, de sorte que l'on ne peut conclure à un risque de traitement inhumain et dégradant.

On relèvera que les rares décisions dans lesquelles on peut trouver le terme de vulnérabilité associé, dans les moyens du pourvoi ou parfois par les juges du fond, à celui de suspect, mis en cause ou condamné, cette vulnérabilité, à la supposer avérée, ne produit que peu d'effets. Hormis s'agissant des mineurs ou lorsqu'il s'agit de justifier une privation de liberté, l'association « vulnérabilité » et « auteur des faits » semble délicate. Comme l'indique Mme Cerf-Hollender, dans « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale » : « la loi ne veut, ni ne peut, qualifier un assassin, un terroriste, un pédophile, de vulnérable »[62]. Il semble en aller de même pour le juge.

---

61 Cass. crim., 1er février 2022, n° 21-82.302.

62 A. Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innomées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 32.

La vulnerabilità nella giurisprudenza della sezione penale della Corte di Cassazione italiana

Enrico Amati[1]
Luca Baron[2]

I. Premessa: la «vulnerabilità» in diritto penale e il ruolo centrale della «vittima»

È opportuno muovere da un dato, che in realtà costituisce anche il principale risultato emerso dall'analisi condotta sulla giurisprudenza delle sezioni penali della Corte di Cassazione italiana: la «vulnerabilità» è un concetto poco utilizzato a livello di normazione primaria (quantomeno nell'ambito del diritto penale sostanziale) ma, al contempo, è un termine che viene frequentemente impiegato a livello giurisprudenziale.

Nonostante infatti la «vulnerabilità» costituisca un termine che presenta sporadiche epifanie nel diritto penale sostanziale italiano – peraltro tutte cronologicamente riferibili agli anni recenti – e appaia per di più priva di definizioni precise, tanto che la formula di «persona vulnerabile» risulta «semanticamente porosa»[3], tuttavia esso costituisce uno strumento interpretativo fondamentale, al quale la giurisprudenza ricorre non solo al fine di accertare la sussistenza di elementi costituitivi dei reati volta a volta considerati, oppure di elementi circostanziali, ma anche allo scopo di consentire l'accesso a strumentari processuali diversificati, specificamente finalizzati a garantire una maggiore protezione della vittima, ritenuta vulnerabile, all'interno della dinamica procedimentale.

Si giunge in questo modo ad un secondo aspetto di cui deve tenersi conto, il quale può a prima vista apparire scontato, ma scontato non è: anzi, trattasi di un punto che risulta fondamentale per comprendere alcune delle dinamiche giurisprudenziali che sottendono all'impiego della «vulnerabilità» nel diritto penale sostanziale.

---

1 Professore associato di Diritto penale all'Università di Udine.
2 Dottore di ricerca all'Università di Udine.
3 Così M. Pierdonato, «Il rafforzamento della tutela delle persone vulnerabili e l'eterogenesi dei fini», *Giur. it.*, 4, 2024, p. 991.

Si allude al fatto che, quando si ragiona di «vulnerabilità» all'interno del sistema penale sostanziale (ma anche processuale) si raccorda tendenzialmente tale termine a un soggetto specifico, ossia alla vittima del reato: è infatti la vittima del reato, al ricorrere di talune condizioni (soggettive, oggettive, intrinseche o estrinseche), ad essere qualificata come «vulnerabile»[4].

Il termine «vittima», a sua volta, è stato tradizionalmente impiegato nel linguaggio penalistico per evocare una dimensione etico-morale, alla quale però non faceva – e non fa tutt'ora – riscontro uno specifico significato tecnico-giuridico: il sistema penale italiano conosceva infatti la «persona offesa» dal reato, il «danneggiato» dal reato, ma non la «vittima» del reato. Solo negli ultimi anni, nel solco di alcuni spunti normativi di matrice europea (su cui *infra*)[5], il legislatore ha cominciato a impiegare il termine «vittima» a livello positivo.

Quella intrapresa dalla «vittima» all'interno del sistema penale è stata dunque una lunga marcia, la quale si è tuttavia rivelata «trionfale»: la vittima del reato si è progressivamente ritagliata un ruolo sempre più centrale all'interno della dinamica punitiva[6], al punto che non è mancato chi, osservando il crescente protagonismo assunto nel sistema penale dalla vittima – agli occhi del giudice, ma anche del legislatore – ha individuato nella stessa un vero e proprio «eroe contemporaneo»[7].

Anticipando quanto più diffusamente argomentato nel paragrafo conclusivo, può osservarsi che la nuova prospettiva «vittimologica» che è andata rafforzandosi in seno al sistema penale – peraltro ulteriormente enfatizzata dalla grande attenzione che, anche a livello mediatico, proprio alla vittima viene riconosciuto[8] – non è del resto priva di effetti collaterali, dal momento che l'esigenza di offrire

4 Come ricordato da F. Palazzo, «Soggetti vulnerabili e diritto penale», in G. Spangher, A. Marandola, *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 94, fermo che il tema della vulnerabilità, e della sua declinazione nel settore del diritto penale sostanziale, ruota attorno alla figura della «vittima», non può trascurarsi di ricordare che anche l'autore materiale del reato può, in talune situazioni, risultare esso stesso «vulnerabile» e, come tale, soggetto destinatario di meccanismi di protezione particolare: si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'autore del reato sia soggetto minorenne infradiciottenne, oppure alle ipotesi in cui egli sia totalmente incapace di intendere e di volere e, pertanto, non imputabile; oppure ancora ai casi in cui gli autori di gravi delitti siano, a loro volta, vittime di reiterati comportamenti vessatori (specialmente in ambito familiare o in contesti affettivi) da parte delle stesse persone offese. Non a caso, in relazione a quest'ultima tipologia di situazioni, deve segnalarsi una sentenza della Corte costituzionale italiana (Corte cost., 10 ottobre 2023, n. 197) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 577, co. 3, c.p., nella parte in cui vietava al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti della provocazione (art. 62, co. 1, n. 2, c.p.) e le circostanze attenuanti generiche (art. 62 *bis* c.p.) sulla circostanza aggravante del rapporto familiare, o comunque affettivo, tra autore e vittima del reato. Per un approfondimento, v. R. Bartoli, «La tutela della persona dalle aggressioni violente. Maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572)», in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 162.
Tali situazioni di vulnerabilità dell'autore del reato sono poi destinate ad acuirsi allorché il soggetto entri nel circuito carcerario: ponendosi tutta una serie di problemi che, afferendo alla dimensione esecutiva della pena e alle dinamiche penitenziarie, esulano dalla presente ricerca.

5 Per una ricognizione delle principali decisioni quadro e direttive che hanno introdotto misure di carattere sostanziale e processuale a sostegno e tutela delle vittime, v. L. Cornacchia, «Vittime e giustizia criminale», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1768 ss. Né deve dimenticarsi l'impulso proveniente anche dalla «Grande Europa», ossia dal Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: su questi profili, v. S. Allegrezza, «La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea», in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 1 ss.

6 Nella vasta letteratura in materia, tra i lavori monografici più recenti, v. D. Falcinelli, *Il diritto penale della vittima del reato*, Roma, Dike, 2017; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

7 V. Manes, *Giustizia mediatica*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 29. In questo senso già D. Giglioli, *Critica della vittima. Un esperimento con l'etica*, Milano, Ed. Nottetempo, 2014, p. 9, che qualifica la vittima come «eroe del nostro tempo».

8 Segnala infatti G. Fornasari, '*Right to punishment*' *e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli, ESI, 2024, p. 77, come «le fortune della collocazione della vittima al centro del sistema siano dovute anche al "felice connubio" con l'esplosione della giustizia mediatica e con la "scoperta" populistica dell'eccellente resa elettorale di un programma penalistico […] fortemente sbilanciato a sfavore dei diritti dell'accusato […], sulla base dell'assunto di una netta separazione tra buoni e cattivi […]».

tutela alla vittima, soprattutto quando essa appaia «vulnerabile» (si pensi a vittime minorenni, o di sesso femminile, o ancora a vittime anziane o di origine straniera), può produrre significativi riverberi sia sul piano legislativo che giurisprudenziale.

A livello di produzione normativa, la forte sollecitazione (basata anche su oggettivi dati statistici[9]) ad assicurare la più energica protezione possibile a favore di talune categorie di vittime vulnerabili ha spinto il legislatore a creare degli «statuti penali speciali», caratterizzati dall'implementazione di strumenti normativi «rafforzati» dedicati alla protezione delle vittime di specifiche fenomenologie criminose e non estesi ad altre categorie di vittima: per tale via, si è registrata una proliferazione di fattispecie, incriminatrici o circostanziali, connotate da specialità in ragione delle particolari condizioni di vulnerabilità del soggetto passivo del reato e ciò ha determinato l'emersione di statuti penali differenziati[10].

Sul versante giurisprudenziale, la collocazione della vittima del reato in prima fila all'interno dello scenario processual-penalistico ha inciso (consapevolmente o meno) sull'approccio interpretativo dei giudici, imprimendo all'attività di accertamento una prospettiva di «scopo» – tradizionalmente estranea all'attività giurisdizionale – nel senso che l'esigenza di assicurare il soddisfacimento delle pretese della vittima può portare a piegare alcuni principi cardine del sistema penale costituzionalmente orientato: al di là della compromissione della presunzione di non colpevolezza, si segnalano dei riverberi anche in relazione al principio di tassatività e determinatezza dell'illecito penale, nella misura in cui, proprio allo scopo di garantire una tutela più energia a certe categorie di vittime, la giurisprudenza della Suprema Corte ha talora dilatato i confini lessicali di alcune fattispecie incriminatrici, ampliandone la portata applicativa.

Un esempio è rappresentato da quella giurisprudenza, maturata in materia di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), che – nella prospettiva di allargare l'ambito di operatività della fattispecie – ha estesamente interpretato la nozione di «convivenza»: al punto che la stessa Corte costituzionale (sent. 98/2021) ha ritenuto lanciare un monito agli interpreti, ammonendoli dal compiere un impiego finalistico della vulnerabilità, quale grimaldello lessicale per il conseguimento di effetti ampliativi della responsabilità penale in contrasto con il divieto dell'analogia *in malam partem*[11].

Da ultimo, si osserva che la crescente attenzione normativa verso la posizione della vittima del reato nell'ambito del sistema penale, in particolare quando si tratti di vittima «vulnerabile», ha trovato ulteriore riscontro nella recente introduzione – da parte del d.lgs. n. 155/2022 (c.d. Riforma Cartabia) – di una inedita «Disciplina organica della giustizia riparativa» (Titolo IV, d.lgs. n. 155/2022),

---

9 Emblematici, in tal senso, sono i rilievi statistici posti alla base degli interventi normativi che negli ultimi anni si sono susseguiti in materia violenza di genere e di violenza domestica, al fine di rafforzare la tutela dei minori e delle donne, e che hanno condotto all'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, di nuove figure circostanziali, nonché all'inasprimento delle sanzioni per i reati già esistenti.

10 In questo senso anche F. Palazzo, «Soggetti vulnerabili e diritto penale», *op. cit.*, p. 103.

11 Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, in *Giur. cost.*, 4, 2021, p. 1797 e ss., con nota di C. Cupelli, «Divieto di analogia *in malam partem* e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021», p. 1807 ss. Si veda anche R. Bartoli, « I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2024, p. 936.

mediante la quale il legislatore italiano, tenuto conto anche delle indicazioni provenienti dalle fonti europee e internazionali (in particolare: Risoluzione ONU 12/2002, Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2018; Direttiva vittime UE 29/2012), ha dato spazio all'interno dell'ordinamento penale italiano alla c.d. *restorative justice*.

Non è certo questa la sede per addentrarsi in una approfondita disamina delle peculiarità che connotato tale «nuovo» paradigma di giustizia – declinato dal legislatore italiano in una prospettiva *soft*, ossia come complementare e non alternativo rispetto al paradigma penale tradizionale[12] – ma preme evidenziare che all'interno del meccanismo della *restorative justice* alla vittima dell'offesa è riconosciuto un ruolo del tutto paritetico a quello esercitato dalla persona indicata come autore dell'offesa stessa e che il mediatore (ossia il soggetto che è chiamato a organizzare e gestire il percorso riparativo tra vittima e autore dell'offesa) deve possedere talune competenze specifiche, tali da consentirgli di aiutare le parti a raggiungere l'esito sperato, ossia il superamento della frattura determinata dalla commissione del reato. Pare significativo, in questo senso, il fatto che l'art. 59 (del Titolo IV, d.lgs. n. 155/2022), dedicato alla «Formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa», espressamente preveda al comma 6 che l'attività formativa dei mediatori debba essere finalizzata a «sviluppare capacità di ascolto e di relazione e a fornire competenze e abilità necessarie alla gestione degli effetti negativi dei conflitti, con specifica attenzione alle vittime, ai minorenni e alle altre persone vulnerabili».

II. La «vulnerabilità» nel lessico delle sezioni penali della Suprema Corte di Cassazione: (pochi) riferimenti normativi e (molta) spontaneità di utilizzo

Ribadito che l'espresso riferimento al termine «vulnerabilità» compare in alcune, sporadiche, fattispecie incriminatrici – oltre che in alcuni interventi normativi dell'Unione europea e in taluni strumenti convenzionali – lo *screening* della giurisprudenza di legittimità evidenzia come nella gran parte dei casi il concetto di vulnerabilità sia citato spontaneamente dal giudice, spesso in relazione a ipotesi delittuose nella cui definizione normativa non compare il richiamo espresso alla vulnerabilità.

Con riguardo ai riferimenti alla vulnerabilità in ambito penale, a livello normativo si cita:

– sul piano eurounitario, oltre alle direttive che si occupano della tutela delle persone vulnerabili nell'ambito dei procedimenti penali (ad esempio: direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; direttiva 2012/13/UE, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, del Parlamento

12 Per un'analisi approfondita, sia sul versante del diritto penale sostanziale che su quello del diritto processuale penale, della «Disciplina organica della giustizia riparativa» introdotta nel sistema penale italiano dalla c.d. Riforma Cartabia, si vedano i recenti lavori monografici di M. Bouchard, F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Milano, Giuffrè, 2024, nonché di F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2025.

europeo e del Consiglio; direttiva (UE) 2016/343, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali; direttiva (UE) 2016/800, sulle garanzie procedurali per i minori, ossia le persone di età inferiore ai 18 anni, indagati o imputati nei procedimenti penali; direttiva (UE) 2016/1919, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo)[13], si segnala:

- la direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI[14];
- la direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI. Nel Preambolo, al considerando n. 12, si indicano taluni criteri che dovrebbero orientare i legislatori nazionali nell'individuare i soggetti vulnerabili, oltre ai minori, considerati vulnerabili in quanto tali (gli elementi indicati, a titolo esemplificativo, sono il sesso, la gravidanza, lo stato di salute e la disabilità). All'art. 2, ai fini dell'applicazione del reato di tratta di esseri umani, si precisa che «Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»;
- sul piano convenzionale, si può ricordare la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011;
- sul piano interno, la vulnerabilità compare espressamente, quale elemento che concorre a delineare la struttura del reato, in tre fattispecie incriminatrici disciplinate dal Codice penale (il cui rango è quello di legge ordinaria)[15]. Occorre tuttavia segnalare l'esistenza di altre fattispecie, incriminatrici o circostanziali, nelle quali, pur senza utilizzare esplicitamente il termine vulnerabilità (o altre sue declinazioni semantiche: vulnerabile, vulnerabili etc.), il legislatore assume la condizione di vulnerabilità della persona offesa quale presupposto della condotta e, ritenendo che lo stesso agevoli la realizzazione dell'offesa, predispone una reazione penale specifica[16].

---

13 Sul rapporto tra vittima e processo penale, oltre a S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, *op. cit.*, si veda L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, CEDAM, 2015, nonché M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, Giappichelli, 2017.

14 Per una riflessione sul ruolo acquisito dalla vulnerabilità nel processo penale sulla scorta della citata direttiva 2012/29/UE, v. M. Bouchard, «Sulla vulnerabilità nel processo penale. Breve guida giuridico-filosofica sulla vulnerabilità della vittima di reato», *Dir. pen. uomo*, 12, 2019, p. 101 ss., nonché S. Recchione, «Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive», *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2015, p. 1 ss.

15 Il riferimento concerne innanzitutto l'art. 558-*bis*, co. 2, c.p. (Costrizione o induzione al matrimonio), nel quale viene sanzionato chi costringa taluno, con violenza o con minaccia, a contrarre matrimonio approfittando delle «condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona». Vi è poi l'art. 600, co. 2, c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù) che sanziona chi riduce o mantiene in stato di soggezione continuativa taluno approfittando «di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità». Infine, viene in rilievo l'art. 601 c.p. (Tratta di persone), che punisce chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona oppure ospita una o più persone, approfittando «di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità».

16 In questi casi, peraltro, il legislatore a volte esplicitamente richiede che l'autore del reato approfitti, abusandone, della condizione di vulnerabilità, mentre in altri casi si limita a presumere che la situazione di vulnerabilità della vittima, pur non oggetto di specifico «abuso» da parte dell'agente, abbia comunque agevolato la commissione del reato. Come esempio del primo tipo, si può richiamare l'art. 609 *bis*, co. 2, n. 1, c.p. (Violenza sessuale), che sanziona chi costringa taluno a compiere o a subire atti sessuali «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto», o ancora la circostanza aggravante comune dell'art. 61, n. 5, c.p., che va a colpire chi abbia commesso un reato approfittando «di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa. Può invece farsi rientrare nella seconda casistica l'art. 644, co. 5, n. 3, c.p. (Usura), dove si prevede una pena più grave per chi presta denaro a tasso usurario «in danno di chi si trova in stato di bisogno». Per analoghi rilievi, v. F. Palazzo, «Soggetti vulnerabili e diritto penale», *op. cit.*, p. 99.

III. I settori criminologici di emersione della «vulnerabilità»

L'analisi della giurisprudenza della Suprema Corte evidenzia riferimenti alla vulnerabilità all'interno di molteplici ed eterogenei settori di intervento penalistico. Si è pertanto proceduto a selezionare e a isolare gli ambiti maggiormente significativi.

A. Reati contro la pubblica amministrazione

Per quanto attiene ai reati contro la pubblica amministrazione la principale ipotesi di reato in relazione alla quali assume rilevanza la vulnerabilità della parte offesa è la concussione (art. 317 c.p.). In particolare si è ad esempio affermato che «In tema di concussione, la costrizione che integra l'elemento oggettivo del reato può consistere in una minaccia idonea a coartare la volontà del privato portandolo a una prestazione indebita per il timore di un male antigiuridico, e di tale processo causale volitivo e del conseguente stato psicologico di costrizione il giudice, anche ricorrendo a massime di esperienza, deve fornire logica ed adeguata motivazione anche tenendo conto della vulnerabilità della vittima»[17]. Tra le fonti normative citate nelle pronunce della Cassazione la legge n. 77 del 2013 di ratifica della Convenzione di Istanbul e il d.lgs. n. 212 del 2015 attuativo della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. La Suprema Corte ha considerato vittime di coartazione della volontà, anche alla luce della loro condizione di vulnerabilità, i seguenti soggetti: persone esercente l'attività di meretricio[18]; gestanti (in relazione alla richiesta di interruzione della gravidanza)[19]; minore di età, considerato anche il rapporto di cura/educazione/vigilanza e relativa strumentalizzazione della posizione di autorità[20]; soggetto straniero richiedente asilo[21].

In ordine all'incidenza sul piano probatorio, grava sulla pubblica accusa la prova della vulnerabilità quale indice della costrizione (e non della mera induzione) del privato.

Con riguardo alla fattispecie di peculato (art. 314 c.p.), la Suprema Corte ha ritenuto congruamente motivato un aumento di pena disposto dalla Corte d'Appello in relazione ad un fatto posto in essere da un agente nei confronti di detenuti[22]. Al riguardo, si deve considerare che, soprattutto nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, si afferma che la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato.

17 Cass. pen., Sez. III, 17/09/2019, (dep. 09/01/2020), n. 364.
18 Cass. pen., Sez. III, 17/09/2019, (dep. 09/01/2020), n. 364.
19 Cass. pen., Sez. VI, 05/03/2019, (dep. 27/03/2019), n. 13411.
20 Cass. pen., Sez. VI, 15/02/2018 (dep. 26/03/2018), n. 13980.
21 Cass. pen., Sez.VI, 12/07/2012 (dep. 06/09/2012), n. 33920.
22 Cass. pen., Sez. VI, 27/03/2018 (dep. 06/07/2018), n. 30728.

Si deve infine osservare che la graduazione della pena, anche in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previste per le circostanze aggravanti ed attenuanti, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, che la esercita in aderenza ai principi enunciati negli artt. 132 e 133 c.p.

B. Reati contro il patrimonio

In tema di reati contro il patrimonio la giurisprudenza valorizza la condizione di vulnerabilità con specifico riguardo alle fattispecie di circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.), truffa (art. 640 c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), rapina (art. 628 c.p.), furto in abitazione e furto con strappo (art. 624-bis c.p.).

In particolare, l'abuso dello stato di vulnerabilità (inteso come sfruttamento della debolezza della persona offesa per raggiungere il fine di ingiusto profitto) ricorre in numerose sentenze in materia di circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.) riguardanti: a) persone che versano in condizione di debolezza cognitiva e affettiva dovuta a fragilità psichica; b) persone affette da patologie fisiche richiedenti assistenza; c) casi nei quali sussiste una relazione di cura e assistenza fra autore del reato e persone offesa. Numerose sono, inoltre, le pronunce relative alle persone anziane affette da una generica minoranza psichica, senza ulteriori specificazioni[23].

Con riguardo all'estorsione (art. 629 c.p.), la giurisprudenza che annovera fra gli elementi utili per valutare l'intrinseca idoneità di una condotta assunta come minacciosa anche le particolari condizioni soggettive della vittima, si fonda spesso su elementi oggettivi attinenti alla fama delinquenziale del soggetto agente (conosciuta alla vittima), al comune passato criminale ovvero alla particolare efficacia della minaccia utilizzata (accompagnata, ad esempio, dall'uso di un'arma). Difficilmente vengono richiamate condizioni di vulnerabilità pregresse o comunque facenti direttamente capo alla persona offesa dal reato in sé considerata[24].

Per quanto attiene alle circostanze, il concetto di vulnerabilità compare frequentemente in relazione ai casi in cui il giudice è chiamato a valutare l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. (minorata difesa), con motivazioni sovente ridondanti. In particolare, infatti, si afferma che: «ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della minorata difesa, prevista dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente abbia

23 Tra le più recenti: Cass. pen., Sez. II, 20/07/2020 (dep. 26/10/2020), n. 29641; Cass. pen., Sez. II, 08/10/2019 (dep. 29/01/2020), n. 3813; Cass. pen., Sez. II, 08/10/2019 (dep. 23/10/2019), n. 43390; Cass. pen., Sez. II, 08/10/2019 (dep. 23/10/2019), n. 43390; Cass. pen., Sez. II, 24/09/2019 (dep. 27/11/2019), n. 48165; Cass. pen., Sez. II, 24/04/2019 (dep. 15/05/2019), n. 20879; Cass. pen., Sez. II, 20/03/2019 (dep. 16/05/2019), n. 21464; Cass. pen., Sez. II, 01/03/2019 (dep. 09/05/2019), n. 19834; Cass. pen., Sez. II, 27/02/2019 (dep. 05/03/2019), n. 9656; Cass. pen., Sez. II, 14/12/2018 (dep. 18/01/2019), n. 2222; Cass. pen., Sez. II, 06/04/2018 (dep. 02/05/2018), n. 18755; Cass. pen., Sez. II, 02/03/2017 (dep. 18/04/2017), n. 18817; Cass. pen., Sez. II, 21/12/2016 (dep. 30/01/2017), n. 4444; Cass. pen., Sez. II, 02/12/2016 (dep. 21/02/2017), n. 8443; Cass. pen., Sez. II, 20/07/2016 (dep. 15/09/2016), n. 38393; Cass. pen., Sez. II, 16/01/2015 (dep. 29/05/2015), n. 23003.

24 Cass. pen., Sez. II, 18/06/2019 (dep. 09/07/2019), n. 30154; Cass. pen., Sez. II, 25/06/2019 (dep. 20/09/2019), n. 38823; Cass. pen., Sez. II, 04/10/2018 (dep. 07/11/2018), n. 50168; Cass. pen., Sez. II, 15/03/2018 (dep. 04/04/2018), n. 14972 (si richiamano, quale condizione di vulnerabilità, i problemi di dipendenza da alcool dell'imputato in quanto «rendeva ancor più probabile il ricorso a reazioni e atteggiamenti violenti come quelli prospettati verbalmente»); Cass. pen., Sez. II, 17/02/2017 (dep. 21/03/2017), n. 13827 (prende in considerazione il rapporto madre – figlio intercorrente rispettivamente fra persona offesa e imputato); Cass. pen., Sez. II, 08/09/2016 (dep. 09/11/2016), n. 46967.

profittato, devono tradursi, in concreto, in una particolare situazione di vulnerabilità del soggetto passivo del reato, non essendo sufficiente l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione dello stesso» (da ultimo, rispetto a un caso di tentata rapina pluriaggravata e omicidio: Cass. pen., Sez. I, 25/05/2022, dep. 12/12/2022, n. 46869; in precedenza: Cass. pen., Sez. II, 09/03/2021, n. 27649 in materia di truffa, ma così anche Cass. pen., Sez. U, 15/07/2021, n. 40275). In aggiunta, in molti casi si evidenzia che a seguito della modifica normativa introdotta dalla L. n. 94 del 2009, la vulnerabilità «deve essere specificamente valutata anche in riferimento *all'età senile e alla debolezza fisica della persona offesa*, avendo voluto il legislatore assegnare rilevanza ad una serie di situazioni che denotano nel soggetto passivo una particolare vulnerabilità della quale l'agente trae consapevolmente vantaggio» (fra i tanti: Cass. pen., Sez. II, 18/11/2014, n. 8998). Si discute, invece, se l'età avanzata della persona offesa sia un elemento che *in re ipsa* dimostri l'agevolazione nell'agire illecito. Di recente è stato affermato che: «nei reati che presuppongono l'interazione tra l'autore del fatto e la vittima (nella specie, furto con strappo), ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5, l'agevolazione all'agire illecito derivante dall'età avanzata della persona offesa è *in re ipsa*, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa» (Cass. pen., Sez. V, 21/02/2019, n. 12796). D'altro lato, però, un diverso orientamento riconosce che «l'età non può di per sé costituire condizione autosufficiente ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5, dovendo essere accompagnata da fenomeni di decadimento o di indebolimento delle facoltà mentali o da ulteriori condizioni personali, quali il basso livello culturale del soggetto passivo, che determinano un diminuito apprezzamento critico della realtà» (Cass. pen., Sez. IV, 11/12/2013, n. 1759). Per questo, anche recentemente, è stato affermato che «nella fattispecie in esame caratterizzata dall'età particolarmente avanzata delle persone offese (87 e 88 anni), ai fini della sussistenza o meno dell'aggravante contestata, il Tribunale avrebbe dovuto verificare se si sia o meno in presenza di una menomazione della capacità di percezione e della correlativa reazione e contrasto all'azione antigiuridica da parte delle vittime, avuto riguardo alla ipotetica percezione e reattività di una persona giovane» (Cass. pen., Sez. II, 09/03/2021, n. 27649). In particolare, non costituendo l'età avanzata della persona offesa oggetto di una presunzione assoluta di minorata difesa, si dovrebbe valutare «la ricorrenza di situazioni che denotano la particolare vulnerabilità del soggetto passivo dalla quale l'agente trae consapevolmente vantaggio» (Cass. pen., Sez. II, 25/02/2021, n. 12801).

La condizione di vulnerabilità, unitamente allo stato di soggezione e di omertà della vittima assume inoltre rilevanza ai fini della sussistenza dell'aggravante del metodo mafioso (d.l. n. 152/1991, conv. nella l. n. 203/1991). Per costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, tale stato di soggezione, omertà e vulnerabilità deve assumere connotati oggettivizzanti: dirimente è, infatti, il fatto di evocare l'appartenenza all'associazione criminale e la possibilità di percepirne la pericolosità da parte della vittima in quanto gruppo noto nella zona (v., ad es., Cass. pen., Sez. II, 19/03/2019, n. 17473).

Per ciò che riguarda l'onere di dimostrare la condizione di vulnerabilità operano le ordinarie regole di ripartizione dell'onere probatorio, sia nelle ipotesi in cui la vulnerabilità costituisce un elemento costituivo del reato, sia nei casi in cui integra una semplice circostanza aggravante. Ne deriva che grava sulla pubblica accusa la prova della vulnerabilità della persona offesa quale elemento costitutivo del reato ovvero quale elemento idoneo a configurare la sussistenza di una circostanza aggravante.

C. Reati contro la persona

Il titolo XII del Libro Secondo del Codice penale italiano è dedicato ai delitti «contro la persona». Trattasi di un settore criminologico estremamente vasto e frastagliato, reso ancor più articolato per effetto dei molteplici interventi normativi susseguisti nel corso dei decenni, al cui interno trovano cittadinanza figure delittuose eterogenee: dai delitti contro la vita e l'incolumità individuale (Capo I), ai quali segue oggi un Capo dedicato ai delitti contro la maternità (Capo I-*bis*), sino ai delitti contro l'onore (Capo II) e ai delitti contro la libertà individuale, i quali a loro volta si sfrangiano in una vasta rosa di ipotesi diversificate e racchiuse nelle Sezioni che compongono il Capo III (delitti contro la personalità individuale, contro l'eguaglianza, contro la libertà personale, contro la libertà morale, contro l'inviolabilità del domicilio e contro l'inviolabilità dei segreti).

Un fitto coacervo di fattispecie incriminatrici nelle quali, vista la comune riferibilità alla sfera degli interessi personali dell'individuo – pur venendo in rilievo aggressioni a profili diversi della personalità – il richiamo al concetto di «vulnerabilità» risulta estremamente frequente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana. Richiami che, conviene anticiparlo sin da ora, appaiono per la maggior parte riferibili ad un impiego «spontaneo» o «originale» del termine da parte del giudice di legittimità, in quanto la normativa interna offre pochi appigli positivi che, peraltro, tendono a concentrarsi per la maggior parte proprio nell'ambito dei delitti contro la persona[25].

Conformemente all'approccio metodologico indicato *supra*, nella vasta mole di sentenze in materia di delitti contro la persona al cui interno – nel corso dell'ultimo decennio – viene fatto impiego del termine vulnerabilità, si è proceduto a selezionare gli ambiti criminologici maggiormente significativi, esaminando quale significato venga attribuito dalla Suprema Corte al termine vulnerabilità e quale sia la funzione che il concetto viene ad esprimere nella dinamica processuale e nell'accertamento dei fatti di reato volta a volta considerati.

25 Il riferimento riguarda il già in precedenza ricordato art. 600 c.p., rubricato «Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù», nonché la disposizione, parimenti già richiamata *supra*, di cui all'art. 601 c.p., «Tratta di persone» (ove si prevede che «È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi»).

1. *Delitti contro la libertà personale*

Un novero particolarmente consistente di fattispecie rispetto alle quali la Suprema Corte fa ampio uso del concetto di vulnerabilità è rappresentato dai delitti di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p., con particolare riguardo all'ipotesi disciplinata dal comma 2, n. 1, nonché all'ipotesi circostanziale regolata dal comma 3 della medesima disposizione), anche aggravata (art. 609-*ter* c.p., con particolare riferimento alle circostanze aggravanti disciplinate al comma 1, n. 1) e n. 5), nonché al comma 2, della disposizione), e dai delitti di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p., anche ai fini della valutazione circa la concedibilità o meno dell'attenuante prevista dal comma 4) e di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.).

Prima di addentrarsi nell'analisi della copiosa giurisprudenza dedicata a questo ambito criminologico, preme sottolineare che il termine «vulnerabilità» viene impiegato dalla Suprema Corte in senso «promiscuo», in quanto destinato ad assumere rilievo ora specificamente processuale, ora sostanziale. Nel primo caso, il riconoscimento della condizione di vulnerabilità della persona offesa reca delle conseguenze sul piano delle modalità dell'assunzione delle dichiarazioni da parte della stessa, imponendosi l'adozione di particolari accorgimenti processuali per evitare che la vittima – qualora sottoposta al «fuoco incrociato» dell'esame e del controesame dibattimentale, per di più dinanzi al presunto autore del reato – possa essere colpita dal fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria: tale specifica declinazione in chiave processuale/probatoria della vulnerabilità non è stata presa in considerazione all'interno della presente indagine.

Nel secondo caso – che costituisce invece il *focus* di approfondimento qui condotto – il termine «vulnerabilità» viene impiegato dalla Suprema Corte ai fini dell'accertamento (sostanziale) degli estremi oggettivi dei reati, ovvero delle circostanze attenuanti/aggravanti, ovvero ancora in occasione della valutazione circa la congruità del trattamento sanzionatorio irrogato all'imputato. Nelle oltre 250 sentenze esaminate a partire dal 2010, escluse quelle nelle quali la vulnerabilità viene utilizzata ai fini probatori poc'anzi esaminati, sono state selezionate circa 50 pronunce – tutte successive al 2018 – dalle quali emergono i tratti maggiormente significativi dell'impiego in chiave sostanziale del termine «vulnerabilità».

L'accertamento della condizione di vulnerabilità della persona offesa assume innanzitutto un rilievo centrale ai fini dell'affermazione di responsabilità per il delitto di violenza sessuale mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto (art. 609-*bis*, co. 2, n. 1, c.p.). La Suprema Corte utilizza infatti il termine «vulnerabilità» (talvolta ulteriormente specificata come «particolare vulnerabilità»[26] o addirittura «estrema vulnerabilità»[27])

26 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13/10/2022 (dep. 09/11/2022), n. 42298, dove si legge che l'imputato «aveva agito abusando deliberatamente della condizione di particolare vulnerabilità ed inferiorità psichica della persona offesa derivante dal suo ritardo mentale, essendone l'imputato peraltro perfettamente consapevole, sia perché il ritardo era immediatamente percepibile, sia perché nel corso di una conversazione telefonica intrattenuta con il padre della stessa costui gli rappresentò in termini meno espliciti la condizione di minoranza psichica della giovane».

27 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 14/04/2021 (dep. 21/06/2021), n. 24132, dove il connotato di vulnerabilità è stato identificato, oltre che nell'età della persona offesa (minorenne), nel fatto che «il livello affettivo della minore era inadeguato, perché si attaccava molto, senza distinzioni e in modo disinibito, a chi la trattava con amorevolezza e con affetto e a chi le prestava attenzione, mostrando una forma di attaccamento disorganizzato, donde l'estrema vulnerabilità della vittima». Identica locuzione si rinviene in Cass. pen., Sez. III, 18/06/2019 (dep. 30/10/2019), n. 44289: «[…] estrema vulnerabilità della vittima, appena quindicenne e sofferente da un punto di vista psichico».

quale elemento lessicale equivalente a quello di «condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa»: a dire cioè che laddove ricorra una delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima, questa viene considerata vulnerabile e l'abuso, da parte dell'agente, di tale vulnerabilità vale a integrare – secondo un ragionamento circolare – l'abuso della condizione di inferiorità fisica o psichica che costituisce l'elemento oggettivo del reato.

La Corte individua diversi casi in cui la vittima è considerata vulnerabile in quanto si trovava in condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto: tra le ipotesi più ricorrenti, si rinvengono quelle che ancorano la vulnerabilità all'età della persona offesa – minorenne[28] o anziana[29] – ovvero alla presenza di patologie psichiatriche o neurologiche[30] – anche laddove tale condizione sia solo temporanea e parziale[31] – ovvero ancora quando la vittima presenti una condizione psicologica di fragilità[32], oppure quando la capacità di difesa risulti limitata dall'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti[33] e anche laddove la persona offesa risulti particolarmente suggestionabile in ragione di talune credenze esoteriche[34].

Numerosi risultano gli arresti giurisprudenziali nei quali la Corte individua – ai fini dell'accertamento del reato – delle forme di vulnerabilità «multifattoriale», innanzitutto riferite al soggetto minore d'età.

---

28 Ex multis, Cass. pen., Sez. III, 04/05/2022 (dep. 17/06/2022), n. 23641; Cass. pen., Sez. III, 08/10/2020 (dep. 17/02/2021), n. 6148; Cass. pen., Sez. IV, 10/09/2019 (dep. 13/12/2019), n. 50437, nell'ambito della quale la Corte ha evidenziato che la «vulnerabilità è stata sottolineata soprattutto in relazione all'età della vittima appena quindicenne al momento dei fatti, circostanza che il ricorrente sembra del tutto ignorare [...] la sentenza impugnata compie una accurata disamina della fattispecie ed oltre a sottolineare gli elementi oggettivi cui si è accennato, analizza compiutamente il comportamento ed il modus operandi dello stesso G., da cui emerge la sua assoluta consapevolezza in ordine allo stato di vulnerabilità e disagio gravante sulla giovane ragazza»; Cass. pen., Sez. III, 23/05/2019 (dep. 27/08/2019), n. 36439; Cass. pen., Sez. III, 16/07/2019 (dep. 01/08/2019), n. 35196.

29 Cass. pen., Sez. III, 15/03/2022 (dep. 30/03/2022), n. 11624.

30 Ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 10/06/2021 (dep. 15/10/2021), n. 37535, ove la Corte ha ritenuto sussistenti gli estremi del reato in una vicenda in cui l'agente aveva approfittato della inferiorità psichica di una minorenne (affetta da sindrome di «Turner» comportante un ritardo nello sviluppo mentale). Cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 08/07/2021 (dep. 13/10/2021), n. 37129; nonché Cass. pen., Sez. III, 25/10/2022 (dep. 13/01/2023), n. 912.

31 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20/05/2021 (dep. 25/06/2021), n. 24883: «la condizione di inferiorità psichica richiesta dall'art. 609-bis c.p., comma 2, n. 1, si verifica nei casi in cui il soggetto passivo versi in una condizione, genetica o sopraggiunta, permanente o transitoria, di incapacità, totale o parziale, di resistere all'altrui opera di persuasione, condizione che non permette di esprimere un valido consenso alla prestazione sessuale».

32 Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 18/01/2023 (dep. 09/02/2023), n. 5625; nonché Cass. pen., Sez. III, 14/09/2020 (dep. 21/10/2020), n. 29102, ove la Corte ha valorizzato il fatto che la vittima fosse particolarmente fragile vista la recente conclusione della precedente relazione sentimentale con un terzo.

33 *Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 15/02/2022 (dep. 23/03/2022), n. 9999: «rientrano nelle condizioni di vulnerabilità della p.o. anche quelle conseguenti all'assunzione di alcolici o di sostanze stupefacenti, e ciò a prescindere dalla circostanza che l'ingestione sia stata indotta o volontaria: invero anche in tale ultimo caso la condizione di menomazione della vittima, indipendentemente da chi l'abbia provocata, può essere strumentalizzata per il soddisfacimento delle pulsioni sessuali dell'agente, senza che neppure risulti necessario il ricorso a forme di subdolo convincimento a causa dello stato di totale annichilimento, sia pure transeunte, delle capacità intellettive e volitive in cui versa il soggetto passivo, il cui consenso è perciò ineludibilmente viziato»; Cass. pen., Sez. III, 16/03/2021 (dep. 02/09/2021), n. 32635; Cass. pen., Sez. III, 19/06/2018 (dep. 23/11/2018), n. 52835.

34 Cass. pen., Sez. IV, 23/11/2022 (dep. 29/12/2022), n. 49417, nella quale la Corte precisa che «In tema di violenza sessuale, tra le condizioni di inferiorità psichica rilevanti a norma dell'art. 609-bis c.p., comma 2, n. 1, rientrano tutte quelle che siano tali da determinare una posizione vulnerabile della vittima indipendentemente dall'esistenza di patologie mentali, comprese quelle determinate da credenze esoteriche in grado di suggestionare la persona offesa, delle quali l'agente approfitti spingendo o convincendo quest'ultima ad aderire ad atti sessuali che, diversamente, non avrebbe compiuto».

Scorrendo la giurisprudenza, accanto alle ipotesi in cui si ritiene che la vulnerabilità del minore sia acuita dallo stato di ubriachezza in cui versa[35], vi sono frequenti casi in cui la condizione di «minorenne» si salda con quella di soggetto affetto da fragilità psichica[36], con l'effetto di spingere talora la Corte a ravvisare i connotati di una «estrema vulnerabilità»[37]. Particolarmente numerose sono inoltre le decisioni in cui la vulnerabilità del minore si accompagna a quella desunta dal contesto relazionale, ossia dai rapporti intercorrenti tra il minore e l'autore del reato, ad esempio in quanto inquadrabili in rapporti di parentela[38] o comunque di convivenza[39], oppure in un rapporto *lato sensu* di autorità[40], oppure ancora dal particolare disagio familiare che il minore stava attraversando in quel momento della sua vita (tale da renderlo più facilmente aggredibile[41]).

In altri casi, la vulnerabilità multifattoriale si è manifestata «combinando» la vulnerabilità legata al sesso femminile della vittima, con quella derivante, ad esempio, dalle specifiche condizioni di luogo nel quale è avvenuta la violenza[42] o dal rapporto con l'autore del reato[43].

L'indagine in ordine alla vulnerabilità della persona offesa dal reato risulta significativa non solo nella prospettiva di accertare gli estremi della condotta di violenza sessuale, ai sensi dell'art. 609-*bis*, co. 2, n. 1, ma anche al fine di ritenere applicabile, oppure di escludere, la circostanza attenuante relativa al fatto di c.d. minore gravità prevista dall'art. 609-*bis*, co. 3, c.p. e dall'art. 609-*quater*, co. 4, c.p.

La Suprema Corte ha infatti precisato che, all'interno del giudizio globale che il giudice è chiamato a svolgere – tale da estendersi sino a ricomprendere, oltre alla dinamica del fatto (comprensiva dei mezzi e delle modalità di esecuzione del reato), anche il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le caratteristiche psicologiche valutate in relazione all'età, allo scopo di accertare che la libertà sessuale non sia stata compressa in maniera grave e che non sia stato arrecato alla vittima un danno grave, anche in termini psichici – debba tenersi conto anche della situazione di vulnerabilità nella quale versa la vittima al momento del fatto, a sua volta correlata a uno dei fattori di vulnerabilità *supra* indicati, la quale

35 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 12/11/2021 (dep. 15/12/2021), n. 45970.
36 Cfr. Cass. pen., n. 37535/2021, cit.; n. 24132/2021, cit.; Cass. pen., Sez. III, 06/11/2018 (dep. 21/01/2019), n. 2573.
37 Cfr. Cass. pen., n. 24132/2021, cit. e Cass. pen., n. 44289/2019, cit.
38 Cass. pen., Sez. III, 08/10/2020 (dep. 17/02/2021), n. 6148, dove la vittima minorenne era figlia adottiva dell'autore del reato.
39 Cass. pen., Sez. III, 01/07/2020 (dep. 07/07/2020), n. 20093.
40 Cfr. *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 18/09/2018 (dep. 14/11/2018), n. 51486; Cass. pen., Sez. III, 24/05/2018 (dep. 17/10/2018), n. 47123.
41 Cass. pen., Sez. III, 09/07/2019 (dep. 29/08/2019), n. 36622; Cass. pen., Sez. III, 23/05/2019 (dep. 27/08/2019), n. 36439.
42 Cass. pen., Sez. III, 08/03/2018 (dep. 12/04/2018), n. 16306, dove la condizione di inferiorità fisica o psichica e, quindi, di vulnerabilità, è stata individuata nel fatto che la condotta è avvenuta in danno di una donna all'interno di una vettura, con impossibilità per la stessa di allontanarsi.
43 In Cass. pen., Sez. III, 20/12/2022 (dep. 17/04/2023), n. 16131, la condizione di vulnerabilità della vittima femminile è stata fatta discendere dal «legame quasi patologico che la univa agli imputati, dal numero di costoro, e del momento particolarmente delicato della vita della ragazza, combinato ad una vicenda familiare di per sé non troppo favorevole». Cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 04/02/2022 (dep. 29/03/2022), n. 11302, dove la Corte ha condiviso la ricostruzione del giudice d'appello, nella parte in cui ha ritenuto che «la vittima si trova in una condizione di prostrazione, di timore e di diminuita resistenza, disposta a qualunque cosa purché l'imputato lasci la sua abitazione [...], aggiungendosi come la condizione di vulnerabilità ben può derivare proprio da una peculiare situazione ambientale e relazionale, quale quella verificatasi nel caso in esame».

dunque costituisce uno degli elementi che possono orientare il giudice a valutare il fatto come caratterizzato dalla minore gravità[44], oppure a escludere tale connotato[45].

Non solo, ma la condizione di vulnerabilità della vittima è stata espressamente contemplata dalla Suprema Corte quale uno degli elementi di cui deve tener conto il giudice di merito in sede di commisurazione della pena nel caso concreto, alla luce dei criteri fissati dall'art. 133 c.p.[46]

Preme infine evidenziare che, almeno in un caso, la valutazione di «vulnerabilità» della vittima ha altresì costituito uno dei parametri valutativi che il giudice di legittimità ha apprezzato in sede di valutazione circa l'adeguatezza della misura cautelare applicata nei confronti dell'indagato, rigettando il ricorso da questi presentato al fine di ottenere una misura meno afflittiva (nel caso di specie, gli arresti domiciliari in luogo della custodia cautelare in carcere)[47].

Dalla disamina condotta emerge l'impressione che la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione in materia di illeciti attinenti alla sfera sessuale impieghi sistematicamente e

44 In Cass. pen., Sez. III, 16/01/2023 (dep. 10/02/2023), n. 5721, la Suprema Corte ha evidenziato che lo stato di ubriachezza della ragazza vittima degli atti sessuali fosse un elemento «di maggiore vulnerabilità» tale da escludere, unitamente agli altri profili della vicenda, la riconoscibilità dell'attenuante della minore gravità di cui all'art. 609-*bis* co. 3, c.p. Nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. III, 08/11/2022 (dep. 11/01/2023), n. 538.

45 Nella vicenda esaminata da Cass. pen., Sez. III, 25/10/2022 (dep. 13/01/2023), n. 912, il giudice di legittimità ha evidenziato che il giudice di merito, nel condurre la valutazione globale del fatto richiesta dall'art. 609-*bis* co. 3, aveva tenuto conto della «vulnerabilità psichica» della donna e, tuttavia, aveva comunque ritenuto di concedere l'attenuante. Parimenti è stata esclusa l'attenuante *de qua* in un caso in cui l'imposizione degli atti sessuali era avvenuta a danno di una minorenne all'interno dell'abitazione, valorizzandosi il fatto che proprio all'interno di quel luogo la vittima era maggiormente vulnerabile in quanto si trattava di luogo dove la ragazza doveva essere maggiormente protetta: Cass. pen., Sez. III, 29/09/2021 (dep. 01/12/2021), n. 44352. Ancora, è stata esclusa l'attenuante in esame in una vicenda in cui il giudice d'appello ha valorizzato il fatto che la vittima, minorenne, presentava un «assai acerbo stato di maturità sessuale» e una «spiccata vulnerabilità emotiva»: così Cass. pen., Sez. IV, 20/05/2021 (dep. 29/09/2021), n. 35650. Si veda anche Cass. pen., Sez. IV, 25/03/2021 (dep. 07/07/2021), n. 25744, dove la minore gravità oggettiva degli abusi perpetrati nei confronti della minore è stata «rapportata» – spingendo a escludere l'inquadramento del fatto nell'art. 609-bis, co. 3, c.p. – allo «sviluppo psicofisico e all'età della piccola vittima che al momento dei fatti aveva circa 10 anni, quindi con una vulnerabilità elevata, e una sostanziale incapacità reattiva soprattutto rispetto al nonno e al prozio», e più in generale il giudice di merito ha «ha tenuto conto innanzitutto dell'elemento anagrafico insieme allo sviluppo psicologico della minore nonché della particolare situazione familiare che ha concretizzato oggettivamente e soggettivamente la vulnerabilità della vittima in relazione agli atti sessuali impostile». Cfr. altresì Cass. pen., Sez. III, 15/03/2022 (dep. 30/03/2022), n. 11624, ove il connotato di vulnerabilità che – in uno con gli altri parametri di valutazione – ha portato a escludere la configurabilità dell'attenuante, è stato ravvisato in chiave multifattoriale nell'età avanzata della persona offesa e nelle condizioni di inferiorità fisica che essa presentava.

46 Così, in Cass. pen., Sez. III, 22/12/2022 (dep. 28/03/2023), n. 12811, nell'escludere l'eccessività del trattamento sanzionatorio inflitto al ricorrente dal giudice di merito, la Suprema Corte ha evidenziato che «i giudici non si sono limitati a stigmatizzare la commissione del fatto in sé, relativo ad una minore, ma ne hanno analizzato le modalità di svolgimento e l'intensità del dolo, ai sensi dell'art. 133 c.p., cogliendo in particolare il peculiare approfittamento della vittima, realizzato sfruttando i rapporti interpersonali e la particolare vulnerabilità della minore, quali dati che evidentemente si ritiene connotino significativamente, a fini dosimetrici, la condotta individuata come di rilievo penale». Si veda anche Cass. pen., Sez. III, 16/06/2021 (dep. 22/10/2021), n. 37927, persona offesa un anziano, paziente dell'autore del reato, affetto da decadimento cognitivo in encefalopatia vascolare, ove la Corte ha ritenuto non censurabile l'entità della pena applicata in quanto «la decisione impugnata è congruamente e logicamente motivata avendo la Corte d'appello valutato, tra i criteri di cui all'art. 133 c.p., la gravità del fatto in ragione della situazione di vulnerabilità della persona offesa impossibilitata ad opporsi».

47 Cass. pen., Sez. III, 13/07/2021 (dep. 13/01/2022), n. 792: «Sull'adeguatezza della misura cautelare in carcere (nella presunzione di cui all'art. 275 c.p.p., comma 3) l'ordinanza risulta ampiamente motivata, senza contraddizioni e senza manifeste illogicità rilevando come l'unica misura idonea risulta quella in carcere poiché l'intensità e attualità delle esigenze cautelari esclude una spontanea osservanza e non evita i contatti con altre potenziali vittime di abusi. La custodia domiciliare sarebbe pertanto inidonea ad evitare i contatti con altre ragazze. Inoltre, con i numerosi mezzi di comunicazione disponibili il ricorrente potrebbe sempre mettersi in contatto con la parte offesa per approfittare della sua vulnerabilità dovuta proprio alla relazione di "patrigno amante" intercorsa con la minore».

spontaneamente il termine «vulnerabilità», sia ai fini dell'accertamento della sussistenza del reato (in particolare, di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis*, co. 2, n. 1, c.p.), sia in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio, e tuttavia la vulnerabilità non appare formalizzata in una nozione specifica, ben definita: al contrario, la vulnerabilità (in alcuni casi ulteriormente specificata come «particolare vulnerabilità», «estrema vulnerabilità», soprattutto nelle ipotesi di compresenza di più fattori di debolezza della vittima) sembra costituire un «involucro lessicale» destinato a essere riempito, volta per volta, dalla particolare sensibilità del giudicante, a seconda della sua capacità di cogliere e valorizzare i singoli profili del fatto concreto.

In questa prospettiva, può notarsi che la Suprema Corte tende a non «appiattirsi» su alcune categorie «classiche» della vulnerabilità, ma si rende promotrice di una valutazione dettagliata delle peculiarità del caso concreto. Al di là della figura del minore (le cui peculiarità psico-fisiche lo rendono un soggetto vulnerabile in quanto tale e tale ontologica vulnerabilità si specchia nella previsione delle fattispecie incriminatrici che, al di fuori dei casi di violenza sessuale, a talune condizioni sanzionano le intromissioni nella sfera sessuale del minore stesso[48]), la giurisprudenza di legittimità tende a non riconoscere la vulnerabilità quale automatica conseguenza di una determina condizione personologica della vittima (ad esempio, il sesso femminile, la presenza di disturbi psicologici, difficoltà familiari o relazionali), ma sollecita un vaglio approfondito che consenta di lumeggiare se quel dato elemento oggettivo o soggettivo sia indicativo di una condizione di maggiore debolezza o fragilità, tale da rendere più vulnerabile la persona dinanzi a determinate forme di aggressione sessuale.

2. Delitti contro la personalità individuale

Tra i delitti contro la personalità individuale ricorrono due disposizioni nelle quali la «vulnerabilità» costituisce un elemento strutturale del reato, come tale espressamente previsto dal legislatore: trattasi dei reati di «Riduzione o mantenimento in schiavitù» (art. 600 c.p.)[49] e di «Tratta di persone» (art. 601 c.p.)[50], la cui attuale formulazione è l'esito della riforma operata con il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, a sua volta attuativa della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime (sostitutiva della decisione

48 Il riferimento concerne, ad esempio, il delitto di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), o la corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies*), così come la stessa opzione legislativa di escludere l'invocabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa a propria scusa, salvo che l'ignoranza stessa fosse inevitabile (art. 609-*sexies* c.p.).

49 Il quale sanziona «Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni 3. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona».

50 Secondo il quale «È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi».

quadro 2002/629/GAI). Per effetto di tale riforma è stato in particolare inserito, nel comma 2 della norma, tra le situazioni che comportano la riduzione o il mantenimento della vittima in stato di soggezione, l'«approfittamento di una situazione di vulnerabilità» della stessa, dove l'art. 2, par. 2 della direttiva definisce la posizione di vulnerabilità come una situazione in cui la persona «non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»[51].

Tale contesto normativo si riflette sulla giurisprudenza della Suprema Corte che – a differenza di quanto accade nella maggior parte degli altri settori di intervento punitivo esaminati, dove le fattispecie incriminatrici volta a volta analizzate non contengono un richiamo esplicito alla vulnerabilità – fa impiego e declina il concetto di vulnerabilità non in modo spontaneo, bensì richiamando direttamente le fonti interne (e le fonti sovranazionali) che, in relazione a tali reati, espressamente contemplano la vulnerabilità come elemento costitutivo dell'illecito. Non solo, ma merita di essere evidenziato come la Corte talora faccia riferimento anche alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[52].

Scorrendo la giurisprudenza, si osserva che nella maggior parte delle sentenze la vulnerabilità si presenta in chiave multifattoriale. Frequentemente le vittime risultano essere delle donne, madri e appartenente a un gruppo Rom[53], o giovani donne straniere e clandestine, costrette a esercitare l'attività di meretricio[54], talora ulteriormente caratterizzate da un basso livello di istruzione e in condizioni di estrema povertà[55]; oppure si tratta di soggetti minorenni e stranieri[56]; in altri casi, la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato – correlato all'approfittamento della situazione di vulnerabilità delle vittime – viene accertato in relazione a persone straniere, in gravi difficoltà economiche e afflitte da deficit fisici[57]. Per quanto frequente sia il caso di vittime straniere, si segnalano anche delle decisioni nelle quali la situazione di vulnerabilità (sempre correlata al ricorrere di più fattori) viene individuata in persone non straniere, come ad esempio nel caso di una giovane donna in stato di gravidanza[58].

Anche la fattispecie disciplinata dall'art. 603-*bis* c.p., rubricato «Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro» (c.d. caporalato), offre spesso l'occasione alla Suprema Corte di ricorrere al termine «vulnerabilità», ricollegandosi frequentemente a fonti interne o sovranazionali, nonostante

---

51 Sulla nozione di «situazione di vulnerabilità», v. Di Martino, «Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi tra diritto nazionale e orizzonti internazionali», *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 1.

52 Cfr. Cass. pen., Sez. V, 16/03/2022 (dep. 02/05/2022), n.17095, in una vicenda in cui veniva contestato, oltre al delitto di cui all'art. 600, comma 1 e 2 (riduzione in schiavitù) e all'associazione per delinquere, anche quello di cui all'art. 603-bis, commi 1, 2 e 3 nn. 1) e 3) (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), nonché il reato di cui all'art. 629 c.p. (estorsione) e all'art. 12 comma 5 del D.lgs. n. 286 del 1998. In questo caso, la Suprema Corte richiama l'art. 4 CEDU, il caso Corte EDU, *Chowdury e altri c. Grecia*, 30 marzo 2017; la direttiva 2011/36/UE e il d.lgs. n. 4 marzo 2014 n. 24; la decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, alla quale la L. 11 agosto 2003, n. 228 ha dato attuazione; la direttiva 2019/1152/UE, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e volta ad assicurare diritti minimi ai lavoratori nell'UE.

53 Cass. pen., Sez. V, 13/12/2021 (dep. 17/02/2022), n.5733.

54 Cass. pen., Sez. I, 14/09/2021 (dep. 03/02/2022), n.3796; Cass. pen., Sez. I, 19/01/2021 (dep. 19/05/2021), n.19737; Cass. pen., Sez. V, 27/03/2019 (dep. 04/07/2019), n.29368; Cass. pen., Sez. V, 19/09/2018 (dep. 29/10/2018), n.49514.

55 Cass. pen., Sez. V, 28/05/2019 (dep. 03/12/2019), n. 49148.

56 Cass. pen., Sez. V, 25/05/2018 (dep. 03/09/2018), n. 39456.

57 Cass. pen., Sez. V, 14/11/2018 (dep. 13/03/2019), n. 11202.

58 Cass. pen., Sez. V, 08/07/2022 (dep. 30/09/2022), n. 37136.

la disposizione normativa non faccia espressa menzione del termine[59]. Similmente a quanto già esaminato in relazione ai reati di tratta e di riduzione in schiavitù, le sentenze in materia di c.d. caporalato evidenziano l'intersezione di diverse forme di vulnerabilità in capo ai medesimi soggetti: per lo più la vulnerabilità viene individuata in individui stranieri, in condizioni di disagio economico[60].

3. *Delitti contro la libertà morale*

Tra i delitti della Sezione III del Capo dedicato ai delitti contro la libertà morale, il termine «vulnerabilità» compare talvolta nella giurisprudenza formatasi in materia di atti persecutori (c.d. *stalking*), disciplinato dall'art. 612-*bis* c.p. La disposizione in esame non reca un richiamo testuale al termine, e l'impiego che ne fa la Suprema Corte è di tipo spontaneo. Quanto ai fattori di vulnerabilità, questi si ricollegano a elementi personologici, come l'esistenza di invalidità fisiche[61], o al fatto che la vittima sia un minore[62].

La vulnerabilità talvolta non viene qualificata, nel senso che non viene collegata all'esistenza di un determinato connotato personale (es. donna, straniero etc.) o a una determinata condizione di tempo e luogo nel quale si sviluppa la condotta, e il termine viene impiegato per esplicitare uno degli effetti (*recte:* uno degli eventi) della condotta persecutoria: la vittima è vulnerabile proprio perché si è verificato un evento intimidatorio che l'ha costretta a mutare le abitudini di vita, ad esempio[63]. In altri casi, il verificarsi di uno degli eventi del reato è «scatenato» dalla condizione di vulnerabilità generata nella vittima da una pregressa condotta di reiterazione di condotte moleste[64].

Questa casistica appare significativa, in quanto l'elemento della vulnerabilità non costituisce – come invece accade in altri degli ambiti criminologici esaminati in precedenza – il «presupposto» sul quale si innesta la condotta offensiva, agevolando l'azione dell'agente, ma rappresenta il «risultato» della condotta offensiva[65].

---

59 Cass. pen., Sez. IV, 11/11/2021 (dep. 04/03/2022), n.7861, dove la Corte richiama l'art. 2 della direttiva 2011/36/EU, e la decisione del Consiglio Cee 19 luglio 2002, n. 629, sulla lotta alla tratta degli esseri umani. La sentenza è interessate nella misura in cui spiega che " con l'art. 603 bis c.p., il legislatore ha scelto di utilizzare la locuzione "stato di bisogno", già usata nel nostro ordinamento con riferimento ad istituti civilistici ed altri reati [...] e non quella "posizione di vulnerabilità", di matrice sovranazionale [...] che, nell'art. 1 della decisione del Consiglio Cee 19 luglio 2002, n. 629, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima».

60 Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 18/01/2022 (dep. 01/02/2022), n.3554.

61 Cass. pen., Sez. I, 18/10/2017 (dep. 02/05/2018), n. 18717.

62 Cass. pen., Sez. V, 09/12/2019 (dep. 04/02/2020), n. 4728: «In tema di atti persecutori, è sufficiente che la condotta abbia avuto un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima, e, laddove questa sia un minore, tale evento, per la maggiore vulnerabilità della persona offesa, può essere la conseguenza di reiterate condotte dell'indagato consistite nel rivolgerle apprezzamenti di natura sessuale e nell'appostarsi nei pressi dei luoghi da essa frequentati per poi indirizzarle sguardi insistenti».

63 Cass. pen., Sez. V, 08/07/2019 (dep. 26/11/2019), n. 48055, nella quale, richiamando la decisione del giudice di merito, la Suprema Corte ha evidenziato che la sentenza impugnata ha «ha esplicitato una serie di condotte persecutorie, tali da ingenerare una condizione di vulnerabilità della medesima [persona offesa] che, in presenza di un evento intimidatorio pur non riconducibile all'imputato, ne ha modificato le abitudini di vita».

64 Cass. pen., Sez. V, 21/05/2018 (dep. 26/07/2018), n. 35790, secondo la quale, «assume rilievo anche la concentrazione delle condotte, apparendo conforme a massime di comune esperienza che reiterate molestie, anche in un contenuto lasso temporale, possano provocare una situazione psicologica di vulnerabilità che funge da determinatore di uno degli eventi del reato».

65 Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione al reato di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p), dove l'effetto delle condotte di maltrattamento, reiterate nel corso del tempo, riducono la vittima in uno stato di mortificazione psico-fisica e, quindi, di vulnerabilità.

IV. Linee di sintesi. Una «vulnerabilità», più «vulnerabilità»: la libertà interpretativa della giurisprudenza, tra silenzi legislativi e flessibilità semantiche

All'esito della ricognizione giurisprudenziale svolta, sembra possibile trarre alcune indicazioni di sintesi sul ruolo della vulnerabilità nell'ambito della giurisprudenza delle sezioni penali della Corte di Cassazione italiana.

Il punto di partenza è rappresentato – come già anticipato in precedenza – dall'assenza di definizioni normative della «vulnerabilità».

Anche in relazione alle (poche) fattispecie incriminatrici in cui il legislatore espressamente cita la vulnerabilità come elemento tipizzante del fatto di reato, tale elemento non è accompagnato da indicazioni definitorie, né l'accostamento ad altri connotati è in grado di perimetrare meglio il concetto[66]: lo spettro semantico del termine è estremamente ampio, esprimendo una categoria di sintesi di molteplici ed eterogenee situazioni e cause che determinano una condizione di fragilità, di esposizione ad attacchi esterni, in capo ad un determinato soggetto. Non a caso, anche l'art. 90-*quater* c.p.p., disposizione introdotta nel codice di procedura penale dal d.lgs. n. 212/2015 in attuazione della già citata direttiva 2012/29/UE e contenente la definizione a fini processuali della «Condizione di particolare vulnerabilità», non fornisce una definizione in senso stretto della particolare vulnerabilità, ma elenca una serie di elementi – di natura oggettiva e soggettiva – di cui l'interprete deve avvalersi per ricostruire tale figura: si legge infatti che la condizione di particolare vulnerabilità deve essere «desunta [...] dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede», ma deve tenersi conto anche delle modalità della condotta e del contesto criminogeno nel quale il fatto si inserisce («si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione») e altresì delle specificità del rapporto tra vittima e autore del reato, in particolare occorre accertare «se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

Ma se tale ampiezza della nozione appare tutto sommato comprensibile nell'ambito del diritto processuale penale – dal momento che in sede processuale «l'esigenza di tutela della vittima vulnerabile non può che porsi per l'appunto in relazione a una persona determinata, concretamente individuata, nei confronti di alcuni ben noti rischi originanti, più o meno direttamente, dalla stessa macchina processuale»[67] (ossia il rischio di c.d. vittimizzazione secondaria), di talché si impone una lettura ad ampio raggio della persona stessa per coglierne i profili di fragilità nel caso concreto – proprio l'ampiezza stessa del concetto, svincolato da definizioni normative e la cui perimetrazione

66 Si pensi, ad esempio, alla disposizione dell'art. 558 *bis*, co. 2, c.p., ove si fa riferimento all'approfittamento di «condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona».

67 F. Palazzo, «Soggetti vulnerabili e diritto penale», *op. cit.*, p. 93.

nel caso concreto viene volta per volta lasciata alla *verve* interpretativa della giurisprudenza, rischia di scontrarsi con alcuni principi fondamentali del diritto penale sostanziale, posti a tutela dell'autore del fatto illecito: dal principio di determinatezza e di precisione della norma penale, a sua volta correlato con l'esigenza di prevedibilità delle conseguenze penali di un dato comportamento, a quelli di uguaglianza, di offensività e di proporzionalità della pena.

In altri termini, per quanto debba salutarsi con favore la tendenza ordinamentale al rafforzamento della tutela penale dei soggetti vulnerabili, a sua volta coerente con la rinnovata attenzione dell'apparato normativo penalistico nei confronti della vittima del reato, ciò nondimeno si ritiene che tale tendenza debba comunque svilupparsi armonicamente con i principi fondamentali di un diritto penale costituzionalmente orientato che è, innanzitutto, la *Magna Charta* del reo e la cui vulnerabilità – una volta che egli si trovi «nelle mani» dell'autorità giudiziaria – non deve essere comunque dimenticata. Dall'analisi della giurisprudenza di legittimità – svincolata, come detto, da specifiche coordinate interpretative stabilite a livello legislativo – si osserva che la tendenza è nel senso di aderire a una lettura assai ampia della vulnerabilità e dei possibili fattori/cause/condizioni che la determinano o ne sono espressione: nella prospettiva di massimizzare la tutela delle vittime, tendono ad essere allentate le maglie della tipicità, estendendo la portata applicativa delle disposizioni incriminatrici e circostanziali, in chiave *contra reum*. D'altra parte, come già si è avuto modo di ricordare *supra* e come si evidenzierà nel prosieguo, tale approccio ermeneutico «estensivo» viene talora «controbilanciato» da una rigorosa analisi del caso concreto, volta a verificare se davvero quei fattori di vulnerabilità abbiano agevolato o aggravato la commissione del reato: in sostanza, se anche i confini della vulnerabilità non risultano in astratto pre-determinati, ciò non esime dalla necessità di effettuare un concreto e approfondito vaglio per valutare se, effettivamente, nella singola vicenda storicamente definita, uno o più fattori di vulnerabilità abbiano inciso sull'offensività del fatto.

Scorrendo la giurisprudenza di legittimità esaminata, si osserva un pieno dispiegarsi del concetto lungo tutta l'ampiezza dell'orizzonte semantico tracciato dal termine «vulnerabilità», in quanto i giudici valorizzano e selezionano, volta per volta, fattori causali diversi.

Frequentemente, il giudizio di vulnerabilità è basato su una declinazione «interpersonale» del concetto, ossia come condizione di inferiorità fisico-psichica della vittima rispetto all'autore del reato con cui intercorre una relazione «qualificata» (lavorativa, affettiva, etc.), tale da acuire l'esposizione al pericolo di offesa criminale: è quanto accade, ad esempio, nell'ambito del reato di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater*, co. 1, n. 2), c.p.), nella misura in cui punisce chi compie atti sessuali con persona che non ha compiuto gli anni sedici, «quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza»; ma anche nell'ambito dei reati contro la p.a. e in particolare in relazione alla concussione (art. 317 c.p.), dove la vulnerabilità del privato è determinata dal dislivello di potere rispetto al pubblico ufficiale il quale, a sua volta, di quel dislivello abusa.

La vulnerabilità, intesa come elemento interpersonale, può peraltro combinarsi e intrecciarsi con uno o più fattori ulteriori, come quelli legati all'età (si pensi ai soggetti minori, ma anche agli anziani, la cui vulnerabilità/fragilità è ricollegata al dato anagrafico dell'età), al sesso (si pensi ai c.d. *gender crime*, in particolare a quelli commessi in danno di donne, vittime di violenza domestica/violenza sessuale/discriminazione in ambito lavorativo/sfruttamento della prostituzione, in quanto donne), alla diversità culturale e linguistica (si pensi agli stranieri, vittime di sfruttamento lavorativo), alla debolezza economica (la condizione di povertà, che spinge ad esempio la vittima ad accettare vergognose condizioni di lavoro o ad accedere a circuiti di prostituzione).

A tali fattori di vulnerabilità che si presentano come «strutturali», ossia come legati a una condizione non circoscritta da specifiche situazioni di tempo e di luogo, ma – per così dire – inerenti alla persona dell'offeso (l'età, il sesso, lo *status* sociale/culturale), si accompagnano fattori di vulnerabilità situazionali o occasionali, che vengono cioè a manifestarsi in uno specifico contesto di azione: si pensi ancora alla condizione di vulnerabilità del privato dinanzi al pubblico ufficiale, nel delitto di concussione; oppure, allo stato di ebbrezza alcolico della vittima e di cui approfitti l'autore di un delitto a matrice sessuale; oppure ancora alle molteplici variabili di spazio e tempo che possono integrare la circostanza aggravante della c.d. minorata difesa.

Peraltro, come anticipato, nel caso concreto può darsi la sussistenza di più fattori causali, che vengono cumulativamente apprezzati e convergono verso la valutazione di vulnerabilità della persona offesa: si pensi ai casi in cui la vittima è un minore (fattore di vulnerabilità «strutturale») e si trova in condizioni di ubriachezza (fattore di vulnerabilità «situazionale»); o ancora nei casi in cui alla minore età (fattore di vulnerabilità «strutturale») si accompagna una condizione sociale precaria (altro fattore di vulnerabilità «strutturale»).

In questi casi emerge talora un giudizio di «estrema vulnerabilità» o di «particolare vulnerabilità», locuzioni che consentono di svolgere un'osservazione ulteriore, in ordine alla «intensità» della vulnerabilità. Si fa riferimento al fatto che, talora, nel lessico legislativo compaiono espressioni che sembrano richiedere una specifica – appunto – «intensità» della situazione di debolezza di un determinato soggetto: ad esempio, i reati di prostituzione e pornografia minorile (artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinquies*) sono aggravati se commessi approfittando della «situazione di necessità» del minore (art. 602 *ter*, co. 4, c.p.); lo sfruttamento del lavoro sanzionato dal c.d. delitto di caporalato richiama l'approfittamento dello «dello stato di bisogno dei lavoratori» (art. 603 *bis* c.p.); ancora, la circonvenzione d'incapace postula, alternativamente, l'abuso «dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore» oppure dello «dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona» (art. 643 c.p.).

Trattasi di varianti terminologiche che, tuttavia, non sembrano fornire una precisa indicazione interpretativa, rimettendosi comunque la puntuale attuazione di tali formule lessicali al giudice del caso concreto. In effetti, da questo punto di vista, la disamina giurisprudenziale svolta ha consentito di apprezzare lo sforzo valutativo condotto dai giudicanti, nel senso che questi ultimi – come già

evidenziato *supra* – tendono a rifuggire formule stereotipate o «presunzioni di vulnerabilità», andando invece a sondare attentamente tutte le variabili che hanno caratterizzato una determinata vicenda criminale, per verificare se «in concreto», un dato fattore di vulnerabilità – pur esistente – abbia agevolato o determinato la perpetrazione della condotta illecita.

Tale attento approccio ermeneutico – che a sua volta si accompagna a uno sviluppo della dinamica probatoria coerente con le regole procedimentali ordinarie (la prova circa l'esistenza della situazione di vulnerabilità grava sulla pubblica accusa, sia quando la vulnerabilità costituisca un elemento costitutivo del reato contestato, come in materia di riduzione o mantenimento in condizioni di schiavitù o in tema di tratta di persone, sia quando la stessa concorra a integrare una circostanza di aggravamento della pena, come ad es. in tema di c.d. minorata difesa) – pare meritevole di valorizzazione, in quanto ci sembra offrire le più concrete garanzie di una lettura «equilibrata» tra le ineludibili esigenze di tutela rafforzata delle persone vulnerabili e vittime di reato proprio a cagione di tale vulnerabilità, da un lato, e le altrettanto ineliminabili esigenze di non indebolimento delle garanzie individuali previste per il reo e poste alla base del sistema penale, evitando di far dipendere le sorti punitive dell'autore del reato da formule stereotipate o da presunzioni di maggiore offensività di una condotta che, a conti fatti, non troverebbe riscontro nella reale dinamica dell'evento criminale.

Ciò ci sembra tanto più rilevante in quei contesti normativi dove il legislatore, lungi dall'impostare le singole fattispecie incriminatrici o aggravanti – dove pure compare, ancorché in modo terminologicamente non esplicito, un fattore di vulnerabilità – su una condotta di abuso o di sfruttamento di una condizione di vulnerabilità (ad es., per tutti, più volte citato delitto di c.d. caporalato, art. 603 *bis*, c.p., dove si richiede lo sfruttamento dello stato di bisogno del lavoratore), si limiti a descrivere un fattore di debolezza, «presumendo» che il ricorrere dello stesso incida sul nucleo di disvalore della condotta (ad es., l'aver posto in essere condotte persecutorie in danno di donna in stato di gravidanza che, ai sensi dell'art. 612 *bis*, co. 3, c.p., comporta un aggravamento di pena). In tali contesti, potrebbero sollevarsi dei dubbi di legittimità costituzionale per violazione dei principi di uguaglianza e offensività: dubbi che, ci sembra, potrebbero risultare meno incisivi proprio in virtù di un approccio giurisprudenziale non superficiale, non limitato al dato presuntivo, ma tale da andare ad indagare se, concretamente, quel fattore di vulnerabilità abbia comportato un approfondimento del dell'offesa.

Prison et vulnérabilité

Natalia Rombi[1]

Prison et vulnérabilité : remarques introductives

En abordant la question de la vulnérabilité dans le cadre de l'exécution pénale, on rencontre deux types de difficultés : d'une part, il s'agit d'un sujet aux contours insaisissables et multiformes ; d'autre part, sa prise en compte dans la dynamique carcérale est délicate.

D'une manière générale, le terme « vulnérabilité » renvoie à une notion qui peut être rappelée dans des contextes hétérogènes, car elle peut évoquer une variété de significations, toutes unies par l'aspect relationnel de cette condition. Les différentes situations de vulnérabilité se définissent en effet par l'examen des facteurs auxquels un sujet est exposé et qui sont susceptibles de lui nuire et de compromettre sa capacité d'autodétermination. Cela s'accompagne naturellement d'un besoin ou d'un manque de ressources chez le sujet lui-même, ce qui l'empêche d'échapper aux éventuelles conséquences préjudiciables découlant de ces facteurs externes ou de réagir à leur réalisation concrète.

Le terme vulnérabilité renvoie donc à des situations très différentes, mais il finit toujours par identifier des catégories d'individus plus vulnérables qui, ne répondant pas à une *norme* idéale *de* résilience et de rétablissement, pour des raisons subjectives ou contextuelles, ont davantage besoin d'une protection appropriée et d'une attention particulière de la part du système juridique[2].

L'analyse des arrêts de la Cour de cassation[3] montre que le condamné qui purge une peine d'emprisonnement se trouve dans une situation de vulnérabilité.

---

1 Maîtresse de conférences à l'Université d'Udine.

2 Cass, Section I, 19 ottobre 2017, n° 52990, www. leggiditalia.it s'attarde sur la « vulnérabilité familiale » d'un détenu mineur qui s'est vu indûment refuser l'accès aux prestations pénitentiaires car il ne disposait pas, en raison de ses antécédents, du soutien nécessaire pour favoriser sa resocialisation et sa rééducation. La Cour de cassation a rappelé que ces indicateurs subjectifs, bien que pertinents, n'épuisent pas le spectre de l'évaluation de la dangerosité sociale du requérant, à l'égard duquel il était nécessaire d'exprimer un jugement pronostique orienté vers sa réinsertion sociale.

3 Une donnée commune ressort de l'analyse des différents arrêts : la notion de vulnérabilité ne fait jamais l'objet d'une définition. Cass., Section V, 16 novembre 2018, n° 8545, www.dejure.it fait référence à la directive 2011/36/UE qui, outre l'identification de certaines catégories de personnes à considérer comme vulnérables (par exemple, les mineurs tandis que le considérant 12 mentionne, parmi les éléments à prendre en compte pour évaluer la vulnérabilité des victimes de certains types d'infractions, le sexe, la grossesse, l'état de santé et le handicap), affirme que « par position de vulnérabilité, on entend une situation dans laquelle la personne concernée n'a pas d'autre choix effectif et acceptable que de céder à l'abus dont elle est victime ».

Il est privé de liberté, ce qui le rend extrêmement vulnérable puisque la satisfaction de ses moindres besoins dépend entièrement de la volonté de l'autorité qui le prend en charge.

Ainsi, un type particulier de vulnérabilité découlant du déséquilibre qui caractérise la relation individu-autorité est mis en évidence, à tel point que la référence à la « vulnérabilité » est assez récurrente et systématique dans les jugements concernant les personnes incarcérées.

Même si le nombre d'arrêts analysés est assez limité par rapport au nombre total d'arrêts de la Cour suprême faisant référence à la vulnérabilité, l'aperçu permet d'affirmer que la restriction de liberté est un indice de vulnérabilité résultant de la soumission à l'autorité. Il découle de ce constat que la protection généralement due aux personnes vulnérables doit être renforcée lorsque celles-ci sont enfermées en prison, car la privation de liberté accroît la situation de fragilité, si celle-ci était préexistante et due à des facteurs intrinsèques, et place le sujet dans une situation de vulnérabilité accrue.

En effet, bien que le terme « vulnérable » n'apparaisse pas dans la Constitution, celle-ci fait néanmoins allusion à plusieurs types de fragilités[4], dont l'une est spécifique aux personnes privées de liberté.

En punissant « toute violence physique et morale à l'encontre de personnes soumises à des restrictions de liberté », l'article 13, paragraphe 4, de la Constitution reconnaît en effet implicitement la vulnérabilité des personnes se trouvant dans une situation de restriction temporaire ou permanente de liberté, puisqu'il n'est pas nécessaire de réitérer des interdictions déjà couvertes par le système pénal substantiel.

Les statistiques nous apprennent que les établissements pénitentiaires sont principalement occupés par des étrangers, des personnes démunies, des toxicomanes ou des alcooliques[5], bref, par des personnes que l'on peut qualifier de « vulnérables »[6].

Or même ceux qui n'entrent dans aucune de ces catégories finissent par manifester une fragilité spécifique en prison, car leurs moindres besoins sont confiés au pouvoir des personnes qui assurent leur surveillance.

En substance, « être entre les mains de l'autorité » génère un besoin de protection qui, selon la situation, se manifeste de différentes manières. Il est donc impératif de s'assurer que cette situation de besoin ne se transforme pas en une source d'inégalité en termes de reconnaissance des droits fondamentaux[7].

---

4 M. D'Amico, *Fragilità e garanzie costituzionali, La fragilità della persona nel processo penale,* a cura di G. Spangher, A. Marandola, Giappichelli, 2021, p. 33.

5 Les dernières statistiques publiées par le ministère au 30 novembre 2025 font état d'un total de 63 868 détenus. Sur ce nombre total de détenus, 21 490 (33,6 % de la population carcérale) ont commis des délits liés aux stupéfiants et sont généralement des toxicomanes.

6 Cass., Section I, 18 décembre 2019, n° 4182, www.dejure.it précise que l'alcoolisme rend le sujet vulnérable à la criminalité ou le prédispose à la récidive.

7 Cass., Section VI, 6 juin 2019, n° 39110 www.foroplus.it précise que l'obligation de protection qui incombe à l'ordre juridique se traduit notamment par le devoir de s'assurer – en cas de remise d'un sujet suite à une demande d'extradition – que dans l'État d'arrivée le sujet ne soit pas soumis à des traitements contraires au sens de l'humanité ou ne voie pas ses droits fondamentaux violés (en l'espèce, la vulnérabilité subjective de l'extradée dérivait de ses conditions de santé précaires).

Il s'ensuit que l'obligation générale de protection que l'État a envers chaque individu et qui découle des principes qui, à partir des articles 2 et 3 de la Constitution valorisent la personne humaine et lui demandent de prendre soin des plus faibles, en intervenant sur les situations réelles d'inégalité, est spécifique lorsqu'il s'agit de sujets détenus en prison, puisque le système juridique doit leur garantir le respect de leurs droits fondamentaux.

Les personnes incarcérées peuvent partager avec les personnes libres les mêmes situations de vulnérabilité liées à la maladie, à l'âge ou à l'appartenance à une ethnie. Mais ces conditions finissent par se cumuler avec cette fragilité spécifique qui découle de la limitation de la liberté et qui affecte l'exercice de tout droit fondamental, même s'il n'est reconnu que de manière abstraite.

Bien entendu, dans le délicat équilibre entre les droits du détenu et les raisons du système juridique, l'article 27 de la Constitution entre également en jeu, en soulignant la finalité rééducative de la peine et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, afin de délimiter le périmètre à l'intérieur duquel une peine juste peut être exécutée conformément à l'exigence constitutionnelle.

Une condition est également couverte par la Convention (article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) : le respect des droits fondamentaux de la personne détenue. Cette question a fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la part de la Cour de Strasbourg, qui a reconnu à de nombreuses reprises la vulnérabilité des personnes placées en détention qui subissent des conditions de détention ne respectant pas les droits fondamentaux. En effet, ces violations transforment une limitation de la liberté qui pourrait en soi être légitime en un traitement inhumain ou dégradant.

Par conséquent, la protection que le système juridique doit assurer aux personnes privées de liberté se situe à un double niveau, puisqu'elle doit, d'une part, compenser les situations de fragilité communes ou « préexistantes » et, d'autre part, toujours garantir une exécution pénale qui respecte les préceptes constitutionnels et conventionnels.

D'une manière générale, et en anticipant ce qui sera dit plus précisément, notre système met en œuvre ces deux niveaux de protection de différentes manières : d'une part, en instaurant des réglementations *ad hoc* visant à protéger des situations particulières de vulnérabilité, et d'autre part, par des lectures correctives de la réglementation par la jurisprudence constitutionnelle, qui intervient généralement pour combler des lacunes dans la protection ou pour compenser des situations de protection inadéquate, en l'absence d'une position spécifique du législateur.

Comme il n'est pas possible de recenser toutes les situations de vulnérabilité auxquelles un détenu peut être confronté, situations qui, de surcroît, manquent de définition tant dans la législation que dans la jurisprudence, nous allons nous concentrer sur la vulnérabilité du détenu dont les droits fondamentaux ne sont pas respectés, tout en soulignant que, pendant longtemps, notre système a manqué de recours judiciaires adéquats pour le protéger de cette situation. Nous aborderons ensuite les réponses apportées par le système juridique à certaines fragilités spécifiques : celles des personnes appartenant à des minorités, celles résultant de facteurs « intrinsèques » tels que la maladie, l'âge, la grossesse ou la condition de mère détenue dont la fragilité se croise avec celle de l'enfant.

I. La vulnérabilité résultant du déni des droits fondamentaux

Selon le principe d'humanisation de la peine, principe cardinal de l'exécution pénitentiaire, la prison doit revêtir la connotation fondamentale d'un lieu de légalité, dans lequel peuvent être exercés tous les droits reconnus et garantis à l'homme en tant que tel, à condition qu'ils ne soient pas incompatibles avec les exigences de la vie carcérale.

Il s'ensuit que le régime de la personne condamnée ne doit pas aggraver la souffrance inhérente à l'emprisonnement, la privation de liberté étant déjà en soi une punition.

C'est ce qu'exigent non seulement la Constitution italienne, mais aussi la Convention européenne des droits de l'homme (que le système juridique national est tenu de respecter en vertu de l'article 117 de la Constitution), qui qualifie également d'impératif l'interdiction des traitements inhumains (article 3) et la protection de la vie et de l'intégrité physique que l'État doit garantir par, entre autres, l'adoption de mesures « positives » à l'égard des personnes qui lui sont confiées (article 2)[8].

En outre, il s'agit des dispositions auxquelles la Convention européenne accorde une protection absolue, puisqu'il ne peut y être dérogé, même « en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation », selon l'article 15 de la CEDH.

L'État doit donc toujours assurer la protection de ce noyau incompressible de droits qui préserve la dignité de la personne, même si cela implique un recul par rapport aux exigences de la prévention, car cela sert le même processus de rééducation.

En effet, une peine est juste dans son exécution si elle respecte la dignité de la personne.

La dignité est bafouée lorsque la souffrance découlant de l'état de restriction est accompagnée d'une souffrance supplémentaire résultant du déni des droits fondamentaux que le système juridique doit également reconnaître à ceux qui sont emprisonnés.

Ainsi, les exigences fondamentales liées à l'exécution de la peine, telles que la garantie de la sécurité collective et la nécessité de donner effet aux objectifs abstraitement assignés à la peine, doivent être équilibrées avec les droits du condamné, puisque la peine n'impose pas seulement des obligations, mais confère également à son destinataire le droit à des situations subjectives actives, telles que le droit que la peine soit exécutée dans la forme et selon les modalités prévues par la loi, et qu'elle ne prenne pas la connotation d'un traitement contraire au sens de l'humanité[9].

---

8 Le droit à la santé, comme les autres « droits sociaux », n'est pas expressément reconnu dans la CEDH. Néanmoins, la Cour de Strasbourg a progressivement étendu la protection conventionnelle à ce droit également, précisément en ce qui concerne les prisonniers en détention, grâce à une interprétation évolutive et extensive d'autres dispositions de la Convention, en particulier de l'article 3. Plus précisément, en identifiant les paramètres permettant d'établir le niveau minimum de gravité des traitements inhumains et dégradants, elle a identifié « l'âge et l'état de santé du détenu ». (Cour EDH, Section IV, 1er septembre 2015, n° 20034). La circonstance qu'un détenu souffre de pathologies graves et multiples, attestées par une documentation médicale adéquate soumise aux autorités compétentes, implique que la détention en prison est incompatible avec son état de santé. Le maintien en détention conduit, en présence d'un état de santé précaire, à un traitement inhumain ou dégradant. (Cour EDH, Section II, 11 février 2014, n° 7509).

9 M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milan, 2006, VIIIe éd., p. 219 ; dans la jurisprudence : Cass., Section I, 27 janvier 1992, n° 358, *Cass. pen.* 1993, p. 833 ; Cass., Section. I, 8 mars 1994, *Cass. pen.* 1995, p. 941.

Les arrêts, qui font écho aux arrêts de la Cour de Strasbourg sur le sujet de la surpopulation, affirment qu'« une personne détenue ne perd pas la protection de ses droits à cause de son incarcération. Au contraire, les personnes détenues se trouvent dans une situation vulnérable et les autorités ont le devoir de les protéger »[10].

Nous lisons dans ces déclarations que « les personnes détenues sont dans une position vulnérable et les autorités ont le devoir de les protéger. Conformément à l'article 3 de la CEDH, l'État doit veiller à ce qu'une personne soit détenue dans des conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine, à ce que les modalités et l'exécution de la mesure ne la soumettent pas à une angoisse ou à des souffrances d'une intensité excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et à ce que, compte tenu des exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être soient garantis de manière adéquate »[11]. En résumé, le détenu ne perd pas la protection de ses droits à cause de son incarcération.

A. La situation de surpopulation carcérale

La situation de surpopulation carcérale, emblématique de ce type de vulnérabilité, va le plus souvent de pair avec une dégradation générale des conditions de détention (manque d'air, d'eau chaude, de chauffage, conditions d'hygiène insuffisantes).

Et c'est précisément grâce aux arrêts de la Cour de Strasbourg sur la surpopulation que le problème de la protection des droits des détenus a pu être davantage pris en compte au niveau national.

Dans l'arrêt *Torreggiani*, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi condamné notre système pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de la situation de surpeuplement, mais aussi et surtout en raison de l'insuffisance des voies de recours internes qui ne garantissaient pas au détenu, en cas de constatation de la violation, ni la cessation de la violation ni la réparation du préjudice subi.

Il s'ensuit que notre système présentait une vulnérabilité généralisée, compte tenu des chiffres de la surpopulation carcérale, aggravée par l'absence d'outils de protection judiciaire.

Le législateur a comblé cette lacune en incluant dans le système deux recours *ad hoc* régis respectivement par les articles 35 *bis* et 35 *ter* de la loi n° 354/1975 (pour la suite : o.p.), à savoir deux recours alternatifs et complémentaires susceptibles d'assurer une protection intégrale. En effet, l'administration doit nécessairement se conformer au *dictum* du juge et réparer la violation subie, pour autant qu'elle entre dans le champ d'application de l'article 3 de la CEDH. Cette réparation peut prendre la forme d'une réduction de la peine à purger ou d'une compensation pécuniaire. Il est

10 Cass., Section I, 28 septembre 2021, n° 35616, www.dejure.it ; Cass., Section I, 8 avril 2019, n° 15308, www.dejure.it

11 Cass., Section unis, 24 septembre 2020, n° 6551, www.dejure.it ; Cass., Section. I, 10 juin 2021, n° 35616, www.dejure.it ; Cass., Section I, 23 janvier 2019, n° 15308, www.dejure.it ; Cass., Section I, 26 mai 2017, n° 3804, www.dejure.it ; Cass., Section I, 19 juillet 2016, n° 38804, www.dejure.it.

important de souligner, pour montrer à quel point l'État restrictif affecte les positions juridiques subjectives, y compris les droits de la défense, que la procédure des deux recours est structurée de manière à rééquilibrer la position désavantageuse du demandeur dans la preuve des faits à l'origine de sa demande[12].

En effet, dans ce type de jugement, l'administration pénitentiaire joue le rôle d'un véritable antagoniste du détenu, mais dispose en même temps de la quasi-totalité des éléments nécessaires à la constatation de la violation.

Les pouvoirs de preuve accordés au juge constituent donc un obstacle à la conclusion de la procédure par une déclaration de non-lieu ou par un rejet de la demande en raison de l'absence ou de l'insuffisance des preuves apportées par les parties, ce qui aboutirait le plus souvent à un déni de protection pour la partie la plus faible dans l'affaire, à savoir le détenu.

D'autre part, la charge de la preuve qui pèse sur le requérant s'atténue en une simple obligation d'allégation, « c'est-à-dire en une obligation de présenter et d'indiquer au tribunal les faits sur lesquels sa demande est fondée, l'autorité judiciaire ayant alors la tâche de faire les constatations pertinentes »[13].

Mais ce n'est pas tout. En raison de la vulnérabilité particulière des personnes placées sous le contrôle exclusif de l'autorité, ceci en raison de leur manque de liberté, l'application d'un principe similaire à celui régi aujourd'hui par l'article 115 du Code de procédure civile se justifie dans ce type de procédure. Ce principe, également appelé « principe de non-contestation », implique que le juge fonde sa décision sur les faits qui ne sont pas spécialement contestés par les parties constituées.

Dans le domaine en question, ce principe implique que lorsque les allégations du requérant constituent un principe de preuve suffisant, dans la mesure où elles sont spécifiques et ne sont pas contredites par des contre-arguments précis de l'administration pénitentiaire, le tribunal n'est pas en droit de rejeter le grief du plaignant et l'affaire doit être examinée sur la base des circonstances avancées par le plaignant lui-même[14].

12 Sur ce point, avec une référence particulière à la défense dans les procédures disciplinaires, voir G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale estese al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di 'full jurisdiction'*, *Dir. pen. cont. - Riv. trim.* 2017 (6), p. 139 qui s'attarde « sur la nécessité d'équilibrer le grave déséquilibre qui caractérise la relation entre l'autorité administrative et la personne détenue ».

13 En ce sens, Cass., Section I, 22 septembre 2010, Di Sabatino, *C.e.d.*, n° 248276.

14 Sur ce point, Mag. Sorv. Udine, ord. 9 février 2017, *Dir. pen. cont.*, 16 mars 2017 ainsi que Trib. Sorv. Florence, 29 décembre 2017, n° 4731 dans lequel il est indiqué : « Si, à l'issue de l'exercice des pouvoirs d'instruction officieux, le Tribunal n'a pas obtenu de l'administration publique les informations nécessaires pour confirmer ou infirmer les raisons spécifiques de la demande formulée par le détenu pour la période indiquée, il ne reste qu'à appliquer le principe de la "proximité de la preuve", inhérent aux procédures opposant des parties adverses (le détenu et l'administration pénitentiaire) en matière de droits subjectifs ». Ainsi, face à l'insuffisance des informations fournies par cette dernière pour établir ou nier les faits constitutifs du droit à la compensation prévu par l'article 35-*ter* o.p. invoqué par le détenu, la demande peut être accueillie sur la base de ce principe : ainsi Cass., Section. I, 11 mai 2018, *Guida dir*, 2018, 30, p. 74.

En résumé, comme l'a également précisé la Cour de Strasbourg, il n'est pas possible d'appliquer strictement le principe *affirmanti incubit probatio*, puisque l'administration est parfois la seule à détenir des informations pouvant confirmer ou infirmer les allégations du requérant[15].

En effet, compte tenu des difficultés objectives rencontrées par les plaignants pour rassembler des preuves à l'appui de leurs allégations, lorsque les faits allégués par le détenu sont détaillés, non contradictoires, cohérents et corroborés par des éléments extérieurs, ils constituent un « principe de preuve » susceptible de faire basculer la charge de la preuve sur l'administration pénitentiaire[16].

Il apparaît donc que la protection de la vulnérabilité passe également par une répartition spécifique de la charge de la preuve qui vise à rééquilibrer la position désavantageuse du sujet limité dans sa liberté, détenteur de la position juridique lésée.

B. La vulnérabilité en prison des personnes appartenant à des minorités

L'égalité d'accès aux droits en prison passe également par la reconnaissance et la protection des minorités. En effet, l'appartenance à une minorité peut être source de discrimination et de moindre protection en termes de droits.

Notre système ne la considère pas comme un problème d'égalité d'exercice des droits en prison, y compris pour les personnes appartenant à une minorité, mais plutôt comme un problème de « gestion » de l'ordre au sein de l'institution pénitentiaire, problème résolu par l'isolement protecteur individuel.

Il existe notamment des sections dites « protégées », créées il y a plusieurs années par une mesure administrative du DAP (Département de l'administration pénitentiaire) visant à répondre aux « besoins de protection de certaines catégories de détenus pour des raisons objectivement existantes, bien que parfois liées aux caractéristiques subjectives de ces mêmes détenus »[17].

---

15 À ce sujet, voir G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema proceduale penale*, Milan, 1983, p. 275, qui souligne qu'il est presque impossible pour le détenu de rassembler des preuves à l'intérieur de l'institution ou de mener une enquête préliminaire.

16 En ce sens, voir Cass., Section I, 16 septembre 2021, n° 46019, *Diritto e giustizia,* 16 décembre 2021 ; Cass., Section V, 8 juin 2020, n° 18328, www.dejure.it ; Cass., Section I, 24 mai 2018, n° 23362, dans lequel il est indiqué que, conformément aux lignes directrices de la Cour de Strasbourg, également dans le système national, le juge de l'application des peines doit « appliquer le principe de droit de l'inversion de la charge de la preuve en raison de l'état particulier de la personne détenue », en ce sens que la déclaration du requérant est réputée bénéficier d'une présomption relative de véracité de son contenu, qu'il appartient à l'administration de renverser par la production d'éléments justificatifs adéquats. Il ne s'agit donc pas de qualifier le contenu affirmatif de la demande en termes de preuve juridique, mais de reconnaître que le système de protection des droits fondamentaux des personnes privées de liberté exige, à des fins d'efficacité, l'adoption d'une répartition différente de la charge de la preuve qui impose au détenteur de l'information l'effort d'introduire dans la procédure les connaissances qui peuvent l'entraver. Dans un tel contexte procédural, l'activation des pouvoirs de vérification d'*office* est jugé nécessaire, toujours sur la base des principes généraux, lorsqu'est déterminée une condition d'incertitude probatoire non surmontable à travers les contre-déductions de l'Administration ou la documentation acquise ; Cass., Section I, 15 novembre 2017, n° 46134, www.dejure.it ; Cass., Section I, 19 septembre 2016, n° 38787, www.dejure.it ; Cass., Section I, 19 septembre 2016, n° 38800, www.dejure.it ; Cass., Section I, 19 juillet 2016, n° 38799, www.dejure.it ; Cass., Section I, 21 juin 2016, n° 38796, www.dejure.it.

17 DAP n° 500422 de mai 2001, sections dites « protégées » dans www.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienzepenitenziarie/circolari/circ_6/500422.pdf.

En substance, la loi répond au besoin de protection de ces personnes en les empêchant d'entrer en contact avec des individus qui pourraient constituer une menace pour leur sécurité.

Ce type de protection est également considéré comme approprié dans les cas où le système juridique doit déterminer s'il convient ou non d'accorder l'extradition d'une personne[18].

Cependant, ce choix conduit à l'exclusion et à la marginalisation de ces détenus au sein des institutions pénales, éloignant ainsi l'exécution de leur peine du paradigme constitutionnel.

Pour les personnes se trouvant dans cette situation, l'incarcération devient donc un catalyseur de « vulnérabilité ». En effet, l'exécution de la peine selon cette modalité, tout en reproduisant des dynamiques discriminatoires qui existent également en dehors de la prison, empêche l'accès du sujet à tout programme de traitement et rend la peine plus affligeante.

Ainsi, en raison de leur isolement, ces détenus finissent par être systématiquement exclus des activités communautaires ainsi que de tout parcours de rééducation, alors que celui-ci représente au contraire, dans le cadre constitutionnel actuel, l'objectif final de toute peine[19].

II. Fragilités humaines et état restrictif : un cas de vulnérabilité cumulative. La maladie

Il a été dit que la personne définitivement condamnée conserve sa qualité de titulaire de droits, dont certains sont caractérisés par leur indisponibilité et leur inaliénabilité.

La condamnation ne transforme pas la personne en un simple sujet matériel de l'exécution pénale, en un corps uniquement destiné à subir la force physique qui matérialise l'application de la peine prononcée. Elle offre en réalité la perspective d'une modification de la situation personnelle, dans laquelle le besoin de protection du noyau essentiel des droits de la personnalité est préservé, voire accru.

Parmi les positions juridiques à protéger, le droit à la santé occupe une place prépondérante et a été élevé par la jurisprudence constitutionnelle au rang de valeur suprême[20].

18 Cass., Section VI, 11 febbraio 2015, n° 10965 affirme que « les assurances officielles fournies par les autorités brésiliennes certifient en particulier que la personne extradée sera affectée à l'aile vulnérable récemment créée dans la prison de Papuda, distincte des autres sections de ce complexe, à laquelle sont destinées les catégories de personnes condamnées pour lesquelles, en raison de leurs conditions particulières de vulnérabilité au traitement carcéral, une séparation du reste de la population carcérale est appropriée. Ces assurances excluent formellement tout motif de considérer que l'extradé puisse y entrer en contact avec des personnes susceptibles de représenter une menace pour son intégrité personnelle ou, *a fortiori*, qu'il puisse être soumis à des actes de violence ou à des mauvais traitements de quelque nature que ce soit ».

19 À cet égard, voir la décision dans laquelle le juge de l'application des peines de Spoleto (ordonnance n° 2407/2018, www.giurisprudenzapenale.com) a accueilli le recours au titre de l'article *35-bis* o.p. introduit par un détenu, rappelant que l'affectation aux sections « protégées » des détenus et des internés pour lesquels on peut craindre des agressions ou des abus de la part du reste de la population carcérale, en raison de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle, doit se faire de manière à garantir en tout cas leur participation aux activités de réinsertion, éventuellement aussi en même temps que le reste de la population carcérale.

20 Cour constitutionnelle, 28 novembre 2005, n° 432.

Il s'ensuit que, quelles que soient les circonstances du cas concret, aucun arbitrage n'est possible lorsque le droit à la santé, protégé par l'article 32 de la Constitution, et le droit à un traitement humain, consacré par les articles 2 et 27, paragraphe 3, de la Constitution, sont en jeu, même dans le but de sauvegarder des intérêts très importants, tels que la protection de la communauté.

En premier lieu, la protection du droit à la santé implique le droit de vivre dans un environnement sain[21], apte à préserver l'intégrité psychophysique du détenu, une intégrité qui, en Italie, est gravement compromise par l'insupportabilité de la prison. En effet, non seulement les normes minimales d'hygiène[22] ne sont pas toujours garanties, mais la vie quotidienne, lorsqu'elle n'est pas ponctuée d'activités significatives, risque de devenir à la fois pathogène et criminogène.

Il n'est pas exagéré de dire que la prison est le seul endroit où l'on ouvre un dossier médical à une personne qui n'est pas malade, mais qui le deviendra probablement[23].

Deuxièmement, la protection se traduit par la reconnaissance du droit à recevoir le meilleur niveau de traitement médical que les professionnels de la santé sont en mesure de fournir dans les circonstances données[24].

D'autre part, le type de pathologie dont souffre le détenu peut justifier un assouplissement du régime de détention ou l'accès à des mesures spécifiques.

Cette forme particulière de vulnérabilité est prise en charge par le législateur, qui prévoit divers instituts permettant de concilier les besoins de santé du condamné avec ceux de la sécurité.

Plus précisément, la vulnérabilité de la personne se trouvant dans un état de santé particulier est protégée par la possibilité de différer l'exécution de la peine prévue obligatoirement pour les personnes souffrant d'une « maladie particulièrement grave en raison de laquelle leur état de santé

---

21 Ce droit se traduit par le droit de vivre dans un environnement « digne » d'un être humain, un droit que le règlement de la prison se propose de protéger par une série de règles concernant la différenciation entre les quartiers d'habitation et les quartiers de sommeil (art. 5 et 6), les vêtements et l'équipement à fournir à chaque détenu (art. 7), l'utilisation des toilettes et la fourniture des articles nécessaires à la propreté personnelle (art. 8), les caractéristiques de la nourriture et de la distribution des repas (art. 9), et le temps passé à l'air libre (art. 10). Voir F. Cecchini, *La protezione del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 23 janvier 2017.

22 La Cour de Strasbourg a constaté une violation de l'art. 3 CEDH en cas de violation des normes minimales d'hygiène personnelle. Rappelons par exemple l'affaire *Antropov c. Russie* dans laquelle le requérant se plaignait d'avoir été détenu dans une cellule complètement infestée d'insectes et de rongeurs (Corte edu, 29 janvier 2009, *Antropov c. Russie*, ric. no. 22107/03) ; les cas *Pakhomov v. Russie* et *Porumb v. Roumanie* où les détenus se plaignaient d'avoir contracté des maladies infectieuses et contagieuses pendant leur détention, telles que le VIH et l'hépatite (Corte edu, 30 septembre 2010, *Pakhomov v. Russie*, n. 44917/08 ; Corte edu, 7 décembre 2010, *Porumb c. Roumanie*, n. 19832/04) ; l'affaire *Andreyevskij c. Russie* dans laquelle le requérant avait été détenu pendant trois jours dans une cellule privée de lit, nourriture et eau (Corte edu, 29 janvier 2009, *Andreyevskij c. Russie*, n. 1750/03).

23 L. Castellano, D. Stasio, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milan, 2009, p. 240 qui, entre autres, écrivent « préserver et respecter les droits du citoyen prisonnier n'est ni une concession ni une extravagance, mais un devoir. Dans la pratique, cependant, il s'agit d'une exception. Or, la prison respectueuse des droits – tant en amont de la condamnation que pendant l'exécution de la peine – est le seul terrain possible pour la rééducation ».

24 En ces termes, M. Ruotolo, *Dignité et prison*, Naples, 2014, p. 89, qui souligne également que « le détenu, conformément aux dispositions de l'article 1, paragraphe 1, du décret législatif n° 230 de 1999, se voit reconnaître le droit à la santé "au même titre que les citoyens en état de liberté", en ce qui concerne le diagnostic, le traitement et la réadaptation, ainsi que l'assistance pédiatrique aux enfants, que les femmes peuvent garder dans l'institution pendant trois ans ».

est incompatible avec l'état de détention » (art. 146 al. 1 n° 3 du Code pénal), et facultativement pour celles qui « se trouvent dans un état d'infirmité physique grave » (art. 147, alinéa 1, n° 2 du Code pénal). D'autre part, la loi prévoit l'admission des détenus dans des hôpitaux civils ou d'autres lieux de soins externes, ainsi que dans des structures pénitentiaires « lorsqu'ils ont besoin d'un traitement ou d'examens diagnostiques qui ne peuvent être fournis par les services de santé des établissements » (article 11, alinéa 1, o.p.)[25].

L'institution du sursis obligatoire ou facultatif est assortie des différentes hypothèses de détention à domicile prévues à l'article 47-*ter* du Code pénal.

Concrètement, la détention à domicile visée au paragraphe 1, lettre c, de l'article 47-*ter* o.p. est applicable au condamné dont l'état de santé est si grave qu'il nécessite un contact permanent avec les structures de soins, à condition que la personne doive purger la peine d'arrestation, quelle qu'en soit la durée, ou une peine de réclusion n'excédant pas quatre ans, y compris si elle constitue le reliquat d'une peine plus longue.

Si les conditions permettant l'ajournement obligatoire ou facultatif de l'exécution de la peine sont réunies, le juge de l'application des peines peut également, par dérogation aux limites de peine susmentionnées fixées par l'article 47-*ter,* paragraphe 1, o.p., ordonner la détention à domicile « par dérogation » ou la détention humanitaire, en fixant une durée de la mesure qui peut être prolongée (article 47-*ter*, paragraphe 1, point 3, o.p.)[26].

Initialement conçue pour les personnes atteintes de maladies physiques graves, cette mesure s'applique désormais également aux personnes atteintes de maladies mentales graves.

Dans ce cas, la jurisprudence a joué un rôle moteur dans la protection de la vulnérabilité.

En effet, la question de la constitutionnalité de l'article 47-*ter* paragraphe 1-*ter* o.p. a été confirmée, dans la partie qui ne prévoyait pas que le juge de l'application des peines puisse appliquer la détention à domicile à titre exceptionnel, y compris aux personnes souffrant de maladies mentales[27].

---

25 Les mêmes exigences sont protégées dans la phase de jugement par l'article 275 c. *4-bis* du code de procédure pénale, qui interdit la détention provisoire pour les personnes dont l'état de santé est particulièrement grave, « incompatible avec l'état de détention et en tout cas de nature à ne pas permettre un traitement adéquat en cas de détention en prison ».

26 En accordant l'accès à ces prestations, le pouvoir judiciaire est appelé à faire des évaluations assez complexes qui concernent non seulement l'aptitude de l'établissement dans lequel le détenu est enfermé à dispenser le traitement ainsi que son adéquation par rapport à la pathologie spécifique, mais aussi les effets globaux d'un certain traitement sur le détenu, puisqu'il doit empêcher que l'exécution de la peine intra-muros prenne les caractéristiques d'un traitement inhumain ou dégradant. Ce sont des appréciations qui ont fortement mobilisé l'autorité judiciaire dans la période de l'urgence sanitaire, puisqu'elle devait assurer une protection adéquate des détenus les plus vulnérables face au danger de contracter *le virus* (Cass, Section I, 9 octobre 2020, n° 36083, in www.foroplus.it).

27 La question a été soulevée par Cass., Section I, 23 novembre 2017, n° 13382, *Cass. pen.*, 2018, 9, p. 2989 (également Cass., Section I, 23 novembre 2017, n° 101, www.foroplus.it ; Cass., Section I, 12 février 2020, n° 17655, www.dejure.it). Il est significatif que l'arrêt fasse référence aux principes exprimés par la Cour de Strasbourg, où elle réaffirme la « nécessité d'assurer une protection adéquate aux personnes qui – dans la mesure où elles sont affectées par une pathologie psychique – présentent une vulnérabilité prononcée », évaluant que l'affectation dans un service psychiatrique pénitentiaire peut donner lieu à un traitement dégradant lorsque les thérapies ne sont pas appropriées et que la détention se prolonge pendant une période de temps significative.

Estimant que la maladie mentale est comparable à la maladie physique et que, par conséquent, la différence de réglementation n'est pas justifiée, la Cour constitutionnelle[28] a étendu son champ d'application.

Il s'agit d'un arrêt important qui a mis fin à une situation inacceptable, dans laquelle une personne souffrant d'une maladie mentale grave, ne pouvant bénéficier d'une détention à domicile ordinaire en raison du dépassement des limites de sa peine, devait rester en prison, éventuellement dans des établissements pour malades mentaux, comme unique alternative[29].

Une situation qui finissait par faire peser sur le détenu le risque lié au manque de lieux appropriés pour recevoir les traitements médicaux nécessaires[30].

A. La protection de la santé en prison dans la période de l'urgence sanitaire

Le problème de la protection de la santé des détenus s'est posé de manière particulière pendant la période de l'urgence sanitaire.

L'épidémie a produit une « fragilité » généralisée, car il était difficile de contrer la propagation d'un virus hautement contagieux, capable de provoquer une maladie souvent mortelle.

Si pour les personnes libres, la distanciation sociale a été préconisée comme première mesure pour faire face à la crise sanitaire, il a été plus complexe et moins immédiat d'assurer un remède similaire aux personnes incarcérées. La distanciation sociale suppose en effet la subdivision des espaces communs en espaces individuels, ce qui est difficile à mettre en œuvre dans les établissements tels que les prisons, où une communauté de personnes est tenue de partager ses mouvements à l'intérieur de limites définies de manière coercitive.

---

28 Cour constitutionnelle, 19 avril 2019, n° 99, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 avril 2019 dans lequel il est dit que « S'il est vrai que la protection de la santé mentale des détenus nécessite des interventions complexes et intégrées qui passent d'abord par un renforcement des structures sanitaires en prison, il est également vrai qu'il est nécessaire que le système juridique prévoie aussi des parcours thérapeutiques externes, au moins pour les cas d'incompatibilité constatée avec l'environnement carcéral. Pour ces cas graves, le système juridique doit prévoir des mesures alternatives à la détention en prison, que le juge peut ordonner au cas par cas, au moment par moment, en modulant le parcours carcéral et en tenant compte de la protection de la santé du malade mental et de la dangerosité du condamné, afin que les exigences de la sécurité collective ne soient pas sacrifiées. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour estime contraire aux principes constitutionnels énoncés aux articles 2, 3, 27, troisième alinéa, 32 et 117 de la Constitution, l'absence d'alternative à la prison, qui empêche le juge d'ordonner l'exécution de la peine en dehors des établissements de détention, même lorsque, à la suite de tous les examens médicaux nécessaires, il a été constaté qu'une maladie mentale provoque des souffrances si graves que, ajoutées à l'affliction ordinaire de la prison, elles donnent lieu à une peine supplémentaire contraire au sens de l'humanité ».

29 Cass., Section I, 12 octobre 2017, n° 15531, *Guida dir.*, 2018, 21, p. 80 souligne que le maintien du régime de détention, même dans le service de santé de l'établissement, à l'égard d'une personne souffrant d'une maladie mentale grave sous surveillance peut s'avérer inutilement afflictif et inadéquat pour assurer le parcours de soins nécessaire.

30 Après cette décision, les détenus qui souffrent de pathologies psychiatriques si graves que l'exécution de leur peine en prison constituerait un traitement punitif contraire au sens de l'humanité peuvent également bénéficier d'une détention spéciale à domicile. En alternative, la pathologie mentale est traitée à l'intérieur de la prison. À cette fin, par des moyens réglementaires et administratifs, c'est-à-dire sans couverture juridique spécifique, des « unités de protection de la santé mentale » sont organisées dans plusieurs établissements pénitentiaires (voir, sur ce point, le XIX^e^ rapport d'Antigone sur les conditions de détention « La torture est interdite »).

Par ailleurs, dans les établissements pénitentiaires, la présence humaine ne dépend pas de la volonté des personnes incarcérées et n'est pas soumise à un seuil de capacité maximale, puisqu'il n'est pas possible de différer l'entrée d'une nouvelle personne lorsque l'établissement accueille déjà un nombre de personnes supérieur à la limite tolérable.

Si l'on ajoute à cela le problème atavique de la surpopulation carcérale italienne, due à la saturation des bâtiments pénitentiaires, on comprend que la complexité de la situation ait rapidement pris les connotations d'un véritable drame, dont l'écho s'est fait sentir à l'extérieur à travers la diffusion des informations sur les émeutes qui ont éclaté dans plusieurs établissements.

En effet, le problème de la surpopulation n'a jamais été résolu dans notre système judiciaire[31] et la densité carcérale, en augmentation constante depuis 2016, se rapproche des niveaux qui avaient conduit à la première condamnation par la Cour de Strasbourg pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en 2009, puis à la procédure de l'« arrêt pilote » par lequel le « caractère systémique » de la violation a été reconnu en 2013.

Les réactions enregistrées dans plusieurs établissements pénitentiaires, notamment la crainte de la contagion et la déception face aux mesures décidées par les autorités pénitentiaires pour contenir le danger de propagation du virus, peuvent donc être comprises, bien que non justifiables.

Les premières mesures adoptées par l'administration pénitentiaire[32] ont visé à empêcher tout contact avec l'extérieur et se sont traduites par la suspension de toutes les activités de traitement et la restriction des activités de travail externes et internes impliquant la présence de personnes venant de l'extérieur.

Par la suite, avec l'exacerbation de la situation et toujours dans l'optique d'« isoler » les prisons, il a été prévu que les entretiens des prisonniers et des détenus avec « leurs proches ou d'autres personnes » se déroulent à distance, « au moyen, là où cela était possible, d'équipements et de connexions dont disposent l'administration pénitentiaire et l'administration des mineurs », ou par correspondance téléphonique. Le juge de l'application des peines a également reçu le pouvoir de « suspendre » l'octroi de permissions de sorties et le régime de semi-liberté[33].

---

31 Le XXI[e] rapport Antigone sur les conditions de détention fait égalemente état de 6 2445 admission en avril 2025 avec un taux de surpopulation national de 133 %.

32 Nous nous référons en particulier aux mesures adoptées par le Département de l'Administration Pénitentiaire (DAP) les 22, 25 et 26 février 2020, par lesquelles il était envisagé d'appliquer des mesures restrictives dans les zones dites « rouges » (limitées, à l'époque, au territoire de certaines communes de Lombardie). Ces documents peuvent être consultés sur le site Internet du Garant national des droits des personnes détenues ou privées de liberté à l'adresse www.garantenazionaleprivatilibert.it dans la section des circulaires ainsi que sur le site Internet www.ristretti.it dans la section areestudies/legal/circulars.

33 Ainsi l'art. 2 (8) et (9) du décret-loi n° 11 du 8 mars 2020. Le mode de réalisation des entretiens à distance entre les détenus et leurs proches ou d'autres personnes a été confirmé par des mesures ultérieures jusqu'au 30 juin 2020 (voir art. 83 par. 16 du d.l. 17 avril 2020, n° 18, conv. in loi 24 avril 2020, n° 27 ; art.2 lett. u du d.P.C.m. 8 mars 2020 ; d.l. 10 mai 2020, n° 29). Pour un commentaire de ces mesures, voir G. Battarino, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza da COVID-19,* www.questione.giustizia.it, 9 mars 2020 ; A. Pulvirenti, *Covid-19 e diritto alla salute dei detenuti : un tentativo, mal successo di semplificazione del procedimento per la concessione dell'esecuzione domiciliare della pena (dalle misure straordinarie degli artt. 123 e 124 del d.l. 18/2020 alle recenti novità del d.l. 29/2020),* www.legislazionepenale.eu, 26 mai 2020, p. 3; pour une chronologie des mesures d'urgence adoptées dans le domaine pénitentiaire par le gouvernement, voir V. Manca, *Covid-19 e carceri : un'emergenza al quadrato, umana e umanitaria, Il Penalista,* 16 mars 2020.

Ces mesures allaient dans le sens de limiter, voire d'empêcher, les contacts des détenus avec l'extérieur, des contacts qui – il est important de le rappeler – constituent la base du parcours de rééducation. Elles ont engendré un profond état d'angoisse et de frustration chez les détenus qui attendaient du système qu'il mette en place des mesures conciliant la nécessité de punir et la protection de leurs droits, en premier lieu le droit fondamental et prééminent à la santé et à la vie.

Or les mesures ultérieures prises pour assurer une protection complète des valeurs en jeu se sont également révélées timides et inadéquates à tel point qu'elles ont imposé à la magistrature un rôle substitutif dans l'adoption de décisions visant à garantir une exécution de la peine conforme à la Constitution.

La stratégie visant uniquement à fermer les prisons au monde extérieur, sans intervention concomitante pour résoudre le problème de la surpopulation, s'est rapidement révélée insuffisante.

Par conséquent, les interventions ultérieures du gouvernement ont visé à diminuer rapidement le nombre de détenus présents dans les établissements pénitentiaires, car il n'était pas possible d'augmenter les espaces disponibles, ce non seulement en raison de la censure culturelle à laquelle une telle solution aurait donné lieu, mais surtout parce que cela aurait exigé des ressources et du temps absolument incompatibles avec l'expansion progressive du virus.

Concrètement, la limitation du nombre de détenus a été confiée à une institution déjà prévue par le système, dont les conditions et les procédures d'accès ont été simplifiées : l'exécution à domicile des peines d'emprisonnement de plus de 18 mois, une mesure déjà introduite précédemment dans le cadre d'un plan pénitentiaire extraordinaire visant, dans ce cas également, à lutter contre la surpopulation carcérale[34].

En effet, cette mesure représente désormais « la modalité principale et privilégiée d'exécution des peines particulièrement courtes », permettant l'exécution de la peine dans des lieux autres que la prison, notamment au « domicile du condamné ou dans un autre lieu public ou privé dédié aux soins, à l'assistance et à l'accueil ». Elle concerne également les condamnés toxicomanes ou alcooliques qui suivent un programme de réhabilitation ou qui ont l'intention de le suivre « dans un établissement public de santé ou dans une structure privée agréée », pour des peines d'emprisonnement n'excédant pas 18 mois, même si elles constituent une partie résiduelle d'une peine plus longue.

Cette mesure s'accompagne de la possibilité d'octroyer des permissions bonus extraordinaires aux détenus en régime de semi-liberté afin d'éviter qu'en retournant quotidiennement en prison ils ne contaminent d'autres détenus avec le virus contracté à l'extérieur.

---

34 Pour un commentaire, voir F. Fiorentin, *Decreti legge 'Cura Italia': le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria, Il Penalista,* 20 mars 2020 ; F. Galluzzo, *E' veramente attuabile lo 'svuotacarceri' da coronavirus?,* in www.penaledp.it, 18 mars 2020 ; F. Martin, *Brevi spunti di riflessione sul c.d. "Decreto Cura Italia",* www.dirittopenaleuomo.org, 8 avril 2020.

Les mesures analysées auraient dû permettre une réduction significative de la population carcérale, afin d'assurer une gestion optimale des mesures préventives et thérapeutiques liées à la pandémie pour les délinquants qui devaient continuer à purger leur peine en prison.

Cet effet, peut-être voulu et attendu, ne s'est que très peu concrétisé, d'une part en raison des incertitudes quant à l'application de ces nouvelles mesures, et d'autre part parce qu'elles étaient destinées à un petit nombre de personnes. Celles-ci n'incluaient pas, entre autres, les personnes en détention provisoire, qui continuent d'encombrer les prisons, et pour lesquelles aucune autre mesure de précaution n'a été envisagée – du moins dans un premier temps.

Il fallait donc identifier d'autres voies pour répondre aux exigences de la protection du droit à la santé en prison, un droit dont la protection est essentielle afin d'éviter que la détention ne prenne la connotation d'un traitement inhumain ou dégradant.

Le pouvoir judiciaire a pris en charge ce besoin, en tenant compte du fait qu'il était pertinent d'offrir deux niveaux de protection : la santé de l'individu d'une part et la santé collective de la prison d'autre part, car une maladie contagieuse telle que le Covid-19 affecte les deux. Conformément à l'exhortation adressée aux États par le Sous-comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (SPT) à « réduire la population carcérale » en mettant en œuvre, dans la mesure du possible, « des modèles de libération provisoire, temporaire ou anticipée » et à « réexaminer tous les cas de détention provisoire afin de déterminer si elle est strictement nécessaire, compte tenu de l'urgence de santé publique en cours », les juges ont donc été amenés à se pencher sur la question de la santé des détenus et se sont trouvés dans l'obligation d'adopter un rôle délicat de suppléance, en recherchant dans les règles du règlement pénitentiaire, du Code pénal et de procédure, les moyens possibles de protéger la santé de ceux qui devaient rester enfermés, tout en garantissant la libération des détenus qui, pour des raisons de santé, ne pouvaient pas rester en prison.

Or, le règlement pénitentiaire ne prévoit qu'une seule mesure destinée à la protection de la santé publique : l'isolement d'une personne à l'encontre de laquelle un « diagnostic, même suspecté, de maladie contagieuse » a été établi (article 11, paragraphe 11, o.p.).

Cette mesure est en effet difficile, voire impossible à appliquer dans les établissements pénitentiaires où le taux de surpopulation est particulièrement élevé.

En contrepartie, il n'est pas toujours possible de recourir à l'admission du sujet dans un lieu de soins externe, celle-ci n'étant prévue que « lorsqu'il est nécessaire de procéder à des traitements ou à des contrôles de santé qui ne peuvent être assurés par les services de santé des institutions pénitentiaires » (article 11, paragraphe 4, o.p.).

Il s'agissait donc de solutions qui ne pouvaient être adoptées dans le cas d'un détenu qui, bien qu'ayant contracté le virus et étant potentiellement contagieux, ne présentait pas de symptômes ou dont les symptômes étaient légers et ne nécessitaient pas de traitement particulier.

Par ailleurs, la possibilité pour cette personne de poursuivre sa mesure de privation de liberté en dehors de la prison, afin de préserver la santé des autres détenus, dépend de circonstances assez hétérogènes.

Dans le cas de l'accusé, cela peut dépendre de l'atténuation des exigences en matière de détention provisoire, qui se traduit par le remplacement de la détention provisoire par une mesure moins pénible. Dans le cas de la personne condamnée, cela peut dépendre de la possibilité pour elle d'accéder, sur la base d'un diagnostic comportemental positif et du *quantum* de peine restant à purger, à l'une des mesures de substitution à la détention.

En l'absence de ces conditions, tant la personne malade que les personnes partageant l'espace de détention avec elle ont été privées de toute protection.

La situation est différente pour la personne infectée nécessitant des soins particuliers, à laquelle peuvent s'appliquer les différentes mesures, qui incluent l'infirmité parmi les conditions d'application et qui sont modulées en fonction du degré de gravité de la maladie.

En particulier, pour une pathologie dont la gravité est telle qu'elle détermine une réelle incompatibilité avec le statut de détenu, il est prévu un ajournement obligatoire de la peine en vertu de l'article 146 du Code pénal. Pour une pathologie grave, mais qui n'est pas radicalement incompatible avec le statut de détenu, il est possible de trouver un équilibre entre l'intérêt du condamné à bénéficier d'un traitement adéquat et les besoins de sécurité de la communauté.

Naturellement, afin d'assurer une protection adéquate au détenu malade, il devient indispensable d'évaluer la compatibilité de la pathologie avec l'état d'incarcération, et ce type d'évaluation ne doit évidemment pas être effectué dans l'abstrait, mais de façon concrète, en tenant compte de toutes les dynamiques au sein de l'institution pénale.

En effet, pendant la période d'urgence sanitaire, des situations pathologiques, certes graves, mais jusqu'alors considérées comme compatibles avec le statut de détention, ont été réévaluées en termes négatifs, car il n'était plus possible de garantir le même niveau de soins en raison de nouvelles nécessités, comme la libération d'espaces pour protéger les sujets sains et assurer l'isolement des personnes infectées.

C'est aussi parce que le niveau de soins garanti aux détenus doit être évalué en fonction de la nature de la pathologie et des thérapies qu'elle requiert, afin d'assurer au patient une espérance de vie maximale. En présence d'une situation exceptionnelle telle que celle provoquée par l'urgence sanitaire causée par la diffusion du Covid-19, un virus doté d'une extraordinaire capacité de dissémination, il est devenu indispensable d'évaluer la possibilité de contenir ce risque (par rapport à la présence ou à l'absence de sujets positifs) et d'évaluer également l'impact que la transmission du virus aurait pu avoir sur des sujets souffrant de graves pathologies antérieures, puisque la nocivité de ce virus pour des sujets déjà affaiblis par d'autres maladies est bien connue[35].

35 Cass., Section I, 16 décembre 2020, n° 36083, in www.foroplus.it

Grâce à l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, le juge de l'application des peines a évité, dans de nombreux cas, que la peine puisse revêtir un caractère inhumain ou dégradant, chose qui serait arrivée inévitablement si, en dépit de l'incompatibilité de l'état de santé avec le régime de détention, l'exécution à domicile n'avait pu être autorisée en raison de la gravité du délit, étant donné que l'interdiction mentionnée dans l'article 3 CEDH est absolue, quelle que soit la nature de l'infraction[36].

Dans certains cas, la magistrature de surveillance a utilisé des institutions déjà existantes dans le système pénitentiaire, en réinterprétant leurs conditions d'application : tout d'abord, le préjudice grave causé par la prolongation de la détention est pris en compte dans l'application provisoire de la probation avec service social et de la détention à domicile. Dans d'autres cas, elle a permis à des personnes condamnées ayant des problèmes de santé de sortir de prison grâce à l'ajournement facultatif de la peine, accompagné d'une détention à domicile « de substitution ».

De leur côté, les juges ont ordonné une assignation à résidence à la place de la détention provisoire, en application de l'article 275 alinéa 4 *bis* du Code de procédure pénale, qui interdit d'appliquer ou de maintenir la détention provisoire à l'égard des prévenus atteints d'une maladie d'une gravité telle qu'elle est incompatible avec la détention.

Parmi les bénéficiaires de ces mesures, il y avait également des personnes condamnées à la prison à perpétuité, ainsi que des détenus issus du circuit « haute sécurité » ou encore certains chefs mafieux soumis au régime 41 *bis* o.p. (c'est-à-dire à la « prison dure » en raison de leur dangerosité importante et durable), et qui n'auraient pu bénéficier d'aucune des mesures favorables prévues par la loi. Le manque de protection dont ils faisaient l'objet a été comblé par l'évaluation prudente de l'organe judiciaire.

Il s'agit là de décisions courageuses qui, en l'absence de législation *ad hoc*, ont permis d'assurer, sur la base d'une évaluation concrète, une protection adéquate des intérêts des détenus se trouvant dans une situation de vulnérabilité absolue, car ils étaient enfermés, malades et exposés au danger de contagion[37].

Un niveau de protection de la santé des détenus que les choix du législateur, guidés par des « raisons » politiques et sécuritaires, n'a pas été en mesure d'assurer. Face à la poursuite de la pandémie, les mesures réglementaires adoptées par la suite n'ont pas prévu la possibilité d'adopter des mesures exceptionnelles pour protéger de manière significative la population carcérale et lui garantir le droit à la santé ; elles se sont essentiellement limitées à prolonger la validité des mesures déjà en place, en réduisant dans certains cas leurs marges de manœuvre ou, en tout état de cause, en rendant leur application plus difficile par l'introduction de plusieurs contraintes procédurales.

---

36 Le Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants a réaffirmé le caractère absolu de l'interdiction, précisément en ce qui concerne les politiques pénales visant à lutter contre la pandémie, dans la *Déclaration de principes concernant le traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la maladie à coronavirus (COVID-19),* à l'adresse www.coe.int, le 20 mars 2020. Pour un commentaire sur ce document, voir G.L. Gatta, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del Cpt del Consiglio d'Europa,* www.sistemapenale.it, 21 mars 2020.

37 Selon l'orientation établie de la jurisprudence (Cass., Section I, 14 juin 2016, n° 48721, *Diritto e giustizia,* 18 novembre 2016 ; Cass., Section I, 5 novembre 2015, n° 19795, *Diritto e giustizia,* 12 mai 2016 ; Cass., Section. I, 30 mars 2004, n° 17947, *Cass. pen.,* 2005, p. 2261), l'appréciation de la gravité de l'infirmité est de nature relative, étant fondée sur la relation toujours changeante entre les conditions individuelles et les conditions de l'environnement carcéral.

Dans l'ensemble, les mesures de protection de la santé dans les prisons ont concerné un petit nombre de personnes et se sont révélées de ce fait peu adaptées à une situation de vulnérabilité généralisée au virus.

B. L'âge comme facteur de vulnérabilité

L'âge est un autre facteur de vulnérabilité en prison.

Il s'agit à la fois de la situation des mineurs, pour lesquels des protections spécifiques existent, mais aussi et surtout de la condition des personnes âgées, dont la « fragilité » peut être exacerbée dans le contexte carcéral, ainsi que de celle des jeunes adultes, pour lesquels la période passée en détention peut constituer un point de non-retour, augmentant ainsi leur propension à la délinquance.

Le système juridique en tient effectivement compte en prévoyant que la détention à domicile ordinaire peut être appliquée, dans le respect des limites de peine susmentionnées, même envers le sujet âgé de plus de soixante-dix ans présentant une incapacité même partielle (art. 47-*ter* al. 1 lett. *d* o.p.), mais aussi envers le sujet âgé de moins de vingt et un ans (art. 47-*ter* al. 1, lett. *e* o.p.) « pour des raisons avérées de santé, d'études, de travail et de famille », à condition que la peine à purger soit l'arrestation ou l'emprisonnement pour une durée maximale de quatre ans, même s'il s'agit d'une partie résiduelle d'une peine plus longue.

En outre, la détention à domicile, qui consiste à purger une peine d'emprisonnement à son propre domicile, dans une autre résidence privée ou dans un centre public de soins et d'assistance, est toujours la mesure prévue pour compenser la situation vécue par une personne âgée de 70 ans au début ou à l'issue de sa peine. Cette modalité expiatoire peut bénéficier à cette personne, indépendamment du *quantum* de la peine imposée, même en l'absence de maladie persistante ou de perte d'autonomie (art. 47-*ter* c.01, al. *b* o.p.).[38].

Le simple fait d'avancer en âge laisse présumer une diminution de la dangerosité sociale du délinquant et la possibilité de la contenir par le biais de l'obligation de rester à domicile, sous réserve des prescriptions du juge et des contrôles nécessaires. Il est indéniable que la vieillesse se caractérise par des nécessités « spécifiques », tels que l'augmentation des besoins en soins ou en assistance, besoins qui peuvent encore être accrus par la situation carcérale, puisqu'il est bien connu qu'elle entraîne généralement une aggravation des conditions de santé initiales.

Il faut toutefois souligner que l'accès à des parcours extérieurs est fortement limité durant la dernière phase de la vie, ce en raison du grand nombre de restrictions imposées par la loi à ce type particulier de détention à domicile. En effet, certains types de délits sont exclus en raison de leur

38 Cette disposition, en se référant à la peine d'emprisonnement, semble exclure du bénéfice de la mesure uniquement les personnes condamnées à la réclusion à perpétuité. Quant aux personnes condamnées à une peine d'emprisonnement, elles doivent être considérées, par interprétation, comme faisant partie des bénéficiaires de la mesure, car il serait tout à fait déraisonnable de pénaliser les personnes condamnées pour des infractions moins graves.

gravité[39] et cette mesure ne peut non plus être appliquée si la personne âgée de plus de 70 ans a été déclarée délinquante habituelle, professionnelle ou tendant à le devenir, indépendamment de l'infraction commise[40].

III. La vulnérabilité de la femme enceinte, de la mère, de l'enfant en bas âge ou en situation de handicap : entre protection normative et évolutions judiciaires

Parmi les situations de vulnérabilité qui peuvent être rencontrées en prison, il y a aussi celle de la femme enceinte ou de la mère d'enfants en bas âge, qui se croise avec celle du mineur, ainsi que celle, spécifique, du mineur souffrant de graves handicaps. Il s'agit là de situations dans lesquelles se cumulent différentes formes de fragilité et vers lesquelles convergent différentes valeurs, toutes dignes de protection. D'une part, on trouve la dignité de la mère détenue, qui a droit à des formes d'exécution respectueuses du sens d'humanité, et donc, en général, des droits, notamment le droit à l'affectivité, qu'elle conserve malgré l'état de restriction ; d'autre part, l'intérêt du mineur à recevoir les soins et l'assistance de sa mère.

La protection de ces valeurs est assurée par diverses institutions qui interviennent dès le stade de la procédure, premier moment où les besoins de l'individu entrent en conflit avec ceux de l'autorité.

En particulier, pendant le procès, la protection de la relation mère-enfant est confiée à l'article 275, paragraphe 4 du code de procédure pénale, qui exclut la possibilité d'appliquer la détention provisoire en prison, sauf en cas de besoins exceptionnels, lorsque l'accusé est une femme enceinte ou mère d'enfants de six ans au plus vivant avec elle, ou encore un père, lorsque la mère est décédée ou dans l'incapacité absolue de fournir une assistance à la progéniture[41]. En d'autres termes, en présence de ces situations subjectives, il est présumé que les exigences normales de précaution peuvent être satisfaites par le placement en assignation à résidence.

---

39 Cette disposition exclut, en raison de leur gravité, les infractions prévues par le livre II, titre XII, chapitre III, section I, articles 609-bis, *609-quater, 609-octies* du Code pénal, article 51, paragraphe *3-bis*, du Code pénal et article *4-bis* o.p.

40 Parmi les causes empêchant l'exécution à l'extérieur figurait également le fait d'avoir été condamné à n'importe quel moment à une peine aggravée par la récidive (article 99 du Code pénal). Cette disposition n'a pas passé l'examen de la Cour constitutionnelle, qui a estimé que l'automatisme préclusif était déraisonnable et incompatible avec les principes de rééducation et d'humanité de la peine (Cour constitutionnelle, 31 mars 2021, n° 56). L'arrêt a mis en évidence la nature différente du jugement confié au juge de première instance et au juge de l'application des peines. En effet, la reconnaissance de la récidive implique un jugement de dangerosité fondé sur la propension à enfreindre la loi, qui est formulé sur la base d'éléments différents de ceux pris en compte lors de l'exécution de la peine. Le temps qui s'écoule entre le prononcé de la peine et l'examen de la demande d'assignation à résidence peut révéler une progression dans le parcours de rééducation, que le juge doit pouvoir prendre en compte, tout en tenant compte également de la souffrance que comporte la prolongation de la détention à un âge avancé (sur ce point voir S. Carnevale, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata, Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2023, p. 206).

41 L'extension de la présomption *in bonam partem* au père est due à la loi n° 332 du 8 août 1995, qui a intégré l'enseignement de la Cour constitutionnelle (Cour constitutionnelle, 13 avril 1990, n° 215).

À l'origine, cette disposition ne concernait que les parents d'enfants âgés de trois ans ou moins. La loi n° 62 du 21 avril 2011 a porté cette limite d'âge à six ans[42], prolongeant ainsi de manière significative la période pendant laquelle la mère (ou le père, si cette dernière est décédée ou dans l'incapacité de s'en occuper) ne devrait pas être soumise à la mesure de détention provisoire en prison sauf en cas de circonstances exceptionnelles.

C'est également grâce à cette intervention réformatrice que l'assignation à résidence de l'accusé peut être exécutée non seulement à son domicile, dans une autre résidence privée ou un centre public de soins ou d'assistance, mais aussi dans une « maison familiale protégée »[43], là où elle est instituée et que le juge peut ordonner l'exécution de la détention provisoire dans un « établissement avec garde atténuée pour les mères détenues » connu sous le nom d'ICAM (article 285-*bis* du code de procédure pénale[44]).

Il s'agit d'une modalité exécutive particulière applicable dans les cas où des nécessités exceptionnelles de précaution empêchent le recours à des mesures plus douces, même en présence d'enfants de six ans au plus. Son application concrète relève du choix du juge et non d'une obligation, c'est lui qui en évaluera la compatibilité avec les nécessités de précaution exceptionnelles émergentes au cas par cas.

42 Un tel choix réglementaire a suscité des inquiétudes constitutionnelles, car la fixation d'une limite d'âge par voie réglementaire empêche l'extension de la protection à d'autres situations tout aussi dignes de protection, mais déconnectées de la condition d'âge, telles que celles résultant d'une maladie totalement invalidante (toutefois, Cour Constitutionnelle, 24 janvier 2017, n° 17, *Giur. cost*, 2017, p. 88, avec une note de M. Caredda, *Il limite di età del figlio per il divieto di custodia cautelare in prigione del genitore: automatismo ragionevole* a déclaré que confier au pouvoir discrétionnaire du juge l'appréciation au cas par cas de la condition particulière d'un enfant de tout âge « rétablirait la condition incohérente d'un juge pénal appelé à appliquer une mesure à l'encontre d'un prévenu sur la base d'appréciations relatives non pas à ce dernier, mais à un troisième sujet – l'enfant – étranger au procès »).

43 Voir l'article 284 du code de procédure pénale tel que reformulé par la loi 62 du 21 avril 2011. Ce type d'établissements est destiné aux personnes qui ne disposent pas d'un lieu approprié pour l'exécution des mesures préventives, notamment les sans-abri, les Roms, les femmes étrangères ou en situation de marginalité. Cependant, la loi fondatrice ne prévoit pas de financement spécifique pour ces institutions qui, contrairement aux ICAM, ne dépendent pas du département de l'administration pénitentiaire et doivent être gérées par les autorités locales. L'article 4 de la loi n° 62 de 2011 prévoit en effet que le ministère de la Justice peut « conclure des accords avec les autorités locales pour l'identification des foyers familiaux, sans créer de nouvelles ou plus lourdes charges les finances publiques », transférant ainsi substantiellement les coûts aux régions et aux municipalités.

44 Les ICAM sont des établissements dotés d'un modèle d'organisation similaire à celui des instituts de détention atténuée pour le traitement des toxicomanes (dits « ICAT ») visés à l'article 95 du décret présidentiel n° 309 du 9 octobre 1990. Plus précisément, il s'agit d'institutions extérieures aux prisons, constituées de petites unités fermées ou semi-fermées, caractérisées par une organisation de type communautaire, dans lesquelles on tente de recréer un environnement aussi familial que possible pour les mineurs. Cet objectif est également poursuivi en éliminant toute référence aux bâtiments pénitentiaires, en installant des systèmes de sécurité qui ne sont pas reconnaissables pour les enfants et, entre autres, en prévoyant que les agents pénitentiaires eux-mêmes travaillent sans uniforme. Des opérateurs spécialisés sont également prévus pour assurer l'intervention éducative, s'occuper des mineurs, organiser leurs sorties régulières à l'extérieur et soutenir les détenues dans la construction d'une relation mère-enfant saine. Ils proposent également un parcours individualisé avec des possibilités de scolarisation et une médiation linguistique et culturelle. On voit bien comment, en recourant au régime de détention atténué, le législateur cherche à minimiser le risque de problèmes dans la croissance de l'enfant liés au développement de sa sphère affective et relationnelle. D'un point de vue pratique, de telles institutions soulèvent toutefois un certain nombre de problèmes. Ces structures sont souvent situées dans des zones isolées ou mal desservies par les services et les villes. Le risque est alors que le prix à payer pour être ensemble soit l'isolement et la séparation du reste de la famille, sans compter l'intégration difficile des enfants dans un contexte avec d'autres enfants du même âge et au sein de la société elle-même.

Les destinataires de cette réglementation sont, d'une part, les femmes soumises à une mesure préventive pour lesquelles le juge n'a pas reconnu les conditions d'une mesure à domicile, mais qui présentent un profil de dangerosité sociale sans toutefois être suffisamment grave pour justifier une détention préventive dans un établissement pénitentiaire ordinaire. Elle concerne d'autre part les femmes condamnées définitivement et pouvant être admises à purger dans l'ICAM le tiers de la peine ou les quinze ans nécessaires, conformément à l'article 47-*quinquies* o.p., pour pouvoir bénéficier ensuite d'une détention spéciale à domicile.

Dans ce cas également, la détention dans l'ICAM peut être ordonnée lorsque les conditions (ou la disponibilité) d'une solution à domicile ne sont pas réunies[45].

Une fois la condamnation définitive prononcée, la protection de la vulnérabilité des femmes enceintes ou des mères d'enfants en bas âge relève des institutions régies par l'article 147, paragraphe 1, point 3 et 3 *bis*, du Code pénal, qui prévoit le report facultatif de l'exécution de la peine[46].

S'ajoutent à ces institutions celles qui sont régies par les normes de l'organisation pénitentiaire et par son règlement d'application, et qui sont destinées à être appliquées durant la phase d'exécution[47].

À l'origine, les normes de l'organisation pénitentiaire et leur application, bien que contenant des dispositions visant spécifiquement la maternité et l'enfance, n'envisageaient pas d'institutions réellement capables de protéger les intérêts des enfants pour leur permettre de vivre en dehors de la prison sans toutefois avoir à renoncer à la relation avec leur mère[48].

En effet, aujourd'hui comme hier, il est prévu que dans chaque prison pour femmes, se trouvent des services de santé spécialisés pour les femmes enceintes et les mères qui viennent d'accoucher ; que les mères sont autorisées à garder leurs enfants avec elles jusqu'à l'âge de trois ans[49] ; que des crèches spéciales sont organisées[50]. À ces dispositions s'ajoute l'article 50 o.p., qui a toujours reconnu la possibilité pour les mères d'enfants de moins de trois ans d'être admises en semi-liberté[51],

---

45 G. Bellantoni, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano,* www.ordines.it

46 Voir le décret législatif n° 48 du 11 avril 2025, converti en loi n° 80 du 9 juin 2025. Avant cette réforme, les mères d'enfants de moins d'un an bénéficiaient d'un ajournement obligatoire de l'exécution de leur peine.

47 Il s'agit du décret présidentiel n° 230 du 30 juin 2000 approuvant le « nouveau règlement d'application de la loi 354/75 », qui remplace le précédent décret présidentiel n° 431 du 29 avril 1976. Cette disposition prévoit notamment, à l'article 19, que les chambres hébergeant des femmes enceintes et des mères avec enfants ne doivent pas être fermées, afin de permettre aux nourrissons de se déplacer à l'intérieur du service ou de la section, dans la limite de ne pas perturber le fonctionnement normal de ces espaces. Elle reconnaît également la possibilité pour les mineurs de participer à des activités éducatives et récréatives en dehors de la prison, avec le consentement de leur mère.

48 Pour plus de détails, voir M. Crocellà, C. Coradeschi, *Nati in carcere. Dalla prigione alla condizione sociale, la violenza sulla donna e sul bambino*, Milan, 1975, p. 82.

49 Il convient de rappeler que le règlement des instituts de prévention et de punition, approuvé par l'arrêté royal n° 787 du 18 juin 1931, prévoyait déjà la possibilité pour les enfants de rester auprès de leur mère (art. 43).

50 Il convient de souligner que cette règlementation, initialement contenue dans l'article 11 paragraphes 8 et 9 o.p., à la suite des modifications apportées par les articles 1 et 11 du décret législatif n° 123 du 2 octobre 2018 portant « Réforme du système pénitentiaire en exécution de la délégation visée à l'article 1er, alinéas 82, 83 et 85, lettres a), d), i), l), m), o), r), t) et u) de la loi n° 103 du 23 juin 2017, se trouve désormais à l'article 11 alinéa 8 et à l'article 14 alinéa 7 o.p. ».

51 Il convient de souligner que l'article 14 de la loi n° 663 du 10 octobre 1986, en remplaçant l'article 50 du code pénal, prévoyait une modalité particulière d'exécution de la semi-liberté pour la mère détenue. Plus précisément, en vertu de l'article 50, paragraphe 7, du code pénal, si l'admission à la semi-liberté concerne une mère détenue, celle-ci a le droit d'utiliser la maison de semi-liberté, conformément aux dispositions du règlement exécutif. Sur ce point, voir G. Casaroli, *La semilibertà*, G. Flora (ed.), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. Loi n° 663 du 10 octobre 1986*, Milan, 1987, p. 235.

indépendamment de l'exigence de cohabitation. Cette mesure est utile, mais elle ne permet pas d'assurer la continuité et la stabilité de la relation avec le parent en dehors de la prison, qui est une condition essentielle pour permettre à l'enfant de se développer sereinement et harmonieusement.

Depuis les années 1980, ce cadre juridique s'est enrichi d'un certain nombre de dispositions visant à préserver la continuité de la relation parent-enfant en permettant l'application de peines alternatives à l'incarcération.

En particulier, la loi Gozzini[52] a introduit une nouvelle mesure alternative : la détention à domicile (art. 47-*ter* o.p.). Cette mesure comble une lacune originelle du système pénal qui ne prévoyait pas de modalités d'exécution intermédiaires entre l'exécution de la peine en prison, même si en régime de semi-liberté, et l'exécution de la peine en dehors de la prison, par le biais de la mise à l'épreuve et de la libération conditionnelle.

Cette lacune est devenue encore plus évidente et insensée après l'entrée en vigueur de la loi n° 398 du 28 juillet 1984, qui a introduit l'assignation à résidence dans le code de procédure pénale de 1930 alors en vigueur.

Il arrivait qu'une prévenue assignée à résidence, une fois la condamnation devenue définitive, doive continuer à purger sa peine en prison, lorsque les conditions d'un report de l'exécution n'étaient pas réunies, voyant ainsi sa situation se détériorer précisément au moment où l'on aurait dû présumer une atténuation de sa dangerosité et des besoins de détention.

Actuellement, l'article 47-*ter* o.p. prévoit qu'une femme enceinte ou la mère[53] d'enfants de moins de dix ans vivant avec elle peut bénéficier de la détention à domicile à condition que sa peine ne soit pas trop élevée (à l'origine non supérieure à deux ans, maintenant quatre)[54], même s'il s'agit du reliquat d'une peine plus longue.

L'inclusion d'une telle disposition montre que le législateur considère les tâches de garde et d'éducation des jeunes enfants comme pouvant contribuer à équilibrer la prétention punitive de l'État.

52 Il s'agit de la loi n° 663 du 10 octobre 1986, dite « Modifications de la loi sur l'ordre pénitentiaire et sur l'exécution des mesures de privation et de limitation de liberté », adoptée dix ans après la réforme de l'ordre pénitentiaire. L'une des innovations les plus importantes de cette loi est l'introduction du concept de flexibilité de la peine, qui permet de moduler et de graduer la peine pendant son exécution afin de favoriser le processus de rééducation du délinquant. La flexibilité est obtenue grâce à une série d'instruments, connus sous le nom de bénéfices de la loi Gozzini, dont l'objectif est de permettre la réinsertion progressive du délinquant dans la société, à la fois par l'élargissement des possibilités de libération temporaire de la prison (travail à l'extérieur, permis à prime, semi-liberté) et par l'élargissement des possibilités d'exemption, en tout ou en partie, de l'incarcération (probation, détention à domicile, libération anticipée et libération conditionnelle).

53 Cette mesure peut également être mise en œuvre à la demande du père après l'intervention de la Cour constitutionnelle. (Cour constitutionnelle, 13 avril 1990, n° 215, précité). L'arrêt reprend les arguments déjà développés par la Cour constitutionnelle dans un arrêt antérieur (Cour constitutionnelle, 19 janvier 1987, n° 1) et, par la suite, mis en œuvre par le législateur de 1998 qui a introduit la lettre *b* dans l'article 47 *ter* o.p., qui reconnaît expressément l'accès au bénéfice également au père, si la mère est décédée ou dans l'incapacité absolue de fournir une assistance à sa progéniture.

54 Il est à noter que l'âge du mineur a été élevé, élargissant le champ des bénéficiaires, d'abord par la loi 296 du 12 août 1993, de trois à cinq ans et enfin, à dix ans, par l'article 4 de la loi 165 du 27 mai 1998. Cette loi, dite des « prisons vides », a en outre modifié l'article *47-ter* o.p., en étendant la possibilité de bénéficier de la mesure aux peines « ne dépassant pas quatre ans ».

En outre, bien que l'objet immédiat de protection de cette disposition soit la condition particulière de la femme enceinte, traditionnellement protégée par le législateur tant au cours du procès qu'en phase d'exécution, le fait que l'âge de l'enfant ait été plusieurs fois augmenté, permettant ainsi à la mère d'en bénéficier jusqu'à ce que l'enfant atteigne ses dix ans, témoigne de l'attention croissante et affinée portée par le législateur vers une majeure protection des intérêts de l'enfant[55].

Néanmoins, une véritable protection de cet intérêt devrait s'affranchir de la fixation *a priori* de limites d'âge pour laisser place à la possibilité d'évaluer concrètement les réels besoins éducatifs et affectifs du mineur.

La nécessité d'étendre la possibilité d'une exécution *extra-muros* également aux personnes condamnées à des peines plus longues a conduit le législateur à inscrire à l'article 47-*ter* o.p. la possibilité d'admettre également à ce bénéfice les condamnées à des peines supérieures à la mesure fixée pour la détention à domicile, à condition que les conditions d'un report à l'exécution, obligatoire ou facultatif, soient réunies (article 47-*ter* alinéa 1-*ter* o.p.).

Il s'agit là encore d'un changement qui répond, d'une part, à l'exigence d'efficacité de l'exécution de la peine et du contrôle des personnes dangereuses, et, d'autre part, à la nécessité d'assurer que cette exécution se fera dans des formes compatibles avec le sens de l'humanité.

La raison d'être de cette disposition est claire : éviter d'interrompre le lien parent-enfant.

En effet, lorsque l'exécution de la peine a été initialement suspendue et que celle-ci a pu être purgée dans un environnement familial, la continuité de cette relation qui doit être protégée, même et (peut-être) surtout lorsque le parent doit purger une peine plus longue a pu être préservée.

Afin d'assurer une protection adéquate de la relation mère-enfant, une hypothèse de régime spécial de détention à domicile est prévue (article 47-*quinquies* o.p.)[56]. En effet, étant donné que l'âge de l'enfant reste inchangé (inférieur à dix ans), l'expression « lorsque les conditions prévues à l'article 47-*ter* o.p. ne sont pas remplies » ne peut être interprétée autrement, alors que les seuils de peine requis pour l'application de cette mesure sont précisés, à savoir au moins un tiers de la peine et au moins quinze ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. Deux autres conditions sont prévues : il faut d'abord qu'il n'y ait pas de danger réel de récidive, puis qu'il y ait

55 À cet égard, il convient de noter que la Cour constitutionnelle a exclu – à l'exception des enfants handicapés (voir Cour Constitutionnelle, 5 décembre 2003, n° 350, avec une note de L. Filippi, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, *Giur. Cost.,* 2003, p. 3634) que la prédétermination d'une limite d'âge maximale au-delà de laquelle la protection de l'enfant contre l'incarcération de sa mère ou de son père cesse est censurable en soi (voir Cour constitutionnelle, 24 janvier 2017, n° 17).

56 La loi n° 40 du 8 mars 2001 a également introduit la possibilité d'obtenir une prolongation de la détention à domicile « spéciale » au dixième anniversaire de l'enfant (article 47-*quinquies* alinéa 8 o.p.) lorsque « les conditions d'application de la semi-liberté prévues à l'article 50 alinéas 2, 3 et 5 sont remplies » ou lorsque le *quantum de* peine requis pour l'octroi de la semi-liberté a été purgé. En revanche, il ne semble pas pertinent, aux fins de l'octroi d'une telle prolongation, que le détenu adhère au programme de réinsertion, peut-être en raison de la valeur rééducative que la prise en charge et l'assistance du mineur semblent revêtir aux yeux du législateur (L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8 marzo 2001, n. 40),* in *Legisl. pen.*, 2002, p. 559).

la possibilité de rétablir la cohabitation avec l'enfant. Les pères incarcérés sont également admis au même bénéfice, en vertu de l'article 47-*quinquies*, alinéa 7, o.p. si la mère est « décédée ou est dans l'incapacité de s'occuper de l'enfant[57].

Le régime est identique à celui de la détention à domicile et, par conséquent, la peine peut être purgée à son propre domicile, dans une autre résidence privée, ou dans un centre de soins, d'assistance ou d'hébergement, afin de pourvoir de manière adéquate aux besoins des enfants. Le juge de l'application des peines fixe les modalités d'exécution de cette mesure et peut imposer des restrictions quant aux contacts et aux communications avec des personnes autres que celles qui vivent ou qui assistent la personne condamnée. Il convient de souligner que la Cour doit toujours déterminer la période de temps que la personne peut passer hors du domicile.

En effet, cette mesure est spécifiquement destinée à l'assistance et à la prise en charge des enfants. Elle implique donc l'exercice d'activités en dehors du domicile, tels que l'accompagnement à l'école ou aux activités de loisirs des mineurs[58].

Il est important, enfin, de souligner la disposition favorable supplémentaire contenue à l'article 47-*quinquies* alinéa 8 o.p., en vertu de laquelle, à l'âge de dix ans révolus, le tribunal de surveillance peut accorder l'admission à l'assistance extérieure des enfants mineurs visés à l'article 21-*bis* o.p., en tenant compte du comportement de l'intéressé pendant la mesure, tel qu'il ressort des rapports établis par le service social, ainsi que de la durée de la mesure et du *quantum* de la peine résiduelle.

Cette dernière institution intervient généralement pour assurer la continuité de la relation parentale dans toutes les situations dignes de protection où les conditions d'accès aux mesures alternatives à la détention à domicile ne sont pas réunies.

La réglementation est calquée sur celle du travail à l'extérieur, choix qui n'est pas fortuit puisque les tâches de soins et d'assistance aux enfants de moins de dix ans ont également « la même valeur sociale, la même valeur rééducative et resocialisante qu'une activité professionnelle »[59].

Pour que la prise en charge extrafamiliale des enfants mineurs soit autorisée, la mesure doit d'abord être prévue dans le programme de traitement proposé par le directeur de la prison et soumis à l'approbation du juge de l'application des peines, qui en décrète l'applicabilité.

---

57 Dans l'arrêt n. 52/2025, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la disposition subordonnant la possibilité d'accorder la mesure au père uniquement dans les cas où le mineur ne pouvait être confié à d'autres personnes. Le rôle subsidiaire attribué au père n'était pas conforme à la logique de la disposition. En effet, si le but de l'institution est de protéger l'enfant tout en préservant la relation parent-enfant, il est difficile de comprendre pourquoi la garde de l'enfant ne pouvait pas être attribuée au père détenu, alors qu'il était possible de confier le mineur à d'autres personnes.

58 Voir E. Farinelli, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello 'speciale interesse del minore'*, *Processo penale e giustizia*, n. 5/2017, p. 872-880.

59 Ainsi le rapport sur le d.d.l. à l'initiative du député Finocchiaro, dans *Atti Camera*, XIII Legislatura, Stamp. n° 4426.

Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le magistrat tient compte du type d'infraction commise, de la durée effective ou présumée de la mesure de privation de liberté, de la partie résiduelle de celle-ci, ainsi que de la nécessité de prévenir le risque que l'intéressée puisse commettre des infractions. L'ordonnance d'admission contient les prescriptions à observer, sous peine de révocation du bénéfice, pendant le temps passé hors de la prison, ainsi que les modalités temporelles de sa mise en œuvre, qui peuvent faire l'objet de modifications en fonction de l'âge et des besoins spécifiques de la progéniture à prendre en charge.

La mesure peut également être accordée au père incarcéré, mais uniquement à titre résiduel, c'est-à-dire lorsque la mère est décédée ou dans l'incapacité d'accueillir l'enfant et qu'il n'est pas possible de confier celui-ci à une autre personne.

En raison de l'extension de la réglementation prévue pour les emplois à l'extérieur, l'accès à la mesure en question pouvait être exclu, tout au moins jusqu'à l'intervention de la Cour constitutionnelle[60], en raison de l'intitulé de l'infraction ainsi que du comportement de l'intéressée en matière de coopération avec la justice, tel que prévu par l'article 21, paragraphe 1, o.p.

Cette réglementation ne respectait pas les canons constitutionnels protégeant la famille, la maternité et l'enfance, puisque les conditions d'obtention d'une prestation visant principalement à favoriser, en dehors de la détention carcérale, la relation entre la mère et ses jeunes enfants ne peuvent être identiques à celles prescrites pour l'accès à une autre prestation comme celle du travail en dehors de la prison, qui vise exclusivement la réinsertion sociale de la personne condamnée, sans effets immédiats sur d'autres personnes que cette dernière.

D'ailleurs, la Cour constitutionnelle avait déjà eu l'occasion de préciser que, bien que l'encouragement à la coopération, en tant que stratégie de lutte contre la criminalité organisée, puisse être poursuivi en empêchant l'accès aux avantages pénitentiaires, cela n'est pas légitime lorsqu'une telle stratégie ne produit pas seulement des effets sur la condition individuelle du détenu, mais finit par affecter également des tiers, et en particulier des sujets tels que les jeunes mineurs, auxquels la Constitution exige que soient garanties les conditions d'un développement physique optimal et équilibré, entraînant ainsi la suppression des limites similaires présentes dans la réglementation de la détention domiciliaire spéciale[61] et de la détention domiciliaire ordinaire[62].

---

60 Cour constitutionnelle, 23 juillet 2018, n° 174, *Giur. cost.* 2018, 4, p. 1856.

61 V. Cour constitutionnelle, 22 octobre 2014, n° 239, avec les commentaires de L. Pace, *La "scure della flessibilità" colpisce un altro ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4bis dell'ordinamento penitenziario,* ainsi que F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari, Giur. cost.,* 2014, p. 3922 ss.).

62 Cour constitutionnelle, 8 mars 2017, n° 76, avec une note G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario, Diritto penale contemporaneo, Riv. Trim.,* 2017, 5, p. 321.

Ce n'est donc pas un hasard si la Cour constitutionnelle a relevé une contradiction entre la disposition de l'article 21 *bis* o.p. et l'article 31, alinéa 2, de la Constitution. En effet, « subordonner l'octroi de cet avantage à la coopération avec la justice revenait à conditionner de manière absolue et présomptive la protection de la relation entre la mère et le jeune enfant à un indice juridique de "repentir" de la personne condamnée », indice qui peut entrer en jeu lorsque l'avantage vise exclusivement la resocialisation de l'auteur du comportement illégal, et non lorsque l'objet de la protection est un intérêt « externe » et en particulier l'intérêt particulier du jeune enfant, garanti par l'article 31, deuxième alinéa, de la Constitution.

Dans de tels cas, le sacrifice de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être décrété en dehors de toute marge d'appréciation judiciaire de la situation individuelle, et ce, indépendamment de la solidité des bases justifiant la prévalence accordée une fois pour toutes *ex lege* aux impératifs sous-jacents à l'incarcération maternelle.

En effet, dans de tels cas, l'administration pénitentiaire d'abord et le juge ensuite se trouvaient face à une présomption absolue et insurmontable, sans qu'il leur soit permis de procéder à un équilibre concret, indépendamment des indices juridiques présumés, entre les exigences de défense sociale et l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'acceptation de la question de constitutionnalité a confirmé une tendance visant à redéfinir la réglementation de l'emprisonnement des parents d'enfants en bas âge, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme l'imposent les instruments nationaux et supranationaux de protection de l'enfance.

Il est fait référence, d'une part, à l'article 31, paragraphe 2, de la Constitution et, d'autre part, à l'article 3, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, ratifiée par l'Italie en 1991, ainsi qu'à l'article 24 de la Charte de Nice. Toutes ces normes exigent que l'intérêt supérieur de l'enfant[63] soit pris en considération de manière prééminente dans toutes les décisions des autorités publiques le concernant.

Si les sources l'imposent, il n'y a pas de place pour des automatismes préclusifs qui résolvent, au détriment du condamné (et par conséquent de l'enfant) la mise en balance d'intérêts opposés. Lorsqu'une mesure alternative est avant tout, voire uniquement, envisagée pour préserver la relation parentale, une vérification concrète des valeurs en jeu doit toujours être possible pour assurer, dans la mesure du possible, la prévalence de l'intérêt de l'enfant.

Par cette déclaration, qui, comme déjà dit, fait écho à d'autres interventions de même teneur de la Cour constitutionnelle, l'intérêt du mineur à recevoir des soins appropriés dans un environnement autre que la prison est confié à l'appréciation prudente du juge, et peut donc être imposé ou restreint

63 Pour un aperçu général sur le principe de l'« intérêt supérieur de l'enfant », voir E. Lamarque, *Il principio del best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, Milan, 2016, p. 19-29 ainsi que V. Lorubbio, *L'évolutione giurisprudenziale del best interest of the child tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, Editoriale scientifica,* n. 2/2014, p. 343-362.

en fonction de la situation individuelle[64]. Cependant, cette protection est libérée des automatismes réglementaires, par nature insensibles aux particularités de l'affaire concrète.

L'action de la Cour constitutionnelle s'est révélée absolument essentielle pour garantir la protection de la situation de vulnérabilité accrue dans laquelle se trouve le mineur en situation de handicap dont le parent est incarcéré et qui a dépassé l'âge de dix ans, seuil au-delà duquel le parent n'a plus accès à des modalités d'exécution de la peine en dehors de la prison pour préserver la relation avec son enfant mineur.

La Cour constitutionnelle a en effet précisé que « le lien entre la mère et l'enfant ne peut être considéré comme épuisé après les premières phases de la vie de l'enfant, de sorte que les mesures alternatives à la détention visant à protéger l'enfant tiers, innocent et ayant besoin de soins ainsi que d'une relation quotidienne avec le détenu doivent s'étendre au cas de l'enfant porteur d'un handicap présentant une particulière gravité, lequel se trouve toujours en situation de vulnérabilité physique et psychique particulière, indépendamment de son âge ».

Elle a également rappelé qu'il existe, « dans les relations humaines, en particulier familiales, des facteurs déterminants pour le plein épanouissement et la protection effective des personnes les plus fragiles[65] » que l'ordre juridique, dans le respect du principe de personnalisation garanti par notre Constitution, doit toujours préserver[66].

64 Voir G. Giostra, *Sovraffollamento carcere: una proposta per affrontare l'emergenza, Rivista italiana diritto processuale penale,* 2013, p. 58, qui répond aux objections de ceux qui s'opposent à la suppression des présomptions empêchant l'application d'institutions visant à la décarcération, en déclarant que cela n'implique pas le retrait automatique du sujet du circuit carcéral mais seulement que « cela doit être examiné et le magistrat examinera au cas par cas, s'il existe les conditions préalables pour éviter l'emprisonnement, tout simplement ».

65 Cour constitutionnelle. 14 février 2020, n° 18, *Cass. pen.* 2020, 5, p. 1833.

66 Cass., Section I, 3 août 2020, n° 23460, *Diritto e giustizia*, 4 août 2020 ; Cass., Section I, 8 février 2021, n° 4796, www.dejure.it ; Cass., Section I, 14 juin 2021, n° 23227, www.dejure.it.

Chapitre 3

Les autorités administratives indépendantes

La notion de vulnérabilité dans les décisions du Défenseur des droits

Odile de David-Beauregard[1]

Le Défenseur des droits, seule autorité administrative indépendante française dont l'existence est consacrée par la Constitution, place naturellement la notion de vulnérabilité au cœur de son action. Il l'a rappelé avec force dans son rapport annuel pour 2023 : « La défense des droits nécessite de porter une attention particulière aux personnes les plus vulnérables, qui rencontrent plus de difficultés à faire respecter leurs droits »[2].

Dans le cadre des analyses qui seront menées ici, le terme de « décisions » sera utilisé pour désigner les prises de position du Défenseur des droits que l'institution qualifie comme telles dans sa communication officielle (en particulier sur son site web et dans ses rapports annuels d'activité). Toutefois, il est important de préciser d'emblée qu'il ne s'agit pas d'actes décisoires (susceptibles de recours juridictionnel), mais, pour l'essentiel, de simples recommandations ou des observations en justice[3].

Au plan méthodologique, la recherche a été menée à compter de l'année 2011, année qui marque le début de l'activité effective du Défenseur des droits. L'outil utilisé est le moteur de recherche de l'espace juridique du site web de l'institution. Les termes *vulnérabilité* / *vulnérable* n'apparaissant pas dans les mots-clés proposés pour affiner une requête dans le moteur de recherche[4], une recherche en texte intégral a été menée, en entrant la racine [vulnérab] : 585 occurrences apparaissent alors, même en ne retenant que la documentation accessible sur le site web, et non l'ensemble du portail. Un tri a ensuite été opéré parmi ces 585 occurrences en sélectionnant, parmi les mots-clés proposés, les mots « décisions » et « Défenseur des droits ». Ce croisement aboutit à 153 décisions au 11 juillet 2023. À ce stade, les termes *vulnérabilité économique* sont proposés comme mots-clés permettant de filtrer les résultats (mais toujours pas l'occurrence *vulnérabilité*, ni les termes *personne vulnérable*).

---

* Il va de soi que les propos qui suivent sont tenus en toute indépendance et n'engagent en rien l'institution.

1 Professeure de droit public, Agrégée des Facultés de droit, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France, Ancienne déléguée du Défenseur des droits dans le Var.

2 Défenseur des droits, *Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés*, Rapport annuel d'activité 2023, mars 2024, p. 18.

3 Parmi les prises de position que l'institution considère comme des décisions, figurent par ailleurs les transactions, peu nombreuses en pratique. À ce jour, aucune transaction ne fait référence à la notion de vulnérabilité.

4 En revanche, les termes *vulnérabilité économique* et, plus récemment, *vulnérabilité* et *personne vulnérable*, sont proposés dans la liste des mots-clés des synopsis des décisions, comme on le verra.

Il faut noter que le terme de vulnérabilité n'apparaît parfois que dans le synopsis de présentation de la décision, c'est-à-dire *a posteriori*, au moment de la diffusion de la décision. Et le plus souvent dans cette hypothèse, uniquement dans les mots-clés du synopsis. Par conséquent ces décisions-là ont été retranchées de la sélection, mais traitées à part car cette démarche rétrospective du Défenseur des droits paraît intéressante en soi : elle marque la volonté de l'institution de considérer le réclamant concerné comme une personne vulnérable, même lorsque la décision ne s'est pas prononcée sur cette qualification (nous y reviendrons). À ce jour, 44 décisions, qui, par commodité de langage, seront ici qualifiées de « décisions synopsis », entrent dans cette catégorie.

On aboutit alors à un total de 109 décisions du Défenseur des droits faisant expressément référence à la vulnérabilité. Mais il faut en retrancher encore 2, qui n'apparaissent pas pertinentes pour des raisons diverses[5]. Au final, le panel étudié regroupe donc 107 décisions pertinentes, mettant en jeu les droits d'une personne physique explicitement considérée par le Défenseur des droits comme une personne vulnérable. On notera que le nombre total des productions du Défenseur des droits faisant référence à la vulnérabilité, au moins dans un synopsis, s'élève quant à lui à 295. Il s'agit pour l'essentiel de règlements amiables[6], d'avis au Parlement, de rapports et d'études, et enfin de propositions de réforme. Si le choix a été fait de cibler la recherche sur les décisions prises par le Défenseur des droits, il va de soi que certaines des productions autres que les décisions, et en particulier certains rapports d'activité ou études thématiques particulièrement pertinents, seront utilisés dans les développements qui suivent.

L'analyse des décisions proprement dites-nous conduit aux conclusions suivantes : d'une part, le Défenseur des droits s'appuie de plus en plus souvent sur le concept de vulnérabilité, sans pour autant le définir précisément ; d'autre part, l'institution semble faire preuve en la matière d'un volontarisme marqué, qui trouve probablement ses limites dans la faiblesse des moyens qui lui sont reconnus par les textes.

I. Un recours de plus en plus fréquent à une notion qui reste à définir

Les résultats de la recherche montrent une utilisation régulière par le Défenseur des droits de la notion de vulnérabilité dans ses décisions. Pour autant, cette utilisation s'affranchit de toute définition générale.

---

5 Ainsi, dans la décision 2019-074 du 22 mars 2019 (relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme portant sur le placement en rétention administrative d'enfant dans le cadre de la requête M.D. c. France), le terme *vulnérabilité* n'apparaît que dans une citation de la jurisprudence de la Cour et n'est pas du tout réutilisé par le Défenseur des droits, pas même dans les mots-clés du synopsis. De même, dans la décision 2018-197 du 24 juillet 2018 (relative à la situation d'une enfant de deux ans et demi décédée sous les coups de ses parents un mois après la levée d'une mesure de placement), le terme de vulnérabilité n'apparaît dans le synopsis que parce qu'il a été utilisé par l'un des services de protection de l'enfance concerné.

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

A. L'identification de la notion de vulnérabilité dans les décisions du Défenseur des droits

De façon générale, on peut constater que le recours à la notion de vulnérabilité par le Défenseur des droits s'est nettement intensifié ces dernières années. L'institution n'hésite d'ailleurs pas à y recourir de façon spontanée, c'est-à-dire en l'absence de tout texte normatif applicable au dossier concerné et faisant lui-même référence à la vulnérabilité d'une personne ou d'une catégorie de personnes. L'analyse des décisions pertinentes a par ailleurs permis d'en dresser une cartographie qui n'est pas dénuée d'intérêt.

1. Une utilisation plus fréquente depuis 2018

Nous avons précisé que 107 décisions du Défenseur des droits, depuis le début de son activité en 2011, utilisent explicitement les termes *vulnérabilité / vulnérable*. Ce chiffre est à rapporter au nombre total des décisions rendues par l'institution sur la période de référence, soit 2 479 au 11 juillet 2023. Ce sont donc 4,3 % des décisions de l'institution qui font référence à la vulnérabilité du réclamant. Si on ajoute les décisions synopsis, on parvient à une proportion d'environ 6 %.

Ce résultat, relativement faible, masque en réalité une importante disparité dans le temps. En effet, les premières années de fonctionnement du Défenseur des droits montrent une très faible utilisation de la notion de vulnérabilité : 1 à 5 fois par an entre 2011 et 2016, toutes décisions (expresses et synopsis) confondues, mais une vingtaine d'utilisations par an depuis 2018. La proportion des décisions faisant référence à la vulnérabilité, au moins dans leur synopsis, est ainsi en constante augmentation depuis 2018 (environ 9 % chaque année), pour arriver à pratiquement 10 % en 2022.

Le principal élément d'explication à cette montée en puissance nous semble tenir à l'évolution des textes en matière de lutte contre les discriminations. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI[E] siècle, se trouve interdite toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, en matière d'accès aux biens et services[7]. Il n'est donc guère étonnant, et l'analyse des décisions le confirme, que le Défenseur des droits ait fait davantage référence à la notion de vulnérabilité, *via* la vulnérabilité économique, à partir de 2017 (à onze reprises, toutes décisions confondues).

Cela étant, l'évolution des textes n'est sans doute pas la seule raison qui explique le net accroissement du recours à la notion de vulnérabilité dans les décisions du Défenseur des droits. Plus généralement, la notion de vulnérabilité s'est largement répandue ces dernières années, comme le montre notamment le volet sociologique de notre recherche collective. Et le Défenseur des droits lui-même s'y est intéressé de près, dans un certain nombre de ses publications, en particulier dans son

7 Voir en ce sens le nouvel alinéa 1[er] du 3° de l'article 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Voir aussi l'article 225-1 du Code pénal.

rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France[8], et dans son rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables[9], tous deux publiés en 2016.

Le constat est le même dans les relations du Défenseur des droits avec le législateur : dans le cadre de ses avis au Parlement, l'institution s'est plus largement appuyée sur la notion de vulnérabilité à partir des années 2015 et suivantes[10]. C'est particulièrement identifiable en matière de lutte contre la précarité économique et sociale, domaine dans lequel, là aussi, les termes de vulnérabilité économique sont parfois utilisés comme mots-clés du synopsis de présentation du document, alors qu'ils n'apparaissent pas dans ce dernier[11].

2. Un large recours à la notion y compris en l'absence de texte

Le plus souvent (55 % des décisions faisant expressément référence à la vulnérabilité du réclamant), le Défenseur des droits s'appuie sur un texte qui mentionne lui-même la vulnérabilité de la personne ou de la catégorie de personnes concernées. Mais on voit bien qu'il n'hésite pas par ailleurs à utiliser la notion de façon totalement spontanée (45 % des cas).

Lorsqu'un texte est cité, il s'agit fréquemment d'un texte de valeur législative. C'est le cas en particulier des textes de référence consacrant l'interdiction des discriminations fondées sur la vulnérabilité particulière résultant de la situation économique, apparente ou connue de l'auteur de la discrimination[12], très régulièrement mobilisés depuis 2017[13], comme on l'a souligné plus haut. Plus récemment, les textes relatifs à la maltraitance des personnes vulnérables ou à la traite des êtres humains ont également été mis en avant par le Défenseur des droits dans ses décisions[14].

Dans le cadre de la crise sanitaire, le Défenseur des droits a par ailleurs eu l'occasion de s'appuyer sur le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables au virus du Covid[15]. Cela étant, les textes cités sont parfois de simples

8 Défenseur des droits, Rapport sur *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016 (consultable sur le site web de l'institution).

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

10 Par exemple : Avis 15-03 du 7 mars 2015 relatif à l'adaptation de la société au vieillissement ; Avis 16-14 du 30 mai 2016 relatif à la lutte contre la discrimination à raison de la précarité sociale ; Avis 18-01 du 10 janvier 2018 relatif au projet de loi n° 424 pour un état au service d'une société de confiance ; Avis 18-18 du 28 juin 2018 relatif au projet de loi n° 567 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique ; Avis 18-24 du 11 octobre 2018 relatif aux crédits budgétaires de la mission « solidarité, insertion et égalité des chances » du projet de loi de finances pour 2019.

11 Voir notamment Avis 18-05 du 23 février 2018 relatif à la stratégie nationale de lutte contre la pauvreté des enfants et des jeunes ; Avis 21-03 du 28 avril 2021 relatif aux moyens consacrés par les préfectures à l'instruction des demandes de titres de séjour.

12 Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, article 225-1 du Code pénal.

13 Voir par exemple les décisions 2017-091 du 27 mars 2017, 2017-095 du 28 mars 2017, 2017-136 du 3 avril 2017, 2017-195 du 28 juillet 2017 ; et plus récemment les décisions 2021-283 du 29 novembre 2021 et 2022-123 du 13 juillet 2022.

14 Voir respectivement les décisions 2022-141 du 20 juillet 2022 (art. 119-1 CASF, issu de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022) et 2022-221 du 2 novembre 2022 (art 225-4-1 et 225-13 et 14 C. pénal.)

15 Décret n° 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 au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020. Sur cette question, voir la décision 2021-229 du 26 août 2021, et les décisions 2021-281 et 2021-282, rendues toutes deux le 23 novembre 2021.

circulaires, en particulier la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites[16]. Cette référence à des circulaires ne doit pas étonner, dès lors que le Conseil d'État a rappelé que tous les documents de portée générale émanant d'autorités publiques peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir « lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre »[17]. Sont concernés aussi bien les circulaires, instructions et recommandations que les notes, présentations ou interprétations du droit positif, y compris les simples « notes d'actualité », dès lors notamment qu'elles présentent un caractère impératif ou comportent des lignes directrices.

Au titre du droit de l'Union européenne, divers textes faisant référence à la vulnérabilité se retrouvent également dans les décisions du panel étudié. Sans entrer dans les détails, on peut citer la directive « Retour » du 16 décembre 2008[18], ou encore la directive du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains[19].

Par ailleurs, le Défenseur des droits s'appuie très souvent sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et reprend alors systématiquement à son compte les références à la vulnérabilité que cette dernière a pu effectuer. Il en va ainsi par exemple à propos des populations roms[20] ou des mineurs non accompagnés[21].

3. Cartographie des décisions

Il est possible de dresser une double cartographie des décisions pertinentes, d'une part en fonction du domaine de compétence concerné, d'autre part en fonction du type de situation en cause.

Pour ce qui est des domaines de compétence concernés, il faut rappeler ici que Défenseur des droits s'est vu attribuer 5 champs d'intervention[22] :

1. la défense des droits des usagers des services publics ;
2. la défense et la promotion des droits de l'enfant ;

16 Voir également la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers, ainsi que celle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'état auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels.

17 CE, Sect., 12 juin 2020, GISTI, Req. n° 418142, publié au *Rec. Lebon.*

18 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, citée notamment dans la décision 2022-137 du 16 juin 2022 (à propos du placement en centre de rétention d'un nourrisson avec sa mère, alors que le père de l'enfant était réfugié statutaire).

19 L'article 2 de la directive 2011/36/UE du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène précise qu'« une situation de vulnérabilité signifie que la personne concernée n'a pas d'autre choix véritable ou acceptable que de se soumettre à cet abus » (voir les décisions 2019-235 du 19 septembre 2019 et 2022-221 du 2 novembre 2022).

20 Voir les décisions 2013-229 du 18 décembre 2013, 2016-184 du 13 juillet 2016, 2017-195 du 28 juillet 2017.

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

22 Art. 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

3. la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité ;
4. le respect de la déontologie par les professionnels de la sécurité ;
5. l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte[23].

Dans aucun de ces champs de compétence, bien évidemment, la référence à la vulnérabilité du réclamant n'est systématique. Le constat est valable, y compris s'agissant des enfants, alors même que la défense des droits de l'enfant constitue le champ de compétence dans lequel la référence à la vulnérabilité est la plus fréquente : 58 décisions sur 107. Il faut toutefois préciser que la plupart des décisions couvrent plusieurs champs de compétence : enfant, service public et discrimination, pour le cas de figure le plus répandu dans le panel étudié. Par ailleurs, à ce jour, aucune décision (parmi les 6 rendues en la matière) n'a qualifié un lanceur d'alerte de personne vulnérable[24].

Au-delà de la représentation des domaines de compétence du Défenseur des droits, un certain nombre de situations problématiques récurrentes se dégagent de l'analyse des décisions du panel. Le refus de scolarisation des enfants roms arrive en tête, mais le Défenseur des droits est également régulièrement appelé à se prononcer sur les conditions de prise en charge des mineurs non accompagnés, les conditions d'accueil voire d'expulsion de migrants ou encore les conditions d'intervention des services de police. Plusieurs décisions se rapportent par ailleurs à des refus de soins opposés aux bénéficiaires de la Couverture maladie universelle ou de l'Aide médicale d'état[25], ou encore aux difficultés liées à la dématérialisation des procédures administratives.

Nous aurons naturellement l'occasion de revenir sur la plupart de ces problématiques dans le cadre de l'analyse approfondie des décisions, qui a permis d'identifier un certain nombre d'indices de vulnérabilité :

B. Les indices de la vulnérabilité qui se dégagent des décisions du Défenseur des droits

L'un des principaux résultats de la recherche réside dans l'absence de définition du concept de vulnérabilité. En effet, si le Défenseur des droits mobilise très régulièrement la notion de vulnérabilité, il n'en propose aucune définition générale, que ce soit dans les décisions étudiées ou dans ses autres productions. Il faut reconnaître à ce stade que dans la très grande majorité des cas, les textes eux-mêmes ne fournissent aucune définition. C'est ainsi que la notion de particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, consacrée comme on l'a vu par la loi n° 2016-1547

23 Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

24 Et on ne trouve aucune référence à la vulnérabilité dans le guide pratique à destination des lanceurs d'alerte diffusé par le Défenseur des droits en mars 2023, pas plus que dans le rapport 2022-2023 sur la protection des lanceurs d'alerte en France, diffusé le 25 septembre 2024 (hormis dans un renvoi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, p. 19).

25 Sur cette question, voir l'étude récemment réalisée à la demande du Défenseur des droits et du Ministère de la santé : P. Mendras, D. Roy, J. Sultan Parraud, L. Toulemon, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la Complémentaire santé solidaire et de l'Aide médicale de l'État*, Défenseur des droits, coll. Éclairages, mai 2023.

du 18 novembre 2016, demeure largement indéterminée[26]. À cet égard, le décret déjà cité du 5 mai 2020 permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus du Covid fait figure d'exception : il a en effet précisé les onze situations ou affections constituant des vulnérabilités particulières au Covid et permettant au salarié concerné d'être placé en activité partielle. Parmi ces situations ou affections figurent l'âge (personnes de 65 ans et plus), la grossesse (à partir du 3e trimestre), les antécédents cardiovasculaires, l'obésité, ou encore l'apnée du sommeil.

Toujours est-il que face au silence des textes eux-mêmes, le Défenseur des droits peut très légitimement considérer que ce n'est pas à lui de combler le vide juridique en proposant une définition du concept de vulnérabilité. On peut toutefois identifier dans ses décisions un certain nombre d'indices de la vulnérabilité, qui tiennent non seulement à l'émergence de facteurs de vulnérabilité, mais aussi à celle de catégories de personnes susceptibles d'être qualifiées de personnes vulnérables. Par ailleurs, il n'est pas rare que le Défenseur des droits souligne des situations de cumuls de vulnérabilités.

1. Les facteurs de vulnérabilité

Lorsque des éléments de définition ressortent des décisions du Défenseur des droits, il s'agit plutôt de caractéristiques, d'éléments factuels ou situationnels, de facteurs, qui le conduisent à qualifier le réclamant de personne vulnérable, voire de personne particulièrement vulnérable.

Les principaux facteurs de vulnérabilité identifiés sont les suivants :

- l'âge, élevé[27] ou au contraire l'état de minorité[28] ;
- l'état de santé[29], y compris l'existence de troubles psychiatriques[30] et la fragilité psychique[31] ;
- le handicap[32] ;
- la précarité sociale[33] ;

---

26 Voir en ce sens les conclusions de l'étude menée sous l'égide du Défenseur des droits : D. Neven, Ch. Olm, H. Revil R. Médard-Inghilterra, S. Slama, J. Arroyo, *La « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ». éclairages sociologiques en vue d'une meilleure appréhension par le droit de la non-discrimination*, Défenseur des droits, coll. Éclairages, février 2023.

27 Voir notamment les décisions 2013-57 du 11 avril 2013 et 2015-70 du 3 juin 2013 relatives aux droits des personnes âgées vulnérables avant et pendant leur séjour en établissement spécialisé ou en centre hospitalier.

28 Voir les nombreuses décisions relatives aux conditions de prise en charge des mineurs non accompagnés et celles relatives aux refus de scolarisation.

29 Décisions 2020-033 du 19 mars 2020, 2020-209 du 15 octobre 2020, 2021-229 du 26 août 2021, 2021-281 et 2021-282 du 23 novembre 2021.

30 Décisions 2009-207 du 25 novembre 2011 et 2020-008 du 22 décembre 2020.

31 Décision 2022-042 du 18 février 2022 (polyaddictions, comportement auto-agressif, tentative de suicide d'un mineur non accompagné, contraint à commettre des délits).

32 Voir notamment la décision-cadre 2019-220 du 18 septembre 2019 relative à la situation des travailleurs handicapés en établissements ou services d'aide par le travail (ESAT).

33 Sont visés en particulier la perte d'emploi (décisions 2020-138 du 30 juin 2020 et 2021-237 du 27 septembre 2021), la qualité de bénéficiaire de l'aide médicale d'état (décision 2020-233 du 11 décembre 2020), l'état de sans-abri et la précarité de l'habitat (décision 2021-101 du 21 octobre 2021), ou de façon plus générale l'état d'extrême dénuement de la population concernée (migrants) (décision 2020-179 du 18 septembre 2020 ; voir aussi la décision 2020-222 du 9 novembre 2020).

- la présentation d'éléments d'ordre sanitaire, psychosocial, matériel, y compris en rapport avec la violence domestique[34] ou la traite d'êtres humains[35], laquelle s'appuie fréquemment sur la situation irrégulière des personnes au regard du droit au séjour et au travail[36] ;
- la profession exercée[37].

De façon plus générale, le Défenseur des droits a pu souligner dans un certain nombre de cas *l'isolement* de la personne, en relevant que cette dernière est alors susceptible d'être prise en charge de façon malveillante. C'est le cas bien sûr des mineurs non accompagnés[38], qui peuvent être confrontés à des conditions de vie particulièrement difficiles[39]. C'est le cas également des travailleurs étrangers en situation irrégulière, dont on sait qu'ils sont parfois victimes d'abus de vulnérabilité[40].

On constate par ailleurs que le Défenseur des droits se contente souvent d'utiliser le terme *vulnérabilité* par voie d'illustration, en visant une catégorie de personnes spécifique :

2. Les catégories de personnes susceptibles d'être qualifiées de vulnérables

Un certain nombre de catégories de personnes susceptibles d'être considérées comme vulnérables par le Défenseur des droits se dégagent de l'étude : enfants, mineurs non accompagnés, migrants, roms, demandeurs d'asile, personnes âgées et/ou en perte d'autonomie ou personnes atteintes de troubles psychiatriques. Le Défenseur des droits ne fournit alors le plus souvent aucune précision sur les éléments qui le conduisent à qualifier ces catégories de personnes de personnes vulnérables, ou particulièrement vulnérables. Par exemple, dans la décision cadre 2018-226 relative à la délivrance des permis de conduire et des certificats d'immatriculation sur la plate-forme numérique de l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS), il évoque l'insuffisance de prise en compte de certains publics vulnérables : « Le Défenseur des droits a été amené à constater que, lors de la mise en place du PPNG [Plan Préfectures Nouvelle Génération], des catégories d'usagers vulnérables ont été insuffisamment prises en compte. C'est en particulier le cas des personnes en situation de handicap et des détenus »[41].

---

34 Dans sa décision 2019-166 du 23 juillet 2019, le Défenseur des droits souligne ainsi l'« extrême vulnérabilité qui est celle des victimes de violences conjugales ».

35 Décision 2022-042 du 18 février 2022.

36 Décision 2019-235 du 19 septembre 2019, relative à la traite des êtres humains dans le secteur de la restauration, dans laquelle le Défenseur des droits insiste sur le fait que « C'est donc bien l'abus de la situation de vulnérabilité économique, sociale, et administrative des plaignants qui a permis à X de les recruter, de les maintenir dans leur emploi et de leur imposer un hébergement ». Voir aussi la décision 2019-270 du 21 octobre 2019.

37 À propos des travailleur·se·s du sexe « dont il convient de mesurer le degré de vulnérabilité » (décision 2017-221 du 21 juillet 2017).

38 Sur cette question, voir l'importante décision-cadre 2012-179 du 21 décembre 2012, relative à l'accueil des mineurs isolés étrangers. Voir également le rapport thématique publié par le Défenseur des droits en 2022 : *Les mineurs non accompagnés au regard du droit*, janvier 2022, 128 p.

39 Décisions 2020-235 du 1er décembre 2020 et 2021-022 du 3 février 2021, relatives à une demande de réunification familiale d'un enfant afghan en Grèce, en situation d'isolement familial et géographique.

40 Décisions 2019-235 du 19 septembre 2019 et 2022-221, déjà citées, à propos de la traite d'êtres humains dans le secteur de la restauration.

41 Décision 2018-226 du 3 septembre 2018, portant plusieurs recommandations générales destinées à améliorer le traitement dématérialisé des demandes de permis de conduire et de certificat d'immatriculation et à garantir l'effectivité des droits des personnes qui demeurent conditionnées à l'octroi des titres, p. 24.

D'après les résultats de la recherche, *aucune* de ces catégories n'est systématiquement qualifiée de vulnérable par le Défenseur des droits (pas même les mineurs non accompagnés ; ni les enfants allophones nouvellement arrivés ou issus d'une famille itinérante qui se voient refuser un accès à la scolarité en raison de leur domiciliation, comme on aurait pourtant pu le croire[42]). Ce constat va dans le sens du caractère non opératoire de la recherche de catégories de personnes qui seraient *intrinsèquement* vulnérables. Toutefois, dans son dernier rapport annuel sur les droits de l'enfant, consacré au droit des enfants à un environnement sain, le Défenseur des droits a insisté sur la particulière vulnérabilité des enfants face à la crise sanitaire[43].

La seule exception identifiée à l'absence de consécration de catégories de personnes qui seraient intrinsèquement vulnérables renvoie à l'hypothèse dans laquelle c'est un texte normatif qui qualifie une catégorie d'individus de personnes vulnérables, comme on l'a vu plus haut.

De façon générale, peut-on alors considérer que le Défenseur des droits se base sur l'existence d'une présomption de vulnérabilité ? Certains éléments vont en ce sens : le fait que l'institution se contente souvent de qualifier telle ou telle catégorie de réclamants de personnes vulnérables, sans autre précision, comme signalé précédemment ; le fait aussi que les termes vulnérabilité / vulnérable n'apparaissent parfois que dans le synopsis de la décision, et non dans la décision elle-même. Cela étant, dans ses décisions, le Défenseur des droits ne s'exprime pas en ces termes : il ne se réfère à aucun système de présomption.

3. Les cumuls de vulnérabilités

Il arrive assez régulièrement que le Défenseur des droits, dans ses décisions, mentionne un cumul de vulnérabilités, ou plus exactement un cumul de facteurs de vulnérabilité (18 cas sur 107, soit 16,8 % des décisions étudiées).

Le cas de figure le plus représenté dans le panel des décisions étudiées est celui des mineurs isolés étrangers, à propos desquels le Défenseur des droits souligne les éléments spécifiques de vulnérabilité qui appellent à une protection particulière. Ces éléments sont d'ordre sanitaire, psychosocial, matériel ou autre, y compris ceux en rapport avec la violence domestique, la traite ou un traumatisme (décision 2012-179 du 21 décembre 2012). Dans cette décision cadre qui formule quinze recommandations générales adressées aux ministres concernés et au Président de l'Assemblée des départements de France, le Défenseur des droits précise que certains mineurs isolés étrangers, « au vu de leur passé et de leur parcours, doivent être considérés comme particulièrement vulnérables »[44].

---

42 Voir par exemple la décision 2015-115 du 20 mai 2015 relative à un refus de scolarisation discriminatoire opposé par un maire et de mise en place de scolarisation *ad hoc* à l'égard d'enfants roumains d'origine rom.

43 Rapport Enfant 2024, *Le droit des enfants à un environnement sain – Protéger l'enfance, préserver l'avenir*, novembre 2024, notamment p. 10 et p. 13 s.

44 Décision 2012-179 du 21 décembre 2012 relative à la situation de mineurs isolés étrangers en errance sur le territoire national, p. 10. Voir aussi les décisions 2016-230 du 26 août 2016, 2020-235 du 1er décembre 2020, 2021-022 du 3 février 2021, 2021-29 du 9 février 2021, 2022-206 du 14 octobre 2022, et surtout 2022-042 du 18 février 2022 : mineur non accompagné présentant une fragilité psychique (comportements auto-agressifs, tentative de suicide en détention), des polyaddictions, potentiellement victime de traite des êtres humains, et se trouvant dans un dénuement matériel particulièrement dramatique.

Les travailleurs étrangers en situation irrégulière se trouvent eux aussi en situation de cumul de facteurs de vulnérabilité : vulnérabilité économique, sociale et administrative[45] (on y reviendra). Il en va de même des demandeurs d'asile gravement malades ou mineurs, voire mineurs isolés[46], ou encore des mineurs et des personnes âgées en situation de handicap[47].

On voit ainsi que se dégagent de l'analyse des décisions du Défenseur des droits de nombreux facteurs de vulnérabilité, ainsi que des catégories spécifiques de personnes susceptibles d'être considérées comme des personnes vulnérables, voire particulièrement vulnérables. L'absence de définition de la vulnérabilité n'empêche donc pas le Défenseur des droits d'agir. Tout au contraire peut-être, la souplesse qui découle de cette absence de définition permet à l'institution de mettre en œuvre en la matière une politique particulièrement volontariste.

II. Une politique volontariste qui trouve ses limites dans la faiblesse des moyens attribués au Défenseur des droits

Les diverses productions du Défenseur des droits témoignent d'une réflexion approfondie de sa part sur la notion de vulnérabilité, surtout depuis le milieu des années 2010. Cette réflexion a pu être élaborée sur la base de situations très concrètes dans lesquelles certaines personnes ou catégories de personnes présentent un risque particulier de voir leurs droits bafoués. Avant d'expliquer comment se manifeste la volonté du Défenseur des droits d'utiliser le concept de vulnérabilité au service de la garantie de l'effectivité des droits, il nous faut préciser les conséquences qu'il attache à la vulnérabilité du réclamant dans les décisions étudiées.

A. Les effets attachés au recours au concept de vulnérabilité

Lorsque le Défenseur des droits mobilise le concept de vulnérabilité, il en tire les conséquences dans deux directions complémentaires : d'une part la vulnérabilité du réclamant justifie que ses droits soient mieux protégés, d'autre part et de façon corrélative, elle implique un renforcement des obligations de l'administration. Enfin, le recours au concept de vulnérabilité donne parfois lieu à un mésusage administratif, sur lequel le Défenseur des droits a eu l'occasion de se prononcer.

1. Le renforcement des droits de la personne

Les conséquences attachées par le Défenseur des droits à la qualification de personne vulnérable qu'il retient résident comme on pouvait s'y attendre dans un renforcement de la protection qui doit être accordée à la personne ainsi qualifiée ; ou plus exactement dans un renforcement de *l'attention qui doit être portée sur la situation particulière de cette personne,* conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et dans un rétablissement de l'effectivité de ses droits.

---

45 Voir les décisions 2019-235 du 19 septembre 2019 et 2022-221 du 2 novembre 2022.

46 Voir la décision 2018-090 du 8 mars 2018.

47 Mineurs en situation de handicap : décisions 2021-026 du 21 janvier 2021, 2022-052 du 4 avril 2022, 2022-141 du 20 juillet 2022 : « enfants doublement vulnérables » ; personne âgée porteuse d'un ou plusieurs handicaps et dont « la situation personnelle est souvent détériorée » : décision 2013-57 du 11 avril 2013, relative aux droits des personnes âgées vulnérables avant et pendant leur séjour en établissement spécialisé.

C'est ainsi que dans sa décision 2009-207 relative à une intervention de police ayant conduit au décès d'une personne vulnérable, « puisqu'atteinte de troubles psychiatriques »[48], le Défenseur des droits conclut à un usage disproportionné de la force et recommande notamment l'introduction, dans le Code de déontologie de la police nationale ou dans le Règlement général d'emploi de la police nationale, d'une disposition similaire à celle de l'art 44 du Code européen d'éthique de la police, précisant que : « Les personnels de police doivent agir avec intégrité et respect envers la population, en tenant tout spécialement compte de la situation des individus faisant partie de groupes particulièrement vulnérables »[49].

De même, dans sa décision 2014-111 sur la conformité des conditions d'évacuation d'un campement avec les articles 3, 8 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[50], le Défenseur des droits relève que les informations recueillies établissaient la présence d'enfants scolarisés et d'adultes souffrant de problèmes de santé et ayant besoin de soins médicaux réguliers. Il ajoute que la présence, parmi les personnes expulsées, de personnes vulnérables, était connue des autorités et renvoie à la jurisprudence de la Cour exigeant qu'« une attention particulière [soit] accordée à l'appartenance des requérants à un groupe socialement défavorisé et à leurs besoins particuliers » (CEDH, Yordanova et autres c. Bulgarie, n° 25446/06). Dans cette décision portant observations en justice devant la Cour de Strasbourg, le Défenseur des droits conclut que les autorités auraient dû garantir un hébergement à ces personnes vulnérables.

Un dernier exemple concerne l'obligation de scolariser des mineurs d'origine rom : dans une décision particulièrement développée rendue le 25 janvier 2018, le Défenseur des droits a conclu à l'existence d'une discrimination dans l'accès à l'éducation fondée sur l'origine des enfants, leur lieu de résidence et leur particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique. Et il en a tiré la conséquence suivante : « eu égard à la particulière vulnérabilité des enfants roms, le maire de X a l'obligation positive de s'assurer que leur droit à la scolarisation a un caractère effectif [...] »[51]. Dans cette affaire, le Défenseur des droits avait été alerté par voie de presse et s'était saisi d'office du dossier.

Ces refus (récurrents) de scolariser les mineurs d'origine roms ou hébergés de façon précaire ont systématiquement conduit le Défenseur des droits à aller au-delà du simple rappel du cadre juridique qui entoure l'action de l'administration. L'attention particulière que cette dernière doit porter au respect des droits des personnes vulnérables se traduit concrètement par un renforcement de ses propres obligations :

48 Décision 2009-207 du 25 novembre 2011, p. 5.
49 *Eod. loc.*, p. 9.
50 Décision 2014-111 du 15 septembre 2014.
51 Décision 2018-005 du 25 janvier 2018, p. 13.

2. *Le renforcement des obligations de l'administration*

Dès lors que l'effectivité des droits d'une personne vulnérable est en jeu, le Défenseur des droits fait peser des obligations supplémentaires sur l'administration pour en garantir le respect. C'est ainsi que dans la décision du 25 janvier 2018 qui vient d'être évoquée, le Défenseur des droits souligne que l'obligation positive qui pèse sur le maire de s'assurer que le droit à la scolarisation des enfants d'origine rom a un caractère effectif « suppose des mesures d'accueil adaptées »[52].

De même, dans sa décision cadre de 2012 relative à l'accueil des mineurs isolés étrangers (déjà citée), le Défenseur des droits a mis à la charge des services administratifs compétents des obligations précises qui découlent à ses yeux de la vulnérabilité particulière de ces enfants. Ainsi, pour ce qui est du premier accueil du mineur et de son accès au dispositif de protection de l'enfance, l'administration doit tout d'abord vérifier et évaluer sa situation avant toute présentation aux services de police ; cette évaluation doit la conduire ensuite à « déterminer le degré d'isolement du jeune étranger, ainsi que les éléments spécifiques de vulnérabilité qui appellent à une protection particulière » ; et enfin la prise en charge du mineur doit être « rapide et adaptée » au degré de vulnérabilité qu'il présente[53].

Le Défenseur des droits a par ailleurs eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur le respect des droits des personnes âgées, en particulier lorsqu'elles sont accueillies dans un établissement spécialisé. Évoquant « la vulnérabilité particulière de ces personnes âgées, porteuses d'un ou plusieurs handicap(s) et dont la situation personnelle est souvent détériorée », il a adressé aux ministres concernés, en 2013, une décision cadre[54] dans laquelle il insiste sur la nécessité de veiller tout particulièrement au respect de leurs droits et libertés. Au-delà des conditions d'accueil de ces personnes, le consentement au contrat de séjour doit être « éclairé avec une rigueur à la mesure de la vulnérabilité de la personne ». Les recommandations énoncées mettent ainsi l'accent sur l'anticipation de la prise en charge, du consentement et de la gestion des conflits.

La dématérialisation des procédures administratives constitue depuis plusieurs années un autre sujet majeur de préoccupation pour le Défenseur des droits. Une décision cadre a ainsi été rendue en 2018[55], à propos de la délivrance des permis de conduire et des certificats d'immatriculation sur la plate-forme numérique de l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS). Le Défenseur des droits y a souligné la nécessité de prendre en compte les besoins spécifiques des publics vulnérables que constituent en matière d'accès aux téléservices, notamment, les personnes en situation de handicap et les détenus[56]. Il renvoie à son rapport annuel pour 2017, et recommande à nouveau d'introduire

52 *Eod. loc.*

53 Décision 2012-179 du 21 décembre 2012, p. 6, p. 9 et p. 10. Le Défenseur des droits formule par ailleurs un certain nombre de recommandations relatives à l'évaluation de la minorité du jeune étranger (tests d'âge osseux).

54 Décision 2013-57 du 11 avril 2013. Voir aussi les décisions 2013-70 du 3 juin 2013 sur les droits de la personne dans un centre hospitalier (diffusion de photos humiliantes de personnes âgées vulnérables) et 2016-298 du 8 décembre 2016 relative aux modalités de contrôle d'une personne âgée à la mobilité réduite, à l'embarquement d'un avion.

55 Décision 2018-226 du 3 septembre 2018, déjà citée.

56 Les personnes les plus précaires, les personnes âgées, les majeurs protégés, les jeunes et les étrangers sont également au cœur des préoccupations du Défenseur des droits (voir en ce sens le second rapport thématique consacré à cette question : *Dématérialisation des services publics : 3 ans après, où en est-on ?*, publié le 15 février 2022, p. 31 s. ; voir aussi, plus récemment : *L'administration numérique pour les étrangers en France (ANEF) : une dématérialisation à l'origine d'atteintes massives aux droits des étrangers*, rapport diffusé le 11 décembre 2024, spécialement p. 17 et p. 37).

dans la loi « une clause de protection des usagers vulnérables, prévoyant l'obligation d'offrir une voie alternative au service numérique dans le cadre de la mise en œuvre de toute procédure de dématérialisation d'un service public. »[57]. La mise en place du Plan Préfectures Nouvelle Génération a ainsi suscité plusieurs interventions du Défenseur des droits[58].

L'institution a par ailleurs déploré les nombreux dysfonctionnements du service « MaPrimeRénov' », qui précarisent les demandeurs les plus fragiles économiquement, alors même que c'est avant tout à ces publics que le dispositif est destiné. En effet, le Défenseur des droits a été saisi de multiples blocages de la plate-forme, certains usagers ayant par exemple engagé leur projet de rénovation après avoir reçu l'autorisation en ce sens, mais n'ont pas pu obtenir l'aide financière attendue, du fait de l'impossibilité de télécharger leurs factures sur la plateforme. Parmi les recommandations énoncées figurent la mise en place d'un canal de dépôt des demandes en complément de la procédure dématérialisée, mais aussi bien sûr la résolution définitive des difficultés d'ordre technique qui affectent la plateforme de dépôt des dossiers ainsi que la diminution des délais de traitement des dossiers confrontés à des difficultés[59].

De façon plus générale, la dématérialisation des services publics a donné lieu à la publication de deux rapports thématiques successifs[60] du Défenseur des droits, marquant ainsi la volonté de l'institution d'assurer un suivi attentif de cette question porteuse de graves atteintes aux droits. Dans son dernier rapport d'activité, la Défenseure des droits est revenue sur les préjudices causés aux usagers du fait de cette évolution parfois réalisée à marche forcée et qui a connu une accélération du fait de la pandémie de Covid-19. Elle note que la dématérialisation des démarches administratives s'accompagne fréquemment de la fermeture de guichets de proximité, et « entraîne un report systématique sur l'usager de tâches et de coûts qui incombaient auparavant à l'administration. L'usager doit s'équiper, s'informer, le cas échéant se former pour être capable d'effectuer ses démarches en ligne et ne pas commettre d'erreur au risque de se retrouver en situation de non-accès à ses droits »[61]. La Défenseure des droits rappelle ainsi régulièrement, que ce soit dans ses publications officielles ou dans ses décisions, que la dématérialisation devait s'inscrire comme une offre supplémentaire et non substitutive au guichet, au courrier papier ou au téléphone. L'usager doit donc avoir le choix de son mode de relation avec l'administration et, en tout état de cause, n'a pas à « porter [...] la responsabilité des éventuelles difficultés qu'il rencontre »[62].

---

57 Décision 2018-226 du 3 septembre 2018, précitée, p. 32.

58 Outre la décision cadre précitée, voir les décisions 2019-266 du 13 novembre 2019 relative aux difficultés d'accès au service des naturalisations d'une préfecture liées à la dématérialisation des prises de rendez-vous ; 2021-077 du 26 mars 2021 relative aux difficultés rencontrées lors du dépôt d'une première demande de titre de séjour du fait de l'impossibilité de prendre rendez-vous par l'intermédiaire de la plateforme en ligne de la préfecture. Voir aussi la décision 2022-061 du 24 février 2022 relative à la légalité d'un décret et d'un arrêté mettant en place un téléservice obligatoire pour le dépôt des demandes de titre de séjour (observations en justice sollicitées par le Conseil d'État).

59 Décision 2022-199 du 14 octobre 2022 relative aux dysfonctionnements du service « MaPrimeRénov' » (décision synopsis). Voir aussi la décision 2021-158 du 28 juin 2021 relative aux effets de la fermeture des guichets en gare sur l'accès au transport ferroviaire.

60 *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, publié le 14 janvier 2019 ; *Dématérialisation des services publics : 3 ans après, où en est-on ?*, précité.

61 *Rapport annuel d'activité 2022*, avril 2023, p. 23.

62 *Eod. loc.*

On signalera pour terminer sur cette question que le Défenseur des droits fait parfois référence à la vulnérabilité numérique[63]. Il ne s'agit pas ici de renvoyer à une quelconque faille de sécurité dans un système informatique, mais bien de souligner la précarité dans laquelle se trouvent certaines personnes ou catégories de personnes dans l'utilisation des outils numériques[64]. Cela étant, la notion de vulnérabilité numérique n'a jamais été utilisée à ce jour dans les décisions proprement dites du Défenseur des droits.

3. Le cas particulier du mésusage de la notion de vulnérabilité

Il arrive que l'administration utilise la notion de vulnérabilité non dans un souci de renforcement des droits des usagers, mais au contraire dans un sens restrictif, comme filtre pour l'accès au droit.

Ce cas de figure est illustré dans la décision 2016-262 du 13 octobre 2016 (décision synopsis), rendue par le Défenseur des droits à propos de la décision du préfet de Guyane de fermer partiellement et temporairement le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en place dans son département. Le préfet avait mis en place un filtre à l'accès au service en fonction du degré de vulnérabilité des demandeurs d'asile. Dans ses observations déposées devant le juge des référés du Conseil d'État, le Défenseur des droits avait fermement critiqué ce procédé. En effet, le filtrage avait été mis en œuvre en dehors de tout cadre légal et il était potentiellement porteur de discrimination (ne s'agissait-il pas en réalité d'écarter les demandeurs d'asile d'origine haïtienne ?). Toutefois, le Conseil d'État n'a pas suivi l'argumentation du Défenseur des droits et a jugé que la décision du préfet « ne caractérisait pas, à la date de la requête, une méconnaissance grave et manifeste des obligations de caractère général qu'impose le droit d'asile »[65].

On notera pour terminer que le mésusage de la notion de vulnérabilité doit être différencié des situations *d'abus de vulnérabilité*. À titre d'illustration, on a déjà évoqué plus haut, à propos des cumuls de facteurs de vulnérabilité, les comportements particulièrement révoltants de certains professionnels qui n'hésitent pas à recruter des personnes vulnérables dans le but de les soumettre à des conditions de travail et d'hébergement contraires à leur dignité[66]. Dans les observations déposées devant les juridictions saisies, le Défenseur des droits a souligné la nécessité de donner aux agissements de l'employeur la qualification adéquate de traite des êtres humains et a insisté sur l'abus de vulnérabilité identifiable en l'espèce :

> « C'est donc bien l'abus de la situation de vulnérabilité économique, sociale, et administrative des plaignants qui a permis à X de les recruter, de les maintenir dans leur emploi et de leur imposer un hébergement. Ces derniers n'auraient vraisemblablement pas accepté de telles conditions de

63 La première occurrence semble remonter à 2018 : Avis 18-18 du 28 juin 2018 relatif au projet de loi n° 567 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

64 Sur cette question, voir par exemple : M. Nihoul, H. Jacquemin (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Larcier, 2018, 626 p. ; T. Douville, C. Hervochon, E. Noël et Y. Paquier, « Les vulnérabilités numériques », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, n° 18-2020, dossier thématique *Vulnérabilité et droits*, p. 111-119.

65 CE, ord. juge réf., n° 404484 du 7 novembre 2016.

66 Voir les décisions 2019-235 du 19 septembre 2019 et 2022-221 du 2 novembre 2022, précitées.

travail, de rémunération et d'hébergement s'ils n'avaient pas été en situation irrégulière et dans un complet dénuement. L'isolement dont ils souffraient à des degrés différents, dans leur vie quotidienne, mais aussi plus généralement sur le territoire français, la maîtrise limitée de la langue française de certains des plaignants, et leur méconnaissance des procédures administratives et de la législation, ont également largement contribué à leur vulnérabilité[67]. »

La fermeté affichée ici par le Défenseur des droits et la référence explicite à l'abus de vulnérabilité nous semblent bien illustrer l'ambition de la politique qu'il entend mener au service de la protection des plus vulnérables. Dès lors se pose la question du bilan de son action.

B. Un bilan mitigé malgré une volonté politique forte

L'analyse des décisions pertinentes rendues par le Défenseur des droits depuis sa mise en place montre bien sa volonté incontestable de prendre appui sur la vulnérabilité du réclamant pour fonder ses prises de position. Elle illustre par ailleurs l'impact de ces décisions sur la garantie de l'effectivité des droits des personnes qui se sont tournées vers lui.

1. *Les signes de la volonté du Défenseur des droits d'utiliser le concept de vulnérabilité au service de la garantie de l'effectivité des droits*

De nombreux éléments témoignent de la volonté forte du Défenseur des droits d'utiliser le concept de vulnérabilité au service de la garantie de l'effectivité des droits.

Bien évidemment, l'utilisation de la notion de vulnérabilité même en l'absence de texte, signalée précédemment, constitue un premier signe. L'institution n'hésite pas à recourir spontanément au concept de vulnérabilité pour en tirer des conséquences en termes de renforcement des droits du réclamant et, de façon corrélative, de renforcement des obligations de l'administration à son égard.

La présentation de certaines de ses décisions dans leur synopsis accessible en ligne va dans le même sens : on a vu que dans une quarantaine de décisions, le terme de vulnérabilité n'est pas utilisé par le Défenseur des droits dans le texte même de sa décision, mais apparaît dans les mots-clés de sa présentation synthétique sur l'espace juridique de son site web. Cette pratique n'est pas anodine et nous semble marquer la volonté du Défenseur des droits de mettre l'accent sur la qualité du réclamant, sa qualité de personne vulnérable, même s'il ne l'a pas fait explicitement dans sa décision. On aboutit alors à une sorte de réinterprétation par l'institution de ses propres décisions, *a posteriori*. On précisera à cet égard que l'apparition des termes « personne vulnérable » dans les mots-clés des synopsis remonte semble-t-il à l'année 2019. Ce mot clé est d'ailleurs spécifiquement traité, puisqu'il apparaît, le cas échéant, après la liste des mots-clés de la décision, juste avant son résumé[68].

---

67 Décisions précitées, respectivement p. 18 et p. 17.

68 Voir par exemple le synopsis de la décision 2021-158 du 28 juin 2021, relative aux effets de la fermeture des guichets en gare et la transformation de gares en points d'arrêts non gérés (PANG) sur l'accès au transport ferroviaire. Par ailleurs, dans la décision 2021-159 du 9 juillet 2021, rendue à propos de la scolarisation d'enfants hébergés au sein d'une ancienne caserne dans un dispositif de scolarisation *ad hoc*, ce sont les mots-clés « personne vulnérable » – « vulnérabilité », qui sont employés dans le synopsis.

On a vu également que le Défenseur des droits, dans ses décisions, se contente souvent de qualifier telle ou telle catégorie de réclamants de personnes vulnérables, sans préciser le ou les facteurs qui lui permettent d'aboutir à une telle qualification. Cette reconnaissance implicite d'hypothèses de présomptions de vulnérabilité lui permet, là aussi, de marquer son engagement au service des plus fragiles.

De façon plus générale, la force de cet engagement se retrouve dans les positions prises par l'institution en dehors de ses décisions proprement dites, on va y revenir. Enfin, il faut rappeler l'attachement personnel de l'actuelle Défenseure des droits, Claire Hédon, au concept de vulnérabilité. Ancienne présidente d'ATD-Quart monde, mouvement international non gouvernemental qui lutte contre l'extrême pauvreté depuis 1957, elle ne manque pas une occasion de se présenter en tant que gardienne de l'accès aux droits des personnes vulnérables. Le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2022 est particulièrement significatif à cet égard. En effet, dans son éditorial, Claire Hédon utilise trois fois le mot dans une même page, et rappelle qu'« en faisant des personnes en situation de vulnérabilité notre priorité, nous nous mettons au service de toutes et tous, car chaque atteinte aux droits ou au principe d'égalité altère notre cohésion sociale. »[69] Et dans la totalité du rapport d'activité, les termes vulnérable / vulnérabilité sont martelés à 37 reprises, dans des formules dénuées de toute ambiguïté quant à la volonté d'engagement de l'institution[70].

Par conséquent la volonté du Défenseur des droits de faire de la défense des plus vulnérables une priorité est incontestable. Encore faut-il naturellement que cette volonté se traduise de façon concrète. D'où la question de l'impact des décisions du Défenseur des droits :

2. L'impact des prises de position du Défenseur des droits

De façon générale, on s'accorde pour reconnaître un certain nombre d'atouts au recours à des autorités administratives indépendantes[71] : il s'agit de pallier les insuffisances de la voie juridictionnelle (délais de jugement, coût des procédures), leur saisine est moins formaliste et leur action réputée plus effective. Par ailleurs ces institutions répondent aux attentes des citoyens sur le terrain de la légitimité démocratique et viennent utilement compléter l'action de l'institution judiciaire, par un mode de régulation plus souple et une expertise plus spécialisée.

Pour revenir plus spécifiquement au Défenseur des droits, cette souplesse d'action lui permet une réactivité indiscutable, fondée en particulier sur son pouvoir d'auto-saisine. L'article 5 de la loi organique du 29 mars 2011 prévoit en effet que le Défenseur des droits peut se saisir d'office, possibilité

---

69 Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2022*, déjà cité, p. 4.

70 Voir par exemple : p. 12, dans l'introduction générale du document : « […] Dans ce cadre, l'institution prête une vigilance particulière aux personnes en situation de vulnérabilité. » ; p. 13 : « Des permanences de délégués pour aller vers les personnes les plus vulnérables » ; p. 83, en matière de déontologie de la sécurité : « faire respecter les droits des personnes vulnérables ».

71 Voir notamment S. Hennette-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. HyperCours, 5e édition, 2022, § 379, p. 284.

évidemment très intéressante, qui n'était pas reconnue au Médiateur de la République[72]. C'est ainsi que la pratique de la saisine d'office permet au Défenseur des droits de prendre l'initiative sans retard pour rétablir les personnes vulnérables dans leurs droits et libertés. On dénombre 22 saisines d'office sur les 107 décisions du panel[73], mais il n'a pas été possible de rapporter cette proportion à l'ensemble des décisions rendues par le Défenseur des droits sur la période considérée, faute de données suffisamment complètes.

Quoi qu'il en soit, il est important de rappeler que les prises de position que le Défenseur des droits qualifie de décisions… n'en sont pas ! Du moins au sens d'actes décisoires qui modifieraient l'ordonnancement juridique et seraient donc susceptibles de recours juridictionnel. Le Conseil d'État a en effet eu l'occasion de juger que les recommandations émises par le Défenseur des droits, tout comme ses observations en justice ne sont pas des décisions qui font grief[74].

Par ailleurs, le Défenseur des droits ne s'est vu reconnaître aucun pouvoir coercitif. Il dispose certes d'un pouvoir d'injonction, mais ce dernier n'est assorti d'aucune possibilité de prononcer des astreintes, possibilité qui seule pourrait rendre efficaces lesdites injonctions. Qui plus est, aucun pouvoir de sanction propre ne lui est attribué : il peut seulement, le cas échéant, demander à l'autorité compétente que celle-ci prononce une sanction à l'encontre de la personne ou de la structure mise en cause.

Pour autant, il serait erroné de penser que les prises de position du Défenseur des droits demeurent sans effet. Dans ses rapports d'activité, l'institution prend soin de rappeler qu'environ 80 % des règlements amiables qu'elle engage aboutissent favorablement (76 % en 2023). Il en va de même s'agissant des observations en justice : de façon générale, elles sont suivies par le juge (en tout ou partie) dans 82 % des cas[75].

En réalité, il est difficile de mesurer précisément l'impact des décisions du panel retenu, car le Défenseur des droits ne précise pas systématiquement dans les synopsis si les recommandations ou les observations en justice formulées ont été suivies d'effet ou non. Dans ces conditions, comment interpréter son silence ?

---

72 Dans ce cas, il ne peut intervenir qu'à la condition que la personne lésée ait été avertie et ne se soit pas opposée à son intervention, et ce afin de garantir les meilleures conditions au déroulement de l'instruction. Toutefois, il peut toujours se saisir des cas qui lui paraissent mettre en cause l'intérêt supérieur d'un enfant (et des cas relatifs à des personnes qui ne sont pas identifiées ou dont il ne peut recueillir l'accord).

73 Voir par exemple la décision 2018-005 du 25 janvier 2018, relative à un refus de scolarisation opposé par un maire à des enfants Roms, évoquée plus haut.

74 En ce sens, respectivement : CE, 22 mai 2019, M. B., Req. n° 414410 ; CE, 30 janvier 2019, Soc. Exane, Req. n° 411132. Toutefois, le Conseil d'État semble réserver le cas des recommandations rendues publiques (dans le cadre de ce que l'institution appelle un rapport spécial). La levée de l'anonymat du mis en cause est en effet susceptible de lui faire grief (voir en ce sens la formulation retenue par le Conseil d'État dans son arrêt du 22 mai 2019 précité).

75 Source : Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2021*, p. 9. S'agissant de notre panel de décisions, ont été suivies d'effet notamment les observations en justice formulées dans le cadre de la décision 2014-111 du 15 septembre 2014, à propos de la conformité des conditions d'évacuation d'un campement avec les articles 3, 8 et 13 de la Conv. EDH, précitée ; voir également la décision 2022-061 du 24 février 2022, relative à la légalité d'un décret et d'un arrêté mettant en place un téléservice obligatoire pour le dépôt des demandes de titre de séjour, déjà évoquée également. *Contra* : notamment la décision 2021-022 du 3 février 2021, à propos d'une demande de réunification familiale d'un mineur non accompagné (isolement familial et géographique : enfant afghan situé en Grèce).

Quoi qu'il en soit, les résultats de son action sont globalement plus mitigés pour ce qui est du suivi des recommandations (et la communication est plus discrète en la matière : pas de statistiques en ce sens dans le rapport d'activité annuel 2022, ni dans celui portant sur l'année 2023) : en 2019, le Défenseur des droits avait rendu 357 recommandations, mais il n'avait obtenu de réponse de la part du mis en cause que pour 56 % d'entre elles (réponses parmi lesquelles 31 % ont été des refus – surtout de la part de collectivités locales)[76].

Le Défenseur des droits se trouve donc démuni face au silence ou au refus de l'administration. Et la publication de « rapports spéciaux », dans lesquels l'anonymat est levé (« *name and shame* ») ne suffit pas toujours. C'est ainsi que la situation particulièrement dramatique d'un enfant sans identité trouvé sur la voie publique à Mayotte en mai 2017 a donné lieu à la publication de deux rapports spéciaux successifs. Les services d'aide sociale à l'enfance de Mayotte, mis en cause dans ce dossier, n'ont semble-t-il pas donné suite aux interventions répétées du Défenseur des droits[77].

On peut ainsi regretter que le volontarisme du Défenseur des droits en faveur de la protection des plus vulnérables trouve ses limites dans la faiblesse des moyens qui lui sont accordés (faiblesse qui contraste singulièrement avec l'autorité qu'on a voulu donner à l'institution en l'inscrivant dans la Constitution).

Pour finir, on peut se demander si le Défenseur des droits va plus loin que le juge dans ses prises de position : se montre-t-il plus exigeant vis-à-vis de la personne mise en cause (l'administration le plus souvent) ? La mise en commun de nos conclusions respectives pourra peut-être apporter des éléments de réponse à cette question. Ce qu'on peut dire en tout cas, c'est qu'une autorité administrative indépendante dispose sans doute d'une marge de manœuvre plus importante qu'un juge. Surtout lorsqu'elle intervient en tant qu'autorité morale, sans prendre de décisions susceptibles de recours juridictionnel, et qu'elle est fondée à intervenir en équité, contrairement à un juge. On peut considérer en particulier que le Défenseur des droits n'a pas (ou pas autant) que le juge administratif à tenir compte des contraintes qui pèsent sur l'administration. Dans ces conditions, il peut se montrer plus volontariste et jouer un rôle d'aiguillon, comme il l'a fait notamment face au mésusage par l'administration du concept de vulnérabilité.

---

76 Source : Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2020*, p. 20.

77 Voir les décisions 2021-034 du 4 février 2021 et 2021-174 du 2 juillet 2021 (publiée au *JORF* cette fois). Pour un autre exemple, voir la décision 2022-206 du 14 octobre 2022, déjà citée, à propos de mineurs non accompagnés placés en centre de rétention : la note récapitulative adressée au préfet du département concerné est restée sans réponse.

La vulnérabilité dans les lieux d'enfermement

Analyse du regard du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Pauline Mallejac[1]

Être privé de liberté, c'est être placé dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'institution qui encadre cette privation. Que ce soit en prison, en hôpital de santé mentale, en centre de rétention administratif, en centre éducatif fermé ou en garde à vue, la personne enfermée se trouve dans une position où l'accès à ses droits fondamentaux n'est plus garanti par son autonomie, mais par le lieu d'enfermement qui la détient. Cette situation de dépendance constitue à elle seule une forme de vulnérabilité que s'attache à observer et à documenter le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL).

Présentation du CGLPL. Institué par la loi du 30 octobre 2007, dans le prolongement de la ratification par la France du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2002, le Contrôleur général a été conçu comme une autorité administrative indépendante. Bien qu'émanant de l'État, il exerce sa mission en toute indépendance, dans ses fonctions et son exercice, car il ne reçoit d'instruction d'aucune autorité et est nommé pour une durée de 6 ans, sans qu'il puisse être ni révoqué au cours de son mandat ni renouvelé.

Le Contrôleur général peut se rendre de manière inopinée dans les lieux de privation de liberté et notamment les hôpitaux pour santé mentale, les établissements pénitentiaires, les geôles, les centres de rétention administrative, les centres éducatifs fermés pour les mineurs, les locaux de police, les brigades de gendarmerie, les zones d'attente, etc. Pour effectuer ses missions, il peut être saisi par le Premier ministre, les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, les représentants au Parlement européen élus en France et le Défenseur des droits. Il peut aussi se saisir de sa propre initiative et toute personne physique ou morale s'étant donné pour objet le respect des droits fondamentaux peut également porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence.

1 Docteure en droit, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

Les moyens d'expression du Contrôleur général sont pluriels : les rapports de visite, avis, rapports annuels d'activité, rapports thématiques, recommandations et recommandations en urgence. Certains bénéficient d'une publication dans le *Journal officiel* ou encore par la voie habituelle de l'édition. L'entièreté des documents est publiée sur le site internet de l'institution. Pour le projet de recherche sur la vulnérabilité, il s'agira ici d'étudier, dans l'intégralité des documents qui sont tous publiés sur le site internet www.cglpl.fr, la place accordée à la vulnérabilité dans les moyens d'expression du Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

À la différence des juridictions, le Contrôleur général ne dispose d'aucun moyen coercitif. Ses recommandations et avis ne portent leurs fruits que lorsque la force de ses arguments remporte l'adhésion ou la conviction des autorités contrôlées. Sa mission, « est de guider et d'orienter les comportements des autorités en charge des lieux d'enfermement vers un meilleur respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes dont elles ont la charge »[2].

L'intérêt d'étudier le CGLPL au prisme de la vulnérabilité. S'intéresser à l'action du Contrôleur général dans le cadre du projet de recherche « La vulnérabilité, nouvel outil pour la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux ? » allait de soi. En effet, le Contrôleur général – dont la mission est de « contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux »[3] – œuvre auprès des personnes privées de liberté dont la situation de dépendance vis-à-vis des lieux de privation de liberté peut accentuer des fragilités préexistantes ou en créer de nouvelles.

Présentation de la méthode de recherche. Sur le plan méthodologique, les porteuses du projet, Mesdames Laurence Gay, Caterina Severino ainsi que Laura Montanari souhaitaient réaliser une étude empirique permettant de recenser les occurrences dans lesquelles le Contrôleur général des lieux de privation de liberté recourait aux termes « vulnérabilité » ou « personne vulnérable ».

Avant d'entamer ce travail, il était essentiel de délimiter précisément le corpus documentaire sur lequel s'appuierait l'étude. Après un comptage de 1918 documents établis par le Contrôleur général (tous types confondus) sur le site internet www.cglpl.fr, il est apparu, au moment du téléchargement des documents, qu'un certain nombre de rapports de visite étaient comptabilisés plusieurs fois sous des intitulés différents. Par exemple, en 2019, lorsque le site internet du CGLPL propose de télécharger le *Rapport de visite de la brigade territoriale de gendarmerie de Guérande (Loire-Atlantique)*, le *Rapport de visite de la brigade autonome de Chinon (Indre-et-Loire)* et plusieurs autres rapports, les fichiers téléchargés correspondent finalement au même document intitulé *Synthèse annuelle. Du 14 janvier au 7 novembre 2019. Visite des brigades de gendarmerie (Métropole, Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna)*. Cette problématique faussait alors le nombre exact de documents établis par le CGLPL. Afin d'éviter cela, un traitement manuel des données a été nécessaire : chaque document a été téléchargé et vérifié individuellement pour éliminer les doublons. Après ce travail, le nombre exact de publications établies par le Contrôleur général entre janvier 2008 et avril 2023 s'élevait à 1814 documents.

2 CGLPL, *Rapport annuel d'activité 2020*, Dalloz, 2021, p. 30.

3 Art. 1er de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Dans un deuxième temps, l'objectif a été d'identifier les documents du CGLPL faisant référence à la vulnérabilité. Conformément aux attentes des porteuses de projet, la recherche a été menée à compter de l'année 2008. Une première exploration, en renseignant le mot-clé « vulnérab » dans la barre de recherche du site internet du CGLPL, n'a fait remonter que 64 documents. Le site internet du CGLPL ne présentant pas une grande fiabilité à cette période[4], il a fallu procéder à une recherche par mot-clé sur chacun des documents téléchargés. Ce travail fastidieux a permis d'identifier 541 documents contenant au moins une occurrence des termes « vulnérabilité » ou « vulnérable ».

Dans un troisième temps, l'analyse a porté sur la pertinence des références identifiées. Tous les documents où la notion de vulnérabilité ne concernait pas les personnes privées de liberté ont été exclus. Par exemple, certaines occurrences faisaient référence à un « espace de rangement offert insuffisant et vulnérable »[5] ou à la commission d'une infraction pour « violences volontaires sur personne vulnérable » sans lien direct avec la privation de liberté[6]. Après ce tri, 502 documents sur 1814 ont été retenus comme faisant explicitement référence à la vulnérabilité des personnes privées de liberté. Ce nombre relativement modeste peut surprendre. On pourrait en effet s'attendre à ce que la vulnérabilité soit une caractéristique systématiquement mise en avant dans les publications du Contrôleur général, tant la privation de liberté génère des situations de fragilité.

Tableau 1 – Nombre d'avis publics, de recommandations, de rapports de visite et d'enquêtes sur place établis par le CGLPL en normal, évoquant le terme « vulnérab » en gras, par année

	Avis publics		Recommandations		Rapports de visite		Enquêtes sur place	
2022	2	**2**	4	**1**	38	**14**	0	
2021	1	**1**	3	**1**	113	**50**	5	**4**
2020	2	**1**	2	**1**	50	**24**	1	
2019	2	**2**	4	**1**	111	**53**	2	**1**
2018	3	**1**	1		123	**41**	4	**2**
2017	1		0		124	**36**	5	**2**
2016	1		2		124	**12**	10	**3**
2015	3		2		147	**39**	7	**3**
2014	4	**2**	1		101	**30**	5	**2**
2013	3		1		134	**33**	8	**2**
2012	2		1		150	**26**	6	
2011	6	**1**	2		136	**25**	1	
2010	2		7		121	**32**	0	
2009	1		5		140	**23**	0	
2008	0		2		42	**7**	0	
Total	33	**10**	37	**4**	1654	**445**	54	**19**

4 Depuis, le site internet a fait l'objet d'une refonte complète et est plus facile d'accès.
5 CGLPL, *Rapport de visite du centre de rétention de Lyon-Saint-Exupéry du 6 mars 2009.*
6 CGLPL, *Rapport de visite du Centre éducatif fermé de Verdun Thierville-sur-Meuse (Meuse) du 28 au 30 septembre 2010.*

Tableau 2 – Nombre de rapports annuels, de rapports thématiques, d'autres documents établis par le CGLPL en normal, évoquant le terme « vulnérab » en gras, par année, avec le nombre total

	Rapports annuels d'activité		Rapports thématiques		Autres documents (note, convention)		Total de documents du CGLPL	Total des doc. avec le terme « vulnérab »
2022	1	**Non publié**	2	**2**			47	**19**
2021	1	**1**	1	**1**			124	**58**
2020	1	**1**	4	**4**			60	**31**
2019	1	**1**	3				123	**58**
2018	1	**1**	3	**1**			135	**46**
2017	1	**1**	4	**2**			135	**41**
2016	1	**1**	1				139	**16**
2015	1	**1**	0				160	**43**
2014	1	**1**	0				112	**35**
2013	1	**1**	0				147	**36**
2012	1	**1**	0				160	**27**
2011	1	**1**	0		1	**1**	147	**28**
2010	1	**1**	0				131	**33**
2009	1		0		2		149	**23**
2008	1	**1**	0				45	**8**
Total	15	**13**	18	**10**	3	**1**	1814	**502**

La référence à la vulnérabilité par le CGLPL. Entre 2008 et 2012, les termes « vulnérabilité » et « vulnérable » apparaissent de manière peu significative dans les documents du CGLPL sélectionnés pour l'étude. Ces termes sont bien souvent mentionnés une ou deux fois par document et sont, de manière ponctuelle, accompagnés d'éléments de précision : « les personnes considérées comme particulièrement "vulnérables" (détenus susceptibles d'être l'objet de menaces par la population pénale) »[7] ; « les plus vulnérables d'entre eux (infractions à caractère sexuel) »[8], « les plus vulnérables (notamment certains auteurs d'infractions sexuelles) »[9]. Un élément étonnant méritait d'être souligné : le rapport annuel d'activité du Contrôleur général de 2009 ne mentionne à aucun moment la vulnérabilité d'une personne privée de liberté. Cela laisse supposer qu'à cette période, la vulnérabilité n'était pas un terme très usité. C'est à partir de l'année 2013 que les documents établis par le Contrôleur général sélectionnés pour l'étude font davantage référence à la vulnérabilité ; en utilisant le terme jusqu'à 11 fois dans un document[10].

L'analyse de la répartition des occurrences du terme « vulnérabilité » montre que certains types de lieux de privation de liberté sont plus concernés que d'autres. Les établissements pénitentiaires enregistrent le plus grand nombre de références (278 documents), suivis par les établissements de santé (130 documents), puis tous lieux privatifs de liberté confondus (31 documents), les locaux de police (16 documents), les centres de rétention administratifs (11 documents), les centres éducatifs fermés (10 documents), les zones d'attente (6 documents), les brigades de gendarmerie (5 documents), les centres pour peine aménagée (5 documents), les geôles (3 documents) et enfin le service de police aux frontières (1 document).

7 CGLPL, *Rapport de visite de la maison d'arrêt de Compiègne du 16 au 17 septembre 2008*, p. 7.
8 CGLPL, *Rapport de visite de la maison d'arrêt d'Angers du 15 au 16 octobre 2008*, p. 10.
9 CGLPL, *Rapport de visite de la maison d'arrêt de Villefranche-sur-Saône du 23 au 25 septembre 2008*, p. 8.
10 CGLPL, *Rapport de visite du centre pénitentiaire Sud-Francilien de Réau (Seine-et-Marne) du 8 au 19 avril 2013.*

Dans la grande majorité des documents du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, les termes « vulnérable » et « vulnérabilité » apparaissent de manière spontanée, sans être extraits d'un texte juridique préexistant. Toutefois, certaines exceptions méritent d'être soulignées, illustrant l'ancrage du concept dans les normes.

Ainsi, le Contrôleur général s'appuie sur la règle 2 des Règles Nelson Mandela relatives aux droits des détenus, qui impose aux administrations pénitentiaires de prendre en compte les besoins spécifiques des détenus, en particulier ceux des catégories les plus vulnérables, sans que ces mesures ne soient considérées comme discriminatoires. Dans son *Avis relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté* du 6 juillet 2021, il applique cette règle en affirmant que l'autorisation, par le chef d'établissement, des accessoires et produits communément associés à l'un ou l'autre des genres (notamment les robes, soutiens-gorges, bijoux, maquillage pour les hommes) et leur utilisation en détention constituent une prise en compte d'un besoin fondamental spécifique qui ne saurait constituer une rupture d'égalité mais qui, au contraire, en assure la garantie[11].

De même, dans son rapport thématique de 2021 sur *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, le CGLPL cite l'article 21.b. des lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice des enfants du 17 novembre de 2010 qui dispose que « compte tenu de la vulnérabilité des enfants privés de liberté […], les enfants devraient avoir, en particulier, le droit de recevoir une éducation appropriée, une orientation et une formation professionnelle »[12].

Le CGLPL mobilise également des normes de droit interne. Il s'est appuyé en 2020 sur une loi pour rendre une recommandation. Au regard de l'article 434-3 du Code pénal qui oblige tout professionnel à signaler tout acte de maltraitance sur personnes mineures ou vulnérables et qui punit le fait pour quiconque de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives, le CGLPL considère que les personnes privées de liberté sont aussi concernées et, par conséquent, que « les faits de violences interpersonnelles doivent faire l'objet d'un signalement aux autorités administratives ou judiciaires »[13].

De la même manière, dans deux rapports de visite, l'un au centre de rétention administrative de Coquelles en 2020 et l'autre au centre de rétention administrative de Nice en 2021, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté s'est appuyé sur l'article R. 553-13 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui permet aux personnes retenues de demander une adaptation de leurs conditions de rétention compte tenu de leur vulnérabilité, voire la levée de la mesure. Le Contrôleur général insiste sur la nécessité d'évaluer l'ensemble des personnes retenues sur leur état de vulnérabilité non médicale par l'Office français de l'immigration et de l'intégration[14].

---

11 CGLPL, *Avis relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté* du 6 juillet 2021, p. 5.

12 CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, p. 92.

13 CGLPL, *Les violences interpersonnelles dans les lieux de privation de liberté*, Dalloz, 2020, p. 81.

14 CGLPL, *Rapport de la troisième visite du centre de rétention administrative de Coquelles (Pas-de-Calais) du 4 au 6 novembre 2020*, p. 60 et *Rapport de la quatrième visite du centre de rétention administrative de Nice (Alpes-Maritimes) du 8 au 11 février 2021*, p. 35.

Dans le domaine hospitalier, le Contrôleur général rappelle également certaines normes de droit interne. Il cite notamment le règlement intérieur d'une unité hospitalière qui indique que, concernant les relations sexuelles, « à des moments de leur maladie, certains patients ne sont pas en mesure de faire des choix éclairés de leur partenaire sexuel. C'est la raison pour laquelle il est demandé à chacun d'être vigilant dans ce domaine et de respecter l'intégralité (*sic*) des personnes vulnérables »[15].

Enfin, dans son rapport thématique de 2022 relatif à *L'arrivée dans les lieux de privation de liberté*, le Contrôleur général reprend ses propres *Recommandations minimales* de 2020 pour affirmer que « les situations de vulnérabilité du fait de l'âge, de l'identité de genre, d'un handicap ou d'une pathologie doivent être prises en considération dans les modalités de réalisation de la fouille ». Le Contrôleur général illustre cette recommandation en insistant sur le fait que les personnes transgenres doivent pouvoir choisir leur préférence quant au genre des agents chargés de leur fouille, dès leur arrivée[16].

Une fois ces recherches entreprises, il était question d'analyser chacun de ces documents sur le contenu substantiel. Il s'agissait ainsi de répondre aux quelques questions suivantes : y a-t-il un cumul de vulnérabilité ? Des éléments de définition de la vulnérabilité sont-ils donnés ? Quelles conséquences sont-elles tirées de la situation de vulnérabilité ?

L'analyse de ces documents et la réponse à ces questions, par le prisme du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, révèlent que la vulnérabilité est un concept indéterminé (**I**) et que la protection des personnes vulnérables privées de liberté est contingente (**II**).

I. La vulnérabilité, un concept indéterminé

L'analyse des documents du Contrôleur général des lieux de privation de liberté révèle une absence de définition claire et un usage hétérogène du concept de vulnérabilité. Si la vulnérabilité est considérée comme inhérente à toute personne privée de liberté (**A**), elle est également nuancée en fonction des catégories de personnes privées de liberté, certaines étant perçues comme particulièrement vulnérables (**B**).

A. Une vulnérabilité intrinsèque aux personnes vulnérables

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté affirme, dans son premier rapport annuel d'activité de 2008, que « les personnes privées de liberté sont vulnérables de ce fait ». En 2020, le Contrôleur général réaffirme que cette vulnérabilité est intrinsèque à la personne privée de liberté dans ses *Recommandations minimales pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*[17]. En effet, il énonce, dès les prémices, que « l'enfermement rend les

15 CGLPL, *Rapport de visite du centre hospitalier Gérard Marchant à Toulouse (Haute-Garonne) du 9 au 16 septembre 2019*, p. 48.

16 CGLPL, *L'arrivée dans les lieux de privation de liberté*, Dalloz, 2022, p. 99.

17 Les *Recommandations minimales* sont un document important du CGLPL car elles reprennent et organisent en un unique document l'essentiel de sa doctrine depuis sa création en 2008.

personnes captives vulnérables puisque, confiées à une administration, elles perdent une grande part de leur autonomie. Les droits et libertés fondamentales des personnes privées de liberté reposent donc en premier lieu sur un principe de protection. Contre le risque d'arbitraire, contre les tentations de faire primer l'ordre, la sécurité ou la bonne administration des lieux d'enfermement, les personnes privées de liberté doivent être protégées dans leur dignité, leur intégrité et leurs droits. »[18] En outre, ces recommandations affirment que « la mesure d'enfermement représente une rupture souvent inattendue et porteuse de risques, créant des situations de vulnérabilité. »[19] À titre d'exemple, les patients des centres hospitaliers sont « d'autant plus vulnérables que leur maladie ne leur laisse pas toujours les moyens de s'opposer et [...] les familles (parfois tenues à l'écart du fait d'une toxicité supposée) n'osent pas davantage questionner les décisions médicales »[20] restrictives de leurs droits et libertés.

Si le Contrôleur général considère la vulnérabilité comme inhérente à la privation de liberté, il opère néanmoins une distinction entre les personnes privées de liberté en fonction de leur situation. L'approche devient alors contextuelle et différenciée. D'un point de vue *externe* à l'établissement d'accueil, c'est-à-dire en comparaison avec les individus libres, toute personne enfermée est objectivement vulnérable. D'un point de vue *interne* à l'établissement d'accueil, c'est-à-dire en comparant les personnes privées de liberté entre elles, certaines catégories de personnes apparaissent comme particulièrement vulnérables en raison de facteurs spécifiques.

B. Une vulnérabilité différenciée selon les catégories de personnes privées de liberté

Les mineurs. Selon les différents documents analysés, certaines catégories de personnes privées de liberté sont systématiquement qualifiées de vulnérables par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. C'est le cas des mineurs ; la vulnérabilité étant selon lui « inhérente à l'état de minorité »[21]. Il souligne par ailleurs que « Dans tous les cas, (les mesures prises par l'établissement) sont certainement préjudiciables aux personnalités vulnérables que sont les mineurs »[22].

Les nouveaux entrants. Les personnes nouvellement incarcérées sont également en situation de « particulière vulnérabilité »[23] en raison du choc de l'enfermement et de leur méconnaissance du fonctionnement de l'établissement.

Le cumul de facteurs. À l'exception de ces catégories, la vulnérabilité repose, d'après le Contrôleur général, sur la combinaison d'au moins deux facteurs.

---

18 CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *JORF*, 4 juin 2020, p. 4.
19 *Ibid.*, p. 8.
20 CGLPL, *Rapport annuel d'activité 2013*, Dalloz, 2014, p. 226.
21 CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, p. 55.
22 CGLPL, *Rapport annuel d'activité 2010*, Dalloz, 2011, p. 21.
23 CGLPL, *L'arrivée dans les lieux de privation de liberté*, Dalloz, 2022, p. 5.

Le premier facteur n'est autre que *la privation de liberté d'une personne placée sous le contrôle de l'administration*, c'est-à-dire par les établissements pénitentiaires, les centres de rétention administrative, les établissements de santé mentale, les centres éducatifs fermés, etc.

Le second facteur correspond à *l'existence d'une situation personnelle aggravante pour la personne.* Il peut s'agir de deux types de situation : l'une intrinsèque et l'autre extrinsèque à la personne.

La situation *intrinsèque* à la personne privée de liberté correspond à son âge (jeune majeur comme personne âgée), à son état de santé (une personne handicapée, enceinte, atteinte de troubles psychologiques et psychiatriques, ayant une pathologie[24], dangereuse pour elle-même ou pour autrui[25], toxicomane, dont le consentement est difficile à percevoir[26]), à son orientation sexuelle (une personne transgenre notamment), à ses origines culturelles (un étranger ne maîtrisant pas la langue française) ou à ses compétences personnelles (une personne illettrée).

La situation *extrinsèque* à la personne privée de liberté correspond cette fois-ci à la nature du crime ou du délit ayant conduit à la peine (un auteur d'infraction à caractère sexuel)[27], à la résonance médiatique de l'affaire ayant conduit la personne à être privée de liberté, à la profession exercée (policier, gendarme, magistrat, politicien)[28], à une situation financière ou administrative particulière, à la promiscuité combinée à la Covid-19 ou encore à la façon dont la personne est traitée dans le lieu privatif de liberté (personne à qui l'on a retiré ses lunettes et/ou son soutien-gorge[29], se déclarant menacée, craignant pour sa sécurité, victime de vols ou de rackets).

Dans ses *Recommandations minimales* de 2020, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a formalisé certains critères permettant de qualifier la vulnérabilité d'une personne. Son titre relatif à *La prise en compte des situations de vulnérabilité* prévoit que « les personnes privées de liberté ne peuvent faire l'objet de discriminations fondées sur l'origine, le sexe, l'âge, l'apparence physique, la situation économique, le patronyme, le lieu de résidence, l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, les opinions politiques, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, l'origine, la religion, les antécédents judiciaires ou la situation administrative[30]. »

---

24 Par exemple, dans le centre hospitalier d'Alès-Cévennes, « une vigilance est effectuée pour prévenir tout abus sexuel sur personnes vulnérables. Il a été indiqué que des patients, dont le comportement sexuel lié à leur pathologie pourrait être problématique, sont particulièrement "surveillés" par l'équipe soignante. » CGLPL, *Rapport de visite du centre hospitalier d'Alès-Cévennes (Gard) du 30 novembre au 4 décembre 2015*, p. 57.

25 CGLPL, *Rapport de visite de la brigade territoriale de gendarmerie de Saint-Romain de Colbosc (Seine-Maritime) le 15 juillet 2014*, p. 11.

26 Il s'agit plus particulièrement de la difficulté d'évaluer l'authenticité du consentement à une relation sexuelle pour les patients d'un centre hospitalier. CGLPL, *Rapport de visite du pôle psychiatrique du centre hospitalier universitaire de Montpellier (Hérault) du 3 au 7 février 2020*, p. 55.

27 Il semble qu'en Guadeloupe, « les personnes prévenues ou condamnées pour des infractions à caractère sexuel ne sont pas considérées comme vulnérables, le ressenti de ces infractions n'entraînant pas, à la différence de ce qui se passe en métropole, la stigmatisation de leurs auteurs. » CGLPL, *Rapport de deuxième visite du centre pénitentiaire de Baie-Mahault (Guadeloupe) du 1er au 5 juin 2015*, p. 27.

28 CGLPL, *Rapport de la deuxième visite de la maison d'arrêt du Val d'Oise (Osny) du 4 au 13 mars 2019*, p. 53.

29 CGLPL, *Rapport annuel d'activité 2015*, Dalloz, 2016, p. 38.

30 CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *JORF*, 4 juin 2020, p. 10.

Une vulnérabilité renforcée. Toutefois, même au sein des groupes déjà identifiés comme vulnérables, le Contrôleur général distingue des situations de vulnérabilité renforcée nécessitant une prise en charge particulière. Certains mineurs présentent « une vulnérabilité spécifique qui appelle des prises en charge adaptées »[31]. Par exemple, ce qui peut rendre le mineur *particulièrement vulnérable*, c'est le fait qu'il soit étranger et non accompagné[32], c'est le risque de fugues dans les centres éducatifs fermés[33], c'est la présence de comportements suscitant le rejet ou l'exclusion sociale empêchant ainsi toute prise en charge adaptée par les institutions et les professionnels[34], ce sont encore les jeunes filles privées de liberté du fait du nombre réduit de structures leur étant dédiées[35].

L'utilisation spontanée des termes « vulnérabilité » ou « vulnérable » par le Contrôleur général rend parfois l'appréhension de la notion confuse. Par exemple, le Contrôleur général affirme qu'un bâtiment d'un centre de détention est réparti sur deux étages, le premier étant celui des « personnes détenues "vulnérables" *et*[36] des condamnés pour des affaires de mœurs »[37]. La conjonction de coordination « et » semble ici suggérer que les condamnés pour des affaires de mœurs ne sont pas des personnes vulnérables, alors que d'autres documents du Contrôleur général affirment explicitement le contraire[38]. C'est également le cas lorsque le Contrôleur général dit que « sont affectées au bâtiment Dreyfus les personnes dont la peine est inférieure à quatre mois, les personnes vulnérables *ou*[39] les personnes à mobilité réduite »[40]. Là encore, la distinction entre ces catégories peut laisser penser que les personnes à mobilité réduite ne sont pas systématiquement perçues comme vulnérables, ce qui renforce le fait que la vulnérabilité est un concept indéterminé.

L'indétermination du concept de vulnérabilité, telle qu'elle ressort des publications du CGLPL, n'est pas un simple flottement sémantique : elle ouvre un espace d'appréciation qui rend la qualification de « personne vulnérable » éminemment contextuelle, variable d'un lieu à l'autre et parfois ambivalente dans ses effets. Dès lors, faute de critères pleinement unifiés, la reconnaissance de la vulnérabilité ne débouche pas sur un régime homogène de garantie des droits, mais sur des réponses contrastées.

31 CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, Dalloz, 2021, p. 54.
32 *Ibid.*, p. 68.
33 CGLPL, *Rapport de la deuxième visite du centre éducatif fermé d'Épinay-sur-Seine (Seine-Saint-Denis) du 6 au 9 mai 2019*, p. 2.
34 CGLPL, *Les droits fondamentaux des mineurs enfermés*, *op. cit.*, p. 70-71.
35 *Ibid.*, p. 81.
36 Nous soulignons.
37 CGLPL, *Rapport de visite du centre de détention de Neuvic (Dordogne) du 12 au 16 mai 2014*, p. 32.
38 Voir notamment CGLPL, *Rapport de visite du centre pénitentiaire de Metz (Moselle) du 11 au 14 et du 17 au 20 février 2014*, p. 36.
39 Nous soulignons.
40 CGLPL, *Rapport de la deuxième visite de la maison d'arrêt de Mulhouse (Haut-Rhin) du 5 au 9 janvier 2015*, p. 21.

II. Une protection contingente des personnes privées de liberté vulnérables

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté reconnaît que « la mesure d'enfermement représente une rupture souvent inattendue et porteuse de risques, créant des situations de vulnérabilité »[41], justifiant une attention particulière de l'ensemble des services intervenant dans les lieux d'enfermement. Dans cette perspective, il rappelle que « la décision de priver quelqu'un de sa liberté est susceptible de porter atteinte à ses droits les plus fondamentaux »[42] et que les services concernés doivent « garantir l'accès aux soins et aux recours que leur situation nécessite »[43].

Toutefois, le Contrôleur général met en lumière des pratiques d'après lesquelles cette protection est appliquée de manière variable, oscillant entre des restrictions à des droits visant à sécuriser ces personnes (**A**) ou, au contraire, des aménagements spécifiques leur offrant davantage de droits (**B**).

A. Une protection restreignant certains droits

Dans plusieurs lieux d'enfermement, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté constate que les mesures prises pour protéger les détenues vulnérables s'établissent au détriment d'autres droits et libertés.

En détention, les personnes présentant des traits spécifiques de vulnérabilité sont fréquemment soumises à un régime plus contraignant. Par exemple, le personnel soignant d'une unité hospitalière spécialement aménagée peut confisquer les cigarettes des personnes jugées vulnérables pour qu'ils ne fassent l'objet de pressions ou manipulations par d'autres patients[44].

En détention également, face à un faible contrôle des zones collectives et à une grande liberté de circulation, les personnes vulnérables sont très souvent placées à l'isolement ou contraintes à un système de portes fermées, censé assurer leur sécurité[45]. Or, comme l'indique le Contrôleur général, « cette situation finit par détourner le régime différencié de son objectif puisque ce sont les personnes les plus calmes et les plus vulnérables qui se retrouvent en régime fermé »[46] afin de « fuir le climat régnant dans les étages en portes ouvertes »[47]. Pour cela, il recommande, à propos d'une personne sourde, que la décision d'isoler ne doit pas résulter d'une pratique générale et systématique ne tenant compte ni de la particularité de la situation ni de la volonté de la personne concernée[48].

---

41 CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *JORF*, 4 juin 2020, p. 8.

42 *Idem.*

43 *Idem.*

44 CGLPL, *Rapport de visite de l'unité hospitalière spécialement aménagée d'Orléans (Loiret) – Centre hospitalier Georges Daumezon, du 13 au 16 mai 2013*, p. 47.

45 CGLPL, *Rapport de visite du Centre de détention de Muret (Haute-Garonne) du 12 au 22 mars 2013*, p. 43.

46 CGLPL, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Dalloz, 2014, p. 140.

47 *Idem.*

48 CGLPL, *Enquête sur place sur la prise en charge des personnes sourdes incarcérées du 25 avril 2019*, p. 30.

De cette mise à l'écart résultent également certaines conséquences pouvant aggraver encore le respect des droits des personnes concernées. En effet, les personnes détenues vulnérables qui refusent de descendre en cours de promenade par peur d'être agressées peuvent se trouver privées d'accès au téléphone ; celui-ci étant bien souvent uniquement accessible dans les cours de promenade[49].

Le régime de protection des personnes vulnérables ne se traduit pas uniquement par des restrictions. Dans plusieurs situations, la reconnaissance de la vulnérabilité par les établissements d'enfermement permet d'accorder aux personnes concernées des droits supplémentaires et des aménagements spécifiques.

B. Une protection ouvrant des droits supplémentaires

Dans plusieurs lieux d'enfermement, le Contrôleur général a observé des bonnes pratiques visant à mieux protéger les personnes vulnérables, en leur garantissant des conditions d'enfermement plus adaptées.

Établissements pénitentiaires. Dans certains établissements pénitentiaires, notamment la Maison d'arrêt d'Angoulême en Charente, le Contrôleur général indique que les personnes les plus vulnérables sont affectées au quartier PEP (parcours d'exécution de peine) dont les conditions matérielles de vie sont meilleures. En effet, les personnes disposent notamment de plaques chauffantes et de promenades plus longues[50]. Dans un rapport de visite de la maison d'arrêt de Vannes (Morbihan), le Contrôleur général fait savoir que quelques cellules, dont celles prévues pour les personnes vulnérables, sont dotées d'une cabine de douche totalement cloisonnée, contrairement aux autres cellules de la détention qui sont collectives, et que des créneaux sont spécifiquement réservés aux personnes vulnérables pour se promener sur le terrain de sport[51].

Établissement de santé mentale. Dans l'établissement public de santé mentale de Caen (Calvados), une chambre a été aménagée au bout d'un couloir de sorte qu'elle soit mise à l'écart pour accueillir les patients devant être séparés des autres en raison de leur vulnérabilité[52]. Généralement, les portes des chambres des centres hospitaliers, qui habituellement sont fermées uniquement la nuit pour des raisons de sécurité, peuvent être fermées à la demande des personnes vulnérables[53].

Zones d'attente. Les personnes placées en zone d'attente peuvent être maintenues au-delà de quelques heures jusqu'à 48 h alors que les personnes vulnérables (âgées ou handicapées, mineurs isolés, mineurs accompagnés) ne restent pas plus de quelques heures dans les locaux de zone d'attente[54].

---

49 CGLPL, *Enquête sur place sur la prise en charge des personnes sourdes incarcérées du 25 avril 2019*, p. 72.
50 CGLPL, *Rapport de visite de la maison d'arrêt d'Angoulême (Charente) du 26 au 30 août 2013*, p. 13.
51 CGLPL, *Rapport de visite de la maison d'arrêt de Vannes (Morbihan) du 23 au 27 septembre 2013*, p. 17.
52 CGLPL, *Rapport de visite de l'établissement public de santé mentale de Caen (Calvados) du 13 au 17 mai 2013*, p. 76.
53 CGLPL, *Rapport de visite du centre hospitalier de Laval (Mayenne) du 27 au 31 juillet* 2015, p. 46.
54 CGLPL, *Rapport de la deuxième visite de la zone d'attente de Marseille – Le Canet (Bouches-du-Rhône) du 15 janvier 2020*, p. 13.

Les *Recommandations minimales* de 2020 du Contrôleur général indiquant que « Les situations de vulnérabilité du fait de l'âge, de l'identité de genre, d'un handicap ou d'une pathologie doivent être prises en considération et avoir pour effet de réduire significativement le recours aux moyens de contrôle (des fouilles) », vont quant à elles dans le sens d'une protection accrue des droits des personnes vulnérables.

Au terme de cette analyse, l'ambition de cette contribution est de faire de la vulnérabilité autre chose qu'un mot-valise. En objectivant l'usage de cette notion dans les productions du CGLPL, le travail met au jour une tension structurante : la vulnérabilité peut constituer un levier d'accès aux droits, mais elle peut aussi servir de support à des aménagements qui, au nom de la protection, réduisent l'autonomie et restreignent certaines libertés.

Ces constats invitent dès lors à réinterroger le cadre juridique et institutionnel de la prise en charge des personnes vulnérables dans les lieux de privation de liberté. L'enjeu est de trouver un équilibre entre protection et autonomie de la personne vulnérable, sans que la première ne devienne le prétexte d'un recul des droits et libertés.

Chapitre 4

La perspective sociologique

La vulnérabilité dans les discours des hauts magistrats et des autorités de contrôle en France et en Italie

Une étude des dimensions conceptuelles et pratiques

Laura Odasso[1]

Dans les deux dernières décennies, la notion de vulnérabilité s'est imposée comme une catégorie centrale de l'action publique[2]. Elle est désormais également une clé de lecture dans le champ sociologique et un cadre d'analyse mobilisé dans le raisonnement juridique. À la croisée d'une sociologie des éthos professionnels et d'une sociologie du droit, ce chapitre s'attache à examiner la manière dont cette notion est appréhendée, conceptualisée et appliquée dans les contextes judiciaires et juridiques français et italien. Nous proposons une réflexion visant à mettre en valeur les convergences et les divergences dans l'utilisation de la notion, entendue comme un outil d'analyse et de prise de décision juridiques. Il s'agit de proposer des pistes de réponse à la question suivante : comment la vulnérabilité est-elle définie, appliquée et mise en tension dans les décisions judiciaires et dans le travail de contrôle des autorités administratives indépendantes qui délivrent des décisions non contraignantes en France et en Italie ?

Or malgré son intégration croissante dans les discours politiques, sociaux et juridiques, la vulnérabilité reste une notion aux contours flous. Elle suscite des débats à propos de la pertinence de son usage dans les processus décisionnels. Nous proposons ici une analyse de son emploi par itérations comparatives de ces deux contextes nationaux, enrichie d'une réflexion sur les implications pratiques et théoriques, à partir des discours des hauts magistrats et des juristes fonctionnaires. Pour ce faire, le chapitre se structure de la manière suivante. Après un encadrement théorique de la notion, nous expliquons la méthodologie mobilisée et le terrain effectué pour construire notre argument. Ensuite, nous proposons une analyse thématique du matériel empirique recueilli, afin de dégager des pistes de réflexion sur l'usage de la notion auprès des acteurs interrogés, en nous appuyant sur des verbatim issus des entretiens semi-directifs effectués avec eux. Nous concluons avec quelques enseignements issus d'une telle analyse sociologique du sens donné aux pratiques professionnelles, et en encourageant à la formation judiciaire sur la notion et ses implications pour les justiciables et le système juridique.

---

1 Maîtresse de conférences, Université Paris 8, LIAgE.

2 M.-H. Soulet, « La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique », *Pensée plurielle*, 2005, vol. 2, n° 10, p. 49-59 ; A. Brodiez-Dolino, « La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publique », *Informations sociales,* vol. 2, n° 188, 2015, p. 10-18.

I. Universelle, ontologique, situationnelle : une notion en construction

La vulnérabilité fait l'objet d'une littérature foisonnante à l'intérieur de laquelle trois grandes positions semblent se dégager.

Tout d'abord, la vulnérabilité sera une situation propre à tout individu. Elle sera universelle en raison du fait que toute personne est potentiellement affectée par des risques, et donc pourrait devenir vulnérable[3].

Ensuite, une deuxième position supporte l'idée que des groupes sociaux sont ontologiquement vulnérables, c'est-à-dire exposés davantage à une « blessure » pour reprendre l'étymologie latine du terme vulnérable – *vulnus* (la blessure) et *vulnerare* (blesser). Étant donné leurs caractéristiques, les individus qui appartiennent à ces groupes sont plus que d'autres porteurs des fêlures qui les rendent particulièrement fragiles face aux risques. Ces groupes sont, à titre d'exemple, les mineurs, les personnes handicapées, les femmes enceintes, les étrangers, etc. La liste pourra être plus longue. Celle fournie ici est sans doute incomplète, mais elle permet d'interroger la question de la temporalité de la vulnérabilité et de faire la liaison avec les autres acceptions du terme, l'universalité et la portée relationnelle de la vulnérabilité. D'une part, certains états de vulnérabilité sont temporaires (p. ex. : les femmes enceintes), alors que d'autres peuvent perdurer tout au long de la vie (p. ex. : les personnes porteuses d'un handicap). D'autre part, la littérature n'est pas unanime quant à une conception de la vulnérabilité intrinsèque à ces catégories.

Nous en arrivons ainsi à la troisième position théorique, pour nombre d'auteurs la vulnérabilité ne sera pas l'effet des individus, mais plutôt de leur interaction dans un contexte spécifique, contexte qui les rendrait vulnérables. La vulnérabilité sera, alors, situationnelle et conjoncturelle, voire contextuelle et relationnelle[4]. Pour reprendre les formulations proposées par Marie Garrau, il existe une vulnérabilité « problématique » en opposition à une vulnérabilité dite « fondamentale »[5]. La vulnérabilité peut, selon la philosophe, s'accroître de manière inégalitaire dans certains contextes sous l'effet de processus sociaux spécifiques. Les individus seront, de fait, inégaux face à la vulnérabilité en raison de leur état et de l'environnement dans lequel ils agissent.

Dans la même optique, les travaux sur les risques s'attachent davantage à la vulnérabilité individuelle et communautaire en oubliant un aspect fondamental que Claude Gilbert définit la « vulnérabilité institutionnelle ». À titre d'exemple, les causes des catastrophes et des crises résident aussi dans la manière dont les sociétés humaines sont exposées à celles-ci. L'imprévisibilité de certains phénomènes risque de devenir alors un alibi pour échapper aux responsabilités structurelles et étatiques qui, de fait, vulnérabilisent une population ou un territoire[6]. Ainsi, la vulnérabilité se manifeste différemment selon l'échelle ou les échelles d'analyse choisies, et son appréhension doit tenir compte des réponses institutionnelles et des ressources existantes, qu'elles soient matérielles ou normatives.

---

3 J. Butler, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, London-New York, Verso, 2004. Voir aussi M. Albertson Fineman, « Vulnerability and Social Justice », *Valparaiso University Law Review*, vol. 53, No. 2, 2019, p. 341-369.

4 M.-H. Soulet, conférence du 7 décembre 2021 dans le cadre des activités du projet IERDJ *La vulnérabilité, nouvel outil pour la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux ?*

5 M. Garrau, *Politiques de la vulnérabilité*, Paris, CNRS éd., 2018, p. 490.

6 C. Gilbert, « La vulnérabilité : une notion vulnérable ? À propos des risques naturels », in S. Becerra Sylvia, A. Peltier, *Risques et environnement : recherches interdisciplinaires sur la vulnérabilité des sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 23-40.

Enfin, des positions s'avèrent très critiques avec la notion même de vulnérabilité, car elle sera une énième manière de renforcer une idéologie de la pauvreté – économique, mais aussi sociale et morale – qui viendra menacer les sociétés dites démocratiques[7]. Cette notion remplacera des concepts déjà objets de critique et/ou analyse sociologique, tels qu'« exclusion », « précarité », « désaffiliation[8] », etc. qui ne font que masquer les rapports de domination qui structurent nos sociétés et leur morale d'acceptabilité.

La difficulté de définition de la notion persiste. Elle ne semble pas satisfaire les scientifiques tout comme le monde des politiques publiques et de l'intervention sociales[9]. La vulnérabilité contient des éléments proches de ceux qui caractérisent des notions déjà en usage, telles que celle de « fragilité » et de « faiblesse ». Dans certains cas, elle semble se superposer clairement à celles-ci. Ces termes couvriront un ample spectre de situations de difficultés. Nous entrerons dans les détails de cette position grâce à l'analyse du matériel empirique dans la suite du chapitre. Tout comme ses notions sœurs, la vulnérabilité présuppose un défi lié à la prise en compte des oppressions cumulées ou systémiques, voire intersectionnelles. Ce ne sera donc pas toujours *une* caractéristique unique des individus qui les ramène à leur potentielle blessure, mais un faisceau de caractéristiques articulées entre elles (genre, âge, origine, situation économique, religion, etc.). Tout comme les effets de la discrimination, ces dynamiques systémiques peinent encore à faire consensus et à trouver un espace suffisant dans la littérature. Elles semblent encore peu opérationnelles dans la pratique politique et juridique. Pourtant la littérature sur le *care*, l'éthique et les études critiques du genre et de la racialisation ouvrent des pistes intéressantes dans ce sens[10]. Ces mêmes références s'opposent à l'idée que la vulnérabilité ne pourra que se réduire au travers d'un processus de responsabilisation individuel visant l'autonomie[11]. Par exemple, Valérie Becquet plaide pour des réponses d'ordre éducatif et de protection lorsqu'il est question d'adolescents « galériens », « vaincus » et « errants »[12], en somme vulnérables.

Par ces interventions extérieures, la vulnérabilité sera, alors, aussi réversible. Pour cette raison, elle est considérée comme étant « une catégorie agissante au nom de laquelle se déploie une grande diversité de registres de l'action publique »[13]. Cette perspective est sans doute celle qui résonne le mieux avec la logique juridique – lorsqu'elle dépasse l'emploi de la notion comme cause aggravante d'un acte délictueux ou criminel (p. ex. : en droit pénal). La vulnérabilité pourra, de fait, devenir un

7 H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éd. du Croquant, Collection Terra, 2010.

8 Selon R. Castel, auteur de la notion de désaffiliation, la vulnérabilité sera un état intermédiaire entre l'intégration et la désaffiliation. Cf. R. Castel, *La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l'individu*, Pairs, Seuil, 2009.

9 Voir p. ex. : B. Ennuyer, « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, Medicine and Public Health*, vol. 3, No. 3, 2017, p. 365-373. B. Bouquet, « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? Quelles en sont les différentes approches ? », extraits de sa note sur le thème de la vulnérabilité pour la commission éthique du Haut Conseil du Travail Social, 2018, [https://dubasque.org/quest-ce-que-la-vulnerabilite/] [Consulté le 13 février 2025]

10 P. ex. : C. Mackenzie, W. Rogers and S. Dodds, *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Cf. aussi M. Garrau, *op. cit.*

11 E. Ferrarese, « Les vulnérables et le géomètre. Sur les usages du concept de vulnérabilité dans les sciences sociales », *Raison publique*, nº 14, 2011, p. 17-37.

12 V. Becquet, « Les "jeunes vulnérables" : essai définition », *Agora*, vol. 3, nº 62, 2012, p. 51-64.

13 M.-H. Soulet, « Les raisons d'un succès. La vulnérabilité comme analyseur des problèmes sociaux contemporains », in A. Brodiez-Dolino, I. Von Bueltzingsloewen, B. Eyraud, C. Laval et B. Ravon, *Vulnérabilités sanitaires et sociales. De l'histoire à la sociologie*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 63.

levier pour atteindre la justice sociale. Les droits fondamentaux sortiront, ainsi, renforcés d'une prise en compte complexe de la vulnérabilité et de ses multiples dimensions – universelle, ontologique et contextuelle. L'approche proposée par Marta Albertson Fineman[14] s'inscrit dans cette perspective. La philosophe du droit interroge les idéaux libéraux traditionnels d'autonomie et d'indépendance. Elle soutient que la justice sociale ne doit pas se concentrer uniquement sur les droits individuels, mais plutôt considérer la vulnérabilité humaine universelle. Elle critique le néolibéralisme et l'individualisme libéral progressiste pour avoir mis l'accent sur la responsabilité personnelle et la liberté économique tout en négligeant les besoins collectifs de la société. Elle propose, ainsi, que la justice sociale nécessite un État réactif qui garantit des institutions et des relations sociales équitables. En reconnaissant la vulnérabilité et la dépendance humaines comme des constantes, sa théorie plaide en faveur de structures sociales qui favorisent la résilience ; le droit y participe. Cette approche déplace l'accent de l'autonomie individuelle vers la responsabilité collective, en mettant la focale sur l'interdépendance et le bien-être de la société. Ce faisant, elle rejoint nombre des théoriciennes féministes et permet de concilier avec vulnérabilité ontologique universelle et la vulnérabilité contextuelle et institutionnelle.

Ces réflexions traversent en filigrane les propos recueillis sur le terrain. Malgré le fait que la notion de vulnérabilité ne semble pas être émique au terrain judiciaire, elle ouvre nombre d'interrogations auprès des magistrats et des hauts fonctionnaires. Ces questionnements naissent aussi en raison de ses usages « emportés » par le droit supranational et international. Pensons à l'influence du droit pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'asile[15] ou aux apports des cours canadiennes et allemandes à l'évolution de la jurisprudence sur la fin de vie ou les droits des minorités[16]. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans la suite du texte.

II. Méthodologie, population et collecte des données

Quinze entretiens semi-directifs ont été conduits avec des magistrats des hautes cours, des fonctionnaires et des juristes en France et en Italie. Plus précisément, entre le mois de décembre 2022 et le mois de mars 2023, nous nous sommes entretenues à Rome et à Paris avec ces interlocuteurs au Conseil constitutionnel (1 magistrat et 1 secrétaire général), à la Cour constitutionnelle italienne (2 magistrats), au Conseil d'État (1 magistrat par pays), et à la Cour de cassation (1 en France, chambre du travail ; 2 en Italie, chambres civiles), ainsi qu'auprès du Défenseur des droits (DdD – la Défenseure, son assistant et son conseiller responsable des questions de discrimination) et du Contrôleur général

14 M. Albertson Fineman, *art. cité*.

15 G. Travaglino, « La protezione umanitaria tra passato e futuro », *Diritto, Immigrazione et Cittadinanza*, 1, 2023, p. 97-139 ; E. Rigo, « La vulnerabilità nella pratica del diritto d'asilo: una categoria di genere? », *Etica & Politica*, vol. XXI, n. 3, 2019, p. 343-360. J. Petin, « La vulnérabilité en droit européen de l'asile », *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, n° 2, 2017, [https://urlr.me/SyQVsJ] [Consulté le 13 février 2025] et J. Petin, « Vulnérabilité et droit européen de l'asile : quelques précisions nécessaires », site web du GDR-ELSJ, 18 avril 2015, [https://urlr.me/sVrzfH].

16 L. Antonini, « Le frontiere dell'autodeterminazione:il caso del fin di vita », *Bioetica e diritto*, quaderno 1, Scuola superiore della magistratura, 2021 et L. Antonini, « I deboli e i vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso », 3rd Quadrilateral Conference, *Genetics, person and family*, Lisbonne, 10-12 octobre 2019, [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/12_G/antonini_3rd_quadrilateralconference_def_20200211111043.pdf] [consulté le 13 février 2025].

des lieux de privation de liberté (CGLPL – un contrôleur en charge des saisines) en France, et avec deux juristes (dont une spécialisée dans la détention des étrangers) auprès du *Garante nazionale dei diritti delle persone private di libertà personale* en Italie. Pour nous référer à ces derniers acteurs, nous utiliserons leur acronyme ou les expressions « autorité garante » ou « autorités de contrôle » dans la suite du chapitre. Une grille d'entretien – qui se trouve en annexe au chapitre – avait été construite et concertée avec les collègues juristes porteuses du projet. Elle avait aussi été testée auprès de deux collègues magistrats avant d'être définitivement validée pour usage. La grille se décline selon trois dimensions qui semblent bien circonscrire la signification de la vulnérabilité dans la pratique juridique, notamment la dimension substantielle, celle procédurale et celle temporelle. Les personnes interrogées étaient invitées à répondre à partir, d'une part, du travail effectif de leur juridiction ou autorité garante, et, d'autre part, à partir de leur point de vue et perspective professionnelle personnelle. Ce procédé nous a permis de pénétrer le cheminement intellectuel qui cadre l'agir des professionnels du droit et de le saisir grâce à la verbalisation de leur travail de signification – relevant de la justification de leurs décisions par exemple. Ce travail d'échange sociologique permet de toucher à leur éthos professionnel, aux dispositions communes et non, et aux valeurs acquises par l'expérience et l'apprentissage du travail qui se concrétisent dans la pratique professionnelle[17]. Lors des entretiens, la grille a été réadaptée en fonction des positions professionnelles et des compétences de chaque interlocuteur (p. ex. : Défenseur du droit vs Cour de cassation). Elle a aussi fait l'objet d'amenagements en cours de conduite d'entretien pour permettre des relances, de développements et clarifications, et l'émergence, par induction, pendant les échanges d'aspects thématiques non prévus en amont. Les entretiens ont duré de 45 minutes à deux heures, et ont été enregistrés – sauf un, avec un magistrat du Conseil constitutionnel français qui n'a pas consenti à l'enregistrement – et ont fait l'objet d'une retranscription fidèle et complète. En raison du nombre d'entretiens, l'étude n'a aucune prétention de généralisation sociologique. Pourtant l'apport qualitatif et la densité des échanges développés au cours de ces entretiens offrent des pistes de réflexion importantes et donnent de l'épaisseur aux résultats du travail d'analyse juridique que l'équipe du projet a effectué. Ce chapitre se propose de faire état des premiers constats utiles pour éclairer l'emploi complexe de la notion de « vulnérabilité » dans la pratique juridique, et veut aussi rendre compte de l'effort de réflexion constant que cette notion demande aux juges et aux autorités garantes.

III. Analyse des approches nationales

A. Des juridictions et des autorités garantes : une position différente vis-à-vis de la vulnérabilité

Tout d'abord, du fait de notre échantillon, une différence essentielle dans l'appréhension et dans l'usage, voire dans les usages, de la notion de vulnérabilité se profile entre les hautes cours et les autorités garantes de contrôle de lieux des privations de liberté. Pour ces dernières, la notion de vulnérabilité semble faire parfaitement sens. Elle est presque considérée une notion intrinsèque à leur

17 Au sujet de la notion d'éthos professionnel, cf. B Zarca, « L'ethos professionnel des mathématiciens », *Revue française de sociologie*, vol. 50, n° 2, 2009, p. 351-384 (p. 351-352) et A. Jorro, « Éthos professionnel », in Id. (dir.), *Dictionnaire des concepts de la professionnalisation,* Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Hors collection », 2013, p. 109-112 (p. 110).

mission de monitorage et de mise à jour des écueils et des abus dans les situations d'enfermement. Dans cette configuration et, plus particulièrement, dans les rapports de domination qui en découlent – propres au rapport entre « personne enfermée » et institution qui gère les lieux d'enfermement – , la marginalité, la précarité et la pauvreté et l'asymétrie des positions produisent des couches multiples de vulnérabilité. Les garants contrôlent, vérifient, dénoncent et cherchent à réduire ces vulnérabilités multiples par une action de plaidoyer et de mise en alerte des pouvoirs publics. Cela passe par la dénonciation à partir des lettres reçues de la part des personnes enfermées ou de leur proche, ainsi que par des visites conduites dans les lieux en question. Le constat d'une vulnérabilité ontologique propre à l'enfermement à laquelle s'ajoutent d'autres « modes » de la vulnérabilité est souligné à plusieurs reprises dans les propos recueillis auprès du CGLPL et de son l'homologue italien. Ainsi, le contrôleur chargé des saisines, dans la direction des affaires juridiques du CGLPL, affirme :

> « on l'utilise beaucoup [*la notion de vulnérabilité*]. Alors nous, on va beaucoup parler de situation de vulnérabilité […] il y a probablement moins d'occasions d'utiliser le concept de vulnérabilité comme une catégorie absolument objective. C'est toujours en relation avec quelque chose, en étant en relation avec un lieu d'enfermement. D'où le fait que c'est à la fois visible et pas si visible que ça dans notre production […] Ce n'est pas l'enfermement pour l'enfermement, qui est déjà une situation – entre nous – qui présente un risque. Toute personne enfermée est vulnérable parce qu'elle est privée d'autonomie. Mais a fortiori quand elle est enfermée sur une décision de l'autorité publique, ça signifie quoi ? Ça signifie que derrière la porte, la personne qui a la clef dispose du recours à la force publique. Donc ça rajoute une sorte… ça démultiplie encore un peu cette vulnérabilité[18]. »

Et, en Italie, auprès du *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale,* une clarification concernant la condition de privation de liberté introduit notre échange :

> « Je partirai d'un discours général. Nous disons que la condition de privation de liberté est une condition de vulnérabilité, parce que lorsque la liberté est entre les mains d'autrui, on est plus exposé…, et c'est pourquoi un garant est également nécessaire, parce qu'il s'agit d'une condition non pas d'égalité, mais certainement d'une condition qui met les gens dans une situation plus vulnérable. Disons donc que la privation de liberté est en soi une condition de vulnérabilité […] C'est un premier concept très important pour nous[19]. »

L'analyse des documents produits par ces acteurs[20] valide ce constat. Les personnes privées de liberté sont relationnellement vulnérables, voire ontologiquement vulnérabilisées. D'une part en raison de leur condition d'enfermement, elles sont affaiblies, et d'autre part, cette situation

18 CGLPL, Paris, 17 janvier 2023

19 *Garante nazionale di diritti delle persone private della libertà personale*, Rome, 10 février 2023. L'entretien s'est déroulé en Italien, nous proposons ici — comme tout au long du texte lorsqu'il s'agit de propos recueillis en Italie, en italien — une traduction française effectuée par nos soins.

20 Cf. à titre d'exemple la citation suivante mentionnée en entretien et tirée de la Sesta relazione al Parlamento italiano, *Il tempo non si conserva*, du *Garante nazionale dei diritti delle persone private di libertà personale* (20 juin 2022), la situation d'enfermement : « Cette situation subjective détermine inévitablement une vulnérabilité spécifique en ce qui concerne la protection des droits intangibles de chaque personne, ainsi que ceux dont l'exercice peut être reconfiguré, mais jamais complètement annulé. Les droits ne s'arrêtent pas aux portes ou aux murs, mais doivent être protégés, et ces droits sont un peu plus menacés » (p. 5, notre traduction de l'Italien)

contextuelle peut donner lieu à des formes de domination et d'emprise qui portent atteinte à leurs droits fondamentaux. Ainsi, à partir de ce cadrage d'une vulnérabilité soi-disant de base, les autorités garantes déclinent des acceptions plus précises de la vulnérabilité. Ce point a bien émergé de l'entretien d'une des juristes interrogées chez le *Garante* italien qui, après avoir éclairé la situation de vulnérabilités fondée sur la détention ou la privation de liberté, précise :

> « Ensuite, dans cette macro-catégorie de personnes vulnérables qui font l'objet du mandat du garant national, différentes situations de vulnérabilité qui peuvent être subjectives existent. Le fait d'être mineur, le fait d'être âgé, le fait d'être malade, qui sont des faits objectifs en fonction du contexte dans lequel on se trouve, d'autres conditions, le fait d'être une femme, les conditions LGBT, ne pas avoir d'autonomie et donc être étranger sont autant de situations qui peuvent se transformer en vulnérabilité, n'est-ce pas ? La vulnérabilité peut découler de l'inadéquation de l'endroit où l'on se trouve par rapport à sa condition. Une personne placée dans un établissement psychiatrique inadéquat ou dans un établissement de santé mentale inadéquatement équipé et doté en personnel dans une prison, la fragilité majeure, par conséquent, change également à ce niveau. Les mineurs non accompagnés ont leur propre vulnérabilité intrinsèque qui se transforme parfois en une double vulnérabilité… »[21].

Ainsi, à la vulnérabilité relationnelle, se rajoutent au moins une vulnérabilité ontologique propre à certains groupes sociaux et une vulnérabilité situationnelle qui permettent de décliner l'action des autorités garantes selon les lieux d'enfermement et les populations enfermées.

La position du Défenseur des droits français s'approche de celle des deux garants,

> « … en fait, c'est notre souci constant, c'est-à-dire évidemment, ce que nous observons, c'est que celles qui ont le plus de risques d'atteinte à leurs droits, ce sont les personnes vulnérables. Il n'y a pas de doute. Après, comment définit-on la vulnérabilité ? Là, c'est quelque chose de plus compliqué[22]. »

Le Défenseur n'a pas de pouvoir de contrainte, mais il détient un pouvoir d'enquête et de dénonciation qui se fait visible grâce aux rapports publics transmis au gouvernement, à l'Assemblée et au Sénat, et disponibles pour tout public en ligne. Les interlocuteurs rencontrés auprès de cette autorité confirment que la vulnérabilité traverse leur travail et elle est repérable dans le contenu de documents produits, sans toujours être nommée en tant que telle, — ainsi « … par mots-clés, quand on cherche de regarder vulnérabilité ça ne sort pas nécessairement. On aurait plus une qualité finalement sans ça… » ou encore « elle [*la notion de vulnérabilité*] n'y est pas en tant que telle dans le plan classement des dossiers d'instruction, mais ça ne présume pas que nous n'utilisons pas la notion dans nos productions […] c'est une réflexion qu'il faut qu'on engage, une réflexion sur la façon que l'on pourra labelliser toute une série de décisions et travaux… »[23]. Dans le rapport annuel du DdD

---

21 *Garante nazionale di diritti delle persone private della libertà personale*, Rome, 10 février 2023

22 DdD, Paris, 20 février 2023.

23 DdD, Paris, 20 février 2023.

de 2022, par exemple la question de la vulnérabilité s'avère centrale. Le Défenseur se propose d'aller au plus près des personnes qui sont les plus éloignées du droit et donc, de ce fait, la vulnérabilité les caractérisera davantage. La réflexion sur l'acception de la notion procède en dialogue au fil de notre échange, ainsi la Défenseure affirme :

> « vulnérable ce n'est pas gênant, car ce n'est pas une étiquette, ce n'est pas un état, c'est une situation, et moi je suis attentive, le côté fragile et faiblesse je vois mal comment on l'utiliserait… mais c'est une réflexion aussi plus large, sur toute la question du non-recours au droit des personnes vulnérables, dans la façon de le formuler il pourra y avoir une accusation des gens qui ne se battent pas pour leurs droits, mais, en fin, ils sont empêchés d'accéder à leurs droits, de fait ils se battent, leur vie est un combat permanent pour accéder à leurs droits… »[24].

La notion d'une vulnérabilité – notamment situationnelle – apporte une certaine épaisseur au travail du DdD. Elle permet aussi de signifier le pouvoir d'agir des individus par rapport à d'autres adjectifs qui, tout en étant utilisés, seront moins efficaces. Le DdD se situe ainsi dans une réflexion théorique au sujet de la dialectique entre la vulnérabilité et l'autonomie – les tensions qui habitent la littérature sociologique font ainsi sens en relation à ces interrogations dérivant de la pratique. Nos interlocuteurs proposent aussi, au prisme de la vulnérabilité, d'envisager le potentiel de résilience offert aux personnes en détresse ou éloignées du droit par la mise en œuvre des dispositifs plus attentifs à leur situation.

Or les approches de la notion sont profondément différentes dans les propos recueillis auprès des hautes cours. Dans ces juridictions, la vulnérabilité ne va pas de soi, et son usage semble être plus circonstancié. Elle est, en outre, une notion appréhendée différemment entre la France et l'Italie, selon les propos des magistrats rencontrés.

B. Des appréhensions nationales divergentes de la vulnérabilité

1. France

En France, les magistrats interrogés expriment des réserves quant à l'intégration de la notion de vulnérabilité dans le droit qu'ils pratiquent, car, pour la plupart d'eux, cette notion ne sera pas juridiquement significative. Elle ne viendra en rien apporter des protections ultérieures par rapport aux notions juridiquement plus fondées et consistantes déjà existantes. Malgré l'usage de la notion par les hautes cours, les interlocuteurs rencontrés sont assez sceptiques au sujet de l'apport substantiel d'une telle « nouvelle » notion à leur travail de protection et de prise de décision. Parmi les interlocuteurs interrogés dans les trois juridictions françaises (Conseil d'État, Conseil constitutionnel, Cour de cassation), le constat que la notion n'est pas assez juridique revient constamment en préambule des échanges. Le système juridique prévoit déjà des mécanismes pour protéger certains individus particulièrement exposés aux risques de blessure. Par exemple, le juge de la Cour de cassation pose

24 DdD, Paris, 20 février 2023.

clairement l'interrogation suivante : comment la notion de vulnérabilité pourra-t-elle remplacer ou se superposer à des mécanismes comme ceux couverts par les « situations particulières » en matière de droit du travail ? Alors qu'une jurisprudence solide existe pour couvrir ces situations, la notion de vulnérabilité semblerait y ajouter un contenu flou, voire inutile. Au Conseil d'État, le magistrat interrogé affirme :

> « Le mot lui-même n'est pas un mot juridique […] parler d'une notion quand on est juriste qui n'est pas une notion juridique ça embarrasse parce que c'est nécessairement tout de suite très relatif, très subjectif. C'est un terme dont on ne sait pas si chacun y met le même contenu, s'il ne changeait pas de contenu selon les situations […] pour nous, n'est pas un mot juridique comme on pourrait utiliser le terme de loi, règlement, légalité, principe d'égalité même[25]. »

Ainsi la non-objectivité juridique viendra effectivement de ses acceptions contextuelles et interactionnelles, qui risquent de profiler des contours juridiquement trop instables de la notion pour en permettre un usage systématique et solide. Un argument similaire est soulevé au Conseil constitutionnel. Par ailleurs, les répondants mobilisent une question qui traverse la littérature juridique : en quoi le terme de vulnérabilité sera-t-il plus adapté que ceux de « faiblesse » ou « fragilité » ? Alors que le lexique prévoit ces nuances terminologiques, le terme vulnérable, sera-t-il un effet de mode importé d'ailleurs ?

> « Elle est une notion pas très juridique, plutôt téléologique : est vulnérable la personne qui doit être protégée. Bien, est-ce que c'est le terme adapté par exemple quand on parle d'environnement ou de question de violences familiales ? Les termes de force et faiblesse ne sont pas suffisants dans ce dernier cas[26] ? »

Par ailleurs, selon le droit qui s'applique, la mise en œuvre de la vulnérabilité ne se fait pas dans les mêmes conditions, ce qui rend encore plus compliquée une réflexion globale sur la notion en tant que telle. Nous devons nuancer ce propos, tout comme le font les magistrats eux-mêmes au fil de leur raisonnement. Au Conseil d'État, le magistrat qui affirmait que « la vulnérabilité n'était pas une notion juridique », ajoute « je crois, peut-être, que le juge des référés est plus allant pour utiliser des formules relativement simples, parce que ce sont des décisions de justice qui sont rendues en urgence en saisissant véritablement des situations personnelles ». Alors, ce qui se profile c'est un usage variable du terme, un terme qui – moins précis, voire moins construit – opérera un raccourci simplificateur de l'état de fait et de la situation des personnes en grande détresse, selon la juridiction et la mesure en question.

La variabilité d'usage et sa légitimité se trouvent en revanche confrontées aux champs d'application dans lesquels la notion fait sens. La notion, en fait, a fait son entrée en force dans le droit d'asile et dans certaines décisions concernant le droit de la protection des majeurs incapables, des mineurs ou encore le droit de la consommation. Le juge de cassation observe que selon les chambres « la mise en œuvre

25 Conseil d'État, France, Paris, 16 mars 2023.
26 Conseil constitutionnel, Paris, 16 mars 2023.

de la vulnérabilité ne se fait pas dans les mêmes conditions ». En droit du travail, qui sera un droit de rééquilibrage, les juges ne parleront pas de « vulnérabilité » du salarié, sauf si éventuellement celui-ci se trouve dans une situation particulièrement vulnérable à titre personnel. Le salarié est plutôt « la partie faible » – affirme le magistrat – c'est un implicite du procédé, alors que « quand on va invoquer des vulnérabilités particulières, ce sera au niveau individuel […] c'est-à-dire en raison de sa situation particulière de faiblesse individuelle (p. ex. : analphabétisme, grossesse, harcèlement) »[27]. Ainsi le juge pénètre le terrain tendu entre vulnérabilité et faiblesse, et suggère que la vulnérabilité, si elle a du sens en droit du travail en cassation, en a en termes situationnels et relationnels. Elle est d'utilité pour relever des éléments individuels qui, par ailleurs, sont déjà réunis par des constatations souvent opérées par le juge du fond. Toutefois, la frontière est mimine entre vulnérabilité particulière et faiblesse, et invite les magistrats à se plonger dans des litiges qui dépassent le cadre général de la protection et qui demandent d'effectuer une analyse plus subjective de la situation du requérant. Ainsi, la vulnérabilité ne pourrait pas couvrir une définition trop générale qui ne permet pas au juge de saisir sa portée. Toute définition devrait être, en cassation, ramenée à des situations précises, tout en sachant qu'il faut évaluer son apport – « dès lors que la règle du jeu est établie, la notion de vulnérabilité ne va pas se rajouter. Mais bien souvent, elle va se rajouter, parce qu'il y a des éléments de fait qui font que ce salarié avait par exemple été exploité, son état de santé était méconnu ou pas considéré… et par sa situation particulière il a été discriminé »[28]. Cependant, le juge ajoute et précise que le droit du travail rétablit de l'équilibre dans les situations de détresse ou de fragilité ou de vulnérabilité particulière en raison de la situation précise identifiée et du mécanisme juridique qui lui répond :

> « … d'un harcelé, on ne va pas dire qu'il est vulnérable. On va dire qu'il est harcelé puisqu'on va mettre en jeu le mécanisme du harcèlement. La femme enceinte, on ne va pas dire que c'est une personne vulnérable. Elle bénéficie d'une protection parce qu'elle est enceinte. Tout le monde comprend ce que ça veut dire et la nécessité de cette protection-là. Ce qui fait même que si le juge, du fond, relève un certain nombre d'éléments d'une femme enceinte qui appellerait la mise en œuvre du dispositif de protection et qui ne le fait pas, nous, à hauteur de cassation, on peut le censurer d'office […] Par exemple, un salarié protégé, dans notre sens, ce n'est pas, non plus, un salarié faible, mais c'est un salarié exposé. […] Donc, il bénéficie d'une protection parce que sa situation le met en situation de conflit avec l'employeur. Ça ne veut pas dire qu'il est vulnérable à titre personnel[29] »

Ainsi, la cohérence de définition de la vulnérabilité semble s'affaiblir davantage au fur et à mesure que des exemples concrets sont mis en avant. Dans certains cas, la vulnérabilité, même situationnelle, viendra « euphémiser » des situations déjà prévues et encadrées par le droit du travail.

Au Conseil constitutionnel, la situation semble être encore plus cadrée : l'usage de la notion de vulnérabilité est très limité notamment aux situations dans lesquelles la législation elle-même mobilise la notion, « j'ai trouvé seize décisions […] ces décisions se réfèrent à la notion de vulnérabilité

27 Cour de cassation, Paris, 7 février 2023.
28 Cour de cassation, Paris, 7 février 2023.
29 Cour de cassation, Paris, 7 février 2023.

parce que le législateur lui-même l'a mobilisée »[30]. Des groupes particuliers semblent être associés à ces décisions : les mineurs, les demandeurs d'asile, les personnes sous tutelle et curatelle, les personnes s'adonnant aux jeux d'argent, etc. Cependant, le secrétaire ajoute « je pense que le juge constitutionnel français est tout à fait capable d'appréhender de lui-même la question de savoir si la vulnérabilité particulière de certaines personnes fait naître un questionnement particulier en termes de constitutionnalité » (*ibidem*). Ainsi, il mentionne l'intérêt supérieur de l'enfant, les droits des personnes âgées, etc. comme espaces du droit qui pourront venir renforcer le potentiel d'activation et d'efficacité de la notion de vulnérabilité. Le Conseil constitutionnel, par ailleurs, apporte ces ajouts aux situations de vulnérabilité, ou assimilées, à la fois en relation ou sans relation avec le droit supranational. Il peut aussi mobiliser ces situations sans nécessairement se limiter aux bornes de la législation nationale, sur laquelle il doit notamment se prononcer. Cependant, le terme de vulnérabilité est rarement le premier choisi – par exemple, le Conseil constitutionnel ne s'est jamais référé aux détenus en tant que personnes vulnérables. Cette observation ne peut que faire écho et montrer les divergences d'appréciation, y compris terminologiques, avec l'appréhension de cette population dans le travail des autorités garantes de lieux d'enfermement

2. Italie

Les entretiens montrent clairement que le terme « vulnérabilité » a un meilleur accueil en Italie. Pour le dire autrement, dans les échanges entretenus avec des magistrats dans ce pays, l'usage et la signification du terme sont moins « critiqués ». Bien que, à titre d'exemple, le magistrat du Conseil d'État montre les limites de l'expression notamment pour le législateur. Cette réticence, par ricochet, aura un impact sur le travail de sa juridiction :

> « Certes, plus récemment, le terme vulnérable est entré quelque peu dans l'ADN juridique, mais il peine encore à faire son chemin et est souvent alterné avec l'expression fragilité ; il n'y a pas de sens pour le législateur d'utiliser l'expression vulnérable[31]. »

Toutefois, le terme est désormais acté dans certains domaines en conséquence de l'apport du droit européen ou international. Toutefois, cet effet est décrit comme un emploi par travail de comparaison, par imitation et/ou de mise en relation intellectuelle, moins comme étant une injonction ou une importation. Par ce biais, on assiste à une adoption plus marquée du concept de vulnérabilité, y compris dans les affaires constitutionnelles et administratives. Dans le droit constitutionnel italien, selon le juge interrogé, la vulnérabilité procède parallèlement avec la « création » de nouveaux droits qui découlent de nouvelles frontières de l'autodétermination dans lesquelles des termes tels que « fragile », « faible » ou encore « situation particulière » ne suffisent pas ou plus.

---

30 Conseil constitutionnel, Paris, 16 mars 2023.

31 Consiglio di Stato, Rome, 8 mars 2023.

> « [la vulnérabilité] est un concept qui émerge surtout en relation avec les nouvelles frontières de l'autodétermination. Le développement de nouveaux droits soulève la question de la vulnérabilité. En effet, la liberté sexuelle doit-elle aussi impliquer la liberté de se prostituer ou la possibilité de décider de sa mort ? L'autodétermination atteint donc de nouvelles frontières qui tendaient à être inconnues auparavant. Et à l'intérieur de ces frontières se pose le problème de la vulnérabilité, c'est-à-dire d'éviter que cette autodétermination de la liberté ne s'expose à des abus […] Les nouvelles frontières du droit naissent aussi des nouvelles technologies[32]. »

Ainsi, le juge constitutionnel agit sur la frontière subtile qui existe entre l'ouverture vers une plus grande liberté de choix de vivre ses droits et la nécessité de prêter attention au fait que la personne concernée par cette liberté ne soit pas exposée à des abus, à des blessures. Le juge explique que le terme de vulnérabilité avait été repris aussi par la jurisprudence d'autres juridictions, mais explique bien que c'est le contenu du terme qui intéresse ici, « c'est-à-dire le souci d'éviter que cette faculté [*le choix de mourir*] ne se transforme en possibilité d'abus au détriment d'une personne vulnérable […] il y a d'abord un droit à être soigné, ensuite, un droit à mourir et l'État doit bien garantir cet ordre des choses » (Cour constitutionnelle, Rome, 9 mars 2023). Dans ce contexte couvert par la mention à l'autodétermination, une énumération de cas spécifiques est proposée : la fin de vie, la prostitution (et davantage la référence au terme *escorts*), la parentalité des personnes homosexuelles, l'invalidité et les retraites d'invalidité. À ce propos, notons que le Conseil constitutionnel français ne mentionne pas la vulnérabilité dans les débats sur la fin de vie. Toutefois, selon les termes de nos interlocuteurs, la notion sera présente en filigrane ; « sur la fin de vie la notion de vulnérabilité elle n'est pas explicitée, mais elle est certainement présente dans l'approche du juge constitutionnel » (Conseil Contitutionnel, Paris, 16 mars 2023). Alors, au contraire, en Italie, le juge relève l'effet de protection de la personne vulnérable que le droit assure dans ce contexte avec l'usage de l'expression : « créer une ceinture de sécurité ».

De plus, bien évidemment, la notion de vulnérabilité est mobilisée lorsque l'appareil législatif au sens large, au-delà de la loi, l'utilise.

> « Parfois, la disposition légale de ce que nous trouvons écrit dans les articles ne porte pas l'expression. Mais comme toute loi est accompagnée d'un rapport explicatif, il est tout à fait possible que le terme vulnérable ou fragile soit utilisé dans le rapport explicatif pour décrire le destinataire de la disposition[33]. »

Dans les champs de la migration, la vulnérabilité est désormais une catégorie centrale. Celle-ci a la spécificité d'être une politique pour les non-citoyens visant à décider qui, parmi les nouveaux arrivants, pourra être inclus et maintenu dans la communauté nationale. Pour ce faire, les sujets sont inscrits dans un véritable processus de responsabilisation vers l'autonomie dont les étapes et leurs validations sont assurées par des acteurs institutionnels et du social qui travaillent pour réduire leur vulnérabilité. Si le terme est repris avec force par mes interlocuteurs italiens, dans ce champ,

32 Corte costituzionale, Rome, 9 mars 2023.
33 Consiglio di Stato, Rome, 9 février 2023.

le fait de savoir si la blessure est ontologique ou conjoncturelle lorsqu'on a affaire au parcours d'inclusion et d'accompagnement des personnes étrangères reste sans réponse claire. Pour autant, c'est aussi à partir de ces approches pragmatiques dans les jugements liés à l'immigration et aux discriminations, ainsi que dans les pratiques d'autodétermination, par raisonnement parallèle, que la notion de vulnérabilité semble pouvoir investir d'autres domaines du droit en Italie – et cela en deçà et au-delà de tout effet de mode.

IV. Trois thèmes transversaux

A. Une notion polysémique, difficile à manipuler

La raison pour laquelle le terme, bien que désormais fort présent dans le droit pratiqué par les acteurs interrogés, est manipulé avec précaution et parfois scepticisme, réside dans sa polysémie. Les multiples acceptions du terme vulnérabilité alimentent des débats terminologiques qui n'ont pas encore atteint un point de fin et de stabilité, et qui, de fait, affectent ses usages dans la pratique juridique. Tous les répondants s'accordent sur le fait que le terme de vulnérabilité recèle des significations variées et que parfois il fonctionne comme un « passe-partout » pour dire qu'une situation mérite une attention particulière. Le magistrat du Conseil d'État italien opère la liaison entre l'usage plus intense, mais encore tâtonnant, en Italie et la polysémie terminologique de la notion de vulnérabilité :

> « Un terme polysémique… c'est une sorte de passe-partout pour dire quelque chose qui mérite une attention particulière. Je pense à son usage dans la loi de finances de 2023 faisant référence à des choses plutôt qu'à des personnes, au retour de la pandémie, à l'ISEE[34], aux difficultés économiques sociales, mais aussi au regroupement familial des étrangers…[35] ».

En France, auprès du Conseil constitutionnel on retient cette observation fondamentale, qui montre bien les interrogations qui habitent les juges eux-mêmes :

> « La vulnérabilité a une portée vague, une portée extensive qui soulève beaucoup de questions. La vulnérabilité est multiforme, il faut une description exacte de la situation qu'on vise, et, par ailleurs, on juge en fonction de dispositifs existants : quelle est la valeur de fond que nous voulons protéger ? Quel est le point de départ[36] ? »

Dans cette dimension polysémique propre au terme vulnérabilité, il faut noter un usage qui couvre dans la pratique aussi bien des choses, des objets (par exemple, un territoire vulnérable), que des personnes. Alors, face à ce niveau supplémentaire de complexité terminologique, tous les interlocuteurs s'accordent sur le fait que, quand il s'agit du droit, ce terme concerne davantage des êtres humains. Il concerne la personne, et cela avec des acceptions précises selon les cours et le type de droit.

---

34 L'*Indicatore della Situazione Economica Equivalente* (Indicateur de situation économique équivalente) est le document qui permet de démontrer la situation économique d'une famille au temps T. Tous les citoyens ou les résidents étrangers qui demandent une aide à l'État italien, doivent fournir ce document.

35 Consiglio di Stato, Rome, 8 février 2023.

36 Conseil Constitutionnel, Paris, 16 mars 2023.

« Le concept de vulnérabilité est en fait fondamental : sans une notion précise de la vulnérabilité, il est pratiquement impossible d'envisager de traiter avec des personnes. Lorsque nous parlons de personnes, nous parlons des dommages, parce qu'inévitablement la juridiction a cette tâche quelque peu malheureuse…[37] ».

De manière similaire, le magistrat au Conseil d'État italien observe :

« Je l'accompagnerais d'une condition, une condition du sujet qui peut être intrinsèque au sujet, originale, et extrinsèque, liée à des influences extérieures. Et c'est, à mon avis, plus improprement qu'on l'utilise pour des choses que je ne peux pas imaginer, "territoire vulnérable"[38]. »

Ce terme sera, donc, improprement utilisé pour les territoires, l'environnement ou les choses ; ou mieux un tel usage cachera l'idée de la relation que ces territoires entretiennent avec les êtres humains. Le magistrat du Conseil constitutionnel français souligne davantage cette position, « ce terme concerne les êtres humains, les personnes. Il y a moins d'intérêt à utiliser la notion pour les territoires, si ce n'est que pour les relier aux êtres humains » (Conseil Constitutionnel, Paris, 16 mars 2023). Ainsi la vulnérabilité devient un objet relationnel, étant donné ses caractéristiques, l'environnement affecte les vies humaines en ouvrant des brèches pour de potentielles blessures. Par exemple, la dégradation environnementale d'un territoire vulnérable produit des risques pour les individus qui l'habitent.

B. Vulnérabilité individuelle ou vulnérabilité collective, voire « sociale »

La notion reste douteuse, parfois même regardée avec suspicion. Toutefois, un aspect de définition qui semble faire l'unanimité parmi les interlocuteurs est l'idée selon laquelle la personne vulnérable est exposée aux risques et aux attentes tantôt en tant qu'individu avec ses spécificités uniques, tantôt en tant que membre d'un groupe social aux caractéristiques spécifiques reconnues.

« Au-delà d'une dimension objective qui concerne surtout l'immigration, il y a toujours l'idée d'une blessure, de quelque chose qui vous frappe et vous affecte pas forcément dans la totalité de votre être. Je veux dire, dans les souvenirs de lycée, on se souvient qu'Achille et Siegfried étaient vulnérables, mais seulement dans une partie du corps[39]. »

Et encore

« le concept de vulnérabilité, de mon point de vue, me donne l'idée d'une personne qui peut être facilement attaquée. On peut aussi être attaqué facilement parce qu'on pense que l'autre est inférieur, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Je pense alors qu'il peut s'agir d'une vulnérabilité sociale, comme dans le cas des Roms et des Sinti[40]. »

Ces magistrats embrassent l'approche de Albertson Fineman quand ils cherchent à faire converger les acceptions différentes de la vulnérabilité, qui semblent pouvoir rendre compte d'aspects parfois

37 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.
38 Consiglio di Stato, Rome, 9 février 2023.
39 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.
40 Corte di Cassazione civile 1, 16 décembre 2022.

ontologiques, parfois universels et parfois situationnels. Dans ce paysage d'échelles de vulnérabilité, c'est la notion de « vulnérabilité sociale » qui se fraie un chemin dans la polysémie terminologique. Cette acception ne sera rien d'autre qu'une alternative à la vulnérabilité ontologique propre à certains groupes sociaux, qui – plus précisément – sont « vulnérabilisés » dans un contexte spécifique et sont soumis à un droit *ad hoc* qui les protège. En filigrane, en raison de l'existence d'un droit supranational dans la plupart des situations, il y a une association effectuée entre la vulnérabilité sociale, objectivable et des groupes des personnes presque ontologiquement vulnérables

> « … la vulnérabilité est en soi subjective, c'est-à-dire qu'elle appartient à la personne. Cependant, il peut y avoir des groupes, des cas dans lesquels la vulnérabilité devient plus qu'objective, sociale, c'est-à-dire qu'ici nous avons besoin d'une référence normative pour le groupe, ce n'est pas que le groupe, le juge peut l'inventer, mais disons qu'il peut y arriver s'il y a des bases dans la législation, il y a une série d'actes de l'Union européenne sur les demandeurs d'asile ou la Convention d'Istanbul pour les femmes, par exemple…[41] ».

Ainsi, si des categories font figure de population ontologiquement vulnérable dans le droit, leurs contours sont instables et l'usage à nuancer.. Ainsi, dans le contexte français, au Conseil d'État le juge recadre la pluralité d'acception du terme par un usage en miroir, comme cela avait été le cas aussi pour le Conseil constitutionnel :

> « quand nous sommes amenés à utiliser ce mot-là précisément dans notre décision de justice, c'est parce que le texte que nous appliquons l'utilise, en matière de droit d'asile, parce qu'on a des directives qui utilisent ce terme-là, ou on a eu des textes aussi pendant la crise sanitaire – ce sont des personnes qui sont exposées davantage à des risques[42]. »

Le critère de la relation groupe-individu ne fait pas, en revanche, l'accord parmi toutes les personnes interrogées. Des déclinaisons variées de l'occurrence d'une vulnérabilité soi-disant « subjective » et « objective » existent. La différence entre ces deux types de vulnérabilité fait sens davantage dans le lexique des magistrats italiens. La même différence ne semble pas pertinente pour les magistrats français. Comme les extraits suivants le montrent, l'objectivité de la vulnérabilité trouvera son origine, d'une part, dans les « bornes » d'une situation effectivement posées par des sources de droit, par exemple la Constitution. Cette position rejoint en partie la position des cours françaises, la référence à un cadre légal fondamental permet d'objectiver des situations spécifiques dans lesquelles les individus seront exposés au risque de blessure,

> « la subjectivité de la vulnérabilité est inaltérable, chaque personne a une histoire. En fin de compte, lorsque nous parlons de vulnérabilité, cela dépend toujours de l'individu, par exemple, dans les cas de pauvreté inexcusable où nous sommes en dessous du niveau de vie minimum selon les canons de notre Constitution, il s'agit certainement d'une situation objective de vulnérabilité, à moins qu'elle ne soit ensuite évaluée par rapport à l'individu[43]. »

---

41 Corte di Cassazione, civile 1, Rome, 16 décembre 2023.
42 Conseil d'État, Paris, 16 mars 2023.
43 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.

D'autre part, la vulnérabilité sera objectivable, car le contexte duquel la vulnérabilité dérive est lui-même « objectivement » contraignant pour la personne.

> « La vulnérabilité subjective ne doit pas être comprise comme la situation dans laquelle se trouve le sujet. Elle est avant tout l'état auquel se réfère le sujet et est donc inhérente à son état. Il y a ensuite la vulnérabilité objective qui est liée au contexte. Ainsi, elle est souvent liée aux catastrophes naturelles par exemple, "dans cette situation spécifique, etc." Enfin, la vulnérabilité est un état, elle n'est jamais une attitude[44]. »

L'emploi de la notion de vulnérabilité varie selon l'existence ou la non-existence d'un texte normatif de référence ou d'une jurisprudence qui en fait mention. Elle varie également selon les sensibilités individuelles et collectives des juges vis-à-vis des cas concrets que la pratique leur présente. Un exemple au soutien de cette affirmation est l'appréhension de l'arrêt *MSS contre Belgique et Grèce*. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg affirmait que la personne qui demande la protection internationale est en soi vulnérable du fait de son parcours migratoire. Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a une réception variée selon les juges italiens, et cela est bien laissé entendre par le magistrat interrogé…

> « L'arrêt mémorable pour moi — et pour d'autres beaucoup moins — est un arrêt du 21 janvier 2011. L'appelant y est juste avec ses initiales *M.S. c. Belgique et Grèce* où la CEDH va si loin — alors elle ne le fera plus jamais — et définit même la vulnérabilité sous un profil ultra-objectif, c'est-à-dire que le seul fait d'être migrant et d'avoir naturellement subi tout ce que l'on subit au cours du parcours migratoire rend le sujet vulnérable indépendamment de son histoire personnelle, et cela oblige l'État, l'État d'accueil, à le traiter, à le prendre en charge[45]. »

L'extrait montre le poids de la sensibilité de chaque juge, sur des sujets tendus et politisés, ici notamment l'immigration (mais cela est le cas pour les questions de genre, les violences, la fin de vie, etc.) Ainsi, afin de supporter son avis, ce juge nous montre des décisions divergentes portant sur des cas de demandeurs d'asile forts proches, notamment dans lesquels la migration s'articule avec des questions de genre, violence et prise en charge des liens familiaux. Le croisement des causes de vulnérabilité est également un sujet de controverse.

C. Cumul de vulnérabilité et notions (proches) de fragilité et de faiblesse

La nécessité d'une meilleure prise en compte des vulnérabilités en littérature a fait progresser l'idée de l'existence des vulnérabilités articulées, intersectionnelles. Théoriquement, une pratique qui intègre cette vision pourra permettre une identification des situations plus complexes. Dans ces situations, les individus seront particulièrement sensibles aux contextes et aux situations en raison d'une multiplicité des caractéristiques sociales qui les précarisent et que le droit aurait la possibilité d'éclairer. Or dans les décisions, la question du cumul de vulnérabilité ne semble avoir aucun écho ou

44 Consiglio di Stato, Rome, 9 février 2023.

45 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.

semble relever encore moins du champ juridique de référence courante. En France, mon répondant de la Cour de cassation affirme,

> « la vulnérabilité peut saisir des situations que des règles générales ne saisissent pas forcément, donc elle agit en complémentarité des dispositifs de protection. Ils ne répondent pas aux mêmes objectifs ni aux mêmes situations. Mais ces situations peuvent se cumuler, et alors c'est là que la vulnérabilité a du sens[46]. »

Si le cumul de vulnérabilité ou la vulnérabilité intersectionnelle n'existent pas nécessairement dans le vocabulaire de nos interlocuteurs, la complexité des situations et des caractéristiques individuelles est déjà visible quand et si les magistrats font référence et choisissent précisément d'utiliser le terme de vulnérabilité. Le secrétaire général du Conseil Constitutionnel avance que c'est davantage cet espace de complexité qui pourrait permettre au conseil de se prononcer davantage sur des questions inattendues auparavant :

> « On voit la situation nouvelle qu'a créée la QPC [*question prioritaire de constitutionnalité*], désormais, sur nombre de cas, le Conseil peut prendre en compte la réalité de l'application de la loi, et je pense que les débats que j'ai à l'esprit sur le cumul de vulnérabilité, l'intersectionnalité, ce sont des débats qui, me semble, sont susceptibles de venir de plus en plus vers nous[47]. »

D'une manière contre-intuitive, du fait de leur ouverture plus grande à l'usage de la notion de vulnérabilité, les juges italiens trouvent cette démultiplication des catégories de vulnérabilité peu utile. L'objectif étant de protéger les personnes, que la vulnérabilité soit vulnérabilité en tant que telle ou qu'on la définisse par un cumul de vulnérabilité, l'objectif du droit ne changera pas. Selon mes interlocuteurs, en Italie, les réflexions terminologiques devraient rester du domaine des théories et de la philosophie juridique, alors que dans la pratique juridique il faudrait tendre vers une simplification du langage pour permettre, concrètement, aux magistrats de mieux travailler.

> « il n'est pas nécessaire de faire toutes ces superfétations, je n'écrirai jamais dans ma phrase qu'ici il y a un cumul de vulnérabilité, que c'est une vulnérabilité intersectionnelle […] avec toutes ces distinctions à la fin on perd de vue l'objectif… cette dame est une migrante, handicapée, donc si elle a deux facteurs de discrimination, tout comme si elle n'en avait qu'un, elle est vulnérable point barre, je dois la protéger ! »[48].
>
> « L'idée d'une construction arithmétique ou pyramidale me semble un peu vaine, dans le sens où si la protection est toujours celle-là. Est-il plus facile de justifier une mesure s'il y a cette sorte de cumul, cette sorte de bipartition de la vulnérabilité objective et subjective ? Mais non ! Je ne ferais pas deux catégories, ça ne change pas le résultat… quand il y a les deux, c'est plus facile d'accueillir une demande, mais ça ne veut pas dire que s'il m'en manque une, je ne dois pas évaluer concrètement le cas de la personne requérante[49]. »

---

46 Cour de cassation, Paris, 7 février 2023.
47 Conseil constitutionnel, Paris, 16 mars 2023.
48 Corte di Cassazione, civile 1, Rome, 16 décembre 2022.
49 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.

De fait, le fait d'avoir un cumul de vulnérabilité n'ajoute rien sur le plan de la protection — excepté dans le champ du droit pénal. Le magistrat de la chambre pénale italienne fait noter que la vulnérabilité a été normée en relation à la situation de la personne offensée qui dérive de la catégorie de « *fasce deboli* » (personnes qui appartiennent à un groupe faible). Cependant, comme indiqué au commencement de la section analytique du chapitre, il faut signaler que des expressions (telles que cumul de vulnérabilité) font sens pour les autorités de contrôle et le Défenseur des droits. En opérant un rapprochement avec le droit de la non-discrimination, ces autorités considèrent nécessaire d'éclairer l'articulation et le croisement des formes d'oppression vis-à-vis d'un contexte d'enfermement ou en relation à la conscience du droit. Chacune des caractéristiques qui produisent des attentes aux droits permet de proposer des recommandations pour améliorer la situation des personnes dans sa complexité.

Revenons à l'observation sur l'expression « *fasce deboli* ». Elle nous renvoie à cerner la relation, et les différences, qui existent entre des adjectifs tels que « faible », « fragile », et celui de « vulnérable ». Les opinions collectées à ce sujet sont variées. Nous avons introduit cette réflexion dans la section précédente, quand nous avons essayé de comprendre pourquoi en France le terme « vulnérabilité » avait un accueil plus froid qu'en Italie. Pour autant, la question ne semble pas réglée. La polysémie propre à la notion de vulnérabilité induit le fait que cette notion pourra recouvrir des questions relevant de la faiblesse et de la fragilité. Selon des juges italiens, en l'absence d'un encadrement législatif clair, le choix est personnel :

> « … même sur ces terminologies, il n'y a pas d'uniformité. Et c'est un choix personnel du rapporteur de la décision, comme on dit dans mon coin de pays, "*se la canta e se la suona*" (il fait tout, tout seul, par lui-même)[50]. »

Si ces choix terminologiques ne font pas l'unanimité, ils ne semblent pas non plus faire l'objet d'un travail collectif de réflexion au sein des cours – cela, selon l'avis de mes interlocuteurs, par manque de temps et en raison de la charge de travail. Si une réflexion est faite, elle se fait ailleurs dans des colloques ou des rencontres internationaux et non sur le lieu de l'exercice du droit ; ainsi les résultats de ces moments d'échange impactent le travail individuel des juges et non pas le travail collectif des cours. Cet état de faits interroge la construction d'un éthos professionnel collectif au sein du monde juridique en matière de vulnérabilité et de situations de fragilité dès lors qu'on sort des domaines législatifs nationaux et supranationaux, notamment européens, qui mobilisent clairement ces notions. Ainsi, des interrogations se produisent à haute voix pendant les entretiens, sans que les interlocuteurs puissent statuer clairement sur des pratiques d'usage.

> « La fragilité se réfère peut-être davantage à des situations momentanées, la vulnérabilité est structurelle en tant que situation. La vulnérabilité est peut-être un terme plus complet que la fragilité, peut-être plus objectif, mais… Ou encore une situation qui est peut-être un peu différente[51]. »

50 Consiglio di Stato, Rome, 9 fevrier 2023.
51 Corte costituzionale, Rome, 9 février 2023.

L'usage du « peut-être » répété met en lumière l'absence de convergence dans les usages de ces notions, y compris au niveau individuel : un même juge peut ne pas nécessairement opérer un choix régulier dans ces usages terminologiques. Cela est observable aussi dans les propos recueillis en France :

> « Vulnérabilité est un terme assez nouveau, même dans la vie courante, aujourd'hui, sans être, me semble-t-il, aussi courant peut-être que des termes de fragilité, de situations particulières. Je ne sais pas d'ailleurs si c'est exactement la même chose. Il n'y a pas d'interdiction d'utiliser des termes pour essayer de saisir la situation individuelle… Celui de faiblesse, je pense qu'il doit être assez peu courant quand même, peut-être celui de fragilité un peu davantage. Alors que le terme de fragilité m'a l'air déjà un tout petit peu moins subjectif, un peu moins relatif que celui de faiblesse, vraiment encore moins riche comme terme… »[52].

La mise en relation de la vulnérabilité avec les notions de « faiblesse » ou « fragilité » impose une réflexion parallèle sur la temporalité de la condition du sujet, sur la contingence, ainsi que les limites de la question relationnelle. Elle demande de fait des précisions terminologiques. Le juge du Conseil d'État italien me dit, par exemple, qu'une personne analphabète ne sera pas « fragile » ou « vulnérable », pour lui, mais plutôt « faible ». Ensuite, il précise, « c'est un choix personnel du rapporteur du jugement partagé par le président, qui sont les deux qui signent le jugement… ». Ces extraits expriment bien l'ampleur des nuances et la part des sensibilités personnelles vis-à-vis des terminologies dans la rédaction de décisions.

D. La dignité et la dialectique de la vulnérabilité

La notion de vulnérabilité centrée sur l'humain importe avec soi la question de la dignité. Puis, comme les extraits d'entretien le montrent, une relation encore plus intense peut se tisser avec la notion d'égalité.

> « La dignité est en quelque sorte le sous-texte de toutes les normes constitutionnelles. Or, il est clair que la vulnérabilité, c'est-à-dire l'atteinte à la vulnérabilité, est une atteinte à la dignité. L'idée de fragilité et de faiblesse est différente, car on peut être fragile ou faible, mais pas vulnérable[53] ».

Encore une fois, c'est un cadre législatif général qui permet de préciser la signification du terme vulnérabilité, comme étant une forme de mise à mal de la dignité de la personne. Bien que la notion de dignité – il faut le préciser – ait été introduite par les questions posées pendant l'entretien, elle semble aider nos interlocuteurs à signifier une différence entre fragilité/faiblesse et vulnérabilité. Cela pour autant ne leur permet pas de définir ce qui est faible et ce qui est vulnérable, mais, leur permet d'opérer dans leur discours une distinction entre les différentes situations et les formes des protections dans la pratique du droit. Défendre la dignité est ainsi la fin ultime d'une évaluation correcte et pondérée de la vulnérabilité.

---

52 Conseil d'État, Paris, 16 mars 2023.

53 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.

> « Au centre de tout il y a la dignité de l'être humain, il y a eu un cheminement positif petit à petit dans les sociétés avec l'avancement de l'État de droit, pour protéger, pour mieux faire[54]. »

Le droit sera ainsi voué à assurer le maintien de la dignité ; cette dernière semble être considérée comme une valeur intrinsèque de la personne, y compris dans les questions d'autodétermination, comme le suggère l'observation du juge de la Cour constitutionnelle italienne.

> « Le lien est très fort, c'est-à-dire que la protection de la personne vulnérable sert à préserver sa dignité, sa dignité certainement. Pensez à la prostitution, il est objectivement dégradant de vendre son corps conformément au deuxième paragraphe de l'article 41 sur la libre activité économique privée[55]. »

Si tous nos interlocuteurs effectuent une liaison logique entre dignité et vulnérabilité, le juge du Conseil d'État français admet « je ne sais pas quoi vous répondre, c'est une question trop difficile ! ». La notion de dignité ayant elle aussi une charge importante et une appréhension juridique composée, il avoue ne pas avoir assez d'arguments objectifs pour se prononcer avec une vision d'ensemble claire de la pratique de sa cour.

La « vulnérabilité » participe des mécanismes de rééquilibrage des asymétries entre parties dans la décision, avec comme objectif primaire de préserver la dignité des personnes. Toutefois, cette relation entre vulnérabilité et dignité n'est pas si lisse : la notion de dignité est elle aussi mobilisée assez rarement dans les décisions et dans les documents – tout comme la notion de vulnérabilité en fait. C'est alors la notion d'égalité qui s'interpose dans une dialectique positive avec la vulnérabilité, et le travail de saisine de ses effets.

> « La dignité est une expression que nous ne trouvons pas fréquemment, sauf lorsqu'il s'agit de représenter une condition des personnes ou une question qui mérite l'attention. La vulnérabilité est davantage liée à l'égalité, et donc aux inégalités. C'est une motivation pour rééquilibrer les conditions, une partie est-elle plus vulnérable que l'autre[56] ? »

La même proposition est amenée dans les échanges avec le Conseil constitutionnel français. Dans cette cour, pour les juges le problème sera l'asymétrie, l'inégalité qui peut potentiellement être restaurée, et cela via l'usage éminemment symbolique de la notion de « vulnérable ». Ce terme sera ainsi un bon label à la mode dont les juges ne savent pas encore se prononcer exactement sur l'efficacité pour la protection des droits fondamentaux.

> « Vulnérabilité c'est un mot commode, très impressionnant ; [c'est] ce qui doit être protégé, situation de déséquilibre à rééquilibrer. Le consommateur est vulnérable, mais est-ce que ce concept est assez puissant ? C'est l'asymétrie qui est importante ici. Est-ce qu'avec ce terme nous allons trouver les bons remèdes[57] ? »

---

54 Conseil constitutionnel, Paris, 16 mars 2023.
55 Corte costituzionale, Rome, 9 février 2023.
56 Consiglio di Stato, Rome, 9 février 2023.
57 Conseil Constitutionnel, France.

Ces doutes invitent à repenser l'ordre même du raisonnement juridique : l'attention est ainsi portée sur le risque que la vulnérabilité elle-même ne crée pas des inégalités. Ce qui en d'autres termes signifie une réflexion au sujet de la proportionnalité de la mesure. Un exemple soulevé par plusieurs interlocuteurs est celui du droit à recevoir les meilleurs soins ou la meilleure éducation, ou encore la situation particulière du consommateur. Un juge italien du Conseil d'État nous explique que le consommateur est considéré comme étant un sujet vulnérable, car il est « *credulone* » (crédule) et, par conséquent, particulièrement exposé à la force du message publicitaire. Ce terme ne semble pas rendre justice aux imaginaires de faiblesses qui entourent la vulnérabilité, pourtant le droit prévoit cette forme de faiblesse, car le consommateur se trouvera dans une position d'asymétrie, d'inégalité vis-à-vis du pouvoir de la publicité. De fait, comme nous l'explique le juge de la Cour constitutionnelle italienne « le problème [*est*] l'égalité substantielle, l'égalité formelle. L'article 3, paragraphe 2, stipule qu'il incombe à la République d'éliminer tous les obstacles qui, en fait, limitent l'égalité des personnes. Ainsi, face à l'inégalité formelle, nous sommes tous égaux devant la loi ».

E. La vulnérabilité est-elle un sous-texte des décisions de justice ?

Les données collectées montrent que l'usage visible de la notion de vulnérabilité ne s'impose pas pour atteindre l'objectif de protection ou de prévention du droit. Dans les situations d'inégalité, le processus de rééquilibration passe par plusieurs mécanismes souvent déjà en place, et la vulnérabilité ne sera qu'un effet de mode, qui n'apportera rien de plus aux mécanismes déjà en place. Alors, la notion de vulnérabilité et son contenu représenteront une sorte de « non-dit », un aspect invisible d'un processus et d'un système qui, dans certaines situations de risque, est déjà en place et protège déjà les requérants. Il y a, et cela surtout, en France, l'idée que des termes sont plus adaptés, car plus ancrés dans l'histoire juridique et dans les procédures existant sur place depuis longtemps. Le choix d'« importer » d'autres notions ferait peut-être encourir le risque de dénaturer ces instruments et dispositifs en place qui fonctionnent avec leurs propres appareillages de notions et d'objets.

> « Bien sûr il y a des inspirations qui se rejoignent, qui, là aussi, ne conduisent pas nécessairement à utiliser toujours le même terme. Parce que parfois, on n'est pas à l'aise avec un terme qui ? Comment vous dire ? Dont on a vraiment le sentiment qu'il a une sorte de droit d'auteur et qu'il peut y avoir une ambiguïté à reprendre exactement un terme qui a une origine dans un texte international et une vie propre dans ce cercle international. Parfois, nos propres notions s'intègrent mieux à notre système de raisonnement[58]. »

58 Conseil d'État, Paris, 16 mars 2023.

Mais, contrairement à cette position « plutôt protectionniste », le fait que la vulnérabilité soit un « sous-texte » d'un nombre de décisions bien plus important que celles dans lesquelles le mot figure, émerge d'autres entretiens.

> « Vous trouverez le mot vulnérabilité répété dans presque toutes les mesures juridictionnelles de protection internationale, alors que vous ne le trouverez pas dans toutes les affaires concernant l'indemnisation des dommages aux personnes, mais vous le trouverez en sous-texte et c'est un présupposé. Je dis vulnérabilité, lorsque nous parlons en général de personnes ici, vous le trouverez à peine dans les phrases, mais c'est aussi une sorte de sous-texte, c'est-à-dire que la douleur, la relation est quelque chose qui survient alors comme une conséquence d'une vulnérabilité. Il est clair que si nous avons affaire à des personnes qui ont subi une violation très grave d'un droit fondamental, nous avons affaire à des personnes vulnérables, si la violation de la liberté sexuelle par exemple est une violation de la vie, alors, si vous voulez, c'est une sorte de bande sonore des réparations[59]. »
>
> « Nous mettons en œuvre les interprétations données par la Cour de justice, sans forcément employer ces termes-là, en rappelant que le travailleur est la partie faible. Si on n'en a pas besoin, on n'en a pas besoin dans notre expression à nous. Ce qui ne veut pas dire qu'on ne le fait pas, qu'on ne le prend pas en compte. Mais encore une fois, je pense qu'on est plus dans l'implicite que dans nos délibérés, on pourra rappeler quand même quelle est la partie protégée et quel est l'objectif[60]. »

Entre l'usage imprécis, le non-besoin de la notion et l'usage du terme comme forme de « sous-texte » de toute action de réparation par le droit, nous avons voulu comprendre qui, selon nos interlocuteurs, mobilise donc davantage la notion de vulnérabilité. Si les parties peuvent utiliser la notion, le juge peut soit la reprendre soit l'utiliser de son chef même si elle n'est pas dans le texte.

De plus, selon les cours, on observe une réticence ou, vice versa, une certaine liberté : à la Cour de cassation italienne, nos interlocuteurs affirment avoir une certaine liberté dans l'usage et le choix de termes ; alors que selon les interlocuteurs au Conseil constitutionnel français, la notion même si elle est peu mobilisée, est utilisée dans la moitié des cas dans les textes alors que le législateur ne l'utilisait pas en amont. Par ricochet « le législateur décide en 1er chef qui est vulnérable, et les droits dont il bénéficie, le Conseil n'a jamais dit qu'une catégorie n'est pas vulnérable[61] ! »

Le juge peut, selon l'interlocuteur du Conseil d'État italien, désormais intervenir là où les parties n'ont pas mis en lumière dans leur argumentaire des moyens de protection adéquats. Ainsi, dans la plupart des cas, toutes les parties de la dispute peuvent ou pourraient invoquer la notion de vulnérabilité.

---

59 Corte di Cassazione civile 2, Rome, 9 février 2023.
60 Cour de cassation, travail, Paris, 7 février 2023.
61 Conseil constitutionnel, Paris, 16 mars 2023.

La protection induite par la vulnérabilité s'enracine parfois dans le droit, parfois dans la jurisprudence et, nous l'avons vu, d'autres fois elle est un choix du juge. Cette fluidité permet une meilleure protection des individus à même d'être blessés. Dans ce sens, la position d'un juge de la Cour de cassation italienne qui prône pour une non-définition statique de la vulnérabilité, ou mieux pour une définition souple, doit nous faire réfléchir :

> « Le problème est le suivant : lorsqu'un concept est défini dans une loi, il meurt essentiellement parce qu'il est incorporé dans cette définition, et donc soit l'interprète et donc le juge est capable de donner ce concept…, de l'exporter également dans différentes situations non prévues par le législateur, soit le risque est que lorsqu'une situation est normalisée, cette situation est embaumée et donc meurt… Il est important qu'il y ait une définition normative, cependant, c'est presque un début en ce qui concerne l'évolution de l'interprétation. L'interprète doit la faire vivre concrètement dans les différentes situations de vulnérabilité. Le mot vulnérabilité peut être utilisé ou non, mais l'effet doit être celui de garantir une protection à des sujets que l'on appelait auparavant faibles, en situation de vulnérabilité…[62] ».

Conclusions

À travers les discours des magistrats, des juristes et des fonctionnaires des autorités garantes, ce chapitre s'est attelé à comprendre la signification que la notion de vulnérabilité recouvre dans l'éthos professionnel de ces acteurs. Cela implique de prêter attention et d'articuler une double échelle discursive : le propos personnel des acteurs et le propos qui s'inscrit dans la mise en valeur du travail de leur juridiction ou de leur autorité. Nous avons également essayé de montrer les tensions qui existent entre l'usage de la vulnérabilité et les dispositifs de protection existants parfois fondés sur d'autres notions, assez proches, voire mobilisées comme synonymes (telles que « fragilité », « faiblesse », « situations particulières »). Tout d'abord, nous avons saisi une appréhension différente de la notion entre cours et autorités ; ces dernières fondant leur propre travail sur la question de la vulnérabilité. Ensuite, nous avons montré les divergences de réception de la notion de vulnérabilité entre les hautes cours italiennes et françaises. En France, la notion ne semble pas avoir un très bon accueil, pas assez juridique et pas nécessaire, du fait des dispositifs en place. Bien évidemment, dans les deux pays par influence du droit européen et international, la notion a pris de l'ampleur. Par exemple, elle est amplement mobilisée dans le champ de l'asile et de l'immigration, et, davantage en Italie, dans les questions d'autodétermination. Elle semble donc une notion fortement reliée aux évolutions des besoins juridiques face aux défis sociétaux émergents.

Les tensions conceptuelles sont aussi concrètement liées au risque de dilution de la notion par un usage trop large ou, encore, aux problèmes liés à l'absence d'une définition juridico-normative claire. Cela peut générer une résistance des magistrats à intégrer un terme perçu comme trop subjectif ou, au contraire, laisser amplement la place à des appréciations personnelles d'usage. Celles-ci, nous

62 Corte di Cassazione, civile 2, Rome, 9 février 2023.

l'avons montré, ne sont pas nécessairement le résultat d'un travail collectif dans les cours, mais plutôt d'un travail par imitation, par cadrage et repérage des législations, jurisprudence ou d'autres sources de droit considérées comme valables. Toutefois, la vulnérabilité, bien qu'imparfaitement définie, constitue un outil puissant pour penser et pour rééquilibrer les asymétries dans les décisions judiciaires. La dignité des individus, tout comme le rétablissement d'une égalité entre parties du litige, passe davantage par la mobilisation de la notion de vulnérabilité. Si elle n'est pas mentionnée clairement, elle est un « sous-texte » des décisions. Elle est aussi le possible synonyme d'adjectifs qui identifient mieux les situations particulières – harcèlement, détresse physique, etc.

Par les questionnements qui émergent de leur pratique, nos interlocuteurs s'inscrivent parfaitement dans les interrogations qui traversent la littérature scientifique. Ils mentionnent la vulnérabilité individuelle et la vulnérabilité (définie par un magistrat comme étant « sociale ») qui découle du fait d'appartenir à un groupe identifié déjà par le droit comme un groupe plus fragile. De plus, l'environnement, entendu comme l'espace dans lequel les individus agissent, est l'objet pivot pour envisager une réflexion correcte autour de la vulnérabilité. Ainsi le contexte, la relation acteurs-espace produit des formes d'exposition aux blessures. Si les acteurs ne savent pas toujours statuer sur le fait que cette exposition soit une fragilité ou une vulnérabilité, des pistes s'ouvrent pour consolider la notion de vulnérabilité comme celle plus adaptée.

Enfin, dans ce paysage complexe où des réflexions semblent être en cours, en Italie, les praticiens du droit ne semblent pas nécessairement vouloir s'approprier une définition trop précise. Si elle pouvait conforter le travail juridique, elle risquerait aussi de limiter et délimiter les potentialités offertes par le droit et la jurisprudence notamment d'atteindre une certaine justice sociale par le droit.

À la lumière de ces réflexions, nous ne pouvons que suggérer une meilleure formation des magistrats à l'usage de la vulnérabilité et aux pistes qu'elle pourra ouvrir. D'une part, il faudrait converger vers une meilleure harmonisation européenne des interprétations ; et d'autre part, il faudrait procéder avec souplesse pour éviter d'encourir le risque d'emprisonner le travail jurisprudentiel et la créativité juridique.

Dans l'avenir, il faudrait étendre les recherches sur l'impact de ces cadres juridiques plus ou moins figés sur la perception sociale de la vulnérabilité. En particulier, à mon sens, ce sera intéressant d'étudier de manière plus approfondie ce que la vulnérabilité fait aux droits dans des situations individuelles ou dans des cas de cumul des vulnérabilités. Un certain accord semble désormais exister sur la vulnérabilité ontologique de certains groupes sociaux, ainsi que sur les possibilités offertes par les dispositifs de leur prise en charge *ad hoc*.

Annexes du chapitre 4

Annexe n° 1
Grille de questions adressée aux juges

I. Dimension substantielle

1) Est-ce que la notion de vulnérabilité/personne vulnérable est fréquemment employée par la juridiction à laquelle vous appartenez ? Dans ce cas, les juges utilisent la notion comme argument pendant la délibération et/ou dans la décision de justice elle-même ?

2) Votre juridiction emploie-t-elle la notion de vulnérabilité uniquement par référence à un texte (qui qualifie déjà une personne donnée de vulnérable) ou sans référence directe à un texte ? Est-ce que votre juridiction fait référence à la CEDH, aux décisions de la cour de Strasbourg ou plus largement au droit de l'Union ?

Quand elle est employée par une décision de justice de la juridiction à laquelle vous appartenez, cette notion de vulnérabilité/personne vulnérable est-elle définie ?

3) Pour votre juridiction, qui peut être un sujet vulnérable ? Personnellement, est-ce que vous partagez cette définition/cet usage ?

4) Y a-t-il des catégories de personnes ontologiquement vulnérables, vulnérables en soi pour lesquelles aucune évaluation supplémentaire ne semble nécessaire ? Quelle est la portée de la dimension situationnelle et relationnelle à cet égard ?

5) *On parle aussi des dimensions objective et subjective de la vulnérabilité dans certaines décisions. À votre avis, est-il possible de faire une distinction entre la vulnérabilité dite « objective » et la vulnérabilité dite « subjective » ? Si oui, pensez-vous que les deux dimensions doivent coexister ou est-ce qu'une seule dimension suffit pour confirmer l'existence d'une vulnérabilité et procéder ?*

6) Est-ce que la juridiction à laquelle vous appartenez tient compte du cumul de vulnérabilités ? Que pensez-vous de cette notion de « cumul de vulnérabilités » ? Quel rôle joue la notion de « vulnérabilité intersectionnelle » à cet égard ?

7) Peut-on considérer que les termes « fragilité/faiblesse » sont des synonymes de celui de vulnérabilité ou ces termes ont-ils une valeur conceptuelle clairement distincte dans la jurisprudence ? Quel est votre avis sur ce point ?

8) Quelle relation la notion de vulnérabilité entretient-elle pour vous avec les notions d'égalité et de dignité ? Et dans les délibérations au sein de votre juridiction ?

II. Dimension procédurale

1) Comment la constatation d'un état de vulnérabilité s'effectue-t-elle en pratique dans votre juridiction ? Ces moyens vous semblent-ils suffisants ?

2) Le juge emploie-t-il spontanément la notion de vulnérabilité ou est-ce que cette notion est employée à la demande des parties ?

3) Quelles sont les implications juridiques de l'existence d'une condition de vulnérabilité, qu'elle soit situationnelle ou relationnelle, objective ou subjective (selon les termes employés par votre juridiction) ? Cela implique-t-il d'améliorer la protection de la personne vulnérable ? Cela conduit-il à l'identification d'obligations spécifiques pour l'autre partie ?

III. Dimension temporelle

1) Quelle fonction la composante temporelle joue-t-elle dans l'évaluation de la vulnérabilité au sein de votre juridiction ?

2) La littérature pense la vulnérabilité comme un processus et non comme un état, quel est votre avis ?

3) Dans les décisions de votre juridiction, s'agit-il de penser la vulnérabilité davantage en matière de protection (besoin immédiat) ou de prévention (besoin sur un temps long, voire à venir) ? Les juges considèrent-ils les deux perspectives ? Pourriez-vous nous donner des exemples de décisions de votre juridiction dans ce sens ?

4) Peut-on parler d'une « vulnérabilité graduée » en fonction du temps et des temporalités ?

5) La vulnérabilité est-elle légalement réversible ? La décision peut-elle réduire la vulnérabilité ou l'éliminer ?

Enfin, une dernière question : quelle pourrait être votre définition de la vulnérabilité ?

Annexe n° 2
Grille de questions adressée aux autorités administratives indépendantes

I. Dimension substantielle

1) Est-ce que la notion de vulnérabilité/personne vulnérable est fréquemment employée par l'institution à laquelle vous appartenez ? Dans ce cas, la notion est utilisée comme argument pendant la délibération et/ou dans la décision de justice elle-même ?

2) Votre institution emploie-t-elle la notion de vulnérabilité uniquement par référence à un texte (qui qualifie déjà une personne donnée de vulnérable) ou sans référence directe à un texte ? Est-ce que votre institution fait référence à la CEDH, aux décisions de la cour de Strasbourg ou plus largement au droit de l'Union ?

Quand elle est employée dans vos avis et rapports, cette notion de vulnérabilité/personne vulnérable est-elle définie ?

3) Pour votre institution, qui peut être un sujet vulnérable ? Personnellement, est-ce que vous partagez cette définition/cet usage ?

4) Y a-t-il des catégories de personnes ontologiquement vulnérables, vulnérables en soi pour lesquelles aucune évaluation supplémentaire ne semble nécessaire ? Quelle est la portée de la dimension situationnelle et relationnelle à cet égard ?

5) *On parle aussi des dimensions objective et subjective de la vulnérabilité dans certaines décisions de justice par exemple. À votre avis, est-il possible de faire une distinction entre la vulnérabilité dite « objective » et la vulnérabilité dite « subjective » ? Si oui, pensez-vous que les deux dimensions doivent coexister ou est-ce qu'une seule dimension suffit pour confirmer l'existence d'une vulnérabilité et procéder ?*

6) Est-ce que l'institution à laquelle vous appartenez tient compte du cumul de vulnérabilités ? Que pensez-vous de cette notion de « cumul de vulnérabilités » ? Quel rôle joue la notion de « vulnérabilité intersectionnelle » à cet égard ?

7) Peut-on considérer que les termes « fragilité/faiblesse » sont des synonymes de celui de vulnérabilité ou ces termes ont-ils une valeur conceptuelle clairement distincte dans la jurisprudence ? Quel est votre avis sur ce point ?

8) Quelle relation la notion de vulnérabilité entretient-elle pour vous avec les notions d'égalité et de dignité ? Et dans les décisions au sein de votre institution ?

II. Dimension procédurale

9) Comment la constatation d'un état de vulnérabilité s'effectue-t-elle en pratique dans votre institution ? Ces moyens vous semblent-ils suffisants ?

10) Quelles sont les implications juridiques de l'existence d'une condition de vulnérabilité, qu'elle soit situationnelle ou relationnelle, objective ou subjective (selon les termes employés par votre institution) ? Cela implique-t-il d'améliorer la protection de la personne vulnérable ? Cela conduit-il à l'identification d'obligations spécifiques pour l'autre partie, la personne mise en cause ?

III. Dimension temporelle

11) Quelle fonction la composante temporelle joue-t-elle dans l'évaluation de la vulnérabilité au sein de votre institution ?

12) La littérature pense la vulnérabilité comme un processus et non comme un état, quel est votre avis ?

13) Dans les décisions de votre institution, s'agit-il de penser la vulnérabilité davantage en matière de protection (besoin immédiat) ou de prévention (besoin sur un temps long, voire à venir) ? Pourriez-vous nous donner des exemples de décisions dans ce sens ?

14) Peut-on parler d'une « vulnérabilité graduée » en fonction du temps et des temporalités ?

15) La vulnérabilité est-elle légalement réversible ? La décision peut-elle réduire la vulnérabilité ou l'éliminer ?

Enfin, une dernière question : quelle pourrait être votre définition de la vulnérabilité ?

Bibliographie

I. Ouvrages et thèses

Algeri L., *Il testimone vulnerabile*, Milan, Giuffrè, 2017.

Álvarez Jofré A.S., *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Chile en el caso de los migrantes indocumentados*, Santiago de Chile, Thèse, Université de Chile, 2020.

Artus O., Aubourg V., Pesarei C. (dir.), *Vulnérabilité(s) : du cadre théorique aux enjeux pratiques*, Lyon, UCLY, 2023.

Barranco Avilés M., Churruca Muguruza C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valence,Tirant lo Blanch, 2014.

Bellantoni G., *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Turin, Giappichelli, 2017.

Beltrão J.F., Monteiro de Brito Filho J.C., Gómez I., Pajares E., Paredes F., Zúñiga Y. (dir.), *Derecho humanos de los grupos vulnerables*, Barcelone, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

Bernardini M.G., *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Turin, Giappichelli, 2016.

Bernardini M.-J., Casalini B., Giolo O., Re L., *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Rome, If Press, 2018.

Biondi del Monte F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Turin, Giappichelli, 2013.

Blondel M., *La personne vulnérable en droit international*, Thèse, Université de Bordeaux, 2015, dactyl.

Boiteux-Picheral C., *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme : conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles, Limal-Anthemis-Nemesis, 2019.

Boladeras M. (dir.), *Bioética:justicia y vulnerabilidad*, Barcelona, Proetus, Cànoves i Samalùs, 2013.

Borghi V., *Vulnerabilità, inclusione e lavoro*, Milano, Angeli, 2002.

Boudjemai M., *Protéger le majeur vulnérable : tutelle, curatelle et autres mesures*, Paris, Éditions Sociales Françaises – ESF, 2021.

Bougardier M., *La protection durable de la personne vulnérable en droit civil*, Toulon, Thèse Université de Toulon, 2017.

Brobbel-Dorsman A., Lapérou-Scheneider B., Kondratuk L., *Genre, famille et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe*, Paris, L'Harmattan, 2017, 382 p.

Burgorgue-Larsen L. (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.

Cohet-Cordet F., *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG, 2000.

Corrias P., Piras E., *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni - Volume II*, Collection Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari - Serie II, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Corso L., Talamo G., *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Turin, Giappichelli, 2019.

Cortese F., Pelacani G., *Il diritto in migrazione: studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Naples, Editoriale Scientifica, 2017.

Costa J.-P., *La cour européenne des droits de l'Homme : des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2017.

Dadà S., *Etica della vulnerabilità*, Brescia, Morcelliana, 2022.

De Bauche L., *Vulnerability in European law on asylum: A conceptualization under construction / Study on reception conditions for asylum seekers : La vulnérabilité en droit européen de l'asile : une conceptualisation en construction : étude en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile/ Étude en matière de conditions d'accueil*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Del Carmen Barranco Aviles M. et Churruca Muguruza C. (dir.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia,Tirant lo Blanch, 2014.

Doat D., Rizzerio L. (dir.), *Accueillir la vulnérabilité. Approches pratiques et questions philosophiques*, Érès, coll. Espace éthique, 2020.

Donier V., Lapérou-Schneider B., *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Le Mans, Editions L'Epitoge, 2016.

Dugne J., *La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 216, 2023.

Dutheil-Warolin L., *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse, Université de Limoges, 2004.

Fanlo Cortès I., Ferrari D., *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Turin, Giappichelli, 2020.

Favalli S., *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 2021.

Ferrari D., I*l concetto di minoranza religiosa dal diritto internazionale al diritto europeo. Genesi, sviluppo e circolazione*, Bologne, Il Mulino, Collection Percorsi, 2020.

Ferrari D., Fanlo Cortes I. (dir.), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Turin, Giappichelli, 2020.

Ferrer Lloret J., Sanz Caballero S., *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y europeo*, Valence, Tirant lo Blanch, 2008.

Fineman M. A. et Grear A. (dir.), *Vulnerability. Reflections for a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, Ashgate, 2013.

Fortier V. et Lebel-Grenier S. (dir.), *La vulnérabilité et le droit*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke (mai 2009), Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2010.

Furia A., Zullo S., *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Rome, Carocci, 2020.

Furstenberg C., Garrau M., Causse G., *L'identité en question : entre parcours de vulnérabilités et chemin d'autonomie*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2023.

Gakis S., Kapekaki M.-K., Okyay N. K., Perrin M., Place R. (dir.), *La faiblesse en droit*, actes du colloque des doctorants et jeunes docteurs de l'École doctorale des sciences juridiques, Strasbourg, le 13 décembre 2018, Paris, Mare & Martin, 2020.

Gálvez Muñoz L. A., *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables :teoría, crítica y práctica*, Valence, Tirant lo Blanch, 2009.

García Garnica M. C., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014.

Gay L., *La question prioritaire de constitutionnalité. Approches de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Gennet E., *Personnes vulnérables et essais cliniques. Réflexions en droit européen*, LEH édition, coll. Thèses, vol. 28, 2021.

Gilligan C., *Une voix différente : pour une éthique du care*, trad. A. Kwiatek revue par V. Nurock, présentation par S. Laugier et P. Paperman, Flammarion, Champs essais, 2008 ; nouvelle éd. *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?,* présentation F. Brugère, Flammarion, Champs, 2019.

Giolo O., Pastore B., *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Rome, Carocci, 2018.

Gnaledome K. I., *La protection des personnes vulnérables en droit international privé*, Toulon, Thèse Université de Toulon, 2022.

Guerin D. (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, Paris, Lexisnexis, 2021.

Heri C., *Responsive Human Rights Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2021.

Hurtado P., *Acceso a la justicia y derechos humanos de grupos vulnerables y excluidos en Guatemala*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

Ippolito F., *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Naples, Editoriale Scientifica, 2020.

Jacquemin H., Nihoul M., *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Collection Faculté de droit de l'Unamur, Bruxelles, Larcier, 2019.

Kiapekaki M. K., Gakis S., Okyay N. K. *et al.*, *La faiblesse en droit*, Paris, Mare & Martin, 2020.

La vulnérabilité, Actes des Journées québécoises des 28 mai – 1er juin 2018, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant, 2020.

Lagarde X., *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009.

Lanthiez M.-L., *De la vulnérabilité en droit pénal*, Thèse, Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2006.

Le Bonniec N., *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

Lefeuvre-Darnajou K., Depadt-Sebag V., Claeys A., Guevel D., Chambaud L. (dir.) *Protéger les majeurs vulnérables vol. 3. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie ?*, Rennes, Presses de l'École des hautes études en santé publique, vol. 1, 2017.

Lefeuvre K. et Moisdon-Chataigner S., *Protéger les majeurs vulnérables. Place à l'éthique !*, Presses de l'EHESP, coll. Regards croisés, 2019.

Le misure della vulnerabilità: un'applicazione a diversi ambiti territoriali, Istituto nazionale di statistica, Roma, 2020.

Lichardos G., *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse Toulouse, 2015.

Macioce F., *La Vulnerabilità Di Gruppo: Funzione E Limiti Di Un Concetto Controverso, Turin, Giappichelli*, 2021.

Maillard N., *La vulnérabilité, une nouvelle catégorie morale*, Labor et fides, Le champ éthique, Genève 2011.

Mariño Menéndez F. et Fernández Liesa C. (dir.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.

Marqueño de Llano M. (*et al.*), *La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario Organizado Por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*, 1ª ed., CizurMenor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008.

Martínez Garza M.E., Elizondo García F. (dir.), *La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, San Nicolás de los Garzas, UANL, 2015.

Mathieu G., Colette-Basecqz N., Wattier S., & Nihoul M. (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin… Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, 2020.

Mbongo P., *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault, 2015.

Moneroe Atienza C., *Universos de dignidad: autonomía relacional, igualdad en mínimos y vulnerabilidad humana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Montserrat de Hoyos S. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Union Europea*, Valence, Tirant lo Blanch, 2013.

Moreno Gene J. et Fernandez Villazon L.A. (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017.

Nifosi-Sutton I.., *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Routledge, 2019.

Olivito E., *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Rome, Aracne, 2006.

Paillet E., Richard P., *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Panuccio Dattola F., Amodeo T., *Vulnerabilità e diritti umani. Strumenti e percorsi di tutela*, Milan, Key Editore, 2022.

Pastore B., *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Turin, Giappichelli, 2021.

Pastor Seller E. et Cano Soriano L. (dir.), *Políticas e intervenciones ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorios:análisis comparado Mexico-España*, Madrid, Dykinson, 2016.

Pecqueur E., Pecaut-Rivolier L., *Protéger un majeur vulnérable,* Paris, Dalloz, 2018.

Peterka N., Caron-Deglise A., Arbellot F., *Protection de la personne vulnérable 2024/25. Protection judiciaire et juridique des mineurs*, Paris, Dalloz, 2023.

Pétin J., *La vulnérabilité en droit européen de l'asile*, Thèse, Université de Pau, 2016.

Presno Linera A. (dir.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Institución de la Procuradora del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Área de Derecho Constitucional, 2013.

Queirolo I., Benedetti A.-M., Carpaneto L., *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno: seminari di alta formazione internazionale*, Imperia, ottobre-novembre 2011, Rome, Aracne, 2015.

Raoul-Cormeil G., Maria I., Rebourc M., *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, Paris, LexisNexis, 2020.

Romanelli B., *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milan, EDUCatt Università Cattolica, 2020.

Rouvière F., *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

Roux-Demarre F.-X., *Sexe et vulnérabilité* [actes de la journée d'étude organisée par l'Université de Bretagne occidentale le 12 février 2016], Paris, Institut Varenne, 2017.

Salvadego L., Savino M., Scotti E., *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale. Atti del II Doctoral Colloquium dell'Accademia Diritto e migrazioni (Macerata, 5-6 dicembre 2019)*, Turin, Giappichelli, 2021.

Sanz Caballero S., *Colectivos vulnerables y derechos humanos: perspectiva internacional*, Valence, Tirant lo Blanch, 2010.

Sauron J.-L., *La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice critiquée des « libertés invisibles »*, Fondation pour l'Innovation politique, 2019.

Scarlatti P., *I diritti delle persone vulnerabili*, Collection CRISPEL – Sezione di diritto pubblico italiano ed europeo, Naples, Editoriale Scientifica, 2022.

Severino C., Alcaraz H. (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé,* Aix-en-Provence : Droits international, Comparé et européen, Confluence des droits (en ligne), 2021.

Sonelli S.A., *I minori e i loro diritti: una tutela a più dimensioni*, Turin, Giappichelli, 2022.

Susín Betrán R. et Bernuz Beneitez M. (dir.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014.

Taylor P., Morley S., Powell J., *Mental Health and Punishments. Critical Perspectives in Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2020.

Tira A., Edigati D. (dir.), *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, Turin, Giappichelli, 2021.

Thomas H., *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éditions du Croquant, coll. terra, 2010.

Torrecilla E. (dir.), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Huygens, 2015.

Tronto J., *Un monde vulnérable, pour une politique du care (Moral Boundaries: a Political Argument for an Ethic of care*, 1993), traduit de l'anglais par Hervé Maury, 2009, La Découverte.

Viglianisi Ferraro A., Soggetti deboli e diritto incerto, un'indagine multidisciplinare, Rome, Aracne, 2015.

Zagrebelsky V., Chenal R., Tomasi L., *Manuale dei diritti fondamentali*, Bologne, Il Mulino, Collection Manuali, 2022.

Zanetti G., *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologne, Il Mulino, Collection Itinerari, 2015.

Zanetti G., *Filosofia della vulnerabilità: percezione, discriminazione, diritto*, Milan, Carocci, 2019.

Zimmerman N., *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Contours et utilité d'un concept en vogue*, Zürich, Schulthess, Collection Genevoise, 2022.

II. Rapports et dossiers

Caron Déglise A., *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Rapport de mission interministérielle, 2018.

Caron Déglise A., *Penser les protections juridique et sociale à partir des droits des personnes les plus vulnérables à être entendues et soutenues dans une société solidaire, États généraux des maltraitances*, Rapport de mission interministérielle, 2023.

Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, 2016.

Gilles P. (coord.), *Vulnérabilité et crises financières, Revue Région et développement* n° 26/2007, Paris, L'Harmattan, 2007.

Lagarde X., *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Rapport annuel 2009*, Paris, La Documentation française, 2010.

Lardeux L. (dossier thématique coordonnée par), Vulnérabilité, identification des risques et protection de l'enfance. Nouveaux éclairages et regards croisés, La documentation française, mai 2014, 139 p.

Dossier Vulnérabilité et droits fondamentaux, *RDLF*, 2019, [en ligne] avec les contributions :

Doray B., Pomart C., Jouvenot C., Ducray P.-M., « Vulnérabilité et cellule familiale », *RDLF*, 2019, chronique n° 10, 21 p.

Lantero C., Mottet D., Teles D., Puig P., « Vulnérabilité, santé et soins », *RDLF*, 2019, chronique n° 11, 20 p.

Lantero C., Lichardos G., Barrue-Belou R., « Vulnérabilité et mobilité des personnes », *RDLF*, 2019, chronique n° 15, 19 p.

Fruteau C., Pomart C., Geindreau D., Demarle E., Alamelou J., « Vulnérabilité et justice pénale », *RDLF*, 2019, chronique n° 16, 10 p.

Roman D., « Vulnérabilité et droits fondamentaux. Rapport de synthèse », *RDLF*, 2019, chronique n° 19, 15 p.

Dossier « Vulnérabilités », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4.

Dossier « Du juge d'instance au juge des contentieux de la protection : quels changements dans le traitement des vulnérabilités ? », Actes du colloque de Brest du 6 mars 2020, *Droit de la famille*, n° 5, mai 2020.

Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020.

Dossier « La vulnérabilité dans le soin », *Revue Médecine et Philosophie*, n° # 10/2023, dirigé par J. Tinland.

III. Articles

Adamo U., « Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili », *Rivista AIC*, 2016, n° 2, p. 1-31.

Ailincai A., « Handicap et accessibilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit sanitaire et social*, 2023, 1, p. 52-62.

Al Tamini Y., « The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights », *Journal européenne des droits de l'homme*, n° 5, 2016, p. 561-583.

Antonini L., « I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento », exposé présenté à Lisbonne, III Incontro Quadrilaterale, 10-12 octobre 2019 (en ligne : https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/incontri.do).

Barral O., « Le juge et la vulnérabilité : protéger ou contraindre ? », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4, p. 631-639.

Bazin-Beust D. et Thouroude J.-J., « La vulnérabilité des usagers des services publics et des consommateurs », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 73.

Bennini A., « Vulnérabilité et sociétés », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 93.

Bernard S., Brémond Z., « Le carcan de la vulnérabilité : retour sur l'incapacité de disposer de son patrimoine en faveur des professions de santé », *La Semaine Juridique. Notariale et Immobilière*, novembre 2022, n° 46, 4 p.

Bernardini M.G., « Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa », *Rivista di filosofia del diritto*, n° 2, 2017, p. 365-384.

Bernardini M.G., « Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: il «vulnerable groups approach» in pratica », *Ars interpretandi*, n° 2, 2018, p. 77-93.

Besson S., « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Burgorgue-Larsen L. (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 59-85.

Bioy X., « L'interdiction de recevoir des libéralités pour les membres des professions de santé devant le Conseil constitutionnel. Retour sur la vulnérabilité pensée par le droit », *La Semaine juridique. Édition générale*, 10 octobre 2022, n° 40, p. 1820-1823.

Bourdelais P., « Qu'est-ce que la vulnérabilité ? "Un petit coup renverse aussitôt la personne" (Süssmilch) », *Annales de démographie historique*, 2005/2, n° 110, p. 5-9.

Brodiez-Dolino A., « Le concept de vulnérabilité », *La vie des idées.fr*, [en ligne] 10 p.

Brousse A., « Protection juridique des majeurs, comment favoriser l'autonomie d'une personne vulnérable dans le cadre d'une mesure contrainte », *Vie sociale*, 2021, 1, p. 141-152.

Burgorgue-Larsen L., « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », in Burgorgue-Larsen L. (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 241.

Capelier F., « Le respect des droits des personnes vulnérables : une obligation de moyen ou de résultat ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2021, 4, p. 701-712.

Carlier (J.-Y.), « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, 2, p. 175-204.

Caro M., « Le Conseil d'État impose le retour aux anciens critères de vulnérabilité à la Covid-19 », *Semaine sociale Lamy*, 26 octobre 2020, n° 1926, p. 7-8.

Caron-Deglise A., Raoul-Cormeil G., « La fin de vie, qui en décide ? La fin de vie de la personne protégée et l'office du juge des tutelles. Réflexions sur la recherche du consentement des personnes vulnérables », *Les Cahiers de la Justice,* 2017, 3, p. 443-455.

Casadei T., « Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e "diritto diseguale" », *Ragion Pratica*, 2008, p. 291-312.

Casadei T., « Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani », in T. Casadei (dir), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Turin, Giappichelli, 2012.

Catanzariti M., « I volti della vulnerabilità: l'esempio della Corte Interamericana dei Diritti Umani », *Ars interpretandi*, 2019, n° 2, p. 95-113.

Catherine A., Etoa S., « Vulnérabilité et droit public », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 21.

Cerf-Hollender A., « Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 31.

Cerf-Hollender A., « Les multiples facteurs de la vulnérabilité de la victime en matière pénale », *Actu-Juridique.fr*, 02/10/2020 (en ligne).

Chardin N., « La Cour européenne des droits de l'homme et la vulnérabilité », in Rouvière F. (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 367.

Chassin C.-A., Korsakoff A., Mauger-Iélpeau L., « La vulnérabilité des migrants », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 55.

Chenal R., « La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali », *Ars Interpretandi*, 2018, n. 2, p. 35-56.

Conti R., « Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno », *Questione giustizia*, 8 febbraio 2014.

Conti R., « Violenza in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte Edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14 (non definitiva) », *Questione giustizia*, en ligne 23 mars 2017.

Corso L., « Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo », *Ars Interpretandi*, 2018, n. 2, p. 57-76.

Coste-Vetro M.-H., « Vulnérabilités explicites ou induites dans la jurisprudence pénale », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4, p. 641-647.

Cukani E., « Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati », *consulta Online*, 2019, n° 2, p. 257-270.

De Giuli A., « Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di giustizia UE », *Diritto penale e uomo*, n° 10, 2020, p. 88-106.

Del Carmen Barranco Aviles M., « La disabilità intellettiva e la disabilità psicosociale come situazione di vulnerabilità », *Rivista di filosofia del diritto*, n° 2, 2018, p. 301-320.

Denolle A.-S., Gabroy F., « Vulnérabilité et harcèlement moral : étude comparée du droit de la fonction publique et du droit du travail », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 65.

Diciotti E., « La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Ars interpretandi », n° 2, 2018, p. 13-34.

Douraki T., « Vulnérabilité, dignité humaine, traitements abusifs du malade : éthique et protection européenne des droits de l'homme », in *Mélanges dédiés à Albert Weitzel,* Paris, Pedone, 2013, p. 261-278.

Douville T., Hervochon C., Noel E., Paquier Y., « Les vulnérabilités numériques », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 111.

Dubout E., « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », in Burgorgue-Larsen L., *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Éditions Pedone, 2014, p. 31-58.

Ennuyer B., « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, Medicine and Public Health*, (2017) 3, p. 365-373.

Eyrault B. et Vidal-Naquet P., « La vulnérabilité saisie par le droit », *Revue Justice Actualités*, 2013, p. 3.

Ferrarese, « Vivre à la merci. Le *care* et les trois figures de la vulnérabilité dans les théories politiques contemporaines », *Multitudes*, 2009, vol. 37-38, p. 132-142.

Id., « Les vulnérables et le géomètre. Sur les usages du concept de vulnérabilité dans les sciences sociales », *Raison publique*, n° 14, 2011, p. 17-37.

Fineman M. A., « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law and Feminism*, n° 1, vol. 20, 2008, p. 1-23.

Fin-Langer L., « La vulnérabilité en droit privé », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 11.

Fulchiron H., « Pour un instrument international sur la protection des personnes âgées vulnérables », in *Mélanges dédiés à Marie-France Callu,* LexisNexis, 2013, p. 189-205.

Fusaro A., « Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità », *Ars Interpretandi*, 2019, n° 2, p. 39-62.

García Ramírez S., « Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia "transformadora" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2019, n° 41, p. 3-34.

Garrau M., « Regards croisés sur la vulnérabilité. "Anthropologie conjonctive" et épistémologie du dialogue », *Tracés. Revue de sciences humaines*, Hors série 2013, mis en ligne le 1er janvier 2017, p. 141-166 (https://doi.org/10.4000/traces.5731)

Gate J., « CEDH : protection accrue des personnes vulnérables », *Dalloz actualité*, 11 mars 2013.

Genard J.-L., « Une réflexion sur l'anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et la souffrance », in Périlleux T. et Cultiaux J. (dir.), *Destins politiques de la souffrance*, éd. Érès, coll. Sociologie clinique, 2009, p. 27-45.

Gennet E., « Vulnérabilité et essais cliniques. Réflexions en droit européen », *Revue générale du droit médical*, 1er mars 2020, n° 74, p. 147-165.

Gialuz M., « Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili », in Allegrezza S., Belluta H., Gialuz M., Lupária L. (cur.), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 59.

Giolo O., « Conclusions. Vulnerability and Strenght. A Timeworn Pairing in Need of Reconsideration », *Gènero & Direito*, n° 5, vol. 3, 2016, p. 221-230.

Gillet J.-L., « Réflexions sur le rapport de la Cour de cassation relatif aux "personnes vulnérables" (2010) », *Les Cahiers de la justice*, 2019/4, n° 4, p. 649-653.

Godiveau G., « Relations économiques, libre concurrence et vulnérabilités en Europe », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 101.

Gosselin-Gorand A., Fin-Langer L., « La vulnérabilité de l'entreprise individuelle », in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 83.

Gribomont H., « Vulnérabilité : de la protection à l'exclusion » ? Le cas des mutilations génitales féminines devant la Cour européenne des droits de l'homme », mis en ligne le 11 mai 2020, Actes du colloque de Nantes du 18 octobre 2019 *La vulnérabilité physique et psychique des demandeurs d'asile : de la reconnaissance à ses usages* (https://arreco.hypotheses.org/2276)

Guizzardi L., « Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi », *Politica del diritto*, 2021, n° 2, p. 193-222.

Hachez I., Hardt M., Losseau L., Nederlandt O., Saroléa S., Triaille L., « Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité : à quoi sert le droit en temps de Covid ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1er octobre 2021, n° 128, p. 929-990.

Hurst S., Bodenmann P., Wolff H. et Madrid C., « Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier », *Revue médicale suisse*, vol. 386, 15 mai 2013, p. 1054-1057.

Ippolito F., « La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani? », *Ars Interpretandi*, 2019, n° 2, p. 63-93.

Jardonnet J., « Un nouveau critère de discrimination prohibé, fondé sur l'état de vulnérabilité économique d'une personne : un instrument adapté pour lutter contre l'exclusion ? », *Droit ouvrier*, 1er nov. 2016, n° 820, p. 686-688.

Kim S.Y., « Les vulnérables : evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights », *Legal Studies*, 2021, p. 1-16.

Lamberti A., « Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti a prova della pandemia », *Federalismi.it*, 2022, n° 6, p. 159-239.

Lamiroy A., « L'intérêt de nouveaux concepts philosophiques dans la protection des droits humains : l'exemple du concept de "personne vulnérable" devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Implications philosophiques*, mis en ligne le 10 mars 2022 (https://www.implications-philosophiques.org/linteret-de-nouveaux-concepts-philosophiques-dans-la-protection-des-droits-humains-lexemple-du-concept-de-personne-vulnerable-devant-la-cour-europeenne-des-droits-de/).

Lavaud-Legendre B., « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS*, n° 3/2010, p. 520-534.

Leveneur L., « L'appréhension de la vulnérabilité par le droit privé », *Droit de la famille*, n° 2, Février 2023, dossier 1.

Levorato C., « Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità », *Consulta Online*, n° 3, 2019, p. 662-677.

Lorubbio V., « Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU », *Familia*, en ligne 10 mars 2020, p. 1-5. (https://www.rivistafamilia.it/2020/03/10/soggetti-vulnerabili-diritti-fondamentali-lesigenza-un-portale-della-giurisprudenza-cedu/)

Luciani M., « "Le persone vulnerabili e la Costituzione" », Rome, 22 avril 2022 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/roma_2022-persone_vulnerabili_-_massimo_luciani_20220503170920.pdf).

Marmisse-D'Abbadie D'Arrast A., « Chapitre II. La capacité et la protection des personnes vulnérables », *Droit international privé et droit notarial*, 2017, p. 33-40.

Marzocco V., « La disabilità mentale tra vulnerabilità soggettiva e controllo sociale. Il caso della sofferenza psichica », *Rivista di filosofia del diritto*, n° 2, 2018, p. 321-334.

Melkevik B., « Vulnérabilité, droit et autonomie. Un essai sur le sujet de droit », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n° 72, jan./jun. 2018, p. 153-186. https://doi.org/10.4000/traces.5731.

Moulay-Leroux S., « Le contentieux stratégique : une tribune pour la voix des personnes vulnérables ? », in Boyer-Capelle C. et Chevalier E., (dir.), *Contentieux stratégiques. Approches sectorielles*, éd. Lexis-Nexis, 2021, p. 57-75.

Nicolini Coen C., « Condizioni di possibilità e valore della discrezionalità nell'ambito giudiziario », *Ars Interpretandi,* 2018, n° 2, p. 95-112.

O'Boyle M., « The Notion of "Vulnerable Groups" in the Case Law of the European Court of Human Rights », Human Rights', Venice Commission, Doc CDL-LA (2016) 003, 12 février 2016, p. 1-10.

Palmisano G., « La protezione europea dei diritti delle persone vulnerabili: il ruolo della Carta sociale e del Comitato europeo dei diritti sociali », Rome, 22 avril 2022 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/sapienza_22_aprile_2022_palmisano.pdf).

Parrinello C., « L'inclusione sociale del minore immigrato : il limite del multiculturalismo », *Il Diritto di Famiglia e delle Persone,* 2020, n° 4, p. 1539-1576.

Pariotti E., « Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti », *Ars Interpretandi,* 2019, n° 2, p. 155-170.

Pastore B., « Vulnerabilità situata e risposta alle vulnerazioni », *Etica & Politica,* 2020, n° 1, vol. 22, p. 283-291.

Peroni L., Timmer A., « Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law », *International Journal of Constitutional Law,* n° 4, vol. 11, 2013, p. 1056-1085.

Pétin J., « La notion de personne vulnérable dans le droit européen de l'asile », *Jeunes et Mineurs en Mobilité,* n° 3, 2017, p. 25-36.

Pétin J., « Vulnérabilité et droit européen de l'asile : quelques précisions nécessaires », *Reveu des Droits et Libertés Fondamentaux*, n° 2, 2017, (en ligne : https://revuedlf.com/theses/la-vulnerabilite-en-droit-europeen-de-lasile/)

Piccone V., « Vulnerabilità del singolo e universalità dei diritti : un nuovo corso per la nomofilachia ? », Questionegiustizia.it, 10/02/2021 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/vulnerabilita-del-singolo-e-universalita-dei-diritti-un-nuovo-corso-per-la-nomofilachia).

Pierron J.-P., « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire », *Les Cahiers de la justice*, 2014, n° 4, p. 569-580.

Pizzolato F., « Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità », *Ars Interpretandi*, 2019, n° 2, p. 25-38.

Poullet Y., « Numérique, droit et vulnérabilités », in Mathieu G., Colette-Basecqz N., Wattier S., & Nihoul M., (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin… Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, 2020, p. 419-438.

Pradel J., « Brèves remarques sur la vulnérabilité, un concept moderne en droit pénal », in *Mélanges dédiés à Roger Bernardini,* Paris, L'Harmattan, Collection Droit privé et sciences criminelles, 2017, p. 213-223.

Puigelier C., « Juliette Dugne, La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé », *RTD Civ.*, 2023, p. 237.

Racho T., « La vulnérabilité dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in Tinière R., Vial C. (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruylant, 2020.

Ranci C., « Fenomenologia della vulnerabilità sociale », *Rassegna italiana di sociologia*, n. 4/2002, p. 521-552.

Raoul-Cormeil G., « Protection juridique des majeurs – Vulnérabilité et protection juridique des majeurs », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2020, dossier 11.

Raoul-Cormeil G., « La notion de personne vulnérable en droit civil, Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 47.

Reboul-Maupin N., « Vulnérabilité versus propriété : un équilibre à trouver dans la protection », *Recueil Dalloz Sirey*, 22 avril 2021, n° 14, p. 750-751.

Reut C., « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, n° 102, p. 317-339.

Roman D., « Vulnérabilité et vieillissement – Le regard d'une juriste », *La revue des droits de l'Homme*, 1er janvier 2020, n° 17, p. 8.

Rogers W., Mackenzie C. et Dodds S., « Why bioethics needs a concept of vulnerability », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 5, n° 2, 2012, p. 11-38.

Rossi S., « Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale », *Rivista AIC*, n° 2/2017, [en ligne : https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/stefano-rossi/forme-della-vulnerabilit-e-attuazione-del-programma-costituzionale].

Rota M., « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » in Dossier « La vulnérabilité », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 18, 2020, Presses universitaires de Caen, p. 39.

Roux-Demare F.-X., « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit des jeunes*, 2015/5, n° 345-346, p. 35-38.

Roux-Demare F.-X., « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/4, n° 4, p. 619-630.

Ruet C., « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 102/2015, p. 317-340.

Ruiz-Rico Ruiz G., « Las minorías vulnerables y el derecho fundamental de acceso a la justicia », *Dirittifondamentali.it*, 2019, n° 2, p. 1-30.

Sagone C., « La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale », *Federalismi.it*, 2023, n° 1, p. 224-275.

Salles S., « Âge, vulnérabilité et propriété : attention aux protections disproportionnées ! », note sous Conseil constitutionnel, 12 mars 2021, décision n° 2020-888 QPC, *La Gazette du Palais*, 29 juin 2021, n° 24, p. 30-31.

Scarlatti P., « Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia », *Dirittifondamentali.it*, 2022, n° 1, p. 145-161.

Scarlatti P., « Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale », *Rivista di Diritti comparati*, Special Issue V, 2024, p. 68-88.

Sciarra S., « Lectio magistralis de Robert Spano "Droits de l'homme et personnes vulnérables" », Rome, 22 avril 2022 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/sciarra_discussant_spano_finale_20220503170804.pdf).

Severino C., « De l'intérêt de la prise en compte des faits dans la protection par le juge constitutionnel des personnes en situation de vulnérabilité », in Gay L., Severino C. (dir.), *Faits et preuves dans le contrôle de constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Bruylant, 2024, p. 295-310.

Severino C., Alcaraz H., « La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? », *Titre VII* [en ligne], *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne*, octobre 2020, *Titre VII*, hors-série, octobre 2020, [en ligne sur le site du Conseil constitutionnel]. Publié également dans la version brochée de la revue *Titre VII*, p. 92-132.

Soulet M.-H., « Reconsidérer la vulnérabilité », *Empan* 2005/4, n° 60, p. 24-29 [en ligne sur cairn.fr]

Id., « La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique », *Pensée plurielle*, 2005, vol 2, n° 10, p. 49-59.

Id., « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Cahiers Européens, n° 7, Pedone, 2014, p. 7-27.

Spano R., « Lectio magistralis "Droits de l'homme et personnes vulnérables" », Rome, 22 avril 2022 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/itervento_spano_20220503170732.pdf)

Stephan A., « La mobilité des personnes vulnérables au sein de l'Union européenne », *Revue juridique de l'Ouest*, 2018-4, p. 37-49.

Tharaud D., « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *R.D.L.F.*, chron. 2017/5 (en ligne : http://www.revuedlf.com/droit-social/etude-critique-du-motif-de-discrimination-resultant-de-la-vulnerabilite-economique/).

Thomas H., « Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. », *Recueil Alexandries*, Collections Esquisses, janvier 2008, url de référence : http://www.reseau-terra.eu/article697.html.

Tomasi M., « Verso una definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità », *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 519-560.

Trapella F., « La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi », *Archivio Penale*, 2019, n. 3, p. 1-39.

Travaglino G., « La protezione umanitaria tra passato e futuro », *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, n. 1, p. 96-139.

Vannuccini S., « Situazioni di «particolare vulnerabilità» dei minori di età e obblighi di protezione dello Stato: note a margine della sentenza V. C. c. Italia », mis en ligne 8 septembre 2020, p. 1-8. (https://diritti-cedu.unipg.it/vannuccini-s-situazioni-di-particolare-vulnerabilita-dei-minori-di-eta-e-obblighi-di-protezione-dello-stato-note-a-margine-della-sentenza-v-c-c-italia/).

Veron P., « Les décisions de soins en contexte de vulnérabilité : quels arbitrages du droit entre autonomie et contrainte ? », *Science sociales et santé*, 2020, 2, vol. 38, p. 67-75.

Villela J.-M., « Vulnérabilité(s), un concept opératoire en histoire ? », mis en ligne le 5 mars 2022, *Les métamorphoses de la vulnérabilité* (https://metavulnera.hypotheses.org/).

Wong C., « Histoire des mesures de protection en France et en Europe », in C. Wong (dir.), *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Paris, Dunod, *Guides Santé Social*, 2009, p. 11-46.

Zielinski A., « La vulnérabilité dans la relation de soin, “fonds commun d’humanité” » e « pretese di diritto », *Cahiers philosophiques*, 2011/2, n° 125, Être patient, être malade, p. 89-106.

Zullo S., « Lo spazio sociale della vulnerabilità tra “pretese di giustizia” e “pretese di diritto”. Alcune considerazioni critiche », *Politica del diritto*, 2016, p. 475-508.

Table des matières

Remerciements 9

Introduction générale 11

Laurence Gay

Section 1 – Diversité des approches des vulnérabilités : le contexte du projet 14

§ 1. Vulnérabilité et médecine 15

§ 2. Vulnérabilités et sciences humaines et sociales : quelques exemples 19

A. Les approches de la vulnérabilité dans la philosophie morale et politique 19

B. Les approches de la vulnérabilité en sociologie 23

C. Les approches de la vulnérabilité en histoire 26

§ 3. Vulnérabilité, droit positif français et science juridique 27

§ 4. Conclusions intermédiaires : invariants des approches de la vulnérabilité de la personne humaine 33

Section 2 – Une approche juridique unifiée de la vulnérabilité de la personne physique : l'objectif du projet 35

§ 1. Le choix d'une étude jurisprudentielle sur les droits fondamentaux de la personne 35

§ 2. Problématique de la recherche 36

§ 3. Champ de la recherche 37

§ 4. Méthode de la recherche 39

Plan de l'ouvrage 40

Partie 1
Étude comparative de la jurisprudence des Cours européennes, des Cours nationales et des décisions des Autorités administratives indépendantes

Laurence Gay, Laura Montanari et Caterina Severino

Chapitre I. Le recours contrasté à la notion de vulnérabilité par les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne 43

Section I – Les Cours européennes 44

§ 1. L'emploi du terme 45

§ 2. Les contentieux intéressés 49

§ 3. La vulnérabilité devant le juge : accès au juge, caractérisation de la situation de vulnérabilité, charge de la preuve 53

§ 4. Les conséquences de la référence 56

Section II – L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne 59

Chapitre II. Le recours largement conditionné à la notion de vulnérabilité par les cours nationales 63

Section I – Les Cours constitutionnelles 64

§ 1. L'emploi du terme 65

A. Un emploi largement conditionné chez le juge constitutionnel français 66

B. Un emploi essentiellement spontané chez la Cour constitutionnelle italienne 69

§ 2. Les contentieux intéressés 70

§ 3. La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité 72

A. La présomption de vulnérabilité des mineurs 73

B. La mobilisation casuistique du concept de vulnérabilité 74

1. Les personnes dépendantes et les limitations à leur droit à disposer 74

2. Les personnes malades et le choix sur la fin de vie 76

3. La mise en relation de la vulnérabilité et de la dignité de la personne humaine 77

§ 4. Les conséquences de la référence 79

Section II – Les Conseils d'État 81
§ 1. L'emploi du terme 82
A. Les références expresses 82
B. La relecture d'une affaire au prisme de la vulnérabilité malgré l'absence du terme dans la décision : l'exemple de la dématérialisation des demandes de titres de séjour en France 83
§ 2. Les contentieux intéressés 85
A. Les contentieux principaux : la reprise du terme d'un texte ou d'une jurisprudence 85
B. Les contentieux ponctuels : une référence plus souvent spontanée 89
§ 3. La caractérisation de la vulnérabilité 91
§ 4. Les conséquences de la référence 93
A. La fonction de protection de la personne vulnérable 93
B. La fonction de restriction des droits et libertés 98
1. Les droits des personnes vulnérables comme motif de restriction des droits et libertés d'autrui 98
2. L'interprétation restrictive de la vulnérabilité comme filtre : le rejet de la protection des « pas assez vulnérables » 99
Section III – Les Cours de cassation 101
Sous-section 1 – La jurisprudence civile 102
§ 1. L'emploi du terme 102
§ 2. Les contentieux intéressés 104
§ 3. La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité et la charge de la preuve 105
A. La caractérisation de la situation de vulnérabilité au cas par cas 106
B. La preuve de la situation de vulnérabilité et les situations de vulnérabilité présumée 108
§ 4. Les conséquences de la référence 111
Sous-section 2 – La jurisprudence sociale 112
§ 1. L'emploi du terme 112
§ 2. Les contentieux intéressés 114
§ 3. La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité et la charge de la preuve 115
A. La caractérisation de la situation de vulnérabilité selon le contexte envisagé 115
B. La charge de la preuve et la protection des personnes en situation de vulnérabilité 117
§ 4. Les conséquences de la référence 118

Sous-section 3 – La jurisprudence pénale 121
§ 1. L'emploi du terme 121
§ 2. Les contentieux intéressés 123
§ 3. La vulnérabilité devant le juge : la caractérisation de la vulnérabilité et la charge de la preuve 125
A. Les critères d'identification des situations de vulnérabilité de la victime de l'infraction 125
1. L'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité 126
2. L'absence d'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité 128
B. La vulnérabilité de l'auteur de l'infraction détenu et la charge de la preuve 129
§ 4. Les conséquences de la référence 131
A. La protection de la victime vulnérable 131
B. La vulnérabilité de l'auteur de l'infraction 133

Chapitre III. Le recours pragmatique à la notion de vulnérabilité par les Autorités administratives indépendantes 137
Section préliminaire – Présentation des Autorités administratives indépendantes 138
Section I – L'emploi du terme 142
Section II – Les conséquences de l'emploi du terme sur la protection des droits 146

Conclusion de la première partie 153
Section I – Une définition implicite de la vulnérabilité de la personne physique par le droit 153
Section II – Des usages diversifiés de la notion de vulnérabilité de la personne physique par le juge 157
§ 1. La mise à jour d'obligations de protection spécifiques 157
§ 2. Ambivalences et mésusages potentiels de la notion de vulnérabilité 160

Partie 2
Analyses sectorielles de l'usage de la vulnérabilité
Jurisprudences nationales, européenne et activité d'Autorités administratives indépendantes

Chapitre 1
Les Cours européennes et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

La vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 167
Marina Calamo Specchia, Francesco E. Grisostolo, Nicola Maffei, Laura Montanari, Laura Restuccia

Premessa 167
I. **L'utilizzo della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza CEDU: scelta originale della Corte e utilizzo di altre fonti che lo richiamano** 170
II. **La definizione di vulnerabilità. L'approccio «categoriale»** 171
III. **L'utilizzo della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza CEDU: applicazione della metodologia quantitativa al contenzioso post-2010** 173
IV. **La giurisprudenza relativa alle singole tipologie di soggetti vulnerabili** 175
A. I minori 175
B. Gli anziani 178
C. I disabili 180
D. I detenuti 182
E. Gli stranieri 185
F. Gli appartenenti a gruppi vulnerabili e minoranze 189
G. Le donne 191
V. **La definizione di vulnerabilità: l'approccio «olistico» alla ricerca di una definizione generale** 194
VI. **L'impatto sulla prova e altri profili processuali** 196
Considerazioni conclusive 199

La vulnerabilità nell'attività dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) 203
Pietro Dunn

Introduzione e metodologia della ricerca 203
I. **L'Agenzia per i diritti fondamentali: ruolo e funzionamento** 204
II. **La nozione di vulnerabilità nell'attività della FRA: i risultati del motore di ricerca del sito dell'Agenzia** 205

III. Analisi dei documenti programmatici della FRA 207
A. Contesti in cui il termine è utilizzato 209
B. Presenza di riferimenti a fonti del diritto 212
C. Il cumulo delle vulnerabilità 212
IV. Il ruolo del concetto di vulnerabilità nell'azione della FRA 213

Chapitre 2
Les Cours nationales

Sur la notion de vulnérabilité d'après la Cour constitutionnelle italienne 217
Leonardo Pace, Giuliano Serges
Avant-propos : état des lieux sur l'utilisation de la vulnérabilité par la Cour constitutionnelle italienne, de sa naissance aux années 2010 217
I. Les expressions « personne en situation de vulnérabilité » et « sujets faibles » dans les décisions de la Cour constitutionnelle 219
A. Les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle utilise la « vulnérabilité » 219
B. Les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle utilise la« faiblesse » 222
II. L'entrée en scène de la vulnérabilité et sa récente « explosion » : analyse détaillée des décisions les plus importantes adoptées entre 2017 et 2023 229
A. Personnes en situation de vulnérabilité et « forçage » des règles du procès 229
B. La vulnérabilité en tant que condition existentielle : sa portée expansive et sa fonction rhétorique et persuasive 232
III. Conclusions, première partie. La vulnérabilité : notion dangereuse ? 235
A. Les personnes démunies victimes de crimes sexuels et les mineurs en tant que sujets vulnérables. Le recours à la figure de l'*id quod plerumque accidit* comme fondement logique et rationnel de la vulnérabilité. 235
B. Une conception moraliste de la vulnérabilité ? 237
IV. Conclusions, seconde partie. La vulnérabilité : notion juridique ? 239
A. La vulnérabilité ne se définit pas, mais elle se constate et elle s'affirme ? 239
B. La vulnérabilité… par rapport à quoi ? 241

Il Consiglio di Stato italiano e il concetto di vulnerabilità 245
Alessia-Ottavia Cozzi

Sintesi della ricerca sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano in tema di vulnerabilità 245
I. Materiali e metodi 247
II. Ambiti materiali in cui è stata rinvenuta la parola «vulnerabil*», origine e riflessi per la costruzione di una categoria giuridica 248
A. La giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di stranieri 249
B. (Segue) di giochi e scommesse 253
C. (Segue) di obblighi vaccinali 254
D. L'assenza di una categoria giuridica di origine pretoria relativa ai soggetti vulnerabili 256
III. Quale vulnerabilità (ontologica o situazionale) 257
IV. Elementi che confermano la prevalenza del formante normativo ai fini della costruzione della categoria giuridica della vulnerabilità 258
Conclusioni sulla prevalenza del formante normativo 259
Conclusioni di carattere generale: categorie giuridiche, espansione della funzione giurisdizionale e Costituzione pluralista 260

La vulnérabilité dans la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation en France 265
Mélina Douchy-Oudot

Introduction 265
I. Cartographie des situations de vulnérabilité devant les chambres civiles de la Cour de cassation 266
A. Situations de vulnérabilité constitutives de droits spécifiques 267
B. Situations de vulnérabilité obstacles à l'exercice des droits 269
II. Sauvegarde des droits des personnes en situation de vulnérabilité devant les chambres civiles de la Cour de cassation 270
A. Sanctionner les abus commis au détriment des personnes en situation de vulnérabilité 270
B. Préserver l'exercice personnel des droits par les personnes en situation de vulnérabilité 272

Il ruolo della vulnerabilità nella giurisprudenza civile della Corte di cassazione italiana 275
Claudia Morgana Cascione, Sabrina Akram Ibrahim El Sabi, Paola Francesca Rizzi

I. Premessa metodologica 275
II. Misure di protezione a tutela dei soggetti fragili e/o vulnerabili 278
III. I diritti della personalità di soggetti in condizioni di vulnerabilità 281
IV. La vulnerabilità nel diritto di famiglia 285
V. La vulnerabilità nel diritto delle successioni: annullabilità del testamento per dolo 288
VI. Il contratto: annullabilità per incapacità naturale o vizi del consenso 290
VII. Il consumatore vulnerabile 294
VIII. La vulnerabilità del danneggiato nella responsabilità extracontrattuale 297
IX. I soggetti vulnerabili nel sistema di protezione internazionale dei diritti umani 301

La prise en compte de la vulnérabilité des salariés par la Cour de cassation 309
Franck Petit

I. L'invocation par la Cour de cassation d'une vulnérabilité explicite ... 310
II. La mobilisation de dispositifs protecteurs impliquant une vulnérabilité implicite des victimes 313

Le declinazioni lavoristiche della nozione di vulnerabilità nella giurisprudenza delle Alte Corti in Italia 317
Marco Chiaramonte, Carla Spinelli, Andrea Violante

Premessa 317
II. Le declinazioni lavoristiche del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza 319
III. La vulnerabilità in materia di protezione umanitaria 319
IV. La nozione di «debolezza economica» in tema di qualificazione del rapporto di lavoro 321
V. La vulnerabilità relativa alla disciplina del rapporto di lavoro 323
A. Lo «stato di fragilità psicologica» del lavoratore vittima di *mobbing* ... 323
B. La vulnerabilità nel lavoro di cura 324
C. La fragilità nella c.d. legislazione emergenziale 325
VI. Considerazioni finali 326

La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation 329
Catherine Tzutziano

I. La prédominance de la vulnérabilité de la victime d'une infraction dans la jurisprudence de la chambre criminelle 332
A. L'établissement de la preuve de la vulnérabilité de la victime 333
1. La charge de la preuve de la vulnérabilité de la victime 334
2. La démonstration de l'existence de facteurs de vulnérabilité de la victime 336
a. L'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité 337
b. L'absence d'énoncé légal de facteurs de vulnérabilité 340
B. L'exploitation par l'auteur de l'infraction de la vulnérabilité de la victime 342

II. La rare prise en compte de la vulnérabilité de l'auteur d'une infraction dans la jurisprudence de la chambre criminelle 344
A. La vulnérabilité particulière de l'auteur d'une infraction 345
B. La vulnérabilité contextuelle de l'auteur d'une infraction 349

La vulnerabilità nella giurisprudenza della sezione penale della Corte di Cassazione italiana 353
Enrico Amati, Luca Baron

I. Premessa: la «vulnerabilità» in diritto penale e il ruolo centrale della «vittima» 353
II. La «vulnerabilità» nel lessico delle sezioni penali della Suprema Corte di Cassazione: (pochi) riferimenti normativi e (molta) spontaneità di utilizzo 356
III. I settori criminologici di emersione della «vulnerabilità» 358
A. Reati contro la pubblica amministrazione 358
B. Reati contro il patrimonio 359
C. Reati contro la persona 361
1. Delitti contro la libertà personale 362
2. Delitti contro la personalità individuale 366
3. Delitti contro la libertà morale 368
IV. Linee di sintesi. Una «vulnerabilità», più «vulnerabilità»: la libertà interpretativa della giurisprudenza, tra silenzi legislativi e flessibilità semantiche 369

Prison et vulnérabilité 373
Natalia Rombi

Prison et vulnérabilité : remarques introductives 373
I. La vulnérabilité résultant du déni des droits fondamentaux 376
A. La situation de surpopulation carcérale 377
B. La vulnérabilité en prison des personnes appartenant à des minorités .. 379
II. Fragilités humaines et état restrictif : un cas de vulnérabilité cumulative. La maladie 380
A. La protection de la santé en prison dans la période de l'urgence sanitaire 383
B. L'âge comme facteur de vulnérabilité 389
III. La vulnérabilité de la femme enceinte, de la mère, de l'enfant en bas âge ou en situation de handicap : entre protection normative et évolutions judiciaires 390

Chapitre 3
Les autorités administratives indépendantes

La notion de vulnérabilité dans les décisions du Défenseur des droits 401
Odile de David-Beauregard

I. Un recours de plus en plus fréquent à une notion qui reste à définir 402
A. L'identification de la notion de vulnérabilité dans les décisions du Défenseur des droits 403
1. Une utilisation plus fréquente depuis 2018 403
2. Un large recours à la notion y compris en l'absence de texte 404
3. Cartographie des décisions 405
B. Les indices de la vulnérabilité qui se dégagent des décisions du Défenseur des droits 406
1. Les facteurs de vulnérabilité 407
2. Les catégories de personnes susceptibles d'être qualifiées de vulnérables 408
3. Les cumuls de vulnérabilités 409

II. Une politique volontariste qui trouve ses limites dans la faiblesse des moyens attribués au Défenseur des droits 410
A. Les effets attachés au recours au concept de vulnérabilité 410
1. Le renforcement des droits de la personne 410
2. Le renforcement des obligations de l'administration 412
3. Le cas particulier du mésusage de la notion de vulnérabilité 414
B. Un bilan mitigé malgré une volonté politique forte 415
1. Les signes de la volonté du Défenseur des droits d'utiliser le concept de vulnérabilité au service de la garantie de l'effectivité des droits 415
2. L'impact des prises de position du Défenseur des droits 416

La vulnérabilité dans les lieux d'enfermement. Analyse du regard du Contrôleur général des lieux de privation de liberté 419
Pauline Mallejac

I. La vulnérabilité, un concept indéterminé 424
A. Une vulnérabilité intrinsèque aux personnes vulnérables 424
B. Une vulnérabilité différenciée selon les catégories de personnes privées de liberté 425

II. Une protection contingente des personnes privées de liberté vulnérables 428
A. Une protection restreignant certains droits 428
B. Une protection ouvrant des droits supplémentaires 429

Chapitre 4
La perspective sociologique

La vulnérabilité dans les discours des hauts magistrats et des autorités de contrôle en France et en Italie. Une étude des dimensions conceptuelles et pratiques 433
Laura Odasso

I. Universelle, ontologique, situationnelle : une notion en construction 434
II. Méthodologie, population et collecte des données 436
III. Analyse des approches nationales 437
A. Des juridictions et des autorités garantes : une position différente vis-à-vis de la vulnérabilité 437
B. Des appréhensions nationales divergentes de la vulnérabilité 440
1. France 440
2. Italie 443

IV. Trois thèmes transversaux 445
A. Une notion polysémique, difficile à manipuler 445
B. Vulnérabilité individuelle ou vulnérabilité collective, voire « sociale » ... 446
C. Cumul de vulnérabilité et notions (proches) de fragilité et de faiblesse 448
D. La dignité et la dialectique de la vulnérabilité 451
E. La vulnérabilité est-elle un sous-texte des décisions de justice ? 453
Conclusions 455

Annexes du chapitre 4 457

Bibliographie 463
Table des matières 479

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :
Cédric Hamel, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :
Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :
Cédric Hamel / Photo de Felipe López sur Unsplash

1er trimestre 2026

Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux

Approches de droit franco-italien et européen

La vulnérabilité est une notion en vogue, désormais mobilisée par la plupart des sciences humaines et sociales. En droit positif, elle est utilisée aussi bien par les textes que par les juges. Quant aux travaux doctrinaux, ils ont analysé cet emploi essentiellement de façon sectorielle, par champ du droit. Le présent ouvrage s'emploie au contraire à développer une approche transversale et comparative de la notion de vulnérabilité de la personne humaine en droit.

Pour cela, une recherche a été conduite sur les décisions rendues par les Cours suprêmes et les Cours constitutionnelles françaises et italiennes, ainsi que par les deux Cours européennes. Les travaux d'autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine des droits fondamentaux ont également été pris en compte.

Il ressort de l'analyse que la notion de vulnérabilité est implicitement définie comme l'exposition de la personne vulnérable à un risque de méconnaissance de ses droits fondamentaux. La mise en exergue de cette vulnérabilité vise en principe à mettre au jour des obligations de protection spécifiques à son égard, permettant de conjurer ce risque, et d'assurer l'effectivité de ses droits. Toutefois, cette tendance n'est pas univoque ; des applications plus discutables de la notion doivent être relevées, soit en raison de ses ambivalences propres, soit en raison d'un mésusage par le juge.

Laurence Gay est directrice de recherches au CNRS, membre de l'unité de recherches « Droits international, comparé et européen » (DICE). Ses recherches portent sur le droit constitutionnel français et comparé, la justice constitutionnelle et les droits fondamentaux. Elle s'intéresse plus particulièrement aux droits sociaux fondamentaux et au constitutionnalisme environnemental.

Laura Montanari est professeure de droit public comparé à l'Université d'Udine où elle a été coordinatrice du cours de doctorat inter-universitaire Udine-Trieste en droit pour l'innovation dans l'espace juridique européen. Elle consacre une grande partie de ses recherches aux transitions constitutionnelles dans les Balkans occidentaux, au pouvoir judiciaire et à la protection des droits fondamentaux en Europe.

Caterina Severino est professeure de droit public à Sciences Po Aix, membre de l'Institut Louis Favoreu-GERJC et directrice adjointe de l'UMR DICE. Elle consacre une grande partie de ses activités d'enseignement et de recherche au droit constitutionnel français et comparé ainsi qu'aux mécanismes de protection des droits fondamentaux. Elle s'intéresse aux systèmes de justice constitutionnelle, aux questions liées à la vulnérabilité, au droit des étrangers.

INFLUENCE des droits

est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).