

## DES DROITS DE L'HOMME VULNÉRABLE À LA VULNÉRABILITÉ DES DROITS DE L'HOMME, LA FRAGILITÉ DES ÉQUILIBRES

Jean-Yves Carlier

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2017/2 Volume 79 | pages 175 à 204

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
[https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-  
juridiques-2017-2-page-175.htm](https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2017-2-page-175.htm)  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.



## **Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres**

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'Université Catholique de Louvain,  
à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, à l'Université de Liège,  
Avocat

### **Résumé**

*En droit, comme dans d'autres disciplines, la vulnérabilité est un concept polysémique qui connaît un large succès. Dans le domaine des droits de l'homme, il comporte une utilité fonctionnelle permettant, notamment, d'adapter le principe d'égalité aux réalités diverses. Toutefois, son usage excessif ou approximatif pourrait aussi affaiblir les droits de l'homme en y substituant une vague charité. C'est dans la structuration des droits de l'homme comme fondement des démocraties contemporaines (du demos et du kratos, du peuple et du pouvoir) que la vulnérabilité pourrait trouver une place essentielle. Cela ne peut se faire que par la construction de fragiles équilibres.*

### **Abstract : From Human Being's vulnerability to Human Rights vulnerability : A fragile balance**

*As in other fields, vulnerability is a polysemous concept which knows a great success in law practice and studies. In the field of human rights, the concept of vulnerability is used, among other things, to adapt the principle of equality to various realities. However, used excessively or approximately, it can substitute human rights with a vague charity, and weaken them. Structuring human rights as the foundation of contemporary democracies (demos and kratos, people and power) would give that vulnerability an essential role. This can only be achieved by building a fragile balance.*

Blaise Cendrars fut amputé de l'avant-bras durant la guerre 1914-1918. Comme beaucoup d'autres jeunes gens de l'époque, il aurait pu faire partie de ce que Gertrude Stein appelait la « génération perdue ». Elle désignait par là « tous les jeunes gens que la guerre avait désaxés, qui ne pouvaient se réhabituer à des conditions de vie normales ». Ils étaient

vulnérables, au sens propre du terme. Selon l'origine latine du mot – *vulnus, eris*, blessure – ils étaient, physiquement et psychologiquement, blessés.

Le verbe *vulnerare* signifiant blesser, l'adjectif *vulnerabilis* pouvait, en latin, qualifier à la fois « celui qui peut être blessé » (vulnérable) et « celui qui blesse » (que nous appellerions aujourd'hui vulnérant). Étaient ainsi illustrés les rapports de force qui, souvent, trop souvent, structurent les relations humaines. Comme quelques autres artistes de l'époque, Blaise Cendrars parvint à surmonter sa vulnérabilité. Il dut apprendre à écrire de la main gauche. Il put alors sublimer ses souffrances dans l'écriture et offrir de très belles pages à la littérature française, comme Ernest Hemingway, blessé comme ambulancier à la même époque, les offrira à la littérature américaine. Ces vulnérabilités visibles furent surmontées au prix d'efforts constants qui ne pouvaient effacer complètement les vulnérabilités invisibles. Celles-ci pouvaient s'apparenter à des vulnérabilités physiques, comme la mémoire sensitive du membre perdu, ce chatouillement, cette douleur sur l'absence, l'irritation de cette morsure d'araignée à l'endroit du corps absent. Cendrars la connaissait. Fred Vargas la reprend plaisamment dans ses romans pour décrire le personnage de Lucio qui invite son voisin et ami, le commissaire Adamsberg, à gratter l'enquête jusqu'au bout, comme lui-même gratte la piqûre d'araignée sur son bras absent. Il est aussi des vulnérabilités invisibles qui nourrissent les peurs de l'esprit. Parfois surmontées, elles ressurgissent. Hemingway se suicidera. Parfois insurmontables, elles mènent la personne au cœur des ténèbres de la vulnérabilité absolue, comme les clochards, naufragés des villes<sup>1</sup>.

Choisis arbitrairement, ces exemples ont pour seul objet d'illustrer la polysémie et la diversité du mot vulnérabilité. Cette diversité se retrouve dans le large usage qui en est fait de nos jours, en droit, pour qualifier la « personne vulnérable » ou la « vulnérabilité de la personne ». Ces expressions sont abondamment utilisées, en particulier dans le domaine des

<sup>1</sup> Blaise Cendrars, Frédéric-Louis Sauter de son vrai nom, écrit *La main coupée*, publié en 1946, après *L'homme foudroyé*, voir *Œuvre complètes*, vol. 1, coll. La Pléiade, Gallimard, 2013 ; Ernest HEMINGWAY, *Œuvres complètes*, coll. La Pléiade, Gallimard, 1966, ici, pour la citation de Gertrude STEIN, vol. 1, p. LXXIV. Sur la rencontre, à Paris, à la Closerie des Lilas, entre Hemingway et Cendrars, « avec son visage écrasé de boxeur et sa manche vide retenue par une épingle, roulant une cigarette avec la main qui lui restait », E. HEMINGWAY, *Paris est une fête*, titre original *A Moveable Feast*, paru en 1964 après la mort d'Hemingway, ici selon la traduction in *Œuvres complètes*, vol. 1, coll. La Pléiade, p. 790. Sur cette génération, qui sera probablement célébrée en 2018, lire, à partir de l'histoire d'un village de Corrèze en France, Lagleygeolle, le beau « roman-vrai » de Claude DUNETON, *Le monument*, Balland, 2004. Sur la vulnérabilité absolue des « sans domicile fixe », Patrick DECLERCK, *Les naufragés. Avec les clochards de Paris*, Plon, 2001. Voir aussi Robert CASTEL, « La dynamique du processus de marginalisation : de la vulnérabilité à la désaffiliation », *Cah. rech. socio.*, 1994, n° 22, pp. 11-25. Parmi les romans de Fred VARGAS, *Quand sort la recluse*, Flammarion, 2017.

droits de l'homme. Si l'on soupçonne pour partie un effet de mode, c'est une réalité qui ne peut être négligée d'une moue dédaigneuse. Elle mérite examen dans sa diversité. Ce sera l'objet du constat des droits de l'homme vulnérable comme réalité plurielle (1). Cette réalité connaît des limites qui ne sont pas moins réelles (2). Dit simplement, l'effectivité des droits ne serait-elle pas émoussée au bénéfice d'une vague charité, abandonnant aux cœurs généreux, notamment des juges, le soin de mesurer et d'apporter protection à qui le mérite ? Le vieux rapport entre droit et équité n'est pas absent de ces glissements. Ces faiblesses, ces limites, ces risques, n'effacent pas la réalité d'un usage croissant du concept de vulnérabilité et imposent, dans une démarche tracée par Philippe Gérard, de s'interroger sur la place de la vulnérabilité dans « l'esprit des droits ». Car, si « le langage des droits de l'homme apparaît plus que jamais comme l'indispensable instrument de légitimation des principes sur lesquels se fondent les États démocratiques, ainsi que les revendications sociales qui s'y expriment »<sup>2</sup>, alors le concept de vulnérabilité qui prend une place croissante dans ce langage revêt peut-être, au-delà des apports conjoncturels, des potentialités structurelles dans la construction des démocraties (3). Si la réponse à la question de cette troisième partie sera positive dans la mesure, précisément, où « la vulnérabilité de l'homme précède l'esprit des lois »<sup>3</sup>, ce ne sera pas sans conséquence : la reconnaissance de la vulnérabilité des droits eux-mêmes et de la fragilité constante des équilibres qui président à l'organisation des démocraties contemporaines.

### 1. Une réalité plurielle

Que le concept de vulnérabilité ait investi le champ juridique, après les sciences psychologique, philosophique, sociologique et politique, nul ne le contestera<sup>4</sup>. Pour en mesurer l'importance aujourd'hui, il suffit, même en

<sup>2</sup> Ph. GERARD, *L'esprit des droits, philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 10, et 2<sup>e</sup> éd., Larcier, 2016. Les références sont ici faites à la première édition.

<sup>3</sup> F. FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet Cordey (dir.), P.U. Grenoble, 2000, p. 16. L'auteure se réfère aussi à « la fragilité du droit [qui] tient à la condition humaine », selon J. CARBONNIER, dans *Sociologie juridique*, PUF, 1994, p. 397.

<sup>4</sup> Notons, parmi les publications en sciences humaines qui ont influencé la diffusion de la notion de vulnérabilité dans le droit : M. FINEMAN, « The vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, 2008, n° 1, pp. 8-40 ; J. TRONTO, *Un monde vulnérable : pour une politique du « care »*, Paris, La découverte, 2009 ; N. MAILLARD, *La vulnérabilité. Une nouvelle catégorie morale ?*, Genève, Labor et Fides, 2011 ; M. FINEMAN et A. GREAR (dir.), *Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law*

se limitant au français, de relever les thèses<sup>5</sup> et colloques<sup>6</sup> de droit qui y sont consacrés. L'usage de ce concept n'a cessé de progresser dans la pratique du droit. Les premières applications se lisent en droit pénal, tantôt comme cause d'aggravation de l'infraction lorsqu'elle porte sur une personne vulnérable, tantôt comme cause d'exemption de responsabilité pénale lorsque l'auteur de l'infraction est lui-même une personne vulnérable, comme le malade mental. La vulnérabilité a aussi pris place dans le champ du droit civil pour faire évoluer la protection de l'incapable qui était plus objet que sujet de droit, vers la protection de la personne vulnérable qui devient sujet de droits renforcés.

Progressivement, la vulnérabilité a encore trouvé place dans le droit international privé, discipline qui se voulait scientifique et neutre, ayant pour fonction, par des règles objectives de conflit de juridictions ou de lois, de servir de gare de triage des compétences procédurales et matérielles pour les litiges privés comportant des éléments d'extranéité. Ainsi, dès 1968, la convention de Bruxelles, relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, comportait deux sections spécifiques destinées à protéger la partie faible au litige, travailleur ou consommateur<sup>7</sup>. La jurisprudence elle-même ouvrira une place à la vulnérabilité là où le texte ne le prévoyait pas expressément. Ainsi, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, dans le cadre d'un dommage résultant d'une diffusion d'information sur internet, la Cour de justice de l'Union européenne admet, en 2011 dans un arrêt *eDate*

---

*and Politics*, Farnham, Ashgate, 2013. Plusieurs réflexions de ces écrits trouvent leur source dans les écrits féministes de l'éthique du *care* qui s'est développée dans les années 1980 à partir des travaux de la psychologue américaine Carol Gilligan visant à revoir les préjugés sur la place des femmes dans le thème du développement moral. En traduction : C. GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008. L'importance et l'engouement pour ces publications a conduit à la création, aux PUF, d'une collection « Care studies ».

<sup>5</sup> L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Université de Limoges, 2004, 651 p.; M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, Université de Bordeaux, 2015, 599 p. Notre collègue J.-P. Marguenaud faisait partie des deux jurys. Attentif à toutes les vulnérabilités, il produit, en 1987, une thèse remarquée sur *L'animal en droit privé*, publiée aux PUF en 1992.

<sup>6</sup> Outre F. COHET CORDEY précité, note 3, voy. F. ROUVIERE, *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014; E. PAILLET et P. RICHARD (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014. Voy. aussi H. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013 et les travaux du centre « Vulnérabilités et sociétés » de l'université de Namur où Diane Roman fut invitée au titre d'une chaire Francqui internationale en 2016-2017.

<sup>7</sup> Texte remplacé et affiné pour aboutir au Règlement 1215/2012, dit Bruxelles *Ibis*, du 12 décembre 2012, *J.O.*, L 351 du 20 décembre 2012, p. 1. Des dispositions similaires seront introduites, plus tard, dans les textes relatifs aux conflits de lois.

*Advertising*, que le préjudicié puisse aussi agir, pour l'ensemble du dommage, devant les juridictions de l'État membre dans lequel se situe le centre de ses intérêts<sup>8</sup>. Ce faisant, la Cour élargit l'interprétation de la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit ». Antérieurement, la jurisprudence limitait cette notion au lieu source du dommage, c'est-à-dire au lieu de l'établissement de l'émetteur, pour la réparation de l'ensemble du dommage et au lieu où le dommage est subi, mais alors pour la seule part du dommage subie dans cet État. On peut voir dans cet élargissement, permettant au préjudicié d'agir pour le tout au lieu où se trouve le centre de ses intérêts, l'évolution « d'une logique de territorialité à une logique de vulnérabilité »<sup>9</sup>. À dire vrai, on l'oublie souvent, la Cour, sans le dire expressément, fut déjà sensible à la vulnérabilité du préjudicié dès 1976 dans l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace* à propos d'horticulteurs hollandais qui avaient subi un préjudice du fait d'une pollution du Rhin par la société Mines de potasse d'Alsace, ayant son siège à Mulhouse et exploitant des mines en Alsace, la Cour dit pour droit que « l'expression "le lieu où le fait dommageable s'est produit" [devait] être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal ». Elle ajoutait : « il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage »<sup>10</sup>. La Cour habille cette théorie de l'ubiquité du vêtement neutre du « rattachement significatif »<sup>11</sup>. Mais, en ajoutant expressément, en fin du dispositif précité, que cette détermination se fait « au choix du demandeur », il est indubitable que la Cour a entendu favoriser le préjudicié, partie vulnérable au litige. Dans ses conclusions, l'avocat général Capotorti évoquait expressément l'objectif de « protéger la partie la plus faible d'un rapport juridique »<sup>12</sup>. Certes, l'avocat général proposait de retenir à cet effet le seul lieu de survenance du dommage, de même que l'association *Reinwater*, association défendant la qualité de l'eau, intervenante au litige. Mais, plus nuancée et plus souple, la Cour a préféré aboutir au même résultat en

<sup>8</sup> CJUE, *eDate Advertising GMBH*, C-509/09 et C-161/10, 25 octobre 2011, EU:C:2011:685. Voy. notamment le commentaire de St. FRANCO au *J.C.P.*, 2012, p. 28.

<sup>9</sup> D. GUERIN, « La désignation du tribunal compétent en cas d'atteinte aux droits de la personnalité sur internet : d'une logique de territorialité à une logique de vulnérabilité ? », *Cah. dr. eur.*, 2013, pp. 671-685.

<sup>10</sup> CJCE, *Mines de potasse d'Alsace*, aff. 21/76, 30 novembre 1976, EU:C:1976:166, dispositif. Outre les commentaires dans les revues classiques de droit international (P. BOUREL in *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 568 ; A. HUET au *Clunet*, 1977, p. 728), l'affaire avait mérité un commentaire de A.C. KISS dans la *Revue juridique de l'environnement*, 1977, p. 323, montrant par là les enjeux de société du point de vue environnemental.

<sup>11</sup> Arrêt *Mines de potasse*, pt 15.

<sup>12</sup> Conclusions du 10 novembre 1976, EU:C:1976:147, pt 9.

offrant une large autonomie au demandeur<sup>13</sup>. Cette autonomie n'est pas étrangère à celle qui fonde les droits de l'homme.

C'est surtout dans le champ des droits de l'homme que la vulnérabilité a trouvé son terrain d'élection. Cela s'explique par la structure même des droits de l'homme qui, selon l'analyse de Samantha Besson, comprend trois éléments : « (i) des intérêts objectifs fondamentaux, (ii) menacés de manière à rendre leur protection nécessaire, (iii) dont la protection par des droits et obligations impose un fardeau non seulement faisable mais aussi raisonnable »<sup>14</sup>. Dans ce triptyque d'une relation normative entre un débiteur et un créancier, protégeant un intérêt objectif, la vulnérabilité occupe une place de choix dans le panneau central (ii). C'est bien parce que des intérêts objectifs sont « menacés » qu'une protection sera nécessaire. Or, c'est la vulnérabilité intrinsèque ou extrinsèque des personnes concernées qui graduera l'étalon de mesure de cette menace, tantôt parce que toute personne est vulnérable, tantôt parce que l'une l'est plus que l'autre.

La réalité quantitative de la présence des mots « vulnérabilité » ou « personne vulnérable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme paraît confirmer ce rôle central<sup>15</sup>. Le constat doit toutefois être doublement nuancé. D'une part, la référence expresse à la vulnérabilité est assez récente, remontant à 1981. D'autre part, l'usage du concept est très varié et peu défini. Ces deux nuances méritent quelques développements.

L'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni*, prononcé le 22 octobre 1981 par la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en séance plénière, est habituellement cité comme première occurrence d'une référence à la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour. L'arrêt est aussi fréquemment cité comme la première décision condamnant les discriminations à

<sup>13</sup> Voy. H.V. JESSURUN D'OLIVEIRA, « Le bassin du Rhin, sa pollution et le droit international privé », in *La réparation des dommages catastrophiques*, XIII<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 180 : « ce système qui offre à la victime le choix (...) a été choisi spécialement (...) en vue des atteintes à l'environnement. Il constitue en fait un avantage pour les victimes, même si les raisons qu'on invoque en sa faveur se réfèrent à l'économie du procès et à sa plus grande efficacité ».

<sup>14</sup> S. BESSON, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), op. cit., note 6, p. 59.

<sup>15</sup> Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de la vulnérabilité voyez l'article précité de Samantha BESSON, note 14, à compléter par Y. AL TAMINI, « The protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights », *J.E.D.H.*, 2016/5, pp. 561-583. Cet auteur retient, au 1<sup>er</sup> janvier 2014, 557 arrêts significatifs sur la vulnérabilité, sur un total de près du double. Il note une augmentation significative dans le temps des arrêts faisant référence à la vulnérabilité, pour atteindre près de 10 % du total annuel des arrêts (8 % en 2013).

l'encontre des homosexuels. L'arrêt, qui dit par quinze voix contre quatre qu'il y a eu violation de l'article 8 CEDH protégeant la vie privée et familiale, concerne bien l'homosexualité et mentionne bien la vulnérabilité. Mais les analyses qui en sont faites ne sont pas toujours complètes. Voici les faits tels que résumés par la Cour : « M. Jeffrey Dudgeon, commis expéditionnaire âgé de trente-cinq ans, réside à Belfast, en Irlande du Nord. Homosexuel, il se *plaint* principalement de l'existence, dans cette province, de lois qui ont pour effet d'ériger en infractions *certaines actes homosexuels* entre *hommes adultes et consentants* »<sup>16</sup>. Cet extrait est un modèle de résumé. Il permet de souligner deux éléments, selon les mots ici mentionnés en italiques. Premièrement, l'intéressé ne se plaint pas directement de poursuites à son encontre, mais de « lois ». De fait, c'est à l'occasion d'une perquisition liée à des faits de stupéfiants que la police saisira un carnet et l'interrogera sur sa vie sexuelle. Des poursuites du chef d'« indécence grave » furent envisagées, mais ne furent pas engagées. En l'absence de poursuites ou de condamnation, la qualité de « victime » de M. Dudgeon n'était pas évidente. Selon l'opinion partiellement dissidente du juge Walsh, « il est clair que l'affaire du requérant tient davantage d'une "action en justice de portée générale" ». Dans la mesure où il est personnellement concerné, elle constitue à peine une action *quia timet*. N'ayant pas fait lui-même l'objet de poursuites, il demande en substance à la Cour de censurer deux dispositions législatives d'un État membre »<sup>17</sup>.

La Cour écarte cet argument. Elle note que « par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée »<sup>18</sup>. Comme François Rigaux l'avait titré pour son commentaire de l'arrêt *Marckx*, prononcé deux ans plus tôt à propos des discriminations frappant les enfants naturels en matière de droit successoral en Belgique – arrêt auquel la Cour fait référence – c'est bien « la loi [qui est] condamnée »<sup>19</sup>.

Par anticipation, on pourrait être tenté de voir déjà ici un effet de la vulnérabilité dans l'extension des garanties procédurales ouvertes aux personnes vulnérables. Cette extension s'est faite notamment du point de vue de l'accès au juge européen, tant pour ce qui concerne l'épuisement

<sup>16</sup> CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, 22 octobre 1981, pt 13, italiques ajoutées. On notera que, selon l'ancienne procédure, M. Dudgeon avait saisi la Commission en 1976 qui, elle-même, a saisi la Cour en 1980.

<sup>17</sup> Opinion du juge Walsh, pt 5. Dans le même sens, l'opinion dissidente du juge Pinheiro Farinha.

<sup>18</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pt 41.

<sup>19</sup> Fr. RIGAUX, « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 1979, pp. 513-524. Référence de la Cour à l'arrêt *Marckx*, dans l'arrêt *Dudgeon*, pts 41 et 57.

des voies de recours internes que pour ce qui concerne la qualité de victime dont les critères s'élargiront pour approcher l'*actio popularis*<sup>20</sup>. Si les termes utilisés, tant par la Cour (« ingérence permanente dans l'exercice du droit ») que par l'opinion dissidente (« action en justice de portée générale ») montrent une volonté certaine d'interpréter largement la notion de « victime », il serait erroné de croire que, à ce moment, cette tendance est liée à la vulnérabilité de la victime. D'une part, il résulte de l'arrêt que le Royaume-Uni a bien aidé la Cour puisqu'il « ne nie pas que lesdites lois touchent directement M. Dudgeon qui a qualité pour s'en prétendre "victime" »<sup>21</sup>. D'autre part, ce n'est nullement M. Dudgeon qui sera qualifié de personne vulnérable dans l'arrêt. Ce point central, que l'on verra plus loin, est trop souvent omis des commentaires.

Sept ans plus tard, la qualité de victime sera davantage discutée dans l'arrêt *Norris contre Irlande*. Monsieur Norris, sénateur et maître de conférences au Trinity College de Dublin, membre fondateur de l'*Irish Gay Rights Movement*, milite contre les lois irlandaises qui érigeaient en infraction pénale certains agissements homosexuels entre hommes adultes et consentants. Dans la mesure où il n'avait fait l'objet d'aucune poursuite ni même, comme Dudgeon, de « tracasseries » policières, le gouvernement contestait, plus fermement, la qualité de victime de M. Norris. À nouveau réunie en plénière, ce n'est qu'à huit voix contre six que la Cour acceptera, en reprenant pour partie la formulation de *Dudgeon*, que le requérant « risque de subir directement les effets de la législation attaquée »<sup>22</sup>. Six juges dissidents estiment cette conception du terme « victime » trop large et notent expressément que « l'*actio popularis* ne serait alors pas loin »<sup>23</sup>. Il peut s'en déduire, *a contrario*, que la majorité de la Cour admet bien, dans *Norris*, une manière d'*actio popularis*, mais qui n'est, en l'espèce, pas liée à la vulnérabilité du requérant. Dans *Norris*, les mots « vulnérabilité » ou « personne vulnérable » ne sont pas utilisés et l'idée de vulnérabilité n'est pas sous-jacente à la décision. Précisément, dans *Dudgeon*, un deuxième constat que le résumé exemplaire de la Cour permet de faire est que la vulnérabilité, si souvent citée comme étant première dans cette affaire, n'est nullement celle du requérant. Les lois qui datent de 1861 et 1885 pussent,

<sup>20</sup> Voy. par exemple, plus tard, CEDH, *Ilhan c. Turquie*, req. n° 22277/93, 27 juin 2000, et l'analyse de J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002, p. 18. Sur les avancées et reculs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accès au juge pour les personnes vulnérables, notamment dans leur représentation par une O.N.G. ou un avocat, voy. H. KELLER et A. GARIN, « *Câmpeanu : quo vadis ? – Le recours individuel en péril* », *R.T.D.H.*, 2017, pp. 485-509.

<sup>21</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pt 40.

<sup>22</sup> CEDH, *Norris c. Irlande*, req. n° 8225/78, 26 octobre 1988, pt 33.

<sup>23</sup> Opinion dissidente des juges Valticos, Gölcüklü, Matscher, Walsh, Bernardt et Carillo Salcedo.

de façon générale, la « burglary » (sodomie entre hommes ou coït avec un animal) et l'« indécence grave » qui n'est pas définie, mais s'entend de tout acte impliquant un comportement sexuel indécent entre hommes. En outre, et surtout, « le consentement du partenaire ne justifie aucune de ces infractions et les lois ne distinguent pas selon l'âge »<sup>24</sup>. En effet, à la différence de l'Irlande du Nord, les autres composantes du Royaume-Uni ont, en 1967 pour l'Angleterre et le pays de Galles, et en 1980 pour l'Écosse, modifié ces vieilles lois<sup>25</sup>. Ces modifications conduisent à ne plus pénaliser « les actes d'indécence grave commis en privé entre hommes consentants de 21 ans et plus » qui ressortissent désormais à « la morale privée ». Est seul pénalisé, « un acte homosexuel de ce genre avec quelqu'un de moins de 21 ans »<sup>26</sup>. C'est ici, et ici seulement, qu'apparaîtra la première référence aux personnes vulnérables. En effet, la Commission préparatoire avait souligné dans son rapport préconisant de ne pénaliser que les relations homosexuelles avec des jeunes de moins de 21 ans, que le droit pénal avait pour rôle :

de préserver l'ordre et la décence publics, protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse et fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des *personnes spécialement vulnérables* à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale<sup>27</sup>.

Or, c'est notamment sur cet argument de protection des « personnes particulièrement vulnérables » que le Royaume-Uni va fonder la justification du maintien de la loi condamnant tout acte homosexuel, indépendamment de l'âge, en Irlande du Nord, compte tenu de la morale générale dans cette région. Et la Cour reconnaît que l'un des buts de la loi « consiste bien (...) à offrir à des membres vulnérables de la société, par exemple les jeunes, des garanties contre les conséquences des pratiques homosexuelles »<sup>28</sup>. Mais la Cour, constatant que de nombreuses législations, dont celles des autres composantes du Royaume-Uni, se limitent à pénaliser les relations homosexuelles avec des jeunes en deçà d'un certain âge, va simplement

<sup>24</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pt 15.

<sup>25</sup> Pour l'Écosse, c'est donc après l'introduction de la requête de M. Dudgeon mais avant l'arrêt, ce qui n'a pas manqué d'influencer la Cour. Si une telle réforme fut envisagée en Irlande du Nord en 1976-1977, elle fut abandonnée en 1979 au terme d'une large consultation populaire qui, selon le gouvernement du Royaume-Uni à cette période, « a prouvé qu'il existe en Irlande du Nord des thèses très arrêtées à la fois pour et contre une modification du droit en vigueur », en manière telle que le gouvernement « n'entend donc pas pousser les choses plus avant » (arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pt 26).

<sup>26</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pt 17.

<sup>27</sup> *Ibidem*, italiques ajoutées.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pt 47, italiques ajoutées.

considérer que la législation d'Irlande du Nord est une atteinte disproportionnée à la vie privée :

On ne saurait dès lors parler d'un "besoin social impérieux" d'ériger de tels actes en infractions, faute d'une justification suffisante fournie par le *risque de nuire à des individus vulnérables* à protéger ou par des répercussions sur la collectivité. Du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur<sup>29</sup>.

Pour la question de l'âge :

La Cour a déjà reconnu la nécessité, dans une société démocratique, d'un certain contrôle du comportement homosexuel afin notamment de lutter contre l'exploitation et la corruption de *personnes spécialement vulnérables* à cause, par exemple, de leur jeunesse<sup>30</sup>.

La Cour estime que les autorités nationales sont les mieux placées pour fixer cet âge. Les passages marqués en italique dans les extraits reproduits ci-dessus montrent clairement que ce premier arrêt, en faisant référence aux « personnes spécialement vulnérables », ne se fonde nullement sur cette vulnérabilité pour condamner une atteinte aux droits fondamentaux du requérant, homosexuel, mais, à l'inverse, pour admettre qu'une limite, proportionnée, à ces droits fondamentaux serait possible. Dit très simplement, la personne vulnérable n'est pas ici la victime plaignante, mais sa « victime » potentielle. Retournant aux sources latines, le plaignant serait celui qui est susceptible de blesser, c'est-à-dire le vulnérant. Mais le « vrai » vulnérable, au sens contemporain du terme, est ici un « autrui » dont les intérêts pourraient conduire à limiter les droits du requérant. Il conviendra de revenir sur les enseignements de cet arrêt dans l'analyse des potentialités structurelles de la notion de vulnérabilité (3), mais à ce stade, il suffit de noter que ce constat d'ambiguïté de la notion de vulnérabilité montre, dès son premier usage dans la jurisprudence strasbourgeoise, que la notion sera plurielle.

Ceci annonce la deuxième nuance générale portée au constat de l'importance quantitative de la notion de vulnérabilité, en particulier dans le champ des droits de l'homme. C'est l'usage très varié et peu défini de la notion, tant par le juge, dont la Cour européenne des droits de l'homme, que par le législateur. De façon générale, les législateurs préfèrent procéder par énumération de catégories de personnes vulnérables plutôt que par

<sup>29</sup> *Ibidem*, pt 60, italiques ajoutées.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pt 62, italiques ajoutées.

définition de la vulnérabilité. Ainsi, en droit des étrangers, la loi belge définit comme « personne vulnérable » : « les mineurs accompagnés, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle »<sup>31</sup>.

Cette manière de « vulnérabilité comptabilisée » pose doublement question<sup>32</sup>. D'une part, à défaut de la mention « entre autres », l'énumération pourrait être comprise comme exhaustive, sauf à considérer que la dernière catégorie de victimes « d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle » est constitutive d'une catégorie résiduaire. D'autre part, tant le contenu de cette catégorie résiduaire que l'application d'une protection spécifique aux personnes vulnérables ainsi énumérées est abandonné à la sagacité du juge, les textes prévoyant généralement qu'« une attention particulière est accordée à la situation des personnes vulnérables »<sup>33</sup>.

Aussi, dans la mesure où le droit des étrangers est, *a priori*, un droit de l'exclusion des non-nationaux et donc un droit « producteur » de personnes vulnérables parce qu'exclues de certains droits, il advient que le juge constitutionnel émette, contre la rigueur de la loi, des réserves d'interprétation en faveur de plus vulnérables parmi les vulnérables<sup>34</sup>. Le juge agira donc, selon le rôle qui lui est dévolu, au cas par cas, invoquant tantôt une notion générale de « vulnérabilité », tantôt une notion plus conjoncturelle de « personne particulièrement vulnérable », envisageant principalement la vulnérabilité comme « un instrument fonctionnel de

<sup>31</sup> L. 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, art. 1<sup>er</sup>, 12°. Introduite en 2012 dans la loi belge, cette énumération est une transposition de la directive 2008/115 du 16 décembre 2008, de l'U.E., relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dite « directive retour »). Sur la catégorie des « vulnérables » en droit des étrangers, voy. J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, pp. 501 et s., et E. AUBIN, « La réception de la vulnérabilité des étrangers dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, P. Mbongo (dir.), Paris, Berger-Levrault, 2015, p. 33.

<sup>32</sup> L'expression est de Michel Agier à propos des quinze catégories de réfugiés vulnérables recensées par le Haut-Commissariat aux Réfugiés des Nations unies (HCR), in M. AGIER, « Le camp des vulnérables », accessible sur cairn.info, p. 5, note 7.

<sup>33</sup> Directive retour précitée, note 31, art. 14 et 16, § 3.

<sup>34</sup> Par exemple en ne permettant l'établissement de listes de pays d'origine sûrs vers lesquels il est plus facile d'expulser que moyennant une réserve d'interprétation pour les personnes vulnérables. Cour constitutionnelle (Belgique), 18 juillet 2013, n° 107/2013.

protection »<sup>35</sup>. Souvent, la référence à la vulnérabilité concernera des personnes privées de leur liberté<sup>36</sup>. Ainsi, dès les années 1990, la Cour européenne des droits de l'homme, relayant le point de vue de la Commission, souligne la « vulnérabilité d'une personne gardée à vue »<sup>37</sup>. Plus récemment, condamnant la Belgique pour violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de la torture), à la suite de la mort d'un détenu à l'occasion d'une altercation avec des gardiens à la prison de Jamioulx, la Cour rappelle que « les personnes détenues sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger »<sup>38</sup>. De nombreuses autres catégories ou situations de vulnérabilité sont évoquées dans la jurisprudence.

La richesse quantitative de la jurisprudence invoquant la vulnérabilité n'a d'égale que sa diversité. Assurant son rôle, la doctrine tente d'introduire quelque ordre dans la chose. C'est au risque d'en réduire l'efficacité pragmatique, mais c'est au bénéfice de clarifications. On ne fera pas ici l'exercice de classification fort bien fait dans plusieurs publications déjà citées. Au-delà des distinctions classiques entre vulnérabilité intrinsèque et extrinsèque, de personnes et de groupes, conjoncturelles et structurelles, on retiendra ici la distinction qui peut être opérée au regard des effets sur la garantie des droits (effets procéduraux) et sur les droits garantis (effets matériels).

Les effets procéduraux, déjà évoqués ci-dessus, sont de deux ordres.

Il s'agit, d'une part, d'imposer à l'État des obligations positives de protection, d'investigations, de procédures, lorsque des personnes vulnérables sont en cause. Ainsi, dans l'affaire *Tekin* précitée, la Cour ayant constaté que « Michael Tekin était, en raison de ses troubles mentaux et de sa privation de liberté, particulièrement vulnérable », elle a estimé qu'en présence d'un tel « rapport de dépendance par rapport aux autorités de l'État, ces dernières ont une obligation de protection de la santé » en manière telle que, à la suite de la mort de l'intéressé, il n'est pas admissible que les autorités nationales en général et le tribunal correctionnel en particulier n'aient « aucunement pris en considération cet aspect primordial

---

<sup>35</sup> M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse, *op. cit.*, note 5, p. 24, qui fait correctement la distinction entre le concept général de « vulnérabilité de la personne » et la notion particulière de « personne vulnérable ».

<sup>36</sup> Pour Youssef AL TAMINI, la détention est le cas le plus fréquent de référence à la vulnérabilité, *J.E.D.H.*, 2016, *op. cit.*, note 15, p. 564.

<sup>37</sup> CEDH, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87, 27 août 1992, pt 113.

<sup>38</sup> CEDH, *Tekin et Arslan c. Belgique*, req. n° 37795/13, 5 septembre 2017, pt 83.

de l'affaire dans l'analyse de la nécessité et de la proportionnalité de la force utilisée par les agents pénitentiaires »<sup>39</sup>.

La variabilité fonctionnelle de la vulnérabilité apparaît bien lorsque l'on compare l'arrêt *Tekin* avec l'arrêt *Gengoux contre Belgique*<sup>40</sup>. Dans *Gengoux*, la Cour va exempter la Belgique de toute responsabilité dans la mort d'un détenu atteint d'un cancer, et constater que si « l'obligation de protéger la vie des personnes détenues implique de veiller, entre autres, à ce que la santé et le bien-être du prisonnier soient assurés de manière adéquate », il lui est impossible « d'établir un lien de causalité entre l'incarcération et le décès du père du requérant ». En outre, « la Cour constate que les juridictions internes ont examiné les arguments (...) »<sup>41</sup>. On pourrait en déduire que « la personne atteinte d'un cancer et qui décède en détention n'est pas vulnérable »<sup>42</sup> parce que la notion de vulnérabilité n'est pas évoquée expressément dans l'arrêt. On peut penser, plus simplement, que la Cour estime que l'État n'a pas failli à ses obligations négatives, n'étant pas responsable du cancer qui a conduit au décès, ni à ses obligations positives en menant les enquêtes, actions et procédures adéquates. En toute hypothèse, c'est bien le caractère fonctionnel et variable de la vulnérabilité qui est illustré.

Il s'agit, d'autre part, d'offrir à la personne vulnérable un accès plus large à la justice, tant pour les recours internes dont l'effectivité est mesurée à l'aune des difficultés propres à la vulnérabilité reconnue que pour les recours supranationaux en assouplissant la qualité de victime jusqu'aux limites de l'*actio popularis*<sup>43</sup>.

Les effets matériels sont de deux ordres principaux : accroître la protection des droits en permettant d'atteindre plus facilement le seuil, tantôt de la gravité requise pour la violation d'un droit, par exemple le seuil de la torture, tantôt de la discrimination en l'absence de justification suffisante du traitement différencié. Mais c'est à cet endroit, lorsqu'il s'agit d'évaluer la portée de la notion sur la substance des droits que la vulnérabilité révèle ses limites.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, pts 85 et 103 ; voy. aussi CEDH, *Aksoy c. Turquie*, req. n° 21987/93, 18 décembre 1996, pt 98 ; *Aydin c. Turquie*, req. n° 57/1996, 25 septembre 1997, pt 103.

<sup>40</sup> CEDH, *Gengoux c. Belgique*, req. n° 76512/11, 17 janvier 2017.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pts 37, 40 et 57.

<sup>42</sup> Titre du commentaire de Marion BLONDEL in *Journal d'actualité des droits européens* (J.A.D.E.), université de Bordeaux, 2017/1.

<sup>43</sup> Arrêt *Ilhan c. Turquie*, *op. cit.*, note 20.

## 2. Des limites réelles

Le trop et le trop peu sont les deux principales faiblesses qui guettent l'utilisation de la notion de vulnérabilité en droit.

Le trop conduit à l'indifférence et à la concurrence. Multiplier les vulnérabilités réduit leur visibilité. Que tout le monde soit vulnérable, cela n'est guère contestable. Mais si tout le monde est spécialement vulnérable, alors plus personne ne l'est spécifiquement. De même, en multipliant les catégories de vulnérabilités, chaque vulnérabilité spécifique entre en concurrence avec plusieurs autres vulnérabilités qui deviennent autant d'ennemis plus que des frères. La caricature conduit alors à ne plus reconnaître comme « personne spécialement vulnérable » que la femme handicapée, mineure, enceinte à la suite d'un viol en prison où elle était détenue en qualité d'étrangère.

Vient alors le trop peu. La charité, bonne mais humaine, ne connaît pas la rigueur du droit. Elle se concentrera sur les plus malheureux, abandonnant à leur sort les moins vulnérables qui auraient pu « se secouer un peu » ou « rester chez eux ».

Pour illustrer ces limites en trois cas, on retiendra la structure de la trilogie républicaine : liberté, égalité, fraternité. Dans la mesure où cette trilogie correspond aux fondements des droits de l'homme et permet encore de penser les démocraties contemporaines, elle revêtira aussi quelque utilité pour mesurer ensuite, malgré ses faiblesses, les potentialités structurelles de la vulnérabilité (*infra*, titre 3)<sup>44</sup>.

### A. Liberté

Il a déjà été signalé que de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme affirment le caractère particulièrement vulnérable de la personne privée de sa liberté. Certains détenus pourront être considérés comme plus vulnérables que d'autres. Ainsi en va-t-il de la petite Tabitha dans l'affaire *Mubilanzila contre Belgique*<sup>45</sup>. Cette enfant congolaise âgée de cinq ans, avait, en raison de l'irrégularité de son accès au territoire, été privée de sa liberté dans un centre fermé pour adultes près de l'aéroport de Bruxelles-Zaventem (Centre de transit 127). La Cour constatera une violation notamment des articles 3 (traitement inhumain et dégradant) et 5 (privation de liberté) de la CEDH. Sur ce point, elle note que l'enfant a été détenue « dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte,

<sup>44</sup> Sur cette trilogie dans un autre contexte, J.-Y. CARLIER, « La norme et l'anormal », avant-propos in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 12 « Droit et psychiatrie », Presses universitaires de Caen, 2014, pp. 107-109.

<sup>45</sup> CEDH, *Mubilanzila c. Belgique*, req. n° 13178/03, 12 octobre 2006.

lesquelles n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée »<sup>46</sup>. Sans la définir, la Cour décrit comme suit cette extrême vulnérabilité qui « se caractérisait par son très jeune âge, le fait qu'elle était étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnu et qu'elle n'était pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même ». En conséquence, Tabitha « relevait incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société » en manière telle qu'il « appartenait à l'État belge de la protéger et de la prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives »<sup>47</sup>.

L'arrêt fut quasi unanimement salué. Tirant les conséquences de ses obligations positives, l'État belge adopta une loi prévoyant la désignation de tuteurs pour les mineurs étrangers non accompagnés et des modalités adaptées de privation de liberté. Or, c'est sur ce point que les limites peuvent être mesurées : faut-il adapter les modalités de privation de liberté des enfants ou rendre celle-ci impossible ? De manière expresse, l'avocat de la petite Tabitha, notre collègue Dirk Vanheule, avait invité la Cour à ne retenir que cette deuxième branche de l'alternative. Telle interprétation de l'article 5 de la CEDH était possible. La disposition comporte en effet une liste exhaustive des seuls cas dans lesquels la privation de liberté est possible. On y trouve la privation de liberté de l'étranger en situation irrégulière (lettre f) et celle du mineur d'âge pour son éducation surveillée (lettre d). L'avocat soutenait que cette dernière « comporte le seul cas de détention possible pour un mineur d'âge ». Or, en l'espèce, Tabitha ne doit pas faire l'objet d'une éducation surveillée, donc elle ne peut être détenue. Refusant de suivre ce raisonnement, la Cour estime que ce paragraphe « renferme en réalité un cas spécifique, mais non exclusif, de détention d'un mineur » en manière telle que le mineur d'âge étranger est aussi un étranger et peut, s'il est en situation irrégulière, être détenu de ce chef<sup>48</sup>. En d'autres termes, malgré « l'extrême vulnérabilité », dont on a souligné les risques du trop ou du trop peu, l'essai de charité ne s'est pas transformé en reconnaissance d'un véritable droit. La privation de liberté d'un enfant pour le seul motif qu'il ne sourit ou ne pleure au bon endroit n'est pas bannie, mais doit faire l'objet de modalités plus accueillantes.

### **B. Égalité**

L'égalité est au cœur du système de protection des droits de l'homme. De même, à bien des égards, la vulnérabilité est au cœur des

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pt 103.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pt 55.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pt 100. Pour un des rares commentaires soulignant cette limite, voy. J. FIERENS, *J.T.*, 2010, p. 357.

discriminations qui frappent certaines catégories de personnes. Souvent, c'est en s'adossant au principe de non-discrimination, par exemple de l'article 14 de la CEDH, que la jurisprudence reconnaît la situation de vulnérabilité de certaines catégories de personnes notamment en raison de la race, de la religion, de l'origine nationale, de l'âge, du handicap, du sexe ou de l'orientation sexuelle. Une manière de protéger ces vulnérabilités consiste alors à reconnaître l'existence de groupes vulnérables ou à ériger certains critères de traitements différenciés, comme le sexe, en critère suspect, exigeant de la part de l'auteur du traitement, généralement l'autorité publique, d'établir la preuve de l'efficacité et de la nécessité de la mesure aux fins d'atteindre un objectif légitime.

Cette démarche, caractéristique de la proportionnalité, connaît des limites lorsque la discrimination n'est vue que comme un facteur d'aggravation de l'atteinte aux droits. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît au principe de non-discrimination de l'article 14 de la CEDH une portée autonome en ce que ce principe peut conduire à un constat de violation par discrimination dans l'exercice d'un droit qui, pris isolément, n'atteindrait pas le seuil requis de gravité. En cela, la vulnérabilité du groupe discriminé ou de la personne discriminée est un facteur d'aggravation de l'atteinte aux droits fondamentaux reconnus à tous.

Mais, selon la portée également accessoire du même principe de non-discrimination, si le droit fondamental en cause apparaît violé, la jurisprudence majoritaire estimera qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur l'existence d'une discrimination. En d'autres termes, point n'est besoin de souligner la vulnérabilité lorsque le droit égal de toute personne est violé.

L'arrêt *Dudgeon* analysé ci-dessus en constitue un exemple. Outre l'atteinte disproportionnée à sa vie privée, Monsieur Dudgeon se plaignait également d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que « les actes homosexuels masculins, contrairement aux rapports homosexuels féminins ou hétérosexuels, exposent en Irlande du Nord à des sanctions pénales même quand ils se commettent en privé, entre adultes et d'un commun accord »<sup>49</sup>. La Cour, qui a condamné cette loi comme portant une atteinte disproportionnée à la vie privée, estime ne pas devoir se prononcer en sus sur le caractère discriminatoire de la loi, considérant que

une fois jugé que la restriction au droit de M. Dudgeon au respect de sa vie privée méconnaît l'article 8 [CEDH] en raison de son ampleur et de son caractère absolu, il apparaît *sans intérêt juridique* de rechercher s'il a subi de surcroît une discrimination par comparaison avec d'autres personnes sujettes

---

<sup>49</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pt 69.

à de moindres limitations au même droit. Dès lors, on ne saurait dire qu'une nette inégalité de traitement demeure un aspect fondamental du litige<sup>50</sup>.

Certes, selon les mots reproduits en italiques, on peut considérer « sans intérêt juridique », en termes d'effectivité, de condamner doublement l'État défendeur déjà condamné. Mais il n'en va certainement pas de même d'un point de vue social et politique car il s'agit de reconnaître – ou non – qu'un groupe déterminé, en l'occurrence les homosexuels, subit – ou non – une discrimination<sup>51</sup>. En dernière analyse, la reconnaissance de cette discrimination n'est pas « sans intérêt juridique » puisqu'elle permet d'identifier, en droit, le remède à apporter : rétablir l'égalité entre personnes, quelle que soit leur orientation sexuelle, au besoin par des mesures – parfois qualifiées de discriminations positives – destinées à restaurer l'égalité de droit dans l'inégalité de fait.

À nouveau les limites réelles apparaissent. Il n'est pas toujours suffisant de reconnaître la vulnérabilité si cette démarche de charité ne se traduit pas en reconnaissance de droits<sup>52</sup>. Peut-être est-ce tout simplement parce qu'à force d'invoquer la vulnérabilité, on oublie la signification complète du principe aristotélicien d'égalité : traiter de façon égale des situations identiques et de façon différente des situations différentes. D'où l'intérêt de se prononcer sur l'existence de différences acceptables ou de discriminations inacceptables pour dépasser les limites de la simple reconnaissance de vulnérabilités. Ainsi, dans l'affaire *Çam*, c'est bien sur la base du principe d'égalité qu'une élève aveugle doit avoir accès au conservatoire de musique. Sa « particulière vulnérabilité » impose aux autorités des « aménagements raisonnables » qui ne sont qu'une application du principe d'égalité. Chacun se doute que, comme Cendrars dans l'écriture, cette élève aveugle pourrait devenir une excellente musicienne. Du reste, elle avait réussi l'examen d'entrée avec les félicitations du jury, mais se heurtait aux obstacles dressés par la direction du conservatoire qui la considérait en incapacité de suivre les cours. Au-delà de ce rétablissement positif de l'égalité individuelle, ce qui est en cause est aussi l'égalité collective, cette manière de fraternité qui peut être

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pt 69, italiques ajoutées.

<sup>51</sup> Voy. sur ce point l'opinion dissidente du juge Matscher considérant que l'attitude de la Cour risque « de limiter excessivement la portée de l'article 14 [CEDH] jusqu'à le priver de toute valeur pratique » en manière telle « qu'il échet de prendre position sur la violation prétendue de l'article 14 » dont le juge estime qu'il n'y a pas violation.

<sup>52</sup> Il est vrai que, rappelant qu'en l'espèce la vulnérabilité reconnue n'était pas celle du requérant mais de ses propres « victimes » potentielles de moins de 21 ans, on pourra considérer qu'aucune vulnérabilité du chef de l'orientation sexuelle n'était évoquée.

développée, comme le souligne la Cour dans cet arrêt *Çam*, par l'éducation inclusive<sup>53</sup>.

### C. Fraternité

Le terme est désuet. La solidarité est préférée. Elle prend aussi quelques rides au bénéfice de l'éthique, plus esthétique, du *care* évoquée ci-dessus et rappelée ci-dessous comme potentialité structurelle. La fraternité, la solidarité qui ouvrent à l'attention à l'autre et, partant, à sa vulnérabilité conduiraient dans le champ matériel, à élargir les droits de l'homme vers des droits socio économiques et, dans le champ personnel, à renforcer l'universalité des droits de l'homme, par la reconnaissance de droits à toute personne, en ce compris aux étrangers qui ne sont pas membres de la communauté nationale.

Le droit des étrangers, en principe droit d'exclusion par souveraineté nationale, en devient droit d'inclusion, fût-ce partiellement, par l'effet de l'universalité des droits de l'homme<sup>54</sup>. Ici aussi, la vulnérabilité connaît des avancées considérables qui ne sont pas exemptes de limites. L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, prononcé en 2011 par la Cour européenne des droits de l'homme, en est un exemple<sup>55</sup>. Il permet d'évoquer à la fois la solidarité à l'égard d'une catégorie spécifique de personnes, les réfugiés, et la solidarité entre entités sociopolitiques que sont les États. L'affaire concerne l'application du règlement dit « de Dublin »<sup>56</sup>. Initialement convention interétatique en 1990, représentant la première ébauche d'une politique européenne d'asile, « Dublin », devenu règlement de l'Union européenne en 2003, a pour fonction de répartir les demandeurs d'asile entre les États membres de l'Union européenne afin d'éviter des demandes d'asile multiples, dans différents États de l'Union. Le principal critère de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile est territorial : est responsable l'État par lequel le demandeur d'asile est entré sur le territoire de l'Union. En conséquence, les États se trouvant à la frontière du sud et de l'est de l'Europe sont souvent désignés comme États responsables.

<sup>53</sup> CEDH, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08, 23 février 2016, pt 64.

<sup>54</sup> Sur ce point, J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers, op. cit.*, note 31, pp. 63-129.

<sup>55</sup> CEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, 21 janvier 2011.

<sup>56</sup> Règlement 304/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable 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 refonte, remplaçant le règlement 343/2003 dit « Dublin II » applicable à l'époque de l'arrêt *M.S.S.*, qui lui-même remplaçait la convention de Dublin de 1990, dite « Dublin I », entrée en vigueur en 1997, *J.O.*, C 191, 23 juin 1997, p. 27). Pour une présentation d'ensemble et des références, J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers, op. cit.*, note 31, pp. 403 et 459-467.

Tel est le cas dans l'affaire *M.S.S.* Ressortissant afghan arrivé en Belgique via l'Iran, la Turquie et la Grèce, monsieur M.S.S. introduit une demande d'asile en Grèce et ensuite en Belgique. La Belgique considère que, sur la base du règlement Dublin, la Grèce est l'État responsable de l'examen de la demande d'asile. Pour refuser ce transfert de responsabilité, l'intéressé invoque les traitements inhumains et dégradants dont les demandeurs d'asile font l'objet en Grèce.

Outre d'autres condamnations, la Cour, réunie en grande chambre, dit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la CEDH (traitement inhumain et dégradant) par la Grèce (à l'unanimité) et par la Belgique (par seize voix contre une). La condamnation de la Grèce était attendue compte tenu, à cette époque, des défaillances importantes dans le traitement et l'accueil des demandeurs d'asile. Pour asseoir sa décision, « la Cour accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable »<sup>57</sup>.

Dans son opinion, partiellement concordante et partiellement dissidente, le juge Sajo admet que la Grèce est responsable de traitements dégradants à l'encontre du requérant, mais il considère que, bien que nombre de réfugiés « soient des personnes vulnérables, les demandeurs d'asile ne sauraient être qualifiés inconditionnellement de groupe particulièrement vulnérable (...) dont tous les membres mériteraient une protection spéciale du fait de leur stigmatisation sociale », à la différence des discriminations, dont il donne l'exemple, fondées sur le handicap, l'orientation sexuelle ou l'origine ethnique comme les Roms<sup>58</sup>. Ce faisant, le juge Sajo ne suit pas le raisonnement de la Cour qui semble créer un nouveau groupe vulnérable qui devrait, de ce fait, bénéficier d'une solidarité particulière et accroître l'obligation positive des États à l'égard de ses membres, la Cour soulignant en l'espèce la passivité de la Grèce.

À dire vrai, le rôle de la vulnérabilité dans cette solidarité à l'égard des réfugiés est incertain. En effet, pour la deuxième condamnation, moins attendue, de la Belgique, la Cour ne fait plus aucune référence à la vulnérabilité, mais reprend sa formule habituelle de l'existence de « motifs sérieux et avérés de croire que si on l'expulsait vers le pays de destination (la Grèce qui elle-même pourrait renvoyer en Afghanistan) [le requérant] y courrait un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant »<sup>59</sup>. Dès lors, quand bien même le système Dublin serait fondé

---

<sup>57</sup> Arrêt *M.S.S.*, *op. cit.*, note 55, pt 251.

<sup>58</sup> Opinion du juge Sajo, p. 107.

<sup>59</sup> Arrêt *M.S.S.*, *op. cit.*, note 55, pt 342.

sur la « solidarité » et la « coopération » entre les États membres de l'Union, ceux-ci « ne sont pas exonérés de toute responsabilité » au regard des droits fondamentaux<sup>60</sup>. La responsabilité de la Belgique est engagée car elle avait connaissance des défaillances, qui seront qualifiées ultérieurement de systémiques, dans la procédure d'asile en Grèce.

Les mots vulnérabilité ou vulnérable sont répétés à vingt-cinq reprises dans l'arrêt et dans les opinions. Il n'est pas certain que cette importance quantitative ait, ici, une portée qualitative. Au contraire, elle pourrait montrer les limites d'une notion dont il est abusé alors que point n'en était besoin pour condamner. L'essentiel est passé sous silence. C'est le constat d'une politique qui, en réalité n'est ni fondée sur un « traitement équitable » à l'égard des demandeurs d'asile ni fondée sur une réelle « solidarité » entre les États membres<sup>61</sup>.

Sous couvert d'attention à la vulnérabilité générale d'un groupe ou, dans des jurisprudences ultérieures, à la vulnérabilité particulière de personnes au sein du même groupe comme les mineurs<sup>62</sup> ou les malades<sup>63</sup>, le droit de renvoyer le fugitif, demandeur d'asile, d'un lieu à l'autre demeure en l'état, moyennant quelques charitables corrections. Dans son opinion concordante, le juge grec Rozakis, tout en votant avec la majorité pour la condamnation de son pays, ne s'y trompait pas :

Dans ces conditions, il est clair que la politique d'immigration de l'Union européenne – y compris le règlement Dublin II – ne tient compte ni des réalités actuelles ni de la charge disproportionnée que supportent les autorités grecques responsables de l'immigration. Il est manifestement urgent et nécessaire de réformer globalement le régime juridique en vigueur en Europe, qui devrait prendre dûment en considération les difficultés et besoins particuliers de la Grèce dans ce domaine délicat de la protection des droits de l'homme<sup>64</sup>.

La « crise » de l'asile, à partir de 2015, confirmera les limites de cette solidarité. Les mesures prises en vue de répartir les demandeurs d'asile par relocalisation entre les États membres seront d'une efficacité très relative dans leur mise en œuvre. Leur existence même sera contestée par la Hongrie et la Slovaquie soutenues par la Pologne. La Cour de justice de

<sup>60</sup> *Ibidem*, pts 58 et 342.

<sup>61</sup> Les termes entre guillemets sont expressément mentionnés aux articles 67 et 80 TFUE.

<sup>62</sup> CEDH, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12, 4 novembre 2014. En revanche, dans CEDH, *A.S. c. Suisse*, req. n° 39350/13, 30 juin 2014, la vulnérabilité particulière n'est pas jugée suffisante pour empêcher le renvoi vers l'Italie.

<sup>63</sup> CJUE, *C.K. c. Slovaquie*, C-578/16, 16 février 2017, EU:C:2017:127 : risque réel de traitement inhumain ou dégradant lors du transfert de la personne d'un État à l'autre, même en l'absence de défaillance systémique dans le pays de destination.

<sup>64</sup> Opinion du juge Rozakis dans *M.S.S.*, *op. cit.*, note 55, p. 94.

l'Union européenne rejettera leur recours en annulation de ces mesures<sup>65</sup>. De même lorsqu'il s'agira d'examiner l'obligation d'accorder ou non un visa à des demandeurs d'asile syriens, « l'extrême vulnérabilité de la population civile syrienne » évoquée par l'avocat général Mengozzi dans ses conclusions, n'emportera pas la conviction de la Cour en vue d'intégrer ces demandes de visa humanitaire dans le champ du droit de l'Union européenne<sup>66</sup>.

Ces exemples arbitrairement choisis, mais significatifs, montrent diverses limites quant à la portée de la notion de vulnérabilité. Faut-il dès lors, malgré son succès, y voir un effet de mode qui évoque le « moderne et donc amélioration et progrès (...) [mais] aussi ce qui ne dure pas, ce qui est fugace, voire futile »<sup>67</sup> ? Si l'amélioration, au cas par cas, d'une certaine efficacité dans la protection des droits de l'homme est, en soi, un apport positif, la sorte de bonne conscience qui pourrait en résulter peut aussi réduire les droits, pour y substituer quelques aimables charités dont les bonnes intentions ne sauvent pas de l'enfer. Autrement formulée, à partir d'extraits de doctrine, la question serait : la vulnérabilité est-elle une « révolution tranquille »<sup>68</sup> pleine de promesses ou un « oreiller de paresse »<sup>69</sup> ? Il est donc utile, au-delà des apports conjoncturels, d'évaluer si la notion de vulnérabilité recèle des potentialités structurelles.

### 3. Des potentialités ?

Avant de cerner les potentialités structurelles de la notion de vulnérabilité (B), il est bon d'en rappeler les potentialités conjoncturelles (A).

<sup>65</sup> CJUE, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil de l'U.E.*, aff. C-643/15 et C-647/15, 6 septembre 2017, EU:C:2017:631. Parmi les premiers commentaires, voy. L. LEBOEUF, « Relocalisation des demandeurs d'asile. La Cour de justice confrontée à l'identité nationale », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017 et les références y citées.

<sup>66</sup> CJUE, X.X., C-638/16 PPU, 7 mars 2017, EU:C:2017:173, conclusions de l'avocat général Mengozzi du 7 février 2017, EU:C:2017:93, en particulier pts 146 et 147. Sur l'ensemble, J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, *J.D.E.*, 2017, p. 110, pts 5-7, et *gdr-elsj.eu*, 20 février 2017.

<sup>67</sup> M.H. SOULET, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence » in *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), *op. cit.*, note 6, p. 8.

<sup>68</sup> A. TIMMER, « A quiet revolution : Vulnerability in the European Court of Human Rights » in *Vulnerability. Value and Critique*, M. Fineman et A. Grear (dir.), Aldershot, Ashgate, 2013, pp. 147-169.

<sup>69</sup> S. BESSON, *op. cit.*, note 14, p. 69.

### A. Conjoncturelles

L'importance quantitative, mais aussi qualitative des références du droit, et en particulier de la jurisprudence, à la vulnérabilité traduit un apport conjoncturel certain à la fonction de « rendre justice ». Divers aspects procéduraux et substantiels en ont déjà été soulignés.

Deux aspects sont ici retenus du point de vue substantiel. Le contenu des droits de l'homme peut, à la lumière de la vulnérabilité, accroître la protection des droits (i), voire en créer de nouveaux (ii).

(i) La croissance des droits résulte d'une interprétation évolutive, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », selon la formule de la Cour européenne des droits de l'homme. Le recours à la notion de vulnérabilité peut accentuer cette lecture des textes à droits croissants. L'interprétation de la qualification des traitements dégradants, inhumains ou de torture, qui est au cœur de la reconnaissance de la dignité humaine en est un bon exemple. À la différence d'autres droits ou libertés, le droit à ne pas faire l'objet de traitements dégradants, inhumains ou de torture est, à l'instar du droit à la vie – et même davantage que ce dernier –, absolu et indérogeable, en cela qu'il ne souffre aucune exception ni en temps ordinaire ni en temps extraordinaire de guerres ou de troubles.

Néanmoins cet absolu n'est pas... absolu. Il est relativisé par la notion de gravité nécessaire à l'appréciation, selon une échelle ascendante, du caractère dégradant, inhumain ou de torture du traitement dénoncé. Comme le soulignait le juge Rozakis dans son opinion séparée sur l'arrêt *M.S.S.* précité, l'appréciation du minimum de gravité requis « est relative et dépend de l'ensemble des données de la cause »<sup>70</sup>. Douze ans plus tôt déjà, dans un arrêt *Selmouni*, la Cour reconnaissait la relativité de ces notions en affirmant que

compte tenu de ce que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles (...) la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de traitements inhumains et dégradants et non de torture pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir [car] (...) le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques<sup>71</sup>.

En conséquence, la Cour, réunie en grande chambre, constate une violation par la France de l'article 3 de la CEDH, du chef de tortures infligées à Monsieur Selmouni dans un commissariat de police parisien alors que la

<sup>70</sup> Arrêt *M.S.S.*, *op. cit.*, note 55, opinion du juge Rozakis, p. 95.

<sup>71</sup> CEDH, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, 28 juillet 1999, pt 101.

France reconnaissait, au mieux ou au pire selon les points de vue, un traitement dégradant. Si la Cour ne fait pas référence à la vulnérabilité de la personne en garde à vue, elle rappelle toutefois, citant l'arrêt *Tomasi*, que « lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'État de fournir une explication plausible pour l'origine de ses blessures, à défaut de quoi l'article 3 [CEDH] trouve manifestement à s'appliquer »<sup>72</sup>.

Quatre ans plus tard, dans l'arrêt *Hénaf*, la Cour se réfère au raisonnement tenu dans *Selmouni* pour évaluer la gravité du traitement infligé à un détenu entravé à son lit d'hôpital et note qu'« une telle affirmation valant pour une possible aggravation d'une qualification sous l'angle de l'article 3 [CEDH], il s'ensuit que certains actes autrefois exclus du champ d'application de l'article 3 pourraient présenter le minimum de gravité requis à l'avenir »<sup>73</sup>. Au-delà d'un accroissement des droits, c'est à la quasi-création d'un droit nouveau que l'on assiste par l'abaissement du seuil minimum de gravité requis. Ce qui hier n'était pas un traitement dégradant condamnable peut, aujourd'hui, le devenir. Encore peut-on considérer qu'il n'y a là qu'interprétation de qualification.

(ii) D'autres hypothèses révèlent une véritable *création* de droits, tantôt potentielle, tantôt réalisée. En matière de libertés, potentiellement, l'arrêt *Mublanzila* précité eût pu reconnaître une interdiction absolue de privation de liberté du mineur pour un motif autre que celui de son éducation surveillée. En matière d'égalité, la reconnaissance de groupes vulnérables crée de nouveaux critères suspects de discrimination qui, initialement, ne figuraient pas dans la liste. L'orientation sexuelle en est un exemple. En matière de solidarité, il advient que des droits sociaux soient reconnus, par exemple à des personnes handicapées, par le moyen d'une interprétation élargie d'un droit civil, comme le droit de propriété<sup>74</sup>. De même, en matière environnementale, le bien commun paraît trouver protection à la faveur de la protection d'une partie faible au litige comme dans l'affaire *Mines de potasse d'Alsace* précitée. Mais il convient de raison garder. Dans toutes ces hypothèses, le rôle de la vulnérabilité est très conjoncturel. Tantôt elle se devine, tantôt elle en est totalement absente. En réalité, la vulnérabilité n'est, bien souvent, qu'une valeur sous-jacente, implicite mais utile dans la recherche d'un consensus nécessaire à l'interprétation évolutive des textes. Au-delà du cas d'espèce et de son apport conjoncturel, la vulnérabilité recèle aussi des potentialités d'ordre structurel.

<sup>72</sup> *Idem*, pt 87, et *Tomasi*, *op. cit.*, note 37, pt 108.

<sup>73</sup> CEDH, *Hénaf c. France*, req. n° 65436/01, 27 novembre 2003, pt 55.

<sup>74</sup> CEDH, *Koua Poirrez c. France*, req. n° 40892/98, 30 septembre 2003.

### B. Structurelles

À un premier niveau, la notion de vulnérabilité comporte une potentialité structurelle dans la définition même des droits de l'homme. À un deuxième niveau et plus fondamentalement, la notion de vulnérabilité, ou peut-être ici le concept général de vulnérabilité et les valeurs qu'il représente, participent à la construction des sociétés démocratiques contemporaines.

S'agissant du *premier* niveau, celui des droits de l'homme, il est indéniable que la vulnérabilité peut y jouer un rôle structurel. Selon la structure des droits de l'homme proposée par Samantha Besson, rappelée au début de cet article, le rôle central des droits de l'homme est d'offrir une protection nécessaire et raisonnable contre la menace faite à des intérêts fondamentaux. Il est certain que la vulnérabilité entrera en compte dans l'évaluation de la menace et de la nécessité de protection. La notion de vulnérabilité est ici un complément du principe d'égalité qui traverse la théorie et la pratique des droits de l'homme. La vulnérabilité permet d'adapter le principe libéral de l'égalité formelle à la réalité qui « bave et se meut »<sup>75</sup>. Il s'agit selon la belle formule française de la Charte canadienne des droits et libertés d'arriver à ce que la loi, non seulement « s'applique également à tous », mais aussi ne fasse « acception de personne », c'est-à-dire ne conduise pas à ce que certaines personnes soient, du fait même de l'application théoriquement égale de la loi, favorisées, préférées par la loi avec, en contrepartie, d'autres personnes qui seraient défavorisées ou ignorées<sup>76</sup>.

Il reste que la prise en compte de la position dominante et, en contrepartie, de la position de vulnérabilité comporte le risque, tantôt de substituer à l'égalité individuelle une égalité de groupe, tantôt de glisser de l'égalité à l'équité avec pour conséquence, selon le risque identifié par Paul Martens, fervent défenseur de la notion de vulnérabilité, qu'« à vouloir mélanger la charité et la justice, on prive la première de sa munificence, la

<sup>75</sup> Ch. PEGUY, « Par ce demi-clair matin », texte posthume écrit en novembre 1905, à propos de la paix et de la guerre. La citation complète est une belle invitation à la prise en compte de la complexité du réel : « Le seul malheur est qu'il n'est pas démontré que la réalité soit faite commodément pour nos paresseuses, hermétiquement pour nos classements logiques ; la réalité bave et se meut », in *Œuvres complètes*, vol. II, coll. La Pléiade, p. 128.

<sup>76</sup> Charte canadienne des droits et libertés, article 15. La formule anglaise, dont la traduction française fut mûrement réfléchie par le législateur canadien, est « Every individual is equal before and under the law ». L'analyse de la conformité de traitement au regard de cette disposition implique la prise en compte du contexte qui comprend « la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilités subis par la personne ou le groupe en cause ». Voir Cour suprême (Canada), 2 février 1989, *Andrews* [1989] 1 S.C.R. 143.

seconde de sa neutralité »<sup>77</sup>. C'est habituellement au sein du principe de proportionnalité que cette pondération des intérêts en présence, des forces et vulnérabilités, sera intégrée. Or, ce principe n'est pas celui d'une équité floue soumise aux humeurs du juge. On sait aujourd'hui qu'il convient de « prendre l'idée simple au sérieux » et que le principe de proportionnalité peut être structuré et structurant<sup>78</sup>. Encore faut-il le centrer sur son rôle instrumental d'adaptation du droit aux réalités. À cet égard, la formule de la proportionnalité explicite que comporte de nombreuses dispositions de protection des droits de l'homme, comme l'article 8 de la CEDH à propos de la vie privée et familiale, conduit à n'accepter d'ingérence dans tel droit que si elle est « prévue par la loi » et « pour autant (...) qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire » à la protection de l'ordre, de la sécurité, de la santé, de la morale, des droits d'autrui. « Dans une société démocratique », dit le texte. Ce faisant, il nous indique que « l'esprit des droits » se fonde sur la démocratie et, dans le même mouvement, fonde une certaine conception de la démocratie. Dans ses écrits, Philippe Gérard la fonde précisément sur les principes d'égalité et d'autonomie collective<sup>79</sup>.

Sans posséder la rigueur et la qualité d'analyse philosophique de Philippe Gérard, on peut s'aventurer ici vers ce deuxième niveau de potentialité structurante de la notion de vulnérabilité au départ de l'évolution, dans les sociétés contemporaines, du contenu des deux racines grecques

<sup>77</sup> P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *R.T.D.H.*, 2014, p. 325. Ce texte est le discours de rentrée du master complémentaire en droits de l'homme, commun aux universités Saint-Louis, de Namur et de Louvain, présidé avec rigueur et humanité durant de nombreuses années par Philippe Gérard.

<sup>78</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

<sup>79</sup> Ph. GERARD, *L'esprit des droits*, op. cit., note 2, p. 133 ; *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 112. Samantha Besson se réfère à Philippe Gérard à propos d'une « forme d'égalité plus collective dans son contenu » qui devrait être explicitée in S. BESSON, op. cit., note 14, à la note 113 du texte de S. BESSON. Cette explication est faite, notamment dans Ph. GERARD, « Human Rights and Democracy », *Finnish Yearbook of International Law*, 2002, pp. 119-147, également publié en espagnol in *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Epoca*, 2002, pp. 51-62. Voy. aussi M. STARITA, « Democrazia deliberativa e Convenzione europea dei diritti umani », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, pp. 245-278, reproduit in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010. Fidèle à l'esprit pluraliste de l'école de philosophie du droit de Palerme, l'auteur analyse finement la place de la démocratie délibérative dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, inversement, le rôle que celle-ci peut jouer dans le développement de celle-là, en manière telle que « l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali costituisce una "precondizione" della democrazia » qui est le signe de « l'esistenza di uno stretto legame tra diritti e democrazia, definito in termini di co-originarietà » (p. 248).

qui forment le mot démocratie : le *dèmos* (δῆμος) et le *kratos* (κράτος). Le peuple et la force.

S'agissant du peuple qui compose l'ensemble sociopolitique d'organisation de la vie en société deux évolutions majeures en modifient le contenu sous l'influence des droits de l'homme. Sous l'influence du rôle attribué à la vulnérabilité ces évolutions pourraient s'accroître ou même prendre des formes nouvelles.

La première évolution tient à la composition de l'État nation. La communauté de ses sujets de droit est aujourd'hui bien plus large que celles des seuls nationaux. Si l'État maintient des distinctions, en particulier pour les droits politiques, fondées sur la nationalité ou, plus souples, sur d'autres facteurs de proximité comme la résidence régulière, il offre une large place aux étrangers. D'un droit d'exclusion, le droit des étrangers est aussi devenu un droit d'inclusion, fût-ce à des degrés divers.

La deuxième évolution tient au dépassement de l'État nation par la reconnaissance d'ordres juridiques supranationaux. Les deux constructions européennes font figure de modèle. Le Conseil de l'Europe, même s'il ne peut être qualifié d'ordre juridique au sens strict, à défaut d'institution détentrice de l'exercice de la souveraineté, reconfigure le *dèmos* commun au-delà de l'État nation, en particulier au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En recherchant le consensus au sein d'un ensemble élargi d'États, sur les questions de société qui sont en évolution, la Cour élargit la scène de l'espace public de discussion<sup>80</sup>. Or, dès l'instant où les valeurs référentielles d'une société donnée ne sont plus transcendantales, mais issues du débat, du dialogue, de conflits d'intérêts, de recherches de consensus, l'élargissement de cette « société donnée » peut modifier profondément les références ancrées dans une partie de cette société. Ainsi, dans le fameux arrêt *Dudgeon* précité, relatif à l'homosexualité et souvent cité comme première référence à la vulnérabilité, le juge Walsh n'avait pas tort dans son opinion dissidente en affirmant que « la prééminence du droit elle-même dépend d'un consensus moral de la société et dans une démocratie, la loi ne peut faire abstraction de ce consensus »<sup>81</sup>. Son erreur était de restreindre sa société de référence à l'Irlande du Nord, où, du reste, les opinions relatives à la dépenalisation de l'homosexualité étaient déjà très partagées. La Cour y oppose une société plus large. Rappelant que « la société démocratique » se caractérise par « la tolérance et l'esprit d'ouverture », elle note que « l'on témoigne (...) de

<sup>80</sup> Fr. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive » in *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Fr. Sudre (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 41-62.

<sup>81</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, opinion du juge Walsh, pt 14.

plus en plus de tolérance envers [le comportement homosexuel] *dans la grande majorité des États membres* »<sup>82</sup>.

Cet élargissement spatial du dèmos de référence est encore plus structurant lorsqu'il s'inscrit dans un véritable ordre juridique d'intégration comme l'Union européenne. Édouard Dubout a démontré, de façon convaincante, que « la Cour de justice appréhende certaines situations comme étant source de vulnérabilité du point de vue des intérêts particulièrement dignes de protection pour l'intégration européenne »<sup>83</sup>. Si les exemples qu'il donne concernent principalement les citoyens européens, ce qui n'est pas négligeable, d'autres intérêts pourraient être retenus dans cet espace élargi au service d'une intégration renforcée. Ainsi l'arrêt précité *Mines de potasse d'Alsace* pourrait aussi se lire, sous cet éclairage, comme conduisant à prendre en compte la sauvegarde de l'environnement, tant

<sup>82</sup> Arrêt *Dudgeon*, *op. cit.*, note 16, pts 53 et 60, italiques ajoutées. Le même débat se tient, quelque trente ans plus tard, entre l'Irlande et la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'avortement : CEDH, *A, B et C c. Irlande*, req. n° 25579/05, 16 décembre 2010. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît « dans une majorité substantielle des États membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais » (pts 235-237) qui limite ce droit au motif de la vie de la mère, non de la viabilité du fœtus ou de la santé de la mère ou des causes de grossesse comme le viol. Mais la Cour neutralise l'effet de cette reconnaissance d'un large consensus par la marge d'appréciation de l'État. Dans leur opinion partiellement dissidente, six juges estiment précisément que ce faisant, la Cour pose un « véritable tournant dangereux » à sa jurisprudence dont « l'une des principales fonctions (...) est de conduire progressivement à une application harmonieuse de la protection des droits de l'homme qui transcende les frontières nationales » (opinion des juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi, pt 5). Si, ici, la Cour se refuse à « condamner la loi » ; ailleurs, elle n'hésite pas, en invoquant la particulière vulnérabilité des femmes dans cette situation, à condamner la non-application ou la mauvaise application de lois qui permettent l'avortement dans certaines circonstances, comme en Pologne (CEDH, *Tysiac c. Pologne*, req n° 5410/03, 20 mars 2007 ; *R.R. c. Pologne*, req. n° 27617/04, 26 mai 2011 ; *P. et S. c. Pologne*, req. n° 57375/08, 30 octobre 2012). Invoquant également la particulière vulnérabilité de la femme enceinte ayant appris que son enfant n'était pas viable, le Comité des droits de l'homme des Nations unies se montre plus ferme dans ses constatations de traitement cruel, inhumain ou dégradant pour « condamner » la loi irlandaise (Com. Dr. H., *Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016). Sur l'ensemble : G. WILLEMS et L. COHEN, « Regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations unies sur le droit à l'avortement », *R.T.D.H.*, 2017, pp. 557-583. Des débats similaires à ceux qui portent sur le début de la vie se tiennent et se tiendront encore sur la fin de vie : CEDH, *Gard e.a. c. Royaume-Uni*, req. n° 39793/17, 27 juin 2017, décision d'irrecevabilité. La Cour tient compte de la marge d'appréciation des États et de l'absence de consensus sur la question de fin de vie. La vulnérabilité n'est évoquée que pour la question procédurale de représentation de l'enfant qui, atteint d'une maladie mitochondriale rare, est dans le coma. Il y a désaccord entre les parents, requérants, qui souhaiteraient un traitement expérimental aux États-Unis et le représentant légal de l'enfant qui estime, avec les médecins, que cela n'est pas du meilleur intérêt de l'enfant.

<sup>83</sup> E. DUBOUT, « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne » in *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), *op. cit.*, note 6, pp. 31-57.

pour l'intérêt de toute personne se trouvant dans et en dehors de l'espace concerné que pour l'intérêt des générations futures. En matière de droit des étrangers, la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, relative à la gestion de la crise de l'asile, en rejetant l'opposition de la Slovaquie et de la Hongrie au plan de relocalisation des réfugiés, offre aussi les termes d'une interprétation plus large de la société de référence comme condition nécessaire à l'exercice de la solidarité, facteur de l'intégration européenne :

En effet, si la relocalisation devait être strictement conditionnée par l'existence de liens culturels ou linguistiques entre chaque demandeur de protection internationale et l'État membre de relocalisation, il en découlerait qu'une répartition de ces demandeurs entre tous les États membres dans le respect du principe de solidarité qu'impose l'article 80 TFUE et, partant, l'adoption d'un mécanisme de relocalisation contraignant, seraient impossibles<sup>84</sup>.

Par cela, de façon générale, « le droit est conçu comme un ordre de relations humaines avant d'être la loi d'un territoire donné »<sup>85</sup>.

Cet ordre de relations humaines pose la question de la deuxième composante du mot démocratie, celle de la force, du pouvoir. Deux aspects peuvent, ici aussi, être retenus. D'une part, les rapports de force au sein de la société, d'autre part la répartition entre les pouvoirs constitués.

S'agissant des rapports de force au sein de la société, il convient d'admettre qu'ils sont importants, dès l'instant où c'est au départ de leur dialectique que s'élaboreront les valeurs de référence. Comme le notait Jean Ladrière en 1980 à l'occasion des journées juridiques Jean Dabin, consacrées à « légalité et références aux valeurs » :

En se référant aux valeurs, le juriste semble se référer à un idéal éthique qui est au-delà et au-dessus du droit. Mais en fait, n'y a-t-il pas seulement référence à un certain consensus pratique existant dans une société donnée, à un moment déterminé ? Ne peut-on même aller plus loin encore, et dire qu'il

<sup>84</sup> Arrêt *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, *op. cit.*, note 65, pt 304. Les conclusions de l'avocat général Bot mettaient, plus encore que la Cour, « l'accent sur l'importance de la solidarité en tant que valeur fondatrice et existentielle de l'Union » (pt 18). En ce sens, H. LABAYLE, « La solidarité n'est pas une valeur : la validation de la relocalisation temporaire des demandeurs d'asile par la Cour de justice », *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog*, 7 septembre 2017, et sur [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu).

<sup>85</sup> Fr. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *R.I.E.J.*, 1982, p. 57. Ludivine Damay et Florence Delmotte ont bien montré que, s'il y a certes une évolution des droits de l'homme, initialement conçus comme droits des individus contre l'État vers les droits de l'homme comme élément de la construction d'une communauté politique à l'échelle de l'humanité, il n'y a pas de rupture historique dans cette évolution. L. DAMAY et F. DELMOTTE, « Les droits de l'homme entre ruptures et continuité : un éclairage historico-sociologique », *J.E.D.H.*, 2016, n° 2, dossier « Droits de l'homme, la dernière utopie ? », pp. 161-178.

y a seulement référence à ce qui est socialement admis pour tel groupe exerçant une influence dominante dans une société donnée ?<sup>86</sup>

L'influence du concept général de vulnérabilité sera ici de relativiser la règle de la majorité. Ce que la majorité décide, selon la règle arithmétique de la démocratie, n'est pas, ou n'est plus nécessairement, le bien de tous. Certes, ce risque de décisions préjudiciables à la minorité ne doit pas, comme le souligne Philippe Gérard, « être surestimé ». « Inhérent à l'exercice de l'autonomie collective dans la démocratie, ce risque peut seulement être limité grâce à la pratique de la délibération publique et grâce à certains tempéraments auxquels le principe de majorité doit être soumis »<sup>87</sup>. Sans en être le seul levier, un principe général de prise en compte de la vulnérabilité peut être un vecteur structurant de ces tempéraments. Il y a un cercle qui peut être vertueux entre le concept de vulnérabilité qui impose attention à ceux, personnes ou groupes, qui ne font pas partie de la majorité dominante et la restructuration des rapports de force au sein de la société, donnant poids aux personnes ou aux groupes minoritaires qui, par leur voix, peuvent accroître l'usage de la notion de vulnérabilité. Les théories du *care* précitées participent de ce mouvement<sup>88</sup>. Il ne s'agit plus simplement de protéger la fragilité, mais d'organiser une conception structurelle de la vulnérabilité qui comporte « une dimension relationnelle »<sup>89</sup>. Il s'agit, dans le rétablissement de cette dimension relationnelle d'éviter l'un des pièges majeurs de la construction individualiste des droits de l'homme cette « petite société à son usage » très tôt identifiée par Tocqueville, dans son analyse de la démocratie, comme amenant le citoyen à « abandonner volontiers la grande société elle-même »<sup>90</sup>.

Toutefois, pour être vertueux et structurel, ce cercle doit reposer sur des institutions. La démocratie se caractérise par la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. La démocratie contemporaine, ouverte, tant dans son espace territorial que dans la pluralité de ses composantes, se caractérise par le rôle important qui doit être reconnu au pouvoir judiciaire. « Il y va d'une mise en œuvre plus raffinée du principe de séparation des pouvoirs, par l'attribution au juge [de la constitutionnalité ou des droits fondamentaux] du pouvoir de nettoyer l'action législative des impuretés qui

<sup>86</sup> J. LADRIERE, « L'apport du philosophe au règlement des conflits de valeurs », in *Légalité et références aux valeurs*, X<sup>es</sup> Journée d'études juridiques Jean Dabin, UCL, Faculté de droit, 1980, notes et documents, p. 14.

<sup>87</sup> Ph. GERARD, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, note 79, p. 208.

<sup>88</sup> *Supra*, note 4.

<sup>89</sup> P. MARTENS, *op. cit.*, note 77, p. 327.

<sup>90</sup> A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, II, II, II, in *Œuvres*, vol. II, coll. La Pléiade, Gallimard, p. 612. Voy. Ph. GERARD, « Human Rights and Democracy », *op. cit.*, note 79, p. 59 ; J.-Y. CARLIER, « Intégration régionale et démocratie. Quelques réflexions à partir de la pensée d'Alexis de Tocqueville », *Revue burkinabé de droit*, 2001, pp. 9-20.

peuvent l'entacher »<sup>91</sup>. Ce rôle est d'importance, en particulier pour les personnes ou les groupes dont la vulnérabilité fait obstacle à toute autre forme d'accès au débat public et au pouvoir de décision. Ici, la vulnérabilité n'est ni promesse de révolution ni oreiller de paresse, mais oreille d'attention et parole de décision. Le rôle du juge est difficile, car il est construction lente et progressive d'équilibres fragiles. Ce rôle doit être reconnu et accepté par les autres pouvoirs, le législatif et l'exécutif, qui ont une inclination naturelle à le qualifier de non démocratique.

Sous condition de ces divers équilibres fragiles, et à condition de ne point passer du cercle vertueux de la construction lente à la spirale de l'excès, la vulnérabilité peut, au-delà de cette attention non négligeable à ceux qui ont « éprouvé le courant d'air de la vie »<sup>92</sup>, structurer vers un pluralisme renforcé l'esprit des droits de l'homme qui fonde les démocraties contemporaines. Mais il y va bien de droits, non d'une simple charité guidée « par l'émotion par nature fugace de l'identification douloureuse »<sup>93</sup>. Ce droit-là est humain, non « parce que l'émotion le dicte, mais parce que le droit le commande »<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Fr. RIGAUD, « La science du droit entre un modèle éthique et un modèle scientifique », *Bulletin de la classe des Lettres de l'Académie royale de Belgique*, 1990, p. 125. Sur l'interprétation en général, voy. la deuxième partie de R. DWORKIN, « Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs », trad. française, Genève, Labor et Fides, 2015, et A. POLICAR, *Ronald Dworkin ou la valeur de l'égalité*, Paris CNRS, 2015, en partic. p. 15 : « La fonction de la justice constitutionnelle est dès lors d'orienter le débat public autour des grands problèmes de société (...) les tribunaux sont chargés de dégager les principes qui approfondissent le débat démocratique en les soustrayant au jeu politique ». Dans un cadre plus national, voy. G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, au carrefour de sources et de jurisprudences : vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux ? », *A.P.*, 2015, pp. 408-419, texte issu de la thèse de doctorat « Vers une dématérialisation des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge », Bruxelles, Bruylant, 2015.

<sup>92</sup> Ch. PEGUY, « De la situation faite à l'histoire », *Cahiers de la quinzaine*, série 8, cahier 3, 4 novembre 1906, *Œuvres complètes*, La Pléiade, vol. II, p. 490.

<sup>93</sup> P. DECLERCK, *Les naufragés*, *op. cit.*, note 1, p. 130.

<sup>94</sup> CJUE, X.X., conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, note 66, pt 175.