La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Samantha Besson

▶ **To cite this version:**

Samantha 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. Laurence Burgorgue Larsen. La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, 7, Pedone, pp.59-85, 2014, Cahiers européens, 978-2-233-00709-4. hal-02555909

HAL Id: hal-02555909
https://hal.science/hal-02555909

Submitted on 11 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA VULNERABILITE
ET LA STRUCTURE DES DROITS DE L'HOMME
L'EXEMPLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

SAMANTHA BESSON

Professeur de droit public et de droit européen
co-directrice de l'Institut de droit européen,
Université de Fribourg (Suisse)[*]

« A moral right provides (1) the rational basis for a justified demand (2) that the actual enjoyment of a substance be (3) socially guaranteed *against standard threats*. (…) I am not suggesting the absurd standard that a right has been fulfilled only if it impossible for anyone to be deprived of it or only if no one is ever deprived of it. The standard can only be some reasonable level of guarantee. (…) It is for the more precise specification of the reasonable level of social guarantees that we need the final element in the general structure of moral rights: the notion of a standard threat (…) that is the notion of *common, or ordinary, and serious but remediable threats*. A fundamental purpose of acknowledging any basic rights at all is to prevent, or to eliminate, insofar as possible the degree of *vulnerability* that leaves people at the mercy of others. (…) The social guarantees that are part of any typical right need not provide impregnable protection against every imaginable threat, but they must provide effective defenses *against predictable remediable threats* »[1].

[*] Je tiens à remercier chaleureusement Laurence BURGORGUE-LARSEN pour son invitation à contribuer à cet ouvrage collectif et Alain SUPIOT pour son invitation à présenter ma contribution lors du séminaire hebdomadaire de l'IEA (Institut d'Etudes Avancées) à Nantes. Mes remerciements vont aussi aux participants au colloque de l'IREDIES à Paris en décembre 2012 et au séminaire de l'IEA à Nantes en avril 2013 au cours desquels j'ai eu la chance de présenter une version antérieure de ce chapitre et de bénéficier de commentaires et critiques fort utiles. Enfin, je souhaite remercier tout particulièrement mon assistant de recherche, Alexandre BIEDERMANN, pour son travail de recherche, de collecte de données statistiques et de mise en forme.

[1] H. SHUE, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2ème éd. 1996, 248 p., pp. 13 et s.

LA VULNÉRABILITÉ SAISIE PAR LES JUGES EN EUROPE,
EDITIONS PEDONE, PARIS, 2014

D'une manière générale, on peut dire de la vulnérabilité qu'il s'agit de la qualité de l'individu ou du groupe susceptible de faire l'objet d'une atteinte à ses intérêts, c'est-à-dire la qualité de celles et ceux qui sont menacés de ces atteintes à leurs intérêts.

Au-delà de cette première définition assez large, la notion de vulnérabilité demeure difficile à déterminer. Le concept est polysémique dans son usage courant. Il a quatre caractéristiques qui méritent d'être soulignées. C'est tout d'abord un concept *potentiel* en ce qu'il fait référence à une possibilité : la potentialité d'une menace comme d'une atteinte suite à cette menace ou, à l'inverse, d'une atteinte et donc d'une menace entraînant cette atteinte. C'est aussi un concept à la fois *objectif* et *subjectif*, comme d'ailleurs le concept lié de sécurité : la menace d'une atteinte peut être établie objectivement, mais sa perception compte aussi lors de l'évaluation de la vulnérabilité d'une personne. C'est ensuite un concept *relationnel* : un individu est susceptible d'une atteinte alors qu'un autre en porte la menace, et l'un implique l'autre[2]. Enfin, dans cette relation, la vulnérabilité implique à la fois la possibilité pour une personne d'être lésée dans ses intérêts et la possibilité pour autrui d'y remédier, voire même le devoir de le faire. Comme les concepts connexes d'inviolabilité ou de dignité[3], d'ailleurs, celui de vulnérabilité est donc à la fois *descriptif* d'un statut et *prescriptif* quant aux conséquences de ce statut.

Sans surprise au vu de sa place grandissante dans un discours individualisant, désocialisant voire « dé-catégorisant » désormais bien établi[4], la vulnérabilité joue aussi un rôle croissant dans le domaine des droits de l'homme où elle est la promesse d'un retour au corps et à la « condition humaine » et contrebalance les effets néfastes de l'abstraction libérale de l'individu[5]. On en voit désormais une trace tangible tant en droit européen – par exemple dans le contexte de la mise en œuvre de la Charte sociale européenne (ci-après CSE), ou de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH)[6] – qu'en droit international des droits de l'Homme, par exemple dans le contexte de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après

[2] Sur la relation vulnérabilité-menace, voir H. SHUE, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2ème éd. 1996, 248 p., pp. 13 et s.

[3] Sur cette dimension descriptive-prescriptive de la dignité et surtout de l'inviolabilité, voir L. WINGERT, « Was ist und was heisst unverfügbar? Philosophische Überlegungen zu einer nicht nur ethischen Frage », *in* R. FORST et al. (dir.), *Sozialphilosophie und Kritik*, Francfort, Suhrkamp, 2009, pp. 384-408 ; S. BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *Archiv für Sozial- und Rechtsphilosophie Beiheft*, 2012, pp. 19-52. Nous y reviendrons plus loin.

[4] Pour une analyse sociologique de la vulnérabilité, voir la contribution de M.-H. SOULET au présent ouvrage.

[5] Voir par exemple A. GREAR, « Challenging Corporate'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 7, n° 3, 2007, pp. 511-543 ; M. FINEMAN, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, n° 1, 2008, pp. 8-40.

[6] Voir les annexes sur la progression constante de la mention du terme « vulnérabilité » et de son utilisation dans les arrêts de la Cour EDH depuis 1981, mais surtout depuis 2001. L'étude prend en compte la jurisprudence jusqu'au 31 décembre 2012.

PIDESC)[7] ou encore dans le système interaméricain des droits de l'Homme[8]. C'est donc l'un des champs privilégiés où tenter de mieux le saisir comme nous le demande le projet qui anime le présent ouvrage[9].

Curieusement, cependant, ni la fonction exponentielle de la vulnérabilité dans la pratique contemporaine des droits de l'Homme, y compris dans le contexte particulier de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme depuis 2001, ni son rôle structurel essentiel dans tout droit de l'homme n'ont été beaucoup traités à ce jour[10]. La présente contribution vise à remédier à cette lacune. Il s'agira de démontrer l'importance de la vulnérabilité au travers de divers aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, tout en expliquant pourquoi elle ne définit jamais la vulnérabilité ni ne cherche à justifier sa fonction. Comme nous le préciserons, ce même rôle central mais discret de la vulnérabilité dans la structure morale des droits de l'homme peut être observé

[7] Une étude comparative actualisée de ces différentes pratiques en matière de vulnérabilité serait d'ailleurs bienvenue, l'étude d'Alexandre MORAWA étant très succincte et en partie dépassée (A. MORAWA, « Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law », *Journal of International Relations and Development*, vol. 6, n° 2, 2003, pp. 139-155).

[8] Voir la contribution de R. Estupiñan Silva dans cet ouvrage

[9] Il y en a d'autres, bien entendu : qu'ils soient juridiques (voir par exemple Maksymilian DEL MAR qui définit et justifie le droit en général comme réponse à une relation de vulnérabilité (M. DEL MAR, « Relational Jurisprudence: Vulnerability between Fact and Value », *QMUL Legal Studies Research Paper*, n° 120, 2012)) ou non-juridiques d'ailleurs.

[10] Il y a quelques exceptions bien sûr. Dans le domaine de la CEDH, D. XENOS, « The Human Rights of the Vulnerable », *International Journal of Human Rights*, vol. 13, n° 4, 2009, pp. 591-614 ; N. CHARDIN, « La Cour européenne des droits de l'homme et la vulnérabilité », *in* F. ROUVIERE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 721 p., pp. 367-383 ; L. PERONI et A. TIMMER, « Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n° 4, 2013, pp 1056-1085 ; A. TIMMER, « A Quiet Revolution : Vulnerability in the European Court of Human Rights », *in* M. FINEMAN et A. GREAR (dir.), *Vulnerability: Value and Critique*, Aldershot, Ashgate, 2013, pp 147-169. Curieusement, cependant, la vulnérabilité n'est le plus souvent pas ou très peu mentionnée dans les grands commentaires de la CEDH, les exceptions étant celui de Frédéric SUDRE (F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 6ème éd. 2011, 928 p.) et celui de Laurence BURGORGUE-LARSEN (L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ 2012, 224 p.). Dans le domaine du PIDESC et du droit international des droits de l'homme en général , A. MORAWA, « Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law », *op. cit.* ; A. CHAPMAN et B. CARBONETTI, « Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 33, n° 3, 2011, pp. 682-732. En sociologie des droits de l'homme et du droit antidiscriminatoire , A. GREAR, « Challenging Corporate'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights », *op. cit.* ; A. GREAR, *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, 296 p. ; M. FINEMAN, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.* ; M. FINEMAN, «'Elderly'as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility », *The Elder Law Journal*, vol. 20, 2012, pp. 71-112; M. FINEMAN et A. GREAR (dir.), *Vulnerability: Value and Critique*, *op. cit.* Enfin, en théorie des droits de l'homme, H. SHUE, *Basic Rights*, *op. cit* ; J. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, Oxford, Blackwell, 2ème éd. 2007, 280 p.

en philosophie des droits de l'homme, et demande à être clarifié[11]. En fait, on peut considérer que c'est précisément le rôle pivot de la vulnérabilité dans la structure d'un droit de l'homme, ou du moins celui de la vulnérabilité générale ou standard, qui fait que la Cour ne considère pas qu'elle doive l'expliquer ou justifier son utilisation en pratique. Après tout, elle ne le fait pas lorsqu'elle invoque la notion d'intérêt protégé par un droit de l'homme qu'il faut mettre en balance, ou encore la notion de juridiction au sens de l'article 1er de la CEDH. Comme nous le verrons, cependant, la Cour a aussi recours à la vulnérabilité spéciale dans son raisonnement et l'invocation de cette vulnérabilité-là appelle une justification, nous semble-t-il.

Notre présentation s'ouvrira avec quelques considérations générales sur la notion et le rôle de la vulnérabilité en philosophie des droits de l'homme et en particulier pour la structure des droits de l'homme (I), et se poursuivra par un examen de la notion dans la jurisprudence conventionnelle (II), avant de revenir, dans un troisième temps, à la structure des droits de l'homme et à certaines questions difficiles que pose la vulnérabilité pour cette dernière en pratique (III). Cette structure en trois temps reflète un choix méthodologique quant aux rapports étroits qui doivent exister entre pratique et théorie des droits de l'homme, la seconde se devant d'expliquer la première tout en la guidant et en la critiquant[12]. C'est le propre du droit en tant que pratique normative, en effet, que de dépendre davantage de la théorie que d'autres pratiques sociales dans son fonctionnement, et c'est le propre de la théorie du droit par conséquent que de faire partie de la pratique du droit contrairement à d'autres formes de recherche scientifique sur le droit qui lui sont extérieures[13].

Différentes statistiques relatives à la chronologie de l'usage du terme « vulnérabilité », des dispositions conventionnelles pertinentes et des Etats parties concernés ont été établies sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) et peuvent être consultées en fin de communication. Une analyse similaire mais plus succincte est proposée pour la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (ci-après CEDS).

I. LA VULNÉRABILITÉ ET LA STRUCTURE DES DROITS DE L'HOMME

Après quelques rappels sur la structure des droits de l'homme en général (A), il s'agira de comprendre la place des menaces standard et donc de la vulnérabilité standard dans la structure de ces droits (B).

[11] Il s'agit de se concentrer ici uniquement sur l'importance *structurelle* de la vulnérabilité pour les droits de l'homme en général, et la CEDH en particulier, et non pas sur son importance *historique* dans le développement de ces garanties respectives.

[12] Voir Samantha BESSON sur la place du *droit* des droits de l'homme en théorie des droits de l'homme, S. BESSON, « The Law in Human Rights Theory », *Zeitschrift für Menschenrechte–Journal for Human Rights*, vol. 7, 2013, pp. 120-150.

[13] Voir Samantha BESSON sur les rapports entre théorie et pratique du droit international, y compris des droits de l'homme, S. BESSON, « International Legal Theory qua Practice of International Law – Some Implications for Human Rights Theory », *ESIL Reflections*, vol. 2, 2013.

A. La structure des droits de l'homme en général

La structure des droits de l'homme se réfère à l'articulation analytique de leurs éléments constitutifs. La structure (morale et légale) des droits de l'homme ne doit pas être confondue avec leur(s) justification(s) ou fondements moraux. La référence à la vulnérabilité dans le contexte de la structure des droits de l'Homme n'implique donc pas de la considérer comme un fondement moral des droits de l'Homme[14].

En bref, les droits de l'homme doivent être compris comme des *droits* (à la fois moraux et légaux), soit comme une relation normative entre un débiteur et un créancier protégeant un intérêt objectif (i), *de l'Homme*, soit comme des droits généraux et donc égaux car indépendants d'un statut, d'une part, et comme des droits universels car revenant à chacun du simple fait de sa qualité d'être humain et protégeant ses intérêts objectifs fondamentaux d'autre part (ii)[15].

Bien sûr, tous les intérêts objectifs fondamentaux ne sont pas protégés en tant que droits de l'Homme. On pensera, par exemple, à l'intérêt à être aimé auquel ne correspond (encore) aucun droit de l'homme. Il faut donc fixer un seuil d'importance et donc de reconnaissance de ces intérêts comme droits qui permette de passer des uns aux autres. L'intérêt objectif fondamental doit, en d'autres termes, tout d'abord être jugé suffisamment important pour donner naissance à des obligations et donc à un droit. L'intérêt doit, deuxièmement, être menacé d'atteintes pour devoir être protégé par le biais d'un droit et le porteur du droit doit donc être vulnérable à ces atteintes. Ces obligations doivent, troisièmement, imposer un fardeau faisable mais aussi raisonnable à leurs débiteurs. Ces obligations doivent, enfin, être des obligations de tous et donc des obligations générales et égales tout comme le droit de l'homme lui-même. Cet élément égalitaire et socio-comparatif du test de reconnaissance est particulièrement important et, comme nous le verrons, la vulnérabilité égale répond à ce souci égalitaire.

Au vu de ce qui vient d'être dit, la structure analytique des droits de l'Homme proposée comprendrait donc les éléments suivants : (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. C'est le deuxième élément constitutif qui va retenir notre attention dans ce qui suit.

[14] Sur les justifications des droits de l'homme, voir S. BESSON, « Justifications of Human Rights », *in* D. MOECKLI et S. SHAH (dir.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2ème éd. 2014.

[15] Voir S. BESSON, « Human Rights – Moral, Political, ... or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights », *in* T. CHILDRESS (dir.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 290 p., pp. 211-245.

B. Les menaces standard dans la structure des droits de l'Homme

Pour qu'un intérêt fondamental puisse être considéré comme suffisamment important pour donner naissance à un droit de l'homme – c'est-à-dire un droit général qui appartient également à tout individu indépendamment de son statut – il faut pouvoir identifier un besoin général de protection de cet intérêt et, par conséquent, des menaces généralisées à cet intérêt. L'égalité des droits de l'homme implique donc de respecter un seuil d'importance égale du besoin de protection et donc de degré égal de menace aux intérêts fondamentaux en cause[16]. C'est ce qu'on peut entendre par menace égale et donc par vulnérabilité égale.

Bien sûr, pour des raisons de faisabilité (notamment économique) du droit et des obligations correspondantes (« le devoir implique le pouvoir »), mais aussi d'équité du fardeau porté par les institutions d'une communauté politique donnée – les droits de l'homme étant des droits de tous mais aussi contre tous –, toute menace à ces intérêts, même générale, ne saurait être prise en compte. Seules les menaces ordinaires et sérieuses auxquelles il est possible de remédier peuvent faire l'objet d'une défense par le biais de droits de l'homme[17]. D'où l'idée de menaces-standard, et donc de vulnérabilité-standard.

La menace égale ou générale, d'une part, et standard, d'autre part, à un intérêt objectif fondamental et, à l'inverse, la vulnérabilité égale ou générale et standard à cette menace doivent donc être considérées comme un élément de la structure morale des droits de l'homme.

Bien entendu, certaines personnes sont plus vulnérables que d'autres aux menaces-standard ainsi identifiées, soit du fait de leurs caractéristiques personnelles, soit du fait de leurs activités, et il faudra prévoir des droits spéciaux pour protéger non plus leur vulnérabilité égale, mais leur vulnérabilité spéciale à ces menaces. On parle aussi parfois de désavantage ou de faiblesse à cet égard. C'est ce que font, par exemple, le principe de non-discrimination qui protège spécialement l'égalité de certaines catégories de personnes spécialement vulnérables, mais aussi les droits de l'homme spéciaux (individuels ou collectifs, comme par exemple les droits des minorités) qui sont prévus dans certains instruments généraux (par exemple le PIDESC) ou spéciaux de protection des droits de l'homme (par exemple la Convention internationale sur l'élimination de toute les formes de discriminations raciale (ci-après CERD). Il faut aussi mettre dans cette catégorie de droits de l'homme protégeant la vulnérabilité spéciale, les obligations spéciales, notamment positives, correspondant aux droits de l'homme généraux issus d'instruments généraux de protection des droits de l'homme (par exemple la CEDH), comme nous le verrons.

[16] Voir aussi Samantha BESSON sur la dimension égalitaire des droits de l'homme, S. BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op. cit.*.

[17] Voir aussi Henry SHUE qui parle de menaces qu'on peut prévoir et auxquelles il est possible de remédier, H. SHUE, *Basic Rights*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

Il est important néanmoins de bien distinguer la protection de cette vulnérabilité spéciale par des droits et/ou obligations spéciaux de la vulnérabilité égale qui conditionne l'ensemble des droits de l'homme généraux et des obligations correspondantes[18]. La vulnérabilité spéciale et sa protection par les droits de l'homme soulèvent en effet des questions importantes quant à la dimension égalitaire des droits de l'homme et à la justification de traitements spécifiques dans ce contexte. Nous y reviendrons dans la troisième partie de cet article.

II. LA VULNÉRABILITÉ ET LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Le rôle pivot de la vulnérabilité dans la structure morale des droits de l'homme trouve une confirmation dans la jurisprudence de la Cour européenne. Après une présentation de son approche générale (A) et quelques rappels sur les spécificités du cadre conventionnel (B), nous nous tournerons vers la notion de vulnérabilité (C) et sa fonction dans la jurisprudence strasbourgeoise (D).

A. L'approche générale de la vulnérabilité conventionnelle

Alors que le terme figure ni dans le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme ni dans ses Protocoles, la vulnérabilité est invoquée (de manière pertinente, et pas simplement sous la forme d'une simple mention) de façon toujours plus fréquente dans la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, au 31 décembre 2012, on pouvait recenser 326 mentions pertinentes de la notion dans ses arrêts depuis 1981. La notion apparaît en 1981, mais c'est surtout dès 2001 que la vulnérabilité y figure de façon prééminente, et ce de manière croissante depuis. Les explications sont multiples[19], mais nous ne nous y attarderons pas ici ; nous nous concentrerons sur le rôle structurel de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour et sa justification. A noter néanmoins qu'il ne faut certainement pas sous-estimer l'apparition du concept de vulnérabilité

[18] Pour un exemple d'utilisation de ces deux acceptions de la vulnérabilité, voir par exemple le rapport 2009 du *Icelandic Human Rights Centre* : « The aim of human rights instruments is the protection of those vulnerable to violations of their fundamental human rights. There are particular groups who, for various reasons, are weak and vulnerable or have traditionally been victims of violations and consequently require special protection for the equal and effective enjoyment of their human rights. Often human rights instruments set out additional guarantees for persons belonging to these groups; the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, for example, has repeatedly stressed that the ICESCR is a vehicle for the protection of vulnerable groups within society, requiring states to extend special protective measures to them and ensure some degree of priority consideration, even in the face of severe resource constraints ». Icelandic Human Rights Centre, *The Human Rights Protection of Vulnerable Groups*, 2009 : http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/humanrightsconceptsideasandfora/Undirflokkur/.

[19] Voir par exemple Lourdes PERONI et Alexandra TIMMER sur les résultats d'entretiens avec les juges de la Cour sur le rôle de la vulnérabilité dans leur raisonnement (L. PERONI et A. TIMMER, « Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law », *op. cit.*).

dans le discours général des droits de l'homme à cette époque[20] et le rôle des défenseurs des requérants devant la Cour et l'influence des concepts diffusés dans leurs mémoires.

Que nous révèlent les statistiques ? En termes de répartition géographique, tout d'abord, on note que la majorité des affaires pertinentes concerne la Turquie, puis la Russie, reflétant en cela non seulement la situation des deux Etats parties qui font l'objet du nombre le plus important d'arrêts de la Cour à ce jour, mais aussi du plus grand nombre de condamnations[21]. Le Royaume-Uni et la France figurent en bonne place derrière ces deux Etats. Pour le reste, la Cour traite de questions de vulnérabilité dans des affaires qui concernent presque tous les Etats parties à la Convention, sans distinctions géographiques particulières puisqu'elle invoque la vulnérabilité tant dans le contexte de la juridiction territoriale qu'extraterritoriale[22], voire même dans le cadre de violations par ricochet[23].

S'agissant des thématiques concernées, ensuite, la Cour fait référence à la vulnérabilité en relation avec presque tous les droits et dispositions de la Convention, sans distinction entre droits sociaux, économiques et culturels et droits civils et politiques et avec pour effet le renforcement jurisprudentiel des premiers[24]. C'est toutefois en particulier en lien avec la juridiction de la Cour (article 34 de la CEDH), l'interdiction de la torture (article 3 de la CEDH) et le droit à la vie privée (article 8 de la CEDH) que l'on retrouve le plus la vulnérabilité. Comme nous le verrons, la Cour utilise la vulnérabilité tant comme base d'extension de sa juridiction, que comme base de développement du champ d'application des droits de la Convention et de création de nouvelles obligations spéciales de protection de la part des Etats parties. Dans la plupart des cas, la Cour utilise la vulnérabilité comme fondement d'obligations positives spéciales des Etats, et donc comme facteur aggravant en cas de violation de ces obligations. Elle se fonde aussi cependant, exceptionnellement, sur la vulnérabilité de manière paternaliste, par exemple en conjonction avec l'article 5 § 1 (e) de la Convention pour justifier des restrictions au droit à la liberté et à la sûreté[25].

En cela, et pour revenir à la distinction faite dans la première partie de cette contribution, la Cour protège avant tout la *vulnérabilité spéciale* de personnes ou de groupes, et non pas seulement la vulnérabilité générale de tous les titulaires de

[20] Voir par exemple A. MORAWA, « Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law », *op. cit.* ; A. CHAPMAN et B. CARBONETTI, « Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.*

[21] Voir les statistiques de la Cour EDH : http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592012_FRA.pdf.

[22] Cour EDH, Gr. Ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*.

[23] Cour EDH, 29 janvier 2013, *S.H.H. c. Royaume-Uni*, §§ 92 et s.

[24] Cour EDH, 24 avril 2012, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, § 130 (dans le contexte des obligations positives dérivées de l'article 8 de la CEDH).

[25] Cour EDH, Gr. Ch., 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, §§ 153-154. Voir aussi Cour EDH, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, § 102, qui reconnaît cependant aussi l'existence d'obligations positives de l'Etat de veiller à la protection effective de personnes vulnérables, y compris contre la détention visant à les protéger de leur vulnérabilité en premier lieu.

droits de l'homme[26], et elle protège cette vulnérabilité spéciale en identifiant des *obligations spéciales* y correspondant. Pourtant, la Cour fait aussi référence à la vulnérabilité générale ou égale qui sous-tend les droits de l'homme, ce qui l'amène à des conclusions paradoxales. C'est le cas, par exemple, lorsqu'elle déduit de la vulnérabilité elle-même une violation de l'article 3 de la CEDH, créant ainsi une forme de droit à la non-vulnérabilité, et ce sans intervention ou omission étatique aucune[27].

Comme d'autres organes internationaux de surveillance de la mise en œuvre des droits de l'homme qui ont recours à la vulnérabilité[28], la Cour demeure très discrète sur la notion exacte de vulnérabilité et sur ses éventuels critères. Elle ne justifie pas non plus le rôle normatif que joue désormais la notion dans sa jurisprudence. On peut résumer son approche comme suit. D'une part, la Cour traite de la vulnérabilité souvent très rapidement, comme un *état de fait* à observer et qui n'a pas à être mesuré ou évalué, et qui ne nécessite donc pas de critères, mais qui pourtant, comme nous le verrons, est revêtu d'un rôle normatif très important dans sa jurisprudence actuelle et peut être source d'obligations spéciales pour l'Etat voire pour la Cour. D'autre part, la Cour traite la vulnérabilité comme un état de fait *manifeste* qu'il n'y a pas besoin d'établir par un moyen de preuve particulier, mais qui cependant, peut jouer un rôle très important dans la gestion de la preuve d'une violation de la Convention.

B. Les spécificités du cadre conventionnel

Les spécificités de la Convention européenne doivent être gardées à l'esprit si l'on veut bien comprendre le rôle qu'y joue désormais la vulnérabilité, et surtout les formes qu'elle peut prendre dans la jurisprudence à venir. Il faut distinguer celles qui ont trait à la nature de l'instrument conventionnel et celles qui relèvent de la nature de l'organe de contrôle juridictionnel établi par la Convention.

Premièrement, la Convention est un instrument de droit *international* des droits de l'Homme. A ce titre, elle est caractérisée par ce qu'on peut appeler le « minimalisme » des droits de l'homme internationaux. Les garanties de la Convention et leurs interprétations par la Cour EDH n'ont qu'un rôle minimal et complémentaire à jouer par rapport aux garanties de ces droits en droit interne et à leur interprétation par les juridictions nationales. Les obligations correspondant aux droits de la Convention doivent en effet être contextualisées dans une communauté politique donnée et dans une relation de juridiction concrète (article

[26] Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, § 251 : « groupe *particulièrement* défavorisé et vulnérable ».

[27] Cour EDH, 11 septembre 2007, *L. c. Lituanie*, § 46.

[28] Sur la pratique des autres organes internationaux de surveillance des droits de l'homme en matière de vulnérabilité, voir A. MORAWA, « Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law », *op. cit.* ; A. CHAPMAN et B. CARBONETTI, « Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.* et la communication de R. Estupiñan Silva dans cet ouvrage.

1er de la CEDH)[29] pour pouvoir être spécifiées de manière légitime et surtout démocratique[30].

Deuxièmement, la Cour européenne est une juridiction *internationale* de surveillance de la mise en œuvre des droits de l'homme. A ce titre, son contrôle se caractérise par ce qu'on peut appeler la subsidiarité du contrôle juridictionnel international des droits de l'homme. Elle ne se prononce qu'après épuisement des voies de recours nationales (subsidiarité juridictionnelle). Elle respecte la marge d'appréciation des autorités nationales dans ses interprétations de la Convention (subsidiarité matérielle). Enfin, elle laisse aux autorités nationales le choix des moyens d'exécuter ses arrêts (subsidiarité exécutoire). A nouveau, c'est le rôle politique et surtout démocratique des droits de l'homme qui explique la priorité des institutions nationales et notamment du juge national dans leur interprétation et la spécification des obligations correspondantes[31].

L'autorité minimale des interprétations de la Convention par la Cour et la marge d'appréciation des Etats membres dans leur mise en œuvre revêtent une importance particulière par rapport à l'utilisation qui est faite de la vulnérabilité par la Cour. La Cour en tire en effet de nouvelles obligations, étend le champ d'application de certains droits et développe sa propre juridiction sur cette base. Cependant, l'évaluation de l'importance du fardeau économique que ces obligations représentent et leur allocation égalitaire dans la communauté nationale ne peuvent que demeurer du ressort national[32]. Il est donc utile de ne pas perdre de vue cette limitation structurelle inhérente au système conventionnel lors de l'évaluation de l'impact de la jurisprudence de la Cour en matière de vulnérabilité.

C. La notion de vulnérabilité conventionnelle

Pour bien saisir la notion de vulnérabilité conventionnelle, il s'agit de distinguer, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, entre la notion de vulnérabilité (1) et les autres notions connexes que la Cour utilise (2).

[29] Sur la notion de juridiction dans la jurisprudence de la Cour, voir S. BESSON, « The Extra-territoriality of the European Convention on Human Rights. Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n° 4, 2012, pp. 857-884.

[30] Sur la dimension égalitaire et donc démocratique des droits de l'homme, voir S. BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op. cit.* Voir aussi Dimitris XENOS dans le domaine des obligations positives liées à la vulnérabilité (D. XENOS, « The Human Rights of the Vulnerable », *op. cit.*, p. 593).

[31] Sur l'autorité interprétative minimale de la jurisprudence de la Cour, voir S. BESSON, « The Erga Omnes Effect of the European Court of Human Rights'Judgements », *in* S. BESSON (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 – Premier bilan et perspectives / The European Court of Human Rights after Protocol 14 – First assessment and perspectives*, Zürich, Schulthess, 2011, pp. 125-175.

[32] D. XENOS, « The Human Rights of the Vulnerable », *op. cit.*, p. 596.

1. Notion

Comme nous l'avons vu, la Cour ne fournit pas de critères permettant de cerner la notion de vulnérabilité. On peut cependant tirer un certain nombre d'enseignements de la jurisprudence de la Cour quant aux sujets vulnérables (a), aux causes de leur vulnérabilité (b) et à l'origine des menaces qui pèsent sur eux (c).

a. Les sujets vulnérables

Parmi les sujets considérés comme vulnérables par la Cour, il faut distinguer entre ceux qui le sont de manière concrète, dans un cas donné, et ceux qui le sont de manière à devenir une catégorie de personnes vulnérables pour l'avenir. Certains sont des individus qu'on peut ensuite considérer comme constituant une catégorie de « personnes vulnérables » de ce fait (par exemple les femmes[33], les femmes enceintes[34], les adolescentes enceintes[35], les enfants[36], les personnes âgées dépendantes[37], les personnes malades physiquement ou psychiquement[38], les personnes en fin de vie[39], les transsexuels[40], les homosexuels[41], les détenus[42], les réfugiés[43], les apatrides[44], les personnes handicapées[45]), mais la Cour se réfère aussi parfois à des « groupes vulnérables » en tant que tels (par exemple les Roms[46], les demandeurs d'asile[47], les personnes handicapées mentalement[48], les personnes porteuses du VIH[49]).

A noter que la Cour fait référence à la vulnérabilité de manière peu précise et interchangeable en se concentrant tour à tour sur la vulnérabilité d'individus, de personnes, de groupes, de catégories, de minorités ou de situations. Elle ne prête donc pas une attention particulière à la différence entre vulnérabilité individuelle et collective. C'est chose regrettable au vu des difficultés que rencontrent le droit et la jurisprudence conventionnelle relatifs à la non-discrimination sur ce point. En effet, la reconnaissance juridique d'un groupe de personnes discriminées aux

[33] Cour EDH, 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*.

[34] Cour EDH, 25 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, § 159.

[35] Cour EDH, 30 octobre 2012, *P. et S. c. Pologne*, §§ 162 et s.

[36] Cour EDH, 22 octobre 1996, Stubbings et autres c. Royaume-Uni.

[37] Cour EDH, 21 juin 2011, *Heinisch c. Allemagne*, § 71. A noter que la jurisprudence n'a pas encore confirmé le caractère vulnérable de la personne âgée non-dépendante et hors institution.

[38] Cour EDH, 16 janvier 2009, *Renolde c. France*.

[39] Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*.

[40] Cour EDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*.

[41] Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

[42] Cour EDH, Gr. Ch., 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*.

[43] Cour EDH, Hirsi Jamaa et autres c. Italie, précité.

[44] Cour EDH, Gr. Ch., 26 juin 2012, *Kuric et autres c. Slovénie*.

[45] Cour EDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*.

[46] Cour EDH, Gr. Ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, § 96 ; Cour EDH, 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque* ; Cour EDH, 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, § 147 ; Cour EDH, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, précité ; Cour EDH, 29 janvier 2013, *Horvath and Kiss*.

[47] Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, § 251, précité.

[48] Cour EDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, § 42.

[49] Cour EDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, § 64.

fins de lutte contre la discrimination à venir peut avoir un effet essentialisant de certaines caractéristiques individuelles, voire même stigmatisant.

D'ailleurs, la distinction, qui semble être faite par la Cour, entre vulnérabilité *ad hoc* de certaines personnes et leur vulnérabilité « catégorielle » - une fois qu'elles ont été considérées comme vulnérables à plusieurs reprises et constituent donc une catégorie de personnes vulnérables- soulève elle aussi la question de la « catégorisation » par le jugement de vulnérabilité. C'est notamment le cas lorsque la vulnérabilité est utilisée pour justifier l'identification d'un nouveau critère de discrimination proscrit par l'article 14 de la CEDH, et qu'il est fait référence à l'existence d'un groupe vulnérable à cette occasion[50]. C'est donc un débat désormais bien connu dans le domaine du droit de la non-discrimination qui semble refaire surface dans le contexte de la vulnérabilité[51]. La vulnérabilité serait, selon ses partisans, un moyen de ré-individualiser l'analyse d'une situation discriminatoire en échappant aux catégories du droit relatif à la non-discrimination[52]. Il semble pourtant que la Cour ne traite pas la catégorie des personnes vulnérables autrement qu'elle ne traite d'autres catégories de personnes discriminées. C'est ce qui ressort notamment de sa jurisprudence en matière de discrimination indirecte où elle utilise la vulnérabilité pour identifier une catégorie de personnes et les « re-catégorise » par ce biais[53].

b. Les causes de vulnérabilité

Quant aux causes de la vulnérabilité retenues par la Cour, elles peuvent être intrinsèques ou naturelles (par exemple le genre, l'âge, l'orientation sexuelle, la maladie mentale, la grossesse), mais aussi extrinsèques ou circonstancielles (par exemple la détention, le travail, la migration). Différentes combinaisons sont d'ailleurs possibles (par exemple la maladie psychique en détention[54], la grossesse en détention[55], l'enfance dans la migration[56]). Selon la Cour, ces combinaisons créent des formes aggravées[57], voire nouvelles, de vulnérabilité. Ceci pose d'ailleurs la question de la manière de les appréhender lors de

[50] Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, § 251, précité ; et l'opinion dissidente du juge SAJÓ.

[51] Se fondant sur le travail de Martha FINEMAN (M. FINEMAN, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*), les auteurs Lourdes PERONI et Alexandra TIMMER (L. PERONI et A. TIMMER, « Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law », *op. cit.*) voient bien le potentiel de la vulnérabilité dans la jurisprudence relative à la non-discrimination de la Cour. Mais la Cour, curieusement, ne fait pas le lien et utilise la vulnérabilité en lieu et place des instruments du raisonnement habituel en matière de non-discrimination.

[52] Voir par exemple M. FINEMAN, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.* ; A. GREAR, « Challenging Corporate'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights », *op. cit.*

[53] Cour EDH, D.H. et autres c. République Tchèque, précité.

[54] Cour EDH, *Renolde c. France*, précité.

[55] Cour EDH, *P. et S. c. Pologne*, §§ 162 et s, précité.

[56] Cour EDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, § 56.

[57] *Ibid*, § 56 ; Cour EDH, *B.S. c. Espagne*, § 71, précité, sur « la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution » ; Cour EDH, *Horvath and Kiss*, précité.

l'évaluation de la gravité de la violation et de la hauteur de la réparation. On peut se demander, en effet, si une approche intersectionnelle, sur le modèle de l'une des approches qui prévaut en matière de discrimination multiple, devrait être privilégiée. On peut cependant craindre le développement de hiérarchies entre causes de vulnérabilité et catégories ou groupes de personnes vulnérables de ce fait. Ici, à nouveau, les débats existants sur les hiérarchies de critères de discrimination dans la jurisprudence de la Cour n'en seraient que ravivés.

A noter que l'ordre juridique lui-même et les institutions le mettant en œuvre peuvent aussi contribuer, selon la Cour, à créer ou accroître la vulnérabilité d'une personne[58]. On peut parler dès lors de vulnérabilité institutionnelle ou juridique, ce qui n'est pas sans rappeler le paradoxe des droits de l'homme eux-mêmes : ils limitent les institutions, mais exigent leur existence en retour. La Cour ne semble cependant pas sensible à ce paradoxe et donc aux limites du raisonnement fondé sur la vulnérabilité institutionnelle ou juridique. Ainsi, elle considère curieusement que la vulnérabilité d'une personne due à la violation de ses droits de l'homme entraîne d'autres obligations spéciales de l'Etat dont le non-respect consisterait alors en une nouvelle violation des droits de l'homme[59]. Le danger de circularité du raisonnement lui échappe, semble-t-il.

De manière fort intéressante, la jurisprudence de la Cour ne paraît pas protéger la vulnérabilité spéciale des personnes pauvres ou des personnes dont la situation économique et les origines sociales et culturelles les exposent tout particulièrement à des atteintes à leurs intérêts fondamentaux (par exemple les pauvres nationaux ou les étrangers[60], les chômeurs)[61]. Bien sûr, il va de soi que la vulnérabilité liée à d'autres causes peut avoir pour conséquence la vulnérabilité économique[62]. La seule exception semble être le cas dans lequel le manque de ressources et d'encadrement social atteint un niveau très élevé et mène à une situation humanitaire grave[63]. L'explication de l'exception est à trouver dans l'idée de minimum fondamental qui sous-tend le droit international des droits de l'homme. Pour le reste, les Etats demeurent compétents pour évaluer ce qui est raisonnable en termes du fardeau économique et matériel des obligations positives spéciales. La Cour semble vouloir ménager cette subsidiarité en ne s'aventurant pas dans le domaine de la vulnérabilité économique et sociale[64].

[58] Cour EDH, Gd. Ch., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 54.

[59] Cour EDH, Gd. Ch., 18 décembre 1996 *Aksoy c. Turquie*, § 98 ; Cour EDH, *Aydin c. Turquie*, § 103, précité ; Cour EDH, 30 novembre 2011, *Hajduova c. Slovaquie*, § 46.

[60] Cour EDH, *S.H.H. c. Royaume-Uni*, §§ 92 et s., précité.

[61] Il en va autrement dans la jurisprudence du CEDS, du CDESC et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Voir D. XENOS, « The Human Rights of the Vulnerable », *op. cit.* ; A. CHAPMAN et B. CARBONETTI, « Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.* et la communication de R. ESTUPIÑAN SILVA dans cet ouvrage.

[62] Il suffit de considérer l'état de fait de l'arrêt *Yordanova et autres c. Bulgarie* pour voir comment pauvreté et stigmatisation sociale vont de pair (Cour EDH, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, précité).

[63] Cour EDH, Gd., Ch., 27 mai 2005, *N. c. Royaume-Uni*. Voir, cependant, l'opinion dissidente des juges TULKENS, BONELLO et SPIELMANN, § 6.

[64] D. XENOS, « The Human Rights of the Vulnerable », pp. 593-594.

c. L'origine des menaces

Quant à l'origine des menaces qui pèsent sur les personnes ou groupes vulnérables – et pour autant qu'on puisse les distinguer des causes de leur vulnérabilité à ces menaces –, la Cour les attribue soit à l'Etat, soit à d'autres particuliers[65] soit encore à la « nature ».

Bien sûr, le débiteur d'obligations de droits de l'homme de la Convention demeure l'Etat quelle que soit l'origine de la menace. Naturellement, cela ne vaut que pour autant qu'il ait pu remédier à la menace privée ou naturelle de manière raisonnable et selon les conditions élaborées par la jurisprudence de la Cour pour la naissance d'obligations positives de l'Etat[66].

2. Délimitations

Même si la Cour ne le fait pas, il est utile de distinguer la notion de vulnérabilité telle qu'on la retrouve dans sa jurisprudence d'autres notions avec lesquelles elle peut être liée (et l'est d'ailleurs parfois).

Tout d'abord, la vulnérabilité doit être distinguée de la notion de dignité. Comme nous l'avons vu précédemment, les deux notions sont parfois liées dans la justification des droits de l'homme, la vulnérabilité étant l'une des dimensions de la dignité comme l'inviolabilité[67]. Mais la justification ou la « justification de la justification » des droits de l'homme n'est pas notre propos ici[68], ni celui de la Cour dans sa jurisprudence, d'ailleurs. On note certes une certaine connexité entre les notions dans sa jurisprudence relative à l'article 3 de la CEDH[69]. Cependant, ce lien ne se retrouve pas ailleurs dans la jurisprudence conventionnelle relative à la vulnérabilité, et peut largement être expliqué par la tradition constitutionnelle de l'Etat partie et du requérant dans ces affaires.

Ensuite, la vulnérabilité doit être distinguée de la notion de désavantage. C'est une notion que l'on retrouve en matière de non-discrimination. Le lien entre les deux notions est le suivant : la vulnérabilité spéciale de certaines personnes ou groupes entraîne un désavantage susceptible de pouvoir amener la protection du principe de non-discrimination. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'un lien est fait dans la jurisprudence conventionnelle, puisque la Cour tend à assimiler

[65] Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, § 160.

[66] Cour EDH, *Renolde c. France*, précité. Sur les obligations positives dans la jurisprudence conventionnelle de manière générale, voir D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, New York, Routledge, 2012, 271 p. ; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 255 p. ; C. DRÖGE, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europaischen Menschenrechtskonvention*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2003, 432 p.

[67] Sur le lien entre vulnérabilité et dignité, voir J. WALDRON, *Dignity, Rank and Rights*, New York, Oxford University Press, 2012, 176 p. ; S. BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op. cit.*

[68] Sur la justification des droits de l'homme plus généralement , voir S. BESSON, « Justifications of Human Rights », *op. cit.*.

[69] Cour EDH, 3 mai 2012, *M.S. c. Royaume-Uni*, §§ 39-44 ; Cour EDH, *Renolde c. France*, précité.

vulnérabilité et désavantage dans sa jurisprudence relative à l'article 14 de la CEDH[70] ; le lien n'est cependant pas fait ailleurs dans sa jurisprudence.

Enfin, la vulnérabilité doit être distinguée de la notion de sécurité. Cette dernière est une notion très proche, puisqu'elle est à la fois objective et subjective comme la vulnérabilité. On peut même dire que la sécurité est l'inverse de la vulnérabilité. C'est d'ailleurs en ce sens qu'Henry Shue développe son argument pour un droit fondamental à la sécurité, et donc à la non-vulnérabilité[71]. On retrouve d'ailleurs ce lien, bien que de manière non-expresse, dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 3 de la CEDH, puisque, comme nous le verrons, la Cour étend le champ d'application du droit si loin que la simple vulnérabilité deviendrait source de droits et d'obligations[72].

D. Les fonctions de la vulnérabilité conventionnelle

La notion de vulnérabilité revêt diverses fonctions dans la jurisprudence conventionnelle. Certaines sont matérielles (1) et d'autres procédurales (2). En bref, la jurisprudence de la Cour utilise la vulnérabilité aussi bien pour étendre le champ d'application de certains droits et développer de nouveaux types d'obligations, que pour accroître sa compétence.

1. Les fonctions matérielles

Parmi les fonctions matérielles de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour, on peut distinguer la vulnérabilité comme base dynamique d'identification de la liste non-exhaustive des groupes à protéger contre la discrimination, mais aussi comme base d'identification des groupes susceptibles de faire l'objet de discrimination indirecte et comme base d'adoption de mesures spéciales de protection des personnes vulnérables discriminées (a) ; la vulnérabilité comme source d'obligations positives de protection et de prévention dans le contexte du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, de l'interdiction de l'esclavage, du droit à la liberté et à la sûreté, du droit au juge, du droit à un recours effectif, du droit à la vie privée, de la liberté d'expression, de la liberté d'association et de réunion et du droit à la propriété (b) ; et la vulnérabilité comme seuil de gravité des traitements inhumains et dégradants et de la torture (c).

a. La vulnérabilité et l'interdiction de la discrimination (article 14 et Protocole 12)

Lorsque la Cour invoque la vulnérabilité en lien avec l'article 14 de la Convention et/ou le Protocole 12, on peut distinguer trois fonctions de la vulnérabilité dans le contexte de la non-discrimination.

[70] Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, précité.

[71] Voir H. SHUE, *Basic Rights*, *op. cit.* On peut cependant se demander comment la vulnérabilité égale qui sous-tend chaque droit de l'homme peut aussi en même temps constituer l'objet d'un droit de l'homme fondamental ou « basique » distinct (H. SHUE en dénombre quatre). Pour une critique, voir aussi les essais dans C. BEITZ et R. GOODIN (dir.), *Global Basic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 272 p.

[72] Cour EDH, *L. c. Lituanie*, précité.

La Cour utilise tout d'abord la vulnérabilité comme critère dynamique d'identification de la liste non-exhaustive des groupes à protéger contre la discrimination. La liste des critères de discrimination prohibée de l'article 14, n'est en effet pas exhaustive et la Cour a identifié de nouveaux critères au fil de sa jurisprudence[73]. Il semble désormais que la vulnérabilité constitue pour elle un moyen, mais certainement pas le seul, de déterminer de nouveaux groupes dont la discrimination est prohibée. C'est ce qu'elle a fait en lien avec la transsexualité[74], l'orientation sexuelle[75] ou le handicap[76].

On peut bien sûr légitimement se demander si une catégorie de personnes devrait avoir fait l'objet de discriminations par le passé pour pouvoir être considérée comme vulnérable et donc comme discriminée au sens de la Convention. La jurisprudence de la Cour relative à la vulnérabilité comme base de critère de discrimination prohibée soulève en effet des difficultés qui ne sont pas sans rappeler celles qui minent d'ores et déjà sa jurisprudence en matière de non-discrimination. C'est d'ailleurs cet argument que ravive le juge Andras Sajo dans son opinion dissidente dans *M.S.S. c. Belgique et Grèce* en réponse à la rapidité avec laquelle la Cour passe de la vulnérabilité à la discrimination[77]. Il souligne aussi l'importance de la dimension collective de la discrimination et donc de la vulnérabilité qu'on doit protéger.

Dans sa jurisprudence plus récente, comme nous le verrons, la Cour va plus loin. Elle considère que les critères de discrimination prohibée qui reposent sur la vulnérabilité doivent être considérés comme particulièrement graves ou suspects (par exemple le handicap, les facultés mentales, le genre, l'orientation sexuelle). En cas d'utilisation de critères de discrimination suspects, la Cour augmente son pouvoir de cognition et limite par conséquent la marge d'appréciation des Etats parties dans la justification des différences de traitement fondées directement ou indirectement sur ces critères[78]. Dans sa jurisprudence récente, la Cour le fait désormais aussi pour les critères de discriminations suspects parce que fondés sur la vulnérabilité de la personne discriminée[79].

La Cour fait ensuite de la vulnérabilité un élément constitutif du groupe susceptible de faire l'objet de discrimination indirecte[80]. A nouveau, il peut y avoir d'autres éléments à la base de cette identification, mais la vulnérabilité aide désormais la Cour à identifier ces groupes désavantagés. C'est le cas avant tout

[73] Voir par exemple Cour EDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* ; Cour EDH, 6 janvier 2006, *Budak et autres c. Turquie*.
[74] Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, précité.
[75] Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité.
[76] Cour EDH, *Glor c. Suisse*, précité.
[77] Sur la nécessité d'une dimension collective à la cause de vulnérabilité pour pouvoir être qualifiée comme critère de discrimination prohibée, voir l'opinion dissidente du juge SAJÓ, Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, opinion dissidente, précité).
[78] Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-Uni*, § 27.
[79] Cour EDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, § 42, précité; Cour EDH, *Kiyutin c. Russie*, § 63, précité.
[80] Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, § 96, précité ; Cour EDH, *D.H. et autres c. République Tchèque*, précité ; Cour EDH, *Orsus et autres c. Croatie*, § 157, précité ; Cour EDH, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, précité ; Cour EDH, *Horvath and Kiss*, §§ 102 et s., précité.

dans la jurisprudence de la Cour relative à la discrimination contre les Roms[81]. C'est ensuite sur cette base qu'elle peut autoriser la preuve de la discrimination indirecte par la statistique ou le renversement de la charge de la preuve, toutes modalités procédurales étant réservées à la preuve de la discrimination indirecte dans la jurisprudence conventionnelle[82].

La Cour utilise enfin la vulnérabilité comme base de mesures spéciales de protection des personnes vulnérables discriminées[83]. En cela, la Cour rejoint la pratique désormais bien établie du Comité européen des droits sociaux[84]. Cette fonction est en lien avec la précédente, mais va plus loin puisqu'elle permet à la Cour de fonder des obligations positives spéciales de prévention et/ou de réaction à la discrimination indirecte. C'est ce qu'elle a fait dans sa jurisprudence relative aux Roms et aux mesures scolaires spéciales destinées à favoriser leur intégration[85].

Dans ce contexte, le débat désormais connu relatif aux effets « stigmatisants » et « victimisants » du droit relatif à la non-discrimination, destiné en soi à protéger contre la stigmatisation peut être mené en lien avec la vulnérabilité aussi. Identifier une personne comme vulnérable peut la rendre encore plus vulnérable. Les effets pervers de l'essentialisme et du paternalisme induit par la lutte contre les désavantages sont aussi difficiles à éviter dans le cadre de la lutte contre la vulnérabilité que dans la lutte contre les discriminations.

b. La vulnérabilité et les obligations positives (articles 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 13 et Protocole 1)

La Cour invoque la vulnérabilité en lien avec plusieurs droits de la Convention de manière à fonder des obligations positives spéciales de l'Etat.

C'est ce qu'elle a fait à ce jour dans le contexte du droit à la vie (article 2)[86], de l'interdiction de la torture (article 3)[87] (la majeure partie des décisions recensées en relation aux obligations positives porte sur l'article 3, puis sur l'article 2), de l'interdiction de l'esclavage (article 4)[88], du droit à la liberté et à la sûreté (article 5)[89], du droit au juge (article 6)[90], du droit à la vie privée (article 8)[91], de la

[81] M. MÖSCHEL, « Is the European Court of Human Rights'Case Law on Anti-Roma Violence'Beyond Reasonable Doubt'? », *Human Rights Law Review*, vol. 12, n° 3, 2012, pp. 479-507.
[82] Voir par exemple Cour EDH, 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, § 207; Cour EDH, *Opuz c. Turquie*, § 198, précité; Cour EDH, *D.H. et autres c. République Tchèque*, § 189, précité.
[83] Cour EDH, *Horvath and Kiss*, §§ 102 et s., précité.
[84] CEDS, 25 juin 2010, *COHRE c. Italie*, § 109. Pour une comparaison des jurisprudences du CEDS et de la Cour EDH en matière de droit relatif à la non-discrimination, voir S. BESSON, « Evolutions in non-discrimination law within the ECHR and the ESC systems: it takes two to tango in the Council of Europe », *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n° 1, 2012, pp. 147-180.
[85] Cour EDH, *Orsus et autres c. Croatie*, § 157, précité ; Cour EDH, *Horvath and Kiss*, §§ 102 et s., précité.
[86] Cour EDH, 27 juin 2000, *Salman c. Turquie*, § 99.
[87] Cour EDH, *Renolde c. France*, §§ 83-84, §§ 119-121, précité.
[88] Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, §§ 126-129.
[89] Cour EDH, *Storck c. Allemagne*, § 102, précité.
[90] Cour EDH, *Salduz c. Turquie*, § 54, précité.
[91] Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, § 96, précité.

liberté d'expression (article 10), de la liberté de réunion et d'association (article 11)[92], du droit à un recours effectif (article 13)[93] et du droit à la propriété (article 1er du Protocole 1). Alors que dans la plupart des cas, la Cour utilise la vulnérabilité comme fondement d'obligations positives spéciales des Etats, elle se fonde aussi exceptionnellement sur la vulnérabilité, de manière plus paternaliste, en conjonction avec l'article 5 § 1 (e) de la CEDH pour justifier des restrictions au droit à la liberté et à la sûreté[94].

Plus précisément, la Cour utilise la vulnérabilité pour étoffer non seulement le nombre, mais aussi le type d'obligations positives correspondant à ces droits. Ces obligations sont aussi bien matérielles que procédurales selon les cas. La Cour identifie ainsi des obligations spéciales de prévention[95], mais aussi d'enquête[96].

c. La vulnérabilité et le seuil de gravité du traitement (article 3)

La Cour attribue une troisième fonction matérielle à la vulnérabilité : celle d'abaisser le seuil de gravité nécessaire pour qualifier un traitement d'inhumain ou dégradant[97], voire de torture[98] au sens de l'article 3. Dans ce contexte, la Cour fait davantage que de développer de nouveaux types d'obligations positives correspondant à certains droits. Elle étend le champ d'application de certains droits et notamment celui de l'interdiction de la torture.

On peut se demander à cet égard si cette interprétation de l'article 3 de la CEDH basée sur la vulnérabilité ne reviendrait pas à consacrer un véritable droit de l'homme à la sécurité et à la non-vulnérabilité[99]. La Cour semble, pour l'instant, éviter cette conclusion en n'appliquant son raisonnement qu'à des circonstances dans lesquelles la vulnérabilité est elle-même déjà le fait de l'Etat, comme, par exemple, en matière de détention[100]. Par ailleurs, la Cour a expressément rejeté les conséquences de son interprétation au moins une fois par le passé[101].

[92] Cour EDH, 3 mai 2007, *Baczkowski et autres c. Pologne*, § 64.
[93] Cour EDH, *Aksoy c. Turquie*, § 98, précité.
[94] Cour EDH, *Stanev c. Bulgarie*, §§ 153-154, précité ; Cour EDH, *Storck c. Allemagne*, § 102, précité.
[95] Cour EDH, *Renolde c. France*, §§ 83-44, §§ 119-121, précité.
[96] Cour EDH, 31 juillet 2012, M. et autres c. Italie et Bulgarie.
[97] Cour EDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche*.
[98] Cour EDH, *Aydin c. Turquie*, §§ 82 et s., précité.; Cour EDH, *Renolde c. France*, précité.
[99] Cour EDH, *L. c. Lituanie*, § 46, précité. Pour une critique, voir l'opinion dissidente du juge SAJÓ, Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce,* opinion dissidente, précité : « Il semble n'y avoir qu'un pas entre le raisonnement ainsi retenu par la Cour et l'existence d'une obligation positive générale et inconditionnelle pesant sur l'état d'héberger les personnes « vulnérables » et de leur fournir d'autres prestations matérielles leur permettant de pourvoir à leurs besoins élémentaires. (...) Bien évidemment, un tel raisonnement serait tout à fait compatible avec l'idée d'Etat-providence et de droits sociaux, du moins s'il avait été retenu par une juridiction constitutionnelle se prononçant sur la base d'une constitution nationale ayant consacré l'Etat-providence ».
[100] Comparer par exemple avec Cour EDH, *Salman c. Turquie*, § 99, précité, avec Cour EDH, Gd. Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, § 11.
[101] Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, précité.

2. *Les fonctions procédurales*

Parmi les fonctions procédurales de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour, on retrouve la vulnérabilité comme facilitateur de recevabilité des requêtes individuelles devant la Cour (a) ; comme base d'extension du pouvoir de cognition de la Cour (b), ou enfin comme déclencheur d'un renversement de la charge de la preuve devant la Cour (c).

a. La vulnérabilité et la recevabilité (articles 34 et 35)

On peut discerner une première et principale fonction procédurale de la vulnérabilité dans le rôle que la Cour lui donne dans sa jurisprudence sur la recevabilité. Dans ce contexte, la Cour invoque la vulnérabilité à la fois pour faciliter sa juridiction sur la base des articles 34 § 1 et 35 § 1 de la CEDH et pour garantir sa juridiction sur la base de l'article 34 § 2 de la Convention.

La Cour utilise tout d'abord la vulnérabilité afin de faciliter ou étendre sa juridiction. Elle le fait de deux manières. Tout d'abord, elle considère que la vulnérabilité d'une personne ou d'un groupe de personnes justifie d'alléger l'exigence d'épuisement des voies de recours internes que prévoit l'art. 35 § 1 de la CEDH[102]. Ensuite, elle invoque la vulnérabilité d'une personne pour faire d'elle plus facilement une victime indirecte[103] d'une violation de la Convention au sens de l'article 34 § 1 de la CEDH. Rien n'exclut d'ailleurs la possibilité pour la Cour d'étendre ce mécanisme à la qualité de victime potentielle[104]. On pourrait penser, par exemple, aux circonstances pour lesquelles le système de la Convention exclut l'*actio popularis*, mais où la vulnérabilité notoire de certaines personnes permet de penser qu'elles seront un jour victimes d'une violation, comme en matière de conditions de détention.

Deuxièmement, la Cour utilise la vulnérabilité pour garantir sa juridiction dans des circonstances où le droit de recours pourrait être limité. Elle considère en effet que la vulnérabilité constitue une entrave à l'exercice effectif du droit de recours au sens de l'article 34 § 2 de la CEDH[105]. En fait, la majeure partie des décisions recensées dans ce contexte porte sur ce point.

b. La vulnérabilité et le pouvoir de cognition

On peut discerner une deuxième fonction procédurale de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour. La vulnérabilité de la personne ou du groupe de personnes dont les droits sont violés permet à la Cour de limiter la marge d'appréciation des Etats membres et, par conséquent, d'étendre son pouvoir de cognition.

[102] Cour EDH, *Aksoy c. Turquie*, §§ 56-57, précité ; Cour EDH, *Kuric et autres c. Slovénie*, §§ 302-304, précité.
[103] Cour EDH, Gd. Ch., 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, § 54.
[104] Cour EDH, Gd. Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*.
[105] Cour EDH, Gd. Ch., *Akdivar et autres c. Turquie*, § 105.

C'est surtout dans le cadre de l'article 14 de la CEDH et de l'interdiction de discriminer que la Cour fait jouer ce rôle à la vulnérabilité[106]. Elle considère que les critères de discrimination prohibée qui reposent sur la vulnérabilité sont suspects (par exemple le handicap, les facultés mentales, le genre, l'orientation sexuelle) et limite par conséquent la marge d'appréciation des Etats parties dans la justification des différences de traitement fondées directement ou indirectement sur ces critères[107]. Cette jurisprudence soulève quelques difficultés d'interprétation, cependant, dans la mesure où tous les critères de discrimination dits suspects dans la pratique de la Cour ne reposent pas sur la vulnérabilité des personnes protégées (par exemple la nationalité ou la religion) ; doit-on en déduire que l'utilisation de critères de discrimination suspects basés sur la vulnérabilité appelle une limitation encore plus grande de la marge d'appréciation des Etats membres et donc une extension redoublée du pouvoir de cognition de la Cour ?

Fort heureusement, la Cour a pour l'instant limité sa jurisprudence à l'article 14. Au vu de la discussion précédente sur le minimalisme et la subsidiarité de mise en œuvre dans le système conventionnel, il y a peu de chance que la Cour limite encore davantage la marge d'appréciation des Etats membres en étendant sa jurisprudence à d'autres droits et à d'autres domaines.

c. La vulnérabilité et le renversement de la charge de la preuve

Une troisième fonction procédurale de la vulnérabilité peut être décelée dans la jurisprudence conventionnelle : elle sert à renverser le fardeau de la preuve reposant sur le requérant. On observe cette pratique avant tout dans la jurisprudence relative à la discrimination indirecte (article 14)[108], mais aussi dans le contexte de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3)[109]. Rien ne permet de considérer pour l'instant que la Cour étende cette pratique à d'autres droits et domaines.

III. LE RETOUR À LA VULNÉRABILITÉ DANS LA STRUCTURE DES DROITS DE L'HOMME

Dans le contexte d'une théorie juridique des droits de l'Homme qui cherche à expliquer et justifier le sens de la pratique des droits de l'homme et à appréhender la justification et la critique inhérentes à cette pratique, il est utile de revenir à la structure des droits de l'homme après cette présentation de l'utilisation de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne. Ce retour à la théorie permet en effet de mieux dégager les questions normativement sensibles sur lesquelles *concentrer* nos efforts philosophiques à venir.

[106] Cour EDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, §§ 42-44, précité.
[107] *Ibid* ; Cour EDH. *Kiyutin c. Russie*, § 63, précité.
[108] Cour EDH, *Horvath et Kiss*, §§ 102 et s., précité.
[109] Cour EDH, 8 novembre 2012, *Z.H. c. Hongrie*, §§ 31-32 ; Cour EDH, Gd. Ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France* ; Cour EDH, *Salman c. Turquie*, §§ 99-100, précité.

Les droits et obligations *spéciaux* protégeant la vulnérabilité *spéciale* de certaines personnes doivent bien être distingués des droits de l'homme généraux de tous. Ils soulèvent cependant des questions très difficiles pour la structure des droits de l'homme sur lesquelles il est important de s'attarder, puisque la jurisprudence ne le fait pas encore suffisamment[110]. Nous en prendrons ici deux questions en particulier : la vulnérabilité face aux défis de l'égalité tout d'abord et face à ceux de l'équité ensuite.

Premièrement, concernant la vulnérabilité spéciale, les obligations spéciales et l'égalité, la spécialité des droits et obligations protégeant la vulnérabilité spéciale pose un problème d'égalité. Les droits de l'homme sont des droits égaux[111], et donc de tous et contre tous. La justification de ces droits de l'homme spéciaux qu'on appelle aussi parfois « droits des minorités »[112] (individuels ou collectifs) doit en effet pouvoir se faire dans le cadre de référence égalitaire des droits de l'homme. On mentionne parfois la référence à une forme d'égalité plus collective dans son contenu[113], mais sa relation à l'égalité de statut moral qui est à la base de tout droit de l'homme reste à expliciter. Il est clair dans tous les cas que la solution ne devrait pas être la promotion de droits collectifs au sens de droits dont le sujet est un groupe. L'intérêt protégé peut être collectif – d'où la vulnérabilité partagée de plusieurs personnes, d'ailleurs – mais le droit de l'homme qui le protège doit demeurer individuel si l'on veut maintenir la compatibilité avec l'égalité morale de statut de chaque individu.

Deuxièmement, s'agissant de la vulnérabilité spéciale, des obligations positives et de l'équité, les obligations positives spéciales protégeant la vulnérabilité spéciale ont un coût important et créent potentiellement un fardeau inégal en faveur des plus vulnérables. On peut se demander de ce fait quels sont les critères d'existence d'obligations positives de protection des personnes spécialement vulnérables. On doit en effet pouvoir identifier un standard, et par conséquent un moyen d'assurer une certaine équité dans le fardeau matériel et économique imposé aux institutions étatiques par ces obligations positives spéciales. Il faudrait cependant parvenir à éviter une « re-standardisation » de la vulnérabilité qui reviendrait à remplacer le standard général et égalitaire de vulnérabilité qui sous-tend les droits de l'homme de tous.

CONCLUSION

La vulnérabilité est un concept en vogue. Sans surprise, il a désormais fait son entrée dans le discours des droits de l'homme et notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne. La présente communication n'avait pas pour objet de fournir des explications sociologiques ou historiques de ce phénomène, mais plutôt

[110] *Contra* : Dimitris XENOS qui cherche, en vain, la réponse à certaines de ces questions dans la jurisprudence de la Cour (D. XENOS, « The Human Rights of the Vulnerable », *op. cit.*).
[111] S. BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op. cit.*
[112] J. NICKEL, Making Sense of Human Rights, *op. cit.*, pp. 161 et s.
[113] P. GERARD, *L'esprit des droits – philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Presse Universitaire St Louis, 2007, 320 p.

d'en analyser la portée juridique de manière systématique et d'en faire une critique normative.

Il en ressort que la jurisprudence de la Cour utilise la vulnérabilité aussi bien pour étendre le champ d'application de certains droits et développer de nouveaux types d'obligations spéciales notamment positives, que pour accroître sa juridiction. Elle donne donc à la vulnérabilité un rôle normatif pivot, rôle qu'elle ne justifie pourtant jamais. La Cour ne répond pas non plus aux multiples questions que soulève la vulnérabilité. Cela est d'autant plus regrettable que les dangers qui la guettent ne manquent de rappeler ceux que l'on connaît désormais bien en matière de lutte contre les discriminations. Pour n'en rappeler que quelques-uns ici, il s'agit de l'opposition entre l'individu et le groupe vulnérable, d'une part, et des dangers de la « re-catégorisation » des personnes vulnérables en catégories de personnes vulnérables, comme notamment la stigmatisation et la victimisation dues à l'essentialisme et au paternalisme qu'entraîne le jugement de vulnérabilité, d'autre part.

Du point de vue de la théorie des droits de l'homme, on ne peut qu'être partagé face aux nouveaux rôles normatifs que joue la vulnérabilité dans la jurisprudence conventionnelle. D'une part, la vulnérabilité générale et standard de chacun est un élément de la structure fondamentale des droits de l'homme, et à ce titre, elle doit avoir une place incontournable dans l'interprétation de ces droits par la Cour et sa spécification des obligations correspondantes. Son invocation expresse dans le raisonnement de la Cour est donc un gage non seulement de transparence, mais de maturité et de légitimité de ce raisonnement. L'arrivée de la vulnérabilité égale dans la jurisprudence de la Cour, par exemple comme base d'un droit à la sécurité (article 3) ou d'obligations spéciales en cas de violation des droits de l'homme (article 13), est donc un élément bienvenu qui peut relancer la réflexion critique sur la notion. D'autre part, cependant, la vulnérabilité à laquelle fait référence la Cour dans la majeure partie des cas est une vulnérabilité spéciale de certaines personnes et surtout de certaines catégories ou groupes de personnes. Les obligations spéciales qui en découlent semblent donc entrer en contradiction non seulement avec la dimension égalitaire des droits de l'homme et de la vulnérabilité générale qui les sous-tend, mais aussi avec l'équité et la vulnérabilité standard ou raisonnable qu'ils protègent. En soi, il n'y a là rien de trop surprenant dans la mesure où les clauses anti-discrimination d'instruments généraux et spéciaux de protection des droits de l'homme et les différents droits spéciaux et obligations spéciales protégeant les groupes vulnérables sont monnaie courante en droit international des droits de l'homme. Ce qui est regrettable, cependant, c'est tant l'absence de contrôle et de rigueur de ce nouvel élément normatif fondamental dans le raisonnement de la Cour que de sensibilité aux questions d'égalité qu'il soulève dans sa jurisprudence. D'autres juridictions se sont essayées à la vulnérabilité avant la Cour européenne et d'autres notions au rôle équivalent,

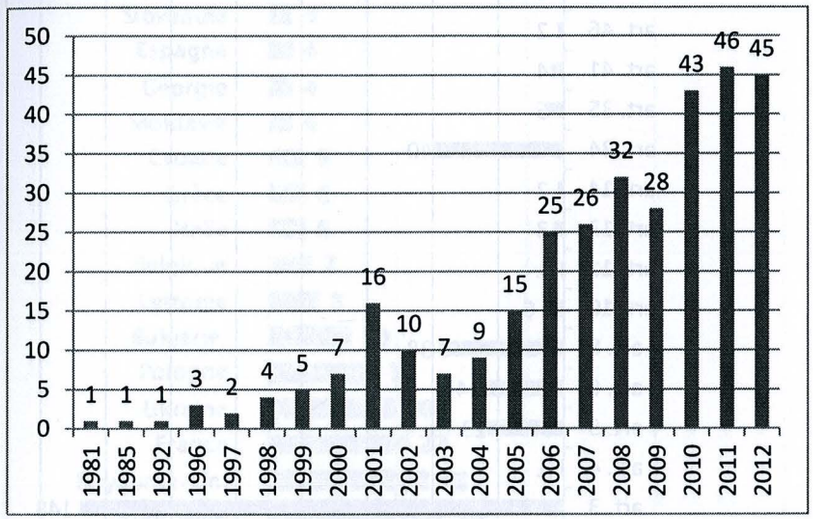
comme le désavantage[114], ont été abondamment discutées depuis, mais rien de ces débats ne transparaît dans la jurisprudence conventionnelle.

Alors que d'aucuns voient dans la jurisprudence conventionnelle sur la vulnérabilité l'amorce d'une « révolution tranquille » pleine de promesses[115], il paraît, au contraire, que la vulnérabilité et le rôle normatif que lui donne la Cour soient en passe de devenir un oreiller de paresse. Sa jurisprudence en la matière a au moins le mérite de nous rappeler l'importance de la vulnérabilité générale et standard dans la structure des droits de l'homme et surtout l'urgence qu'il y a à garantir l'égalité des droits de l'homme face aux vulnérabilités et besoins différents de chacun.

STATISTIQUES RELATIVES À LA VULNÉRABILITÉ AU 31 DÉCEMBRE 2012

Cour européenne des droits de l'homme

Nombre d'arrêts mentionnant le terme « vulnérabilité »[116] : 326

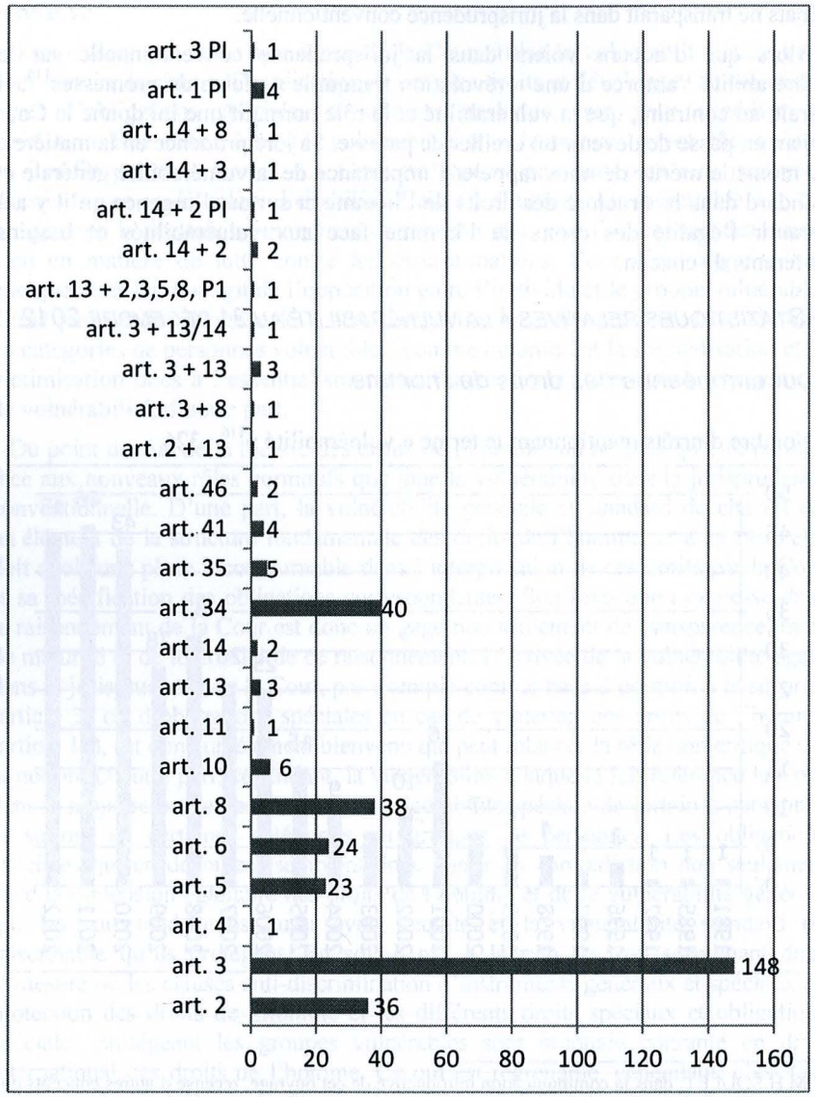


[114] M.H SOULET, dans la communication introductive de cet ouvrage, recense d'autres concepts qui ont été, à un moment, à "la mode", ainsi de l'exclusion, la nouvelle pauvreté ou encore de la marginalité.

[115] Voir par exemple A. TIMMER, « A Quiet Revolution : Vulnerability in the European Court of Human Rights », *op. cit.*

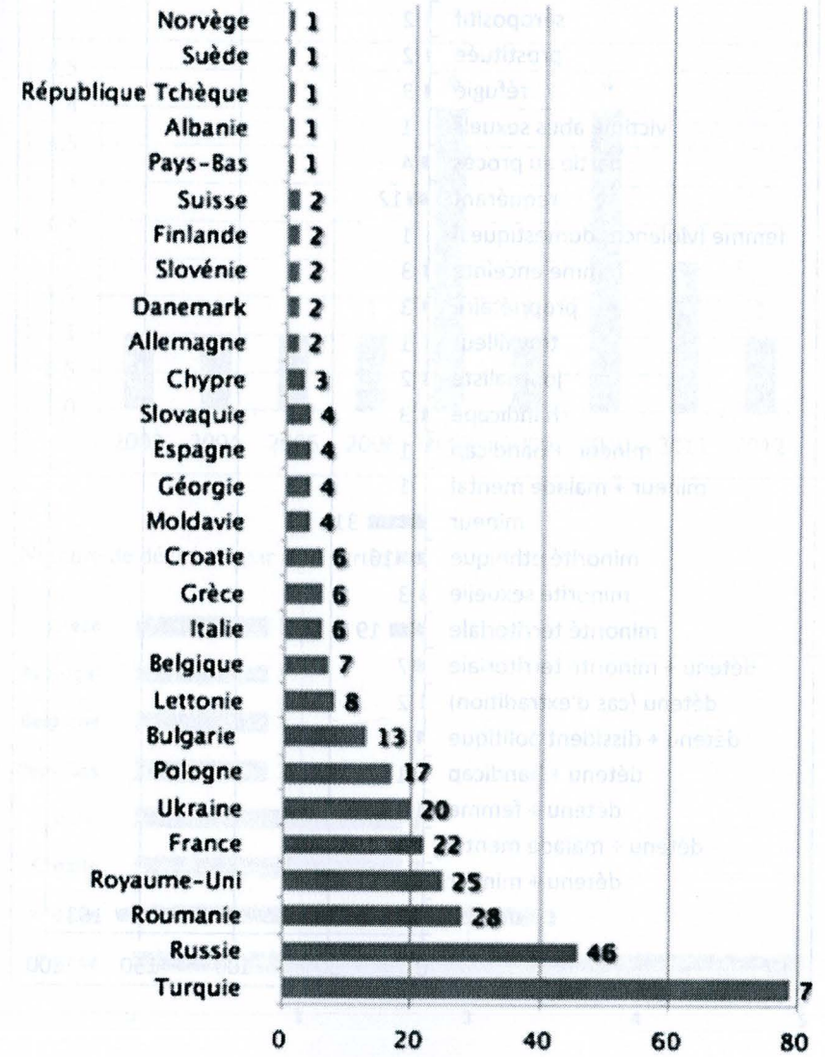
[116] Le moteur de recherche de la Cour européenne des droits de l'homme ne répertorie rien avant le 22 octobre 1981. Les recherches ont été conduites non seulement sur la base des termes « vulnérabilité » (en français et en anglais), mais aussi, pour les raisons exposées dans ce chapitre, de « personnes vulnérables », « individus vulnérables », « catégories vulnérables », « minorités vulnérables » et « situations vulnérables ». La recherche ne prend pas en compte les opinions séparées des juges.

Nombre d'arrêts mentionnant le terme « vulnérabilité » par article[117]

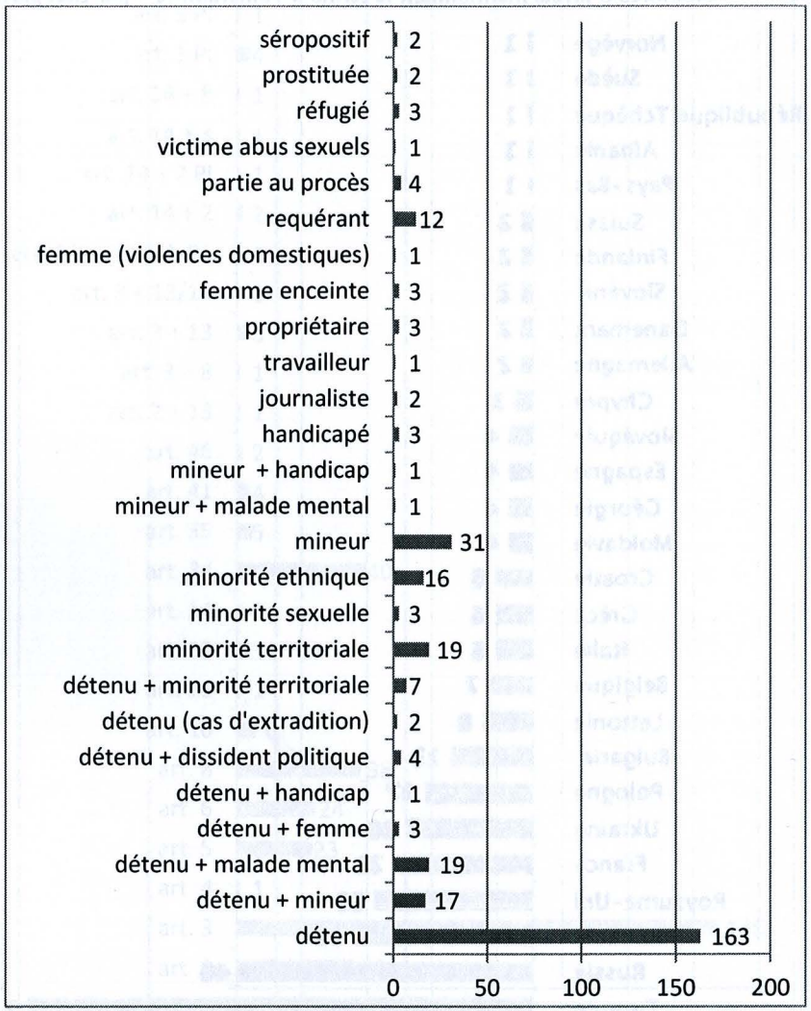


[117] Il arrive qu'une même affaire consacre la violation de plusieurs articles pour chacun desquels le terme « vulnérabilité » est mentionné. Concernant l'article 34 de la CEDH, il ressort de l'analyse que la Cour ne fait référence qu'à la deuxième phrase dudit article.

Nombres d'arrêts mentionnant le terme « vulnérabilité » par Etat partie



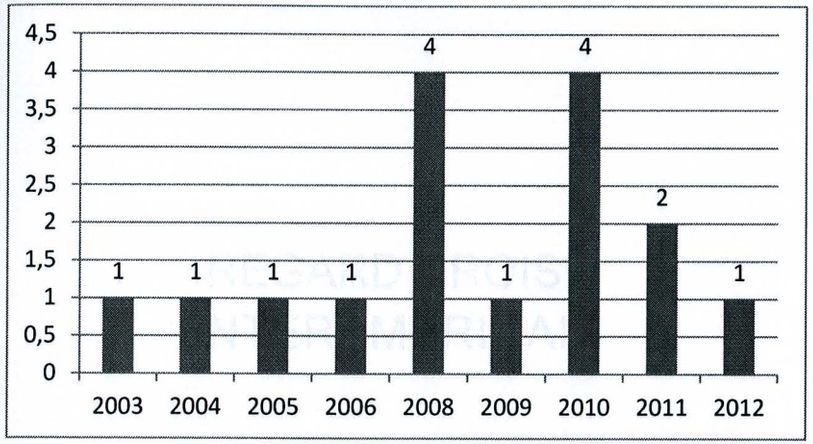
Nombre d'arrêts mentionnant
le terme « vulnérabilité » par catégorie de requérants[118]



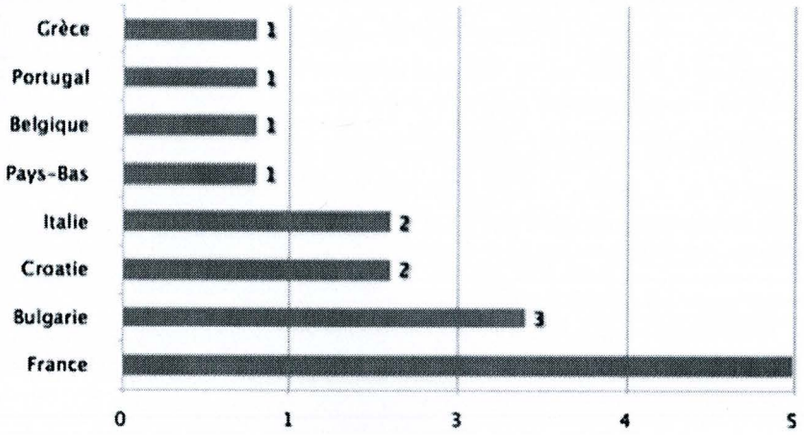
[118] Il y a bien sûr bien d'autres catégories de requérants considérées comme vulnérables par la Cour EDH : on pensera par exemple aux victimes de Tchernobyl (Cour EDH, *Burdov c. Russie, op. cit*), à un groupe de jeunes gens (Cour EDH, *Rachwalski et Ferenc c. Pologne, op. cit.*), à une recrue militaire (Cour EDH. *Kayankin c. Russie, op. cit.*), à un ancien militaire (Cour EDH, *Lapin c. Russie* ; Cour EDH, *Konstantin Markin c. Russie* ; Cour EDH, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*), à un dépositaire (Cour EDH, *Boyajyan c. Arménie*), à la victime d'une arrestation (Cour EDH, *Aydemir c. Turquie* ; Cour EDH *Feyzi Yildirim c. Turquie* ; Cour EDH, *Dölek c. Turquie*), à un apatride (Cour EDH, *Kuric et autres c. Slovénie)*, etc.

Comité européen des droits sociaux

Nombre de décisions mentionnant le terme « vulnérabilité »[119] : 16



Nombre de décisions par Etat partie



[119] L'étude faite sur le moteur de recherche du Comité européen des droits sociaux se base sur les décisions sur la recevabilité, les décisions sur le bien-fondé et les opinions séparées.