



Livre

2022

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne
des droits de l'homme : contours et utilité d'un concept en vogue

Zimmermann, Nesa

How to cite

ZIMMERMANN, Nesa. La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : contours et utilité d'un concept en vogue. Genève : Schulthess, 2022. (Collection genevoise. Droit international)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:170063>

Droit
international

Nesa Zimmermann

La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Contours et utilité
d'un concept en vogue



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genevoise

Nesa Zimmermann

La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Contours et utilité d'un concept en vogue



Droit international

Nesa Zimmermann

La notion de
vulnérabilité dans
la jurisprudence
de la Cour européenne
des droits de l'homme

Contours et utilité
d'un concept en vogue



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2022

Citation suggérée de l'ouvrage: NESA ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Contours et utilité d'un concept en vogue*, « Collection Genevoise », Genève/Zurich 2022, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 1002 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

Références à jour au 31 octobre 2021

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

ISBN 978-3-7255-8825-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2022

www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Les hommes ne sont naturellement ni rois, ni grands, ni courtisans, ni riches ; tous sont nés nus et pauvres, tous sujets aux misères de la vie, aux chagrins, aux maux, aux besoins, aux douleurs de toute espèce ; enfin, tous sont condamnés à la mort. Voilà ce qui est vraiment de l'homme ; voilà de quoi nul mortel n'est exempt. Commencez donc par étudier de la nature humaine ce qui en est le plus inséparable, ce qui constitue le mieux l'humanité.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Émile* ou De
l'éducation

The peculiar beauty of human excellence just is its vulnerability.

MARTHA C. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness*

A mes parents
A mon amoureux

Remerciements

Cette thèse a bénéficié du soutien de nombreuses personnes. Toute ma gratitude va à ma directrice de thèse, la professeure Maya Hertig Randall, pour son soutien durant cette aventure, sa confiance en moi et ma thèse et ses conseils toujours très appréciés. J'aimerais aussi remercier le professeur Michel Hottelier, pour ses conseils bienveillants et précieux tout au long de ces années, y compris lors de ma soutenance en tant que membre de mon jury de thèse. Je souhaite également remercier le professeur Alexandre Flückiger pour les discussions toujours inspirantes, tout particulièrement à propos des questions de recherche et au sujet de la légistique. Mes remerciements vont également aux autres membres du corps professoral et enseignant du Département de droit public ainsi qu'aux professeures et enseignantes d'autres universités avec qui j'ai eu le plaisir de travailler durant ces années formatrices.

Je tiens à remercier chaleureusement le professeur Paulo Pinto de Albuquerque, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, et le professeur Frédéric Bernard de m'avoir fait l'honneur de siéger dans mon jury de thèse et de m'avoir fait part de leurs commentaires avisés. J'ai eu un grand plaisir à soutenir cette thèse et me réjouis de poursuivre les échanges. Merci également au professeur Bénédicte Foëx d'avoir présidé mon jury de thèse en sa qualité de Doyen de la Faculté de droit.

Mes remerciements vont également au professeur Antoine Buyse et à la professeure Alexandra Timmer pour m'avoir accueillie au *Netherlands Institute for Human Rights* à l'Université d'Utrecht et à la professeure Anne Peters qui m'a permis un séjour très enrichissant au *Max Planck Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht* à Heidelberg, financé grâce au soutien généreux du Fonds national suisse. Ces séjours ont été pour moi l'occasion de rencontrer de nombreuses personnes, d'échanger avec elles et d'avoir des discussions inspirantes : qu'elles soient également remerciées.

Une thèse doit être rédigée, mais elle doit également être relue. J'ai eu la chance de pouvoir compter sur le soutien de diverses personnes qui ont relu des parties plus ou moins longues, à des stades d'aboutissement variables, et qui m'ont fait part de leurs commentaires et remarques de grande qualité. Toute ma gratitude va à Arun Bolkensteyn, Dominique Hänni, Anne-Cécile Leyvraz, Julien Marquis, Elisa Ravasi, Claudine Rieben et Katia Roelandt. Un merci tout particulier à Stephanie Motz, ma sœur de thèse et de cœur, pour les nombreuses discussions portant sur à peu près tous les aspects de sa thèse et de la mienne et de nos vies respectives.

Merci aussi à mes collègues du 5^{ème} étage d'Uni Mail pour les échanges et petits et grands soutiens durant ces années. Sans oublier les autres personnes, j'aimerais spécialement remercier Viera Pejchal, avec qui j'ai eu l'énorme plaisir de commencer cette aventure et de partager un bureau ; Morgane Ventura et Damian Cueni, qui ont partagé avec moi les joies et les peines liées à l'édition de l'ouvrage *Droit constitutionnel suisse* et mes collègues et amies de la *Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables* de l'Université de Genève, Djemila Carron, Vista Eskandari, Quentin Markarian et Camille Vallier, ainsi que toutes nos stagiaires et étudiantes, passées et actuelles : c'était et c'est un plaisir de travailler et de réfléchir avec vous.

Et, bien sûr, *engraziel fetg per tut* à mes parents, Rosina Caprez et Mathis Zimmermann, à ma marraine, Judith Wick, et à mes amies, aussi à celles qui n'ont pas lu ma thèse et ne la liront jamais. Vous êtes fantastiques et je suis chanceuse de vous avoir dans ma vie. Enfin, merci à Sébastien Rieben, d'être non seulement le plus grand soutien possible et imaginable, mais aussi la personne qui me fait rire tous les jours de ma vie.

Avant-propos

La vulnérabilité est une « notion en vogue », et pour cause : plus de 70 ans après l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme, l'Europe des droits continue à être mise à mal et de nombreuses personnes se retrouvent dans des situations précaires et risquent une atteinte à leurs droits les plus fondamentaux.

En tant que juge à la Cour européenne des droits de l'homme, je me suis engagé sans relâche pour une meilleure protection des droits des personnes vulnérables. Dans mes 3507 jugements de juge unique, 3343 jugements en tant que membre d'un comité de trois juges et 3641 décisions ou arrêts en tant que membre d'une chambre ou de la Grande Chambre, j'ai continuellement mis en avant une interprétation de la Convention qui fasse justice à cet instrument précieux.

Dans l'effort de garantir des droits conventionnels non pas illusoire ou théoriques, mais concrets et effectifs, la notion de vulnérabilité m'a été d'une utilité sans pareille. J'ai eu d'autant plus de plaisir à siéger dans le jury de thèse de Nesa Zimmermann et de lire son ouvrage d'une qualité exceptionnelle, qui a par ailleurs obtenu le prix de la Société suisse de droit international. L'étude qu'elle propose traite d'un sujet d'actualité, d'un grand intérêt académique et pratique de manière systématique, approfondie et critique. À travers l'analyse de plusieurs centaines de jugements, elle montre de façon pertinente comment la notion de vulnérabilité peut être mobilisée pour garantir l'effectivité et améliorer l'inclusivité des droits de l'homme.

La thèse centrale de l'ouvrage est que la reconnaissance de la vulnérabilité est un outil de résilience pour améliorer l'accès à la Cour et l'effectivité des droits conventionnels. Cette thèse est étudiée à travers quatre parties. La première est dédiée à l'étude de la notion dans une perspective interdisciplinaire, mettant en avant les champs de tension entre vulnérabilité universelle et vulnérabilités particulières, ou encore les risques d'une utilisation irréfléchie ou trop schématique de la notion de vulnérabilité, comme le risque de stigmatisation ou

de paternalisme indu. La deuxième partie, elle, retrace l'évolution prétorienne de la notion, en examinant une diversité de sujets et un nombre impressionnant d'affaires. La troisième partie met en relief les apports de la vulnérabilité pour une interprétation des conditions de recevabilité qui ne soit pas indûment rigide et qui permette de faire justice au droit de recours individuel, pierre angulaire du système conventionnel. La quatrième partie, enfin, analyse la manière dont la vulnérabilité a contribué à l'émergence d'une jurisprudence européenne exigeante en matière de violences domestiques, donnant naissance à des obligations positives concrètes et spécifiques.

L'étude met en lumière la pertinence de la notion de vulnérabilité pour la jurisprudence strasbourgeoise, que ce soit pour sauvegarder le droit de recours individuel ou pour garantir l'effectivité des droits conventionnels. Elle montre aussi que la vulnérabilité est une catégorie pertinente pour l'analyse critique de la jurisprudence, indiquant les domaines dans lesquels la Convention, telle qu'elle est interprétée actuellement, ne tient pas encore sa promesse d'une application *universelle* et *effective* des droits humains. Je ne puis que recommander la lecture de cet ouvrage.

Prof. dr. Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque

Professeur ordinaire, Université Catholique de Lisbonne

Professeur Adjoint Paris II-Assas et Florence

Dr. honoris causa, Edge Hill University, United Kingdom

Dr. honoris causa, Université nationale de Yaroslav Mudrii à Kharkiv, Ukraine

Préface

L'être humain est fait d'os et de chair, de moelle et de nerfs, et est doté d'une âme et d'un esprit, a proclamé la communauté des chasseurs mandikés au début du 13ème siècle. Entrée dans l'histoire sous le nom de la Charte du Mandéni, cette proclamation est aujourd'hui célébrée comme précurseuse des droits humains sur le continent africain. Elle souligne que l'être humain – dans son corps et son esprit –, est fondamentalement vulnérable, exposé à la mort, la maladie, la faim, la souffrance.

La Charte évoque de nombreuses menaces qui guettent cet être vulnérable : la guerre, la famine, la maltraitance, l'oppression, et les restrictions de la liberté qui empêchent l'individu de « voir celui qu'il a envie de voir, dire ce qu'il a envie de dire, et faire ce qu'il a envie de faire », et qui ont pour conséquence que l'âme souffrirait et « s'étiolerait sûrement ». Proclamées « à l'adresse des oreilles du monde entier », les revendications exprimées dans la Charte du Mandén ont une aspiration universelle et se fondent sur la vulnérabilité commune aux êtres humains. Dans le même esprit, H.L.A. HART mentionne dans son ouvrage « The Concept of Law » la vulnérabilité comme une de cinq vérités élémentaires relatives aux personnes humaines permettant de justifier le contenu minimal du droit naturelⁱⁱ.

Protégeant les aspects les plus fondamentaux de l'existence, l'intégrité et l'épanouissement de « tous les membres de la famille humaine »ⁱⁱⁱ, les droits humains sont intrinsèquement liés à la vulnérabilité universelle. Ils constituent des réponses à des expériences tragiques qui ont jalonné l'histoire de l'humanité et qui nous rappellent notre fragilité. Nous sommes fragiles, non seulement pour des raisons intrinsèques à notre corporalité et notre esprit, mais aussi parce que nous sommes exposés à des menaces constantes de la part de l'État, de la société, voire de nos pairs ou des faits de la nature.

C'est un truisme de dire que ces menaces guettent certaines personnes plus que d'autres. À première vue, il ne paraît donc pas surprenant que les organes de contrôle en matière de droits humains reconnaissent la vulnérabilité

particulière de certaines personnes ou certains groupes de personnes. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui fait l'objet du présent ouvrage, regorge de références à la vulnérabilité. Elle qualifie de vulnérables, voire de particulièrement vulnérables des groupes de personnes très divers : les enfants, les personnes migrantes, les personnes en situation de handicap, certaines minorités ethniques, les personnes détenues, pour ne mentionner que quelques exemples d'une liste qui ne cesse de se rallonger.

Cette jurisprudence soulève toute une série de questions : comment articuler le rapport entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière ? La vulnérabilité est-elle plutôt une figure de style ou un concept qui entraîne des conséquences juridiques ? Dans la seconde hypothèse, quel est l'impact concret de la vulnérabilité sur la protection des droits humains des groupes concernés ? La jurisprudence est-elle cohérente, et permet-elle à ce concept de déployer son plein effet utile ?

Dans le présent ouvrage, qui est une version mise à jour de la thèse de doctorat défendue à l'Université de Genève en décembre 2020, Nesa Zimmermann apporte des éclaircissements à ces interrogations. L'autrice débute son ouvrage par une mise en perspective de la notion juridique de vulnérabilité, en la plaçant dans le contexte de la philosophie morale et politique.

Cette première partie de la thèse offre une grille de lecture pour mieux conceptualiser et comprendre différents usages de la notion étudiée, y compris le rapport entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière. Elle rejette une approche « labélisante », qui enferme l'individu dans la case des personnes « vulnérables », et propose une conception de la vulnérabilité comprise comme une notion graduelle, qui tient compte des différentes sources de vulnérabilité et de leur interaction dans un cas d'espèce. La vulnérabilité est ainsi une question de degré et une notion changeante : il existe différentes couches de vulnérabilités qu'une personne a, acquiert ou perd au cours de sa vie.

La partie théorique de la thèse permet également d'expliquer l'engouement relativement récent pour cette notion. En effet, l'émergence récente du concept de vulnérabilité est qualifiée dans la doctrine d'un véritable changement de paradigme, ce qui contraste à première vue avec le constat mentionné

précédemment selon lequel la vulnérabilité est une caractéristique de la condition humaine et fondatrice pour les droits humains.

L'étude se poursuit avec une deuxième partie qui trace les grandes lignes de l'émergence et de l'évolution de la vulnérabilité dans la jurisprudence et dresse le panorama des personnes et groupes que la Cour européenne qualifie de « vulnérables ». Les deux parties suivantes examinent deux domaines sous l'angle de la vulnérabilité, dans le but de déterminer dans quelle mesure la qualification des personnes requérantes comme « vulnérables » entraîne des conséquences juridiques. Cette analyse démontre l'impact concret de la vulnérabilité sur les conditions de recevabilité des requêtes, et sur les obligations positives à la charge des États en prenant pour exemple la thématique de la violence domestique.

L'analyse de l'auteur se fonde sur des recherches doctrinales et jurisprudentielles d'une très grande ampleur. Des centaines d'arrêts et décisions de la Cour qui ont recours à la notion de vulnérabilité ou à des notions voisines ont été répertoriés, triés et analysés. L'usage de ces sources se fait à bon escient, en esquivant le risque de noyer les lectrices et lecteurs avec trop de détails, ou, à l'inverse, de livrer une analyse trop abstraite et superficielle pour permettre de saisir les multiples facettes de la vulnérabilité et son impact sur la jurisprudence. L'ouvrage est rédigé avec une plume facile, qui rend la lecture passionnante. L'analyse de la problématique est convaincante et nuancée.

En scrutant les arrêts de la Cour européenne, sous le prisme de la vulnérabilité, l'auteur fait une contribution importante à la systématisation de la jurisprudence et montre des incohérences et les limites du recours à ce concept. La vulnérabilité n'est pas seulement utilisée comme un outil explicatif, au service d'une meilleure compréhension de la jurisprudence, mais aussi comme une grille de lecture critique, utilisée pour dessiner des pistes d'évolutions jurisprudentielles futures, pistes qui permettraient au concept de vulnérabilité de déployer son plein potentiel.

Écrit par une intellectuelle engagée et une juriste de premier ordre, l'ouvrage contient des réflexions, étayées avec de nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles, utiles tant pour la communauté académique que pour les

praticiennes et praticiens actifs dans le domaine de la protection des droits humains.

Prof. dr. Maya Hertig Randall

Professeure à l'Université de Genève

- i Chartre du Mandén, accessible sous : <https://ich.unesco.org/fr/RL/la-charte-du-mandn-proclame-kouroukan-fouga-00290>.
- ii H.L.A. HART, Le concept de droit, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis 1976, pp. 232–239.
- iii Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Sommaire

REMERCIEMENTS	IX
AVANT-PROPOS	XI
PRÉFACE	XIII
SOMMAIRE	XVII
TABLE DES MATIÈRES.....	XIX
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXVII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PARTIE I : LA VULNÉRABILITÉ, UN CONCEPT AUX FACETTES MULTIPLES ...	9
CHAPITRE 1 :LA VULNÉRABILITÉ APPRÉHENDÉE PAR LE DROIT	13
CHAPITRE 2 :LES FONDEMENTS THÉORIQUES DE LA VULNÉRABILITÉ.....	49
CONCLUSION.....	129
PARTIE II : L'ÉVOLUTION DE LA VULNÉRABILITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR.....	133
CHAPITRE 3 :L'ÉMERGENCE DE LA VULNÉRABILITÉ.....	135
CHAPITRE 4 : LA CONSOLIDATION ET LA DIVERSIFICATION DE LA JURISPRUDENCE ...	173
CONCLUSION.....	293
PARTIE III : LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DE L'ACCÈS À LA COUR.....	297
CHAPITRE 5 :LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE RECOURS	301
CHAPITRE 6 :LA VULNÉRABILITÉ ET LA RECEVABILITÉ DES REQUÊTES	353
CONCLUSION.....	427
PARTIE IV : LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DES DROITS : L'EXEMPLE DES VIOLENCES DOMESTIQUES	431
CHAPITRE 7 :LA VULNÉRABILITÉ DANS LE CONTEXTE DES VIOLENCES..... DOMESTIQUES.....	435
CHAPITRE 8 :LES OBLIGATIONS ÉTATIQUES EN MATIÈRE DE VIOLENCES	
DOMESTIQUES	481
CONCLUSION.....	569

CONCLUSION GÉNÉRALE.....	573
BIBLIOGRAPHIE.....	583
SOURCES DIVERSES.....	643
TRAITÉS, DÉCLARATIONS ET LOIS.....	655
TABLE DE LA JURISPRUDENCE.....	661

Table des matières

REMERCIEMENTS	IX
AVANT-PROPOS	XI
PRÉFACE	XIII
SOMMAIRE	XVII
TABLE DES MATIÈRES.....	XIX
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXVII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PARTIE I : LA VULNÉRABILITÉ, UN CONCEPT AUX FACETTES MULTIPLES	9
CHAPITRE 1 :LA VULNÉRABILITÉ APPRÉHENDÉE PAR LE DROIT	13
I. LA VULNÉRABILITÉ UNIVERSELLE ET LES ORIGINES DU DROIT	14
A. La vulnérabilité, le droit et la vie en société	14
B. La vulnérabilité universelle et les droits humains.....	18
II. LA VULNÉRABILITÉ PARTICULIÈRE ET L'ÉVOLUTION DU DROIT	22
A. La vulnérabilité implicite.....	23
1) Généralités	23
2) La vulnérabilité implicite dans le domaine des droits humains.....	25
B. La vulnérabilité explicite	27
1) Généralités	27
2) L'exemple du droit pénal français et suisse.....	29
3) L'exemple de la bioéthique	36
4) L'exemple des droits humains au niveau international.....	40
5) Appréciation.....	45
III. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	45
CHAPITRE 2 :LES FONDEMENTS THÉORIQUES DE LA VULNÉRABILITÉ.....	49
I. LA VULNÉRABILITÉ COMME OUTIL HEURISTIQUE.....	51
A. Repenser les responsabilités : la théorie de Robert GOODIN	52
B. Repenser la société : les théories du <i>care</i>	57
C. Repenser l'État : la théorie de Martha FINEMAN	61
D. Repenser la vie humaine : Martha NUSSBAUM.....	65

E. Appréciation	71
II. LES CONTOURS DE LA NOTION.....	72
A. La vulnérabilité universelle et les vulnérabilités particulières	72
1) La vulnérabilité universelle, un principe commun	73
2) L'importance et les limites de la vulnérabilité universelle	77
3) Les sources de la vulnérabilité particulière	79
4) L'importance et les limites de la vulnérabilité particulière	83
a) Le risque de paternalisme.....	83
b) Les risques de stéréotypisation, de stigmatisation et d'essentialisme	86
c) Le risque de hiérarchisation des vulnérabilités	90
5) Appréciation	91
B. La vulnérabilité, le risque et la résilience	92
C. La vulnérabilité, la dépendance et l'autonomie	98
1) La vulnérabilité et la dépendance	98
2) La dépendance et l'autonomie.....	100
D. Appréciation.....	103
III. LA PERTINENCE POUR LES DROITS HUMAINS.....	104
A. La relation entre les approches théoriques de la vulnérabilité et les droits humains	104
B. L'effectivité des droits et les obligations positives.....	113
1) Le concept des obligations positives.....	113
2) Les origines dans la jurisprudence de la Cour	114
3) Les fondements des obligations positives.....	119
4) La relation entre obligations positives et vulnérabilité.....	123
C. Appréciation	125
IV. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	126
CONCLUSION	129
PARTIE II : L'ÉVOLUTION DE LA VULNÉRABILITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR.....	133
CHAPITRE 3 :L'ÉMERGENCE DE LA VULNÉRABILITÉ.....	135
I. LES PREMIÈRES APPARITIONS.....	136
A. La vulnérabilité de tierces personnes	136
B. La vulnérabilité des requérantes	140
II. LA MULTIPLICATION DES OCCURRENCES	143
A. Les personnes habitant le sud-est de la Turquie	143
B. Les personnes détenues	146
1) Les facteurs de vulnérabilité	146
2) Les conséquences de la vulnérabilité.....	149
C. Les victimes de torture.....	153

D. Les enfants et jeunes.....	156
1) Les facteurs de vulnérabilité	156
2) Les conséquences de la vulnérabilité.....	160
E. Le mode de vie (semi-)itinérant	164
III. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	170
CHAPITRE 4 : LA CONSOLIDATION ET LA DIVERSIFICATION DE LA	
JURISPRUDENCE.....	173
I. L'ÂGE.....	174
A. Le jeune âge	174
B. L'âge avancé	181
II. LE HANDICAP PHYSIQUE OU MENTAL ET LES MALADIES	184
A. Le handicap physique	185
B. Le handicap mental ou psychique.....	189
C. Les personnes porteuses du VIH.....	194
D. Appréciation.....	199
III. LE CONTRÔLE DE L'ÉTAT	200
A. Les personnes privées de liberté.....	200
B. Les personnes accusées	209
C. Les personnes conscrites.....	219
D. Les autres situations sous le contrôle de l'État.....	222
1) Les enfants à l'école ou en foyer	222
2) Les personnes âgées vivant en institution.....	224
3) Les personnes en situation de handicap internées ou vivant en foyer.....	225
E. Le déséquilibre de pouvoir plus généralement	226
F. Appréciation	229
IV. L'APPARTENANCE À LA MINORITÉ ROM	231
A. La ségrégation scolaire d'enfants roms	231
B. La stérilisation forcée.....	236
C. Les violences policières et privées.....	241
D. Le domicile et le logement	245
E. Appréciation	251
V. LES PERSONNES LGBTIQ.....	253
A. L'identité de genre.....	253
B. L'orientation sexuelle	256
C. La communauté LGBTIQ.....	258
VI. LE CONTEXTE MIGRATOIRE	263
A. La vulnérabilité comme obstacle au refoulement ou au renvoi.....	263
1) L'appartenance à un groupe vulnérable et l'appréciation du risque.....	264
2) La vulnérabilité en lien avec l'expérience migratoire.....	267

B. La vulnérabilité et les conditions d'accueil	274
1) Généralités	274
2) Les personnes mineures.....	277
C. Appréciation.....	281
VII. LA PAUVRETÉ.....	282
VIII. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION.....	288
CONCLUSION.....	293
PARTIE III : LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DE L'ACCÈS À LA COUR.....	297
CHAPITRE 5 :LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE RECOURS	301
I. LES OBLIGATIONS D'ABSTENTION.....	302
A. Principes.....	303
B. La prise en compte de la vulnérabilité particulière	305
1) Le sud-est de la Turquie : un cas de vulnérabilité structurelle	305
a) Les facteurs de vulnérabilité	306
b) Les conséquences de la vulnérabilité.....	307
2) Les personnes détenues : une vulnérabilité situationnelle	310
a) Les facteurs de vulnérabilité et de résilience	311
b) Les conséquences de la vulnérabilité.....	314
C. Appréciation.....	319
II. LES OBLIGATIONS POSITIVES	321
A. Les obligations visant à assurer la correspondance.....	322
B. L'obligation de fournir « toutes facilités nécessaires »	323
III. LES MESURES PROVISOIRES	326
C. La pertinence de la vulnérabilité dans ce contexte	330
1) La vulnérabilité comme notion sous-jacente	331
2) La vulnérabilité liée au résultat	332
3) La vulnérabilité due au contexte	335
D. Appréciation.....	338
IV. LA PRIORISATION DES REQUÊTES	340
A. Le contexte.....	341
B. La politique de priorisation.....	344
C. La prise en compte de la vulnérabilité.....	346
V. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	349
CHAPITRE 6 :LA VULNÉRABILITÉ ET LA RECEVABILITÉ DES REQUÊTES.....	353
I. GÉNÉRALITÉS	354
II. LA COMPÉTENCE RATIONE PERSONAE DE LA REQUÉRANTE	357
A. Principes.....	358
1) Les critères de l'article 34 de la Convention	358

2) Les difficultés d'accès à la Cour.....	362
B. La requête au nom d'une personne particulièrement vulnérable	365
1) La représentation exceptionnelle au nom de la vulnérabilité	365
2) L'arrêt <i>Câmpeanu</i> : l'exception à l'origine d'un principe.....	369
a) L'innovation majeure de l'arrêt <i>Câmpeanu</i>	369
b) Les suites de l'arrêt <i>Câmpeanu</i>	376
3) L'évolution vers une approche de principe ?	387
a) L'importance d'une approche de principe.....	387
b) La compréhension de la vulnérabilité dans ce contexte	390
c) Les autres critères.....	393
C. Appréciation	395
III. L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE DROIT INTERNES	396
A. Principes.....	396
B. La prise en compte de la vulnérabilité particulière	398
1) Le contexte politique : l'exemple du sud-est de la Turquie.....	398
2) L'existence de discriminations structurelles.....	402
3) L'absence de capacité juridique.....	407
4) La difficulté ou l'incapacité de se plaindre	409
5) Appréciation	411
IV. LE DÉLAI POUR INTRODUIRE UNE REQUÊTE.....	412
A. Principes.....	412
B. Le devoir de diligence et la vulnérabilité particulière.....	414
1) La prise en compte indirecte de la vulnérabilité	415
2) La prise en compte directe de la vulnérabilité.....	416
C. Appréciation	421
V. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	423
CONCLUSION.....	427
PARTIE IV : LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DES DROITS :	
L'EXEMPLE DES VIOLENCES DOMESTIQUES	431
CHAPITRE 7 : LA VULNÉRABILITÉ DANS LE CONTEXTE DES VIOLENCES	
DOMESTIQUES	435
I. LES VIOLENCES DOMESTIQUES : ASPECTS DÉFINITIONNELS	436
II. LES SOURCES DE VULNÉRABILITÉ	440
A. La référence à des sources externes	441
B. Les facteurs de vulnérabilité reconnus par la jurisprudence	445
1) Aperçu.....	445
2) Les facteurs intrinsèques	446
a) L'âge.....	446
b) Le handicap	451

c) Appréciation	454
3) Les violences vécues.....	455
4) Le lien avec les violences futures.....	459
5) Le contexte sociétal.....	464
a) Les éléments concernant certaines femmes	465
b) Les éléments concernant toutes les femmes	471
c) Appréciation	476
III. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	478
CHAPITRE 8 :LES OBLIGATIONS ÉTATIQUES EN MATIÈRE DE VIOLENCES DOMESTIQUES	481
I. LES DROITS ET OBLIGATIONS PERTINENTS : APERÇU	482
A. Le droit à la vie (article 2 CEDH)	482
B. L’interdiction des mauvais traitements (articles 3 et 8 CEDH).....	484
1) Les obligations positives en la matière	484
2) La délimitation entre les articles 3 et 8 CEDH.....	485
C. L’interdiction des discriminations (article 14 CEDH)	491
II. LES OBLIGATIONS POSITIVES	492
A. L’obligation positive de mettre en place un cadre juridique adéquat	493
1) La criminalisation de certains actes	495
2) La poursuite d’office ou sur plainte.....	501
3) La possibilité d’une appréciation globale des faits.....	506
4) La prise de mesures concrètes	508
5) Appréciation.....	511
B. L’obligation positive de mener une enquête	513
C. L’obligation positive de prendre des mesures opérationnelles	520
1) Les critères issus de l’affaire <i>Osman c. Royaume-Uni</i> : aperçu	520
2) La connaissance d’un risque réel et imminent	522
a) L’application du « test Osman »	523
b) Les critiques du « test Osman »	527
c) L’évolution vers une adaptation du « test Osman » ?	530
d) Appréciation.....	539
3) L’obligation de prendre les « mesures raisonnables »	541
4) Appréciation	549
D. Synthèse et appréciation.....	551
III. L’INTERDICTION DES DISCRIMINATIONS	553
A. L’attitude explicitement discriminatoire.....	555
B. La discrimination structurelle.....	558
C. Appréciation.....	564
IV. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION	565

CONCLUSION.....	569
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	573
BIBLIOGRAPHIE.....	583
SOURCES DIVERSES.....	643
I. AU NIVEAU INTERNATIONAL	643
II. AU NIVEAU EUROPÉEN	647
III. AU NIVEAU NATIONAL.....	652
A. États-Unis.....	652
B. Suisse	653
TRAITÉS, DÉCLARATIONS ET LOIS.....	655
I. AU NIVEAU INTERNATIONAL	655
II. AU NIVEAU RÉGIONAL	656
A. Afrique	656
B. Amériques.....	656
C. Europe	657
1) Conseil de l'Europe	657
2) Union européenne	658
III. AU NIVEAU NATIONAL.....	659
A. Suisse	659
B. France.....	660
C. Belgique.....	660
TABLE DE LA JURISPRUDENCE.....	661

Table des abréviations

ADN	acide désoxyribonucléique
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
al.	alinéa
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
art.	article
ATAF	Arrêt publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Arrêt publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969
CADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981
CAT	Comité contre la torture des Nations Unies ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105)
CCMN	Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales du 1 ^{er} février 1995 (RS 0.441.1, STCE n° 199)
CDAS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107)
CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies
CDH	Comité des droits de l'homme
CommDH	Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (RS 0.109) ; Comité des droits des personnes handicapées

CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (RS 0.108)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101, STE n° 5)
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CERD	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (RS 0.104) ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
cf.	<i>confer</i>
CFCF	Chance For Children Foundation
ch.	chiffre(s)/chapitre(s)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMW	Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990
CLaH 80	Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (Convention de La Haye ; RS 0.211.230.02)
Comité CEDEF	Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
Convention	Sans précision supplémentaire, « Convention » se réfère à la CEDH
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme (cité dans le texte : la Cour, sauf si le complément est utile)
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CPRCG	Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 (RS 0.311.11)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CP-F août	Code pénal français du 22 juillet 1992, version consolidée du 12 août 2020
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture
Cst.-GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RS 131.234)
Cst.-VD	Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS 131.231)
CUP	Cambridge University Press

CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111)
(déc.)	décision
Dir.	Directive
dir.	sous la direction de
DUDH	Déclaration universelle des droits de l’homme du 10 décembre 1948
éd./éds	édité par
ERRC	European Roma Rights Centre
etc.	<i>et cetera</i>
FAO	Organisation des Nations unies pour l’alimentation et l’agriculture
FF	Feuille fédérale
FRA	Agence européenne des droits fondamentaux de l’Union européenne
[GC]	Arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme
GRETA	Groupe d’experts sur la lutte contre la traite des êtres humains
GREVIO	Groupe d’experts sur la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique
IPV	Intimate Partner Violence
HRL	Human Rights Law
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l’intégration du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
let.	lettre(s)
LGBTIQ	Relatif à une ou des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, trans*, intersexes ou queer
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°/n ^{os}	numéro/numéros
not.	notamment
note	note de bas de page
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies

ONU DC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
OIT	Organisation internationale du travail
op. conc.	opinion concordante
op. diss.	opinion dissidente
op. part. diss.	opinion partiellement dissidente
op. sép.	opinion séparée
OUP	Oxford University Press
p./pp.	page/pages
par.	paragraphe
p. ex.	par exemple
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II ; RS 0.103.2)
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte ONU I ; RS 0.103.1)
PKK	Parti des travailleurs du Kurdistan
PUF	Presses universitaires de France
Protocole	Sauf autre précision, la mention « Protocole » (n ^{os} 1 à 16) se réfère aux protocoles additionnels à la CEDH
réf. cit.	références citées
rév.	révisé(e)
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
STE	Série des traités européens (1949–2003, n ^{os} 1–193 ; ensuite : STCE)
STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe (dès 2004, n ^o 194)
TAF	Tribunal administratif fédéral suisse
TF	Tribunal fédéral suisse
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UNHCR	Agence des Nations Unies pour les réfugiés
VIH	virus de l'immunodéficience humaine
VfGH	Verfassungsgerichtshof

Introduction générale

Un mot : vulnérable. Une signification dérivée du latin : ce qui peut être blessé facilement, ce qui est fragile, précaire¹. Et pourtant, derrière ce terme apparemment simple se cache une notion complexe, riche en nuances et en contradictions. Ainsi, la vulnérabilité est tantôt décrite comme « aspect universel, inévitable et permanent de la condition humaine »², tantôt associée à certains personnes ou groupes de personnes spécifiques³. Il n'est pas toujours facile de distinguer entre une vulnérabilité universelle, commune à chacune d'entre nous, et une vulnérabilité spécifique à certaines personnes ou situations : quand nous ressentons le besoin de la soulever, nous nous trouvons généralement déjà face à une vulnérabilité accrue, peut-être sans le préciser⁴. Souvent, la notion est associée à un risque spécifique : la vulnérabilité à la pauvreté, à une maladie, à une atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique⁵. La question de savoir qui est vulnérable, pourquoi et à quoi appelle donc une réponse nuancée et une analyse circonstanciée des facteurs de vulnérabilité – ou, au contraire, de résilience – présents dans un cas donné.

La vulnérabilité est une notion d'autant plus complexe qu'elle est utilisée dans des domaines et disciplines très variés et à des fins différentes : des études du risque au droit en passant par la philosophie politique, la vulnérabilité s'est

¹ Selon le DICTIONNAIRE LAROUSSE en ligne, est *vulnérable* « [q]ui est exposé à recevoir des blessures, des coups » ; [q]ui est exposé aux atteintes d'une maladie, qui peut servir de cible facile aux attaques d'un ennemi » et « [q]ui, par ses insuffisances, ses imperfections, peut donner prise à des attaques » (<https://www.larousse.fr> [31.10.2021]). En anglais, le OXFORD ENGLISH DICTIONARY propose une définition similaire du mot vulnérable, à savoir « [t]hat may be wounded; susceptible of receiving wounds or physical injury » et, de manière figurative, « [o]pen to attack or injury of a non-physical nature » (<https://www.oed.com> [31.10.2021]). Voir aussi, pour une définition plus élaborée, CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES LEXICALES ET TEXTUELLES, <https://www.cnrtl.fr/definition/vulnérable> [31.10.2021]. Pour une discussion, voir FIECHTER-BOULVARD, pp. 13–16 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 6–8 ; TURNER, pp. 28–29.

² FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 8 (notre traduction) ; voir aussi MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 19 ; TURNER, pp. 26–34 ; à propos de la vulnérabilité universelle, voir *infra*, n^{os} 136–138.

³ ANAGNOSTOU, pp. 2–20 ; BALDWIN, pp. 243–258 ; CHARDIN, pp. 370–371 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 19 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1063–1085.

⁴ C'est le cas de la Cour EDH, comme notre analyse aux chapitres 3 à 8 le montrera.

⁵ Nous approfondirons la relation entre vulnérabilité et risque plus loin (voir *infra*, n^{os} 165–175).

imposée comme une notion-clé⁶. Son potentiel interdisciplinaire a d'ailleurs été cité comme étant un des facteurs de son succès⁷. Dépassant le champ académique, la notion a également gagné en visibilité dans les médias, dans les politiques publiques et dans le langage courant : « tout le monde s'est approprié les vertus de la vulnérabilité », qui devient ainsi « un *leitmotiv* des sociétés contemporaines »⁸. En droit, la vulnérabilité a été qualifiée de « notion émergente »⁹, de « concept émergent »¹⁰ ou encore de « [notion] en passe d'atteindre [le] rang d'un principe »¹¹. Dans le contexte des droits humains, certaines ont observé un « vulnerability turn », un changement de paradigme qui « permettrait de repenser l'être humain [...] et qui serait à la base d'un ensemble de nouvelles obligations imposées à la charge des États »¹².

3 En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention, la CEDH), et plus particulièrement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : la Cour), certaines sont allées jusqu'à parler d'une « révolution silencieuse »¹³. En effet, on constate que la notion de vulnérabilité, apparue dans la jurisprudence européenne il y a près de quarante ans, d'abord de façon marginale, a connu un développement important au cours des quinze dernières années. Elle y apparaît non seulement de plus en plus fréquemment, mais occupe également une place importante dans le raisonnement de la Cour dans un nombre considérable de cas¹⁴. L'essor de la vulnérabilité est comparable sur le plan universel¹⁵ et dans les systèmes africain¹⁶ et interaméricain de protection des droits humains¹⁷. Ce phénomène n'est pas resté inaperçu dans la doctrine qui a commencé à s'y intéresser depuis

⁶ BRODIEZ-DOLINO, *Concept*, p. 1 ; COLE, *Political Ambiguity*, pp. 261–265 ; HESFORD/LEWIS, pp. ix–xi ; MISZTAL, pp. 4–5, 18–28 ; TEN HAVE, pp. 20–26 ; voir aussi *infra*, n° 16.

⁷ GILSON, p. 8 ; RE, *Challenge*, p. 8 ; SOULET, *Prudence*, p. 11 ; TEN HAVE, pp. 30–32 ; THOMAS, pp. 77–99 ; voir aussi *infra*, n° 84.

⁸ SOULET, *Raisons*, p. 59 ; à ce propos, voir aussi *infra*, n° 17.

⁹ DUTHEIL-WAROLIN, p. 10 (en ce qui concerne droit privé français) ; REBOURG/BURDIN, p. 65 (au sujet du droit français, et notamment du droit pénal).

¹⁰ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1056, 1068 ; voir aussi *infra*, n° 21.

¹¹ HUBER/TEBOUL, p. 17 ; voir aussi *infra*, n° 21.

¹² BURGORGUE-LARSEN, p. 241 ; voir aussi TURNER, qui érige la vulnérabilité en principal fondement des droits humains (TURNER, pp. 9–13).

¹³ TIMMER, *Vulnerability*, p. 147.

¹⁴ Pour un panorama de la jurisprudence pertinente, voir *infra*, chapitres 3 et 4.

¹⁵ Voir en particulier CHAPMAN/CARBONETTI ; MORAWA, *Vulnerability* ; NIFOSI-SUTTON ; TRUSCAN, *Vulnerable Groups*.

¹⁶ HEIKKILÄ/MUSTANIEMI-LAAKSO.

¹⁷ Voir p. ex. BELOFF/CLÉRICO ; ESTUPIÑAN-SILVA ; MORALES ANTONIAZZI.

quelque temps¹⁸. Décidément, la vulnérabilité est une notion *en vogue* : mais que se cache-t-il derrière ce « label évocateur »¹⁹ ?

S'inspirant de ces travaux, qu'elle entend compléter, la présente étude propose une analyse approfondie de la notion de vulnérabilité, de ses contours et de son utilité, dans la jurisprudence de la Cour. Elle procède à une systématisation et à une analyse critique de la jurisprudence pertinente, s'inspirant également d'approches non juridiques de la vulnérabilité. Pour ce faire, elle combine une étude panoramique de la jurisprudence au sujet de la notion de vulnérabilité avec un examen approfondi de deux aspects spécifiques : le lien entre la vulnérabilité et l'effectivité de l'accès à la Cour, un sujet qui n'a reçu que peu d'attention jusqu'à maintenant²⁰ et le lien entre la vulnérabilité et l'effectivité des droits, à l'exemple des violences domestiques. Si la jurisprudence au sujet des violences domestiques a fait l'objet de diverses études²¹, le rôle que la vulnérabilité y joue reste sous-exploré. Le sujet des violences domestiques permet non seulement de mieux comprendre la manière dont la Cour appréhende la vulnérabilité ; il met également en lumière le potentiel de la vulnérabilité en tant que grille de lecture, un outil permettant d'analyser de manière critique la jurisprudence et de proposer des pistes pour son évolution future.

Ainsi, cette thèse étudie la signification de la notion de vulnérabilité, ses contours et ses conséquences, dans le cadre spécifique de la jurisprudence de la Cour. Elle poursuit deux questions de recherche formulées de manière volontairement large. Premièrement, comment la Cour comprend-elle la notion de vulnérabilité ? Et deuxièmement, quelles sont les conséquences juridiques de la vulnérabilité ? Ces questions sont liées : plus les conséquences juridiques découlant de la vulnérabilité sont importantes, plus il est nécessaire de

¹⁸ Parmi les auteures qui ont étudié la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour, signalons en particulier Lourdes PERONI et Alexandra TIMMER, auteures de deux articles pionniers dans ce domaine (PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups* ; TIMMER, *Vulnerability*) ; Samantha BESSON, qui a analysé la vulnérabilité en lien avec la structure morale des droits humains (BESSON, *Vulnerability*) ; Marion BLONDEL, pour une analyse croisée en droit international humanitaire, en droit international pénal et en droits humains (BLONDEL) ; Corina HERI, pour son analyse approfondie de la jurisprudence relative à l'article 3 CEDH (HERI, *Rights of the Vulnerable*), et les diverses contributions de l'ouvrage collectif dirigé par Caroline BOITEUX-PICHERAL pour une analyse transversale de la jurisprudence (BOITEUX-PICHERAL ; GONZALEZ ; HARDY/BOITEUX-PICHERAL ; NIVARD, CEDS ; PALANCO ; PASTRE-BELDA, *Dimension* ; SCHAHMANECHE).

¹⁹ SOULET, *Prudence*, pp. 13–14. Sur ce point, voir aussi *infra*, n° 17.

²⁰ Pour une exception, voir not. GARIN/KELLER.

²¹ Voir p. ex. McQUIGG, *ECHR and domestic violence* ; McQUIGG, *IHRL* ; HENN, *passim* ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 39–65 ; SJÖHOLM, en particulier pp. 27–188, 387–454 ; SOSA, pp. 121–146.

déterminer clairement les critères qui conduisent la Cour à qualifier des requérantes de vulnérables. À l'inverse, mieux ces critères sont définis, plus il sera possible d'en faire découler des conséquences juridiques précises, améliorant ainsi la prévisibilité de la jurisprudence. Pour ce faire, le présent ouvrage s'inspire également d'autres disciplines, notamment des théories du *care*²², de la bioéthique, de la sociologie du droit et de la philosophie, ce qui permet une compréhension plus riche et plus nuancée de la notion de vulnérabilité.

6 Pour étudier ces deux questions, la présente thèse part de l'hypothèse selon laquelle la vulnérabilité n'est pas seulement une formule de style, mais entraîne effectivement des conséquences juridiques, et qu'elle est un outil pertinent pour garantir l'effectivité des droits humains dans une perspective inclusive, donc tout particulièrement pour les personnes qui risquent de ne pas pouvoir bénéficier d'une protection effective de leurs droits conventionnels. Au-delà de l'effectivité matérielle des droits humains, nous suggérons que la vulnérabilité est aussi un instrument pour améliorer l'effectivité procédurale, à savoir l'accès effectif à la Cour. Cette hypothèse de travail est testée par l'étude approfondie de deux aspects, l'un d'ordre procédural (l'accès à la Cour), l'autre portant sur le contenu des droits garantis par la Convention (par le biais de l'exemple des violences domestiques). Au-delà d'une systématisation et d'une analyse critique de la jurisprudence, cet ouvrage vise aussi à faire ressortir des pistes qui permettront à la vulnérabilité de déployer tout son potentiel transformateur.

7 Cette thèse est divisée en quatre parties composées chacune de deux chapitres. La **première partie** vise à mieux cerner et comprendre la notion de vulnérabilité, en droit et au-delà. Pour ce faire, le *premier chapitre* étudie la manière dont le droit s'est saisi de la notion. Ce chapitre introductif s'interroge sur la relation entre la vulnérabilité – universelle et particulière – et le droit sur le plan théorique. Il s'intéresse également à des exemples concrets permettant de voir la manière dont la vulnérabilité est appréhendée par différents domaines du droit. Le *deuxième chapitre* étudie les fondements théoriques de la notion de vulnérabilité et ses contours par le biais de plusieurs théories de philosophie morale ou politique s'y étant intéressées de près²³. L'objectif n'est pas de proposer un cadre théorique unique, mais plutôt d'explorer différentes

²² À propos de l'éthique du *care*, voir *infra*, n^{os} 97–105.

²³ À propos du choix, voir *infra*, n^o 21.

approches théoriques qui permettront d'étudier les contours de la notion de vulnérabilité. À ce propos, nous nous intéresserons à la relation entre vulnérabilité universelle et particulière, aux différentes sources – intrinsèques, situationnelles et structurelles – de cette seconde, aux risques liés à la notion de vulnérabilité, comme le risque de stigmatisation ou de paternalisme, et à sa relation avec des concepts connexes comme le risque, la résilience, la dépendance et l'autonomie. Nous terminerons sur des réflexions à propos de la pertinence de ces différentes approches théoriques pour les droits humains, plus spécifiquement, sur le rôle des obligations positives pour répondre et remédier à la vulnérabilité.

La **deuxième partie** dresse un panorama de l'utilisation de cette notion dans la jurisprudence de la Cour. Elle est rédigée dans une perspective historique, retraçant l'évolution jurisprudentielle. Cette perspective permet de montrer une certaine continuité – la vulnérabilité étant une notion moins nouvelle que l'intérêt récent de la doctrine pourrait parfois le laisser croire – en même temps qu'une évolution continue, la vulnérabilité s'inscrivant pleinement dans l'interprétation dynamique de la Convention. Cette partie est divisée en deux chapitres. Couvrant la période allant de 1977 à 2006, le *troisième chapitre* traite de l'émergence de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence et de la multiplication des occurrences. Le *quatrième chapitre* analyse la période allant de 2007 à 2021²⁴, faisant état à la fois d'une consolidation et d'une diversification de la jurisprudence, s'agissant tant des situations dans lesquelles la Cour se réfère à la vulnérabilité que des conséquences qui en découlent. Ensemble, ces deux chapitres proposent un panorama certes non exhaustif, mais permettant une vision globale de la jurisprudence traitant de la notion de vulnérabilité. Dans les deux parties suivantes, cette analyse sera complétée par une étude plus approfondie de deux aspects particuliers ayant trait à la procédure d'une part, au droit du fond d'autre part.

La **troisième partie** approfondit des questions ayant trait à la procédure devant la Cour. Elle analyse en particulier comment la reconnaissance de la vulnérabilité particulière de certaines personnes peut constituer un outil améliorant l'accès effectif à la Cour. Pour ce faire, le *cinquième chapitre* s'interroge sur le rôle de la vulnérabilité en lien avec le droit à un recours effectif,

²⁴ Les décisions et arrêts ont été pris en compte jusqu'au 31 octobre 2021 (à la suite d'une mise à jour postérieure à la soutenance de thèse le 4 décembre 2020).

traitant des ingérences au droit de recours et des obligations positives pour garantir l'effectivité du droit de recours, mais aussi de la question des mesures provisoires et de la priorisation des requêtes. Le *sixième chapitre* examine l'influence de la vulnérabilité sur l'interprétation des conditions de recevabilité des requêtes. Il traite spécifiquement de la question de la recevabilité *ratione personae*, tout en abordant également la question de l'épuisement des voies de recours internes et du délai pour déposer une requête. Il s'agit à la fois d'une thématique qui n'a reçu que peu d'attention en doctrine et qui revêt une grande importance pratique, appelée à croître encore davantage à l'« ère de la subsidiarité »²⁵. En effet, le durcissement des conditions de recevabilité et l'attention portée au filtrage des requêtes dans le but d'accroître l'efficacité de la Cour²⁶ ne sont pas sans incidences sur l'accès effectif, notamment pour des personnes qui se trouvent dans une position particulièrement vulnérable.

10 La **quatrième partie** approfondit la question de l'effectivité des droits, en prenant pour exemple la thématique des violences domestiques. Pour ce faire, le *septième chapitre* propose une analyse systématique et détaillée de la vulnérabilité en lien avec les violences domestiques. Il analyse à la fois les facteurs de vulnérabilité – intrinsèques, situationnels et structurels – reconnus par la Cour, et dresse des pistes pour l'évolution future de la jurisprudence, en proposant comment celle-ci pourrait davantage prendre en considération des vulnérabilités structurelles. Le *huitième chapitre* étudie de manière approfondie les obligations étatiques pour répondre au phénomène des violences domestiques. Il est principalement dédié à une analyse critique des différentes obligations positives – législatives, d'enquête et opérationnelles – dégagées par la Cour, tout en traitant également de la question de l'interdiction des discriminations. Il examine dans quelle mesure les obligations étatiques définies par la Cour répondent aux vulnérabilités identifiées au chapitre précédent, et comment elles pourraient le faire encore davantage.

11 Par le biais de ces quatre parties, cette thèse propose une étude approfondie et critique de la manière dont la vulnérabilité est évoquée et utilisée par la jurisprudence, de quels individus ou groupes de personnes sont qualifiés de vulnérables ainsi que des conséquences juridiques d'une telle qualification, sans oublier les éventuels aspects problématiques, comme le risque de paternalisme

²⁵ Pour cette expression, voir en particulier SPANÓ, p. 487 (« the age of subsidiarity »).

²⁶ À ce propos, voir *infra*, n^{os} 591–593.

et de stigmatisation. Les trois parties dédiées à la jurisprudence visent à tester l'hypothèse selon laquelle la vulnérabilité entraîne des conséquences juridiques et constitue un concept utile pour renforcer l'effectivité des droits. Les aspects théoriques abordés dans la première partie permettent d'enrichir cette analyse, qu'il s'agisse d'identifier les facteurs à l'origine de cette vulnérabilité, les différents types de vulnérabilité – intrinsèque, situationnelle ou structurelle – ou encore d'alerter sur les risques liés à son utilisation.

Du point de vue méthodologique, cet ouvrage combine donc une analyse de la littérature, y compris non juridique, avec une analyse approfondie de la jurisprudence au sujet de la vulnérabilité. Celle-ci constituant le cœur de la présente étude, la sélection des jugements revêt une importance particulière. À ce propos, nous avons fait usage des possibilités offertes par le moteur de recherche hudoc²⁷, sélectionnant dans un premier temps l'ensemble des arrêts et décisions contenant les mots-clés « vulnérabilité », « vulnerability » ou « vulnérable » pour une première analyse rapide²⁸. Dans un second temps, nous avons classé ces jugements selon le sujet considéré comme vulnérable, le contexte, les droits conventionnels concernés et la personne ou entité s'étant référée à la vulnérabilité, et la place accordée à cette dernière dans le raisonnement judiciaire²⁹. Ce classement a permis d'étudier en détail les affaires qui nous paraissaient les plus pertinentes, que ce soit en raison de leur caractère novateur ou de la place accordée à la vulnérabilité, ou encore de leur importance pour la thématique traitée. Enfin, pour déterminer le rôle et la pertinence de la vulnérabilité, nous avons tenu compte, de manière ponctuelle et à titre comparatif, d'affaires dans lesquelles la Cour ne mentionne pas la vulnérabilité.

Tous les jugements analysés ne sont pas abordés ou même cités dans le présent ouvrage, leur nombre étant trop important et l'utilité de lister des

²⁷ Voir <https://hudoc.echr.coe.int> [31.10.2021].

²⁸ Nous avons recensé un total de 27 arrêts, 35 décisions et 25 rapports pour la période allant jusqu'au 31 décembre 1994 ; un total de 224 arrêts (dont 42 arrêts de Grande Chambre) et de 220 décisions pour la période allant du 1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 2006 et un total de 1695 arrêts (dont 101 arrêts de Grande Chambre, 1456 arrêts de chambre et 138 arrêts de comité), et 396 décisions pour la période allant du 1^{er} janvier 2007 au 31 octobre 2021.

²⁹ Pour déterminer la place de la vulnérabilité dans le raisonnement judiciaire, nous avons effectué un premier tri selon si les mots-clés apparaissaient dans la partie « En droit » ou non. Ainsi, en isolant les jugements dans lesquels la vulnérabilité apparaît dans la partie « En droit », nous nous retrouvons encore avec 91 arrêts et 106 décisions pour la période allant du 1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 2006 et avec 666 arrêts et 178 décisions pour la période allant du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2021. Ensuite, une lecture détaillée a permis d'apprécier le poids réel de la vulnérabilité du raisonnement de la Cour.

dizaines d'arrêts répétitifs ayant brièvement mentionné la vulnérabilité étant limitée, pour ne pas dire nulle. De manière plus générale, nous avons recherché un équilibre entre un examen panoramique d'un grand nombre d'affaires et une analyse plus détaillée de certains arrêts phares et de certaines thématiques. Ce constat vaut à l'intérieur de chaque partie, certains jugements étant analysés en détail, alors que d'autres ne sont que brièvement mentionnés. Il vaut également pour la structure des trois parties dédiées à l'analyse de la jurisprudence. Ainsi, la deuxième partie propose un panorama large de l'ensemble de la jurisprudence. La troisième partie étudie la question plus spécifique de l'accès à la Cour, en traitant de l'effectivité du droit de recours et des conditions de recevabilité ; le domaine reste cependant relativement vaste et l'analyse sélective. La quatrième partie, quant à elle, constitue une analyse approfondie et détaillée d'une thématique bien délimitée, à savoir les violences domestiques. En combinant ainsi une étude panoramique avec une analyse approfondie de certains aspects en particulier, nous espérons répondre au mieux aux deux questions de recherche évoquées plus haut, à savoir la manière dont la Cour comprend la vulnérabilité et les conséquences juridiques qui en découlent.

- 14 Enfin, une précision linguistique s'impose. Dans cet ouvrage, nous avons adopté le féminin universel. En d'autres termes, le genre féminin est le genre « par défaut », utilisé à la fois lorsqu'il est question d'une personne abstraite et pour se référer à des groupes incluant des femmes, des hommes et des personnes qui ne se reconnaissent dans aucune de ces deux catégories. Ainsi, quand nous parlerons d'auteurs, de requérantes ou de perpétratrices, ces termes incluent également les auteurs, les requérants ou les perpétrateurs. À l'inverse, nous réserverons l'utilisation du masculin lorsque nous souhaitons n'inclure que des personnes de genre masculin. Ayant à l'origine souhaité rédiger une thèse en langage épïcène ou inclusif, le choix du féminin universel s'est imposé au fil de l'avancement de nos travaux. En effet, l'invisibilisation des femmes, y compris dans le domaine des droits « de l'homme », constituait un thème récurrent de nos lectures³⁰. Cette étude abordant régulièrement des questions de stéréotypisation, nous avons jugé intéressant de procéder ainsi. Le langage n'étant en effet pas neutre et façonnant notre manière de penser, le féminin universel nous oblige à réfléchir au-delà des stéréotypes.

³⁰ Voir p. ex. BUNCH, pp. 486–498 ; DEMBOUR, Critiques, pp. 65–69 ; GREAR, Redirecting, pp. 103–113 ; MACKINNON, pp. 1–14 ; OTTO, Lost in Translation, pp. 331–337 ; voir aussi *infra*, n° 38.

Partie I : La vulnérabilité, un concept aux facettes multiples

Nous l'avons déjà indiqué : la vulnérabilité « jouit d'une actualité débordante »³¹, qu'il s'agisse de contributions académiques, d'articles de journaux ou de rapports scientifiques. Pour certaines, elle a même « envahi le paysage contemporain »³². Utilisée tant par les médias que par les représentantes politiques³³, elle s'est imposée comme une notion importante dans les débats publics, et sert d'instrument dans l'élaboration de politiques publiques³⁴. Dans le champ académique, également, la notion de vulnérabilité a gagné en visibilité au cours des dernières années, et ceci dans des domaines très variables³⁵. Certaines considèrent même qu'elle aurait atteint le statut d'un « terme sacré » dans la recherche contemporaine³⁶.

Dans certains domaines, comme les sciences du risque³⁷, les études du changement climatique³⁸, les études du développement³⁹ et de la pauvreté⁴⁰, ou encore la bioéthique⁴¹, la vulnérabilité bénéficie d'un statut bien établi, même si sa définition et son rôle sont sujets à controverses⁴². Sans surprise, la vulnérabilité intéresse depuis longtemps les philosophes et les sociologues ; cependant, depuis quelque temps, la vulnérabilité a pris de l'ampleur dans ces

³¹ ESTUPIÑAN-SILVA, p. 89.

³² SOULET, Prudence, p. 7.

³³ HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 5 ; MISZTAL, pp. 1, 2–3, 15 ; SOULET, Prudence, p. 7 ; SOULET, *Raisons*, p. 59.

³⁴ MISZTAL, p. 3 ; THOMAS, p. 15.

³⁵ BARROCA/DI NARDO/MBOUOUMA, n^{os} 10–17 ; BRODIEZ-DOLINO, *Concept*, p. 1 ; COLE, *Political Ambiguity*, pp. 261–265 ; HESFORD/LEWIS, pp. ix–xi ; MISZTAL, pp. 4–5, 15–50 ; TEN HAVE, pp. 20–26.

³⁶ MISZTAL, p. 5 et les réf. cit. (notre traduction).

³⁷ BECERRA, not. n^{os} 7–30 ; CARDONA, pp. 37–51.

³⁸ BARNETT, pp. 257–271 ; CULLET, pp. 183–206 ; CUOMO, pp. 690–714.

³⁹ ALWANG/STEGEL/JORGENSEN, p. 3 ; NAUDÉ/SANTOS-PAULINO/MCGILLIVRAY, pp. 291–303.

⁴⁰ HULME/MOORE/SHEPHERD, p. 9 ; MAKOKA/KAPLAN, pp. 4–33 ; PROWSE, pp. 1–41.

⁴¹ KOTTOW, pp. 39–41 ; LUNA, pp. 122–135 ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 12–32 ; RUOF, pp. 411–425 ; TEN HAVE, pp. 13–92.

⁴² Dans le domaine de la bioéthique, il s'agit surtout de la tension entre vulnérabilités universelle et particulière, deux concepts parfois vus comme mutuellement exclusifs (MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 6 et les réf. cit.). À propos des différentes compréhensions de la vulnérabilité dans les études du risque, voir CARDONA, pp. 37–47. Au sujet des liens conceptuels entre vulnérabilité et pauvreté chronique, voir MAKOKA/KAPLAN, pp. 14–29. Pour une discussion interdisciplinaire, focalisée sur les domaines du risque, de l'économie et du développement, voir ALWANG/STEGEL/JORGENSEN, pp. 5–23.

domaines également⁴³. Plus particulièrement, elle est au cœur de plusieurs théories de philosophie morale ou politique élaborées entre la fin du 20^e et le début du 21^e siècle⁴⁴. Depuis quelques années, la vulnérabilité a par ailleurs investi de nouvelles disciplines qui ne lui accordaient jusque-là que peu d'attention, comme les relations internationales⁴⁵ ou le droit⁴⁶. Sa récente popularité en droit a été attribuée à l'influence des sciences humaines et sociales⁴⁷ comme à un « décloisonnement disciplinaire » plus général⁴⁸.

17 D'autres éléments ont été avancés pour expliquer la popularité de la notion. Nous avons déjà évoqué que la vulnérabilité a été décrite comme un « label évocateur »⁴⁹. En d'autres termes, il s'agit d'une notion avec un sens commun, qui est facile à comprendre au premier abord, et qui a une forte connotation émotionnelle. Cette force rhétorique de la vulnérabilité aurait ainsi non seulement contribué à en répandre l'usage dans le langage ordinaire, le discours public et le champ politico-médiatique, mais serait encore à la source de sa prolifération dans les travaux académiques⁵⁰. En plus de ses vertus rhétoriques, la vulnérabilité serait une notion permettant d'exprimer un sentiment collectif : ainsi, Barbara MISZTAL estime que la vulnérabilité « résume le *Zeitgeist* de l'époque contemporaine », étroitement liée à l'émergence de la « société du risque »⁵¹.

18 Étroitement liée à la popularité et l'omniprésence de la notion est la question de son utilité. Il a en effet été reproché à la vulnérabilité d'être un « concept vague et fourre-tout »⁵², ou encore une « notion-éponge »⁵³. Similairement, un auteur observe que le « contenu normatif [de la vulnérabilité] est inversement

⁴³ BEDFORD, pp. 10–16 ; COLE, *Political Ambiguity*, pp. 262–265 ; GILSON, pp. 16–60 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 1–25 ; STRAEHLE, pp. 1–9.

⁴⁴ Voir en particulier BUTLER, *Precarious Life* ; FINEMAN, *Anchoring Equality* ; GILSON ; GOODIN, *Protecting* ; GOODIN, *Responsibilities* ; MACINTYRE. Pour une analyse plus approfondie de certaines de ces théories, voir *infra*, chapitre 2.

⁴⁵ RUSSELL BEATTIE/SCHICK, pp. 3–21.

⁴⁶ Voir en particulier le chapitre 1 de cet ouvrage.

⁴⁷ BLONDEL, n^{os} 4, 39 ; RE, *Challenge*, p. 8.

⁴⁸ SOULET, *Prudence*, pp. 11, 13.

⁴⁹ SOULET, *Prudence*, pp. 13–14.

⁵⁰ BERGOUIGNAN, p. 17 ; MISZTAL, p. 15, THOMAS, p. 51. La notion de « label évocateur » ne doit pas être confondue avec le risque de « labélisation » inhérent à la notion de vulnérabilité particulière (à ce propos, voir *infra*, n^{os} 154–159).

⁵¹ MISZTAL, pp. 49, 225 (notre traduction). L'expression de la « société du risque » a été consacrée et théorisée par le sociologue Ulrich BECK à partir de 1986 (voir BECK, not. pp. vii–viii, 1–24).

⁵² MISZTAL, p. 5.

⁵³ THOMAS, p. 15.

proportionnel à la fréquence de son utilisation »⁵⁴. Ainsi, si l'on veut éviter que la vulnérabilité ne soit qu'une finesse rhétorique, voire un simple effet de mode, la notion doit être conceptualisée davantage, et ses implications et délimitations examinées de près⁵⁵.

La présente partie est dédiée à une analyse approfondie de la notion de vulnérabilité, sa signification, son potentiel, mais aussi ses risques. Nous procéderons en deux étapes. Dans un premier temps, nous aborderons les liens entre droit et vulnérabilité ainsi que la manière dont le droit s'est saisi de la vulnérabilité (**chapitre 1**). Pour ce faire, nous étudierons plusieurs exemples, issus des droits humains, mais également d'autres domaines du droit. Nous verrons ainsi que la vulnérabilité n'est pas une notion spécifique aux droits humains, mais est au contraire transversale. Ce premier chapitre se terminera sur un double constat : d'une part, la notion de vulnérabilité est désormais récurrente en droit ; d'autre part, la notion manque de précision et son utilisation soulève diverses interrogations. 19

Dans un second temps, nous approfondirons la réflexion conceptuelle autour de la notion de vulnérabilité (**chapitre 2**). Nous aborderons différentes théories d'origine philosophique ou sociologique centrées autour de la notion de vulnérabilité, en particulier la théorie de Robert GOODIN ; l'éthique du *care* ; la pensée de Martha FINEMAN et l'approche de Martha NUSSBAUM. Choisies pour leur importance et leur complémentarité, ces théories invitent à une réflexion au sujet du potentiel normatif de la notion de vulnérabilité. Elles permettent également de mieux cerner les contours de la notion de vulnérabilité, sa compréhension en tant que caractéristique universelle ou, au contraire, particulière ; ses sources ; les risques liés à son utilisation et sa relation avec des notions connexes comme le risque, la résilience, l'autonomie et la dépendance. Nous terminerons sur une réflexion à propos des conséquences de la vulnérabilité : des responsabilités sociétales ou étatiques, qui se traduisent en obligations positives dans le domaine des droits humains. Ainsi, le deuxième chapitre se conclura par une brève présentation des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et constituera ainsi la transition avec la suite de notre étude. 20

⁵⁴ SOULET, Prudence, p. 7.

⁵⁵ En ce sens, voir aussi MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 1 ; MISZTAL, p. 5.

CHAPITRE 1 : LA VULNÉRABILITÉ APPRÉHENDÉE PAR LE DROIT

En droit, la vulnérabilité est une notion relativement nouvelle. Si elle y apparaît de manière régulière depuis quelques années, au point d’avoir été qualifiée de « concept émergent »⁵⁶, voire de « [notion] en passe d’atteindre [le] rang d’un principe »⁵⁷, il s’agit là d’un phénomène plutôt récent. Ce n’est qu’à partir des années quatre-vingt que la notion de vulnérabilité a commencé à faire son entrée en droit, puis au 21^e siècle que les occurrences dans des textes législatifs, dans la jurisprudence et dans la doctrine se sont multipliées⁵⁸. 21

Or, en dépit de son absence du lexique juridique, l’idée de vulnérabilité n’est pas nouvelle en droit. Au contraire, des considérations relatives à la vulnérabilité universelle se trouvent déjà, dans une certaine mesure, dans des théories du contrat social, justifiant la création de la société et des règles de droit⁵⁹. De plus, la vulnérabilité universelle a joué un rôle dans l’émergence des droits humains contemporains⁶⁰. Plus récemment, la vulnérabilité particulière a mené, implicitement ou explicitement, à des règles juridiques particulières visant à protéger certaines catégories de personnes⁶¹. Ce phénomène n’est pas limité aux droits humains, mais se retrouve au contraire dans divers domaines du droit⁶². 22

Ce premier chapitre se veut introductif. Il permettra d’aborder les notions de vulnérabilité universelle et particulière, implicite et explicite, et s’interrogera sur la manière dont le droit appréhende la vulnérabilité au travers d’exemples choisis. Il ne portera ni sur une discussion théorique, ni sur une présentation exhaustive des notions, qui seront approfondies dans le deuxième chapitre dédié à des aspects théoriques et conceptuels. 23

⁵⁶ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1056, 1068 (pour la Cour européenne des droits de l’homme [notre traduction]) ; voir aussi DUTHEIL-WAROLIN, n° 11 (en ce qui concerne le droit privé français) ; REBOURG/BURDIN, p. 65, qui parlent de « notion émergente » (au sujet du droit français, et notamment du droit pénal).

⁵⁷ HUBER/TEBOUL, p. 17.

⁵⁸ BLONDEL, n° 4 ; BRODIEZ-DOLINO, *Concept*, p. 2 ; DUTHEIL-WAROLIN, n°s 23–24 ; GATÉ/ROMAN, p. 219.

⁵⁹ Voir *infra*, n°s 26–33.

⁶⁰ Voir *infra*, n°s 34–40.

⁶¹ Voir *infra*, n°s 41–79.

⁶² Voir les exemples analysés *infra*, n°s 55–69.

24 Dans ce qui suit, nous aborderons dans un premier temps l'idée de la vulnérabilité universelle en droit (I), d'une façon générale (A), puis plus spécifiquement dans le domaine des droits humains (B). Dans un second temps, nous examinerons de plus près l'idée de la vulnérabilité particulière (II), en distinguant la vulnérabilité implicite (A) de la vulnérabilité explicite (B).

I. La vulnérabilité universelle et les origines du droit

25 Dans une certaine mesure, l'idée de la vulnérabilité universelle et ontologique de l'être humain se trouve à l'origine des règles de droit (A), et à plus forte raison à l'origine des droits humains (B).

A. La vulnérabilité, le droit et la vie en société

26 L'attention portée à la vulnérabilité est souvent présentée comme une rupture avec des conceptions préexistantes de la société et du droit⁶³. Martha FINEMAN, par exemple, estime que le « sujet vulnérable » devrait remplacer le « sujet libéral » – autonome, rationnel et indépendant – prédominant⁶⁴. Ce faisant, elle réfute l'idée du contrat social, caractérisé par l'engagement volontaire – contractuel – d'individus rationnels et indépendants⁶⁵. Nous analyserons sa théorie, et d'autres qui partent de postulats comparables, plus en détail par la suite⁶⁶. Néanmoins, ce qui nous intéresse ici n'est pas tant la rupture, que nous ne souhaitons nullement nier, mais la continuité avec des conceptions philosophiques préexistantes.

27 À ce sujet, l'analyse de Lucia RE est pertinente : elle démontre de manière convaincante que l'idée de vulnérabilité se retrouve déjà dans certaines théories du contrat social⁶⁷, et tout particulièrement chez Thomas HOBBS⁶⁸. Dans la conception de celui-ci, le contrat social est nécessaire pour sortir de l'« état de

⁶³ Voir p. ex. GARRAU, *Regards croisés*, pp. 141–142 et les réf. cit. ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 10–16 et les réf. cit. ; MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, pp. 207–208 et les réf. cit.

⁶⁴ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 2–5, 10–15 ; FINEMAN, *Identities*, pp. 1748–1751 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 17–19.

⁶⁵ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 2–5, 10–15 ; FINEMAN, *Identities*, pp. 1748–1751 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 17–19.

⁶⁶ Voir *infra*, n^{os} 106–113.

⁶⁷ Pour les principales théories du contrat social, voir HOBBS, LOCKE et ROUSSEAU.

⁶⁸ RE, *Challenge*, p. 3 ; RE, *Vulnerabilità*, pp. 8–10.

guerre » naturel⁶⁹ et répond au besoin humain de sécurité⁷⁰. Ainsi, le contrat social – et l'État autoritaire tel qu'il le conceptualise – s'impose puisque nous sommes des êtres de chair et de sang, mortels, prônes à des blessures, nécessaires, en d'autres termes : vulnérables⁷¹. Toutefois – et contrairement aux théories de la vulnérabilité que nous examinerons dans le chapitre suivant⁷² –, cette vulnérabilité doit être comprise au sens étroit : la « vulnérabilité de l'homme » telle que conçue par HOBBS est liée au seul risque de mourir ou de subir un préjudice corporel⁷³, et la réponse sociétale se limite à lui garantir une sécurité, en premier lieu physique⁷⁴. Dans cette perspective, la vulnérabilité est donc entièrement négative, un état auquel il faut échapper à tout prix⁷⁵.

La vie en société est impensable sans recours à des règles : la vulnérabilité universelle de chaque être humain est ainsi à l'origine même du droit⁷⁶. En d'autres termes, « la vulnérabilité de l'homme précède l'esprit des lois »⁷⁷. La vulnérabilité justifie non seulement l'existence même de règles de droit, mais elle influe aussi sur leur contenu. Selon le théoricien du droit H.L.A. HART, cinq principes de droit naturel se trouvent au cœur des règles de droit, dont celui de la « reconnaissance de la vulnérabilité humaine qui implique une restriction de l'usage de la force »⁷⁸. Notons encore que le fait d'affirmer ce lien entre

28

⁶⁹ HOBBS, ch. XIII.

⁷⁰ HOBBS, ch. XVII. Sur l'importance du besoin de sécurité face à la vulnérabilité humaine chez HOBBS, voir aussi CUDD/EFTEKHARI, ch. 1 ; WHITNEY, pp. 555–557.

⁷¹ RE, Challenge, p. 3 ; RE, Vulnérabilité, pp. 8–10.

⁷² Voir *infra*, n^{os} 87–125.

⁷³ GIOLO, p. 347 (note 9). Une conception similaire de la vulnérabilité est présente chez HART (HART, pp. 233–234).

⁷⁴ RE, Challenge, p. 3 ; RE, Vulnérabilité, pp. 8–10.

⁷⁵ WHITNEY, p. 556.

⁷⁶ FIECHTER-BOULVARD, p. 16. La relation entre droit et société a bien sûr fait l'objet de maintes analyses philosophiques, dont certaines sont complémentaires, d'autres contradictoires. Outre l'opposition courante entre jusnaturalisme et positivisme juridique, nous pouvons mentionner celle entre contractualistes (volontaristes) d'une part, et objectivistes d'autre part. Les premiers acceptent l'existence de règles préexistantes à la création de la société, qu'elles soient naturelles, rationnelles ou conventionnelles. À l'inverse, les objectivistes considèrent que toute règle est déduite d'un fait social, et donc postérieure à la création d'une société donnée. Sans entrer dans ce débat, bornons-nous ici à constater que malgré leurs divergences quant à leur relation exacte, tous ces courants de pensée acceptent comme évidence que droit et société sont étroitement liés, comme l'affirme déjà l'adage romain « *ubi societas, ibi ius* ». Pour une analyse succincte de ces éléments, voir WYLER, pp. 335–361.

⁷⁷ FIECHTER-BOULVARD, p. 16 ; voir aussi GIOLO, p. 348.

⁷⁸ Ces cinq principes, qui constituent le « contenu minimal du droit naturel » selon HART, sont : (i) la vulnérabilité de l'homme, qui rend nécessaire de limiter le recours à la violence ; (ii) l'égalité approximative entre les hommes, qui tend à réduire l'usage de la violence ; (iii) une capacité d'altruisme limitée, qui suggère le besoin d'une certaine tolérance ; (iv) le caractère limité des ressources à disposition, rendant nécessaire un système de propriété et de protection de celle-ci, et (v) l'intelligence et la force de volonté limitées des êtres humains rendant nécessaire un système de sanctions afin de garantir le respect des règles de droit (HART, pp. 232–239).

reconnaissance de la vulnérabilité humaine et règles de droit n'implique pas forcément d'adhérer à une vision jusnaturaliste. En effet, HART, bien qu'étant positiviste, estime que ces principes « constituent un substrat commun au droit et à la morale conventionnelle de toutes les sociétés qui ont progressé jusqu'au stade où droit et morale sont distingués comme constituant des formes différentes de contrôle de la société »⁷⁹.

²⁹ L'importance de l'idée de vulnérabilité dans la création du droit ne devrait toutefois pas être surestimée. D'une part, cette vulnérabilité reste souvent implicite⁸⁰. D'autre part, tant dans les théories classiques du contrat social que chez HART, la vulnérabilité est comprise dans un sens étroit, minimaliste : elle rend nécessaire la création du contrat social et de règles de droit, mais ne va pas au-delà. Cela ressort bien de la règle de HART, qui se limite à un devoir d'abstention minimal (« tu ne tueras pas ») et ne comporte aucun devoir de protection⁸¹. Par ailleurs, HART souligne qu'une société peut fonctionner sans mettre tous les êtres humains au bénéfice de ce contenu minimal du droit naturel, se limitant à accorder ces privilèges à ses membres dominants⁸².

³⁰ Ainsi, le droit, loin de toujours répondre à la vulnérabilité, peut être source de vulnérabilités – par exemple, en accordant des statuts précaires, voire en refusant d'accorder un statut à certains membres de la société. Les personnes ainsi « exclues » varient selon les époques, de même que leur degré d'exclusion ou de marginalisation. Sans nous adonner à des comparaisons qui n'ont pas lieu d'être, on pensera par exemple à la situation juridique des esclaves et à celle des femmes⁸³. De nos jours, nous pourrions citer l'exemple des personnes migrantes sans statut légal :

« En confinant une certaine catégorie d'étrangers à un statut d'illégal », l'État les écarte du reste de la communauté nationale sans devoir les éloigner physiquement dans la mesure où leur présence n'est pas reconnue juridiquement. Cette forme de marginalisation est précisément à l'origine de

⁷⁹ HART, p. 232. À propos de la différence entre jusnaturalisme et positivisme, mais aussi défendant la thèse que les deux se rejoignent dans les théories modernes, voir WYLER, pp. 337–357.

⁸⁰ HOBBS par exemple n'utilise pas explicitement le terme « vulnérabilité » ; néanmoins, l'idée ressort clairement de sa conception de l'être humain et de son besoin de protection et de sécurité (HOBBS, ch. XVIII) ; voir aussi GIOLO, p. 348 ; WHITNEY, pp. 555–557.

⁸¹ HART, p. 234. Cette règle rappelle le « droit à la (sur)vie », élevé au rang de principe primordial du droit naturel par HOBBS. Pour une analyse, voir p. ex. WYLER, p. 339 ; voir aussi GREAR, *Redirecting*, pp. 127–129, qui indique comment cette vision pourrait être élargie.

⁸² HART, pp. 239–243.

⁸³ BOEHRINGER/FERRARESE, pp. 8–9.

leur vulnérabilité et sert surtout les intérêts des employeurs désireux de disposer d'une main-d'œuvre facilement exploitable »⁸⁴.

Cette exclusion est liée au fait que le sujet paradigmatique du contrat social ne présente, lui aussi, qu'une vulnérabilité minimale ; pour le reste, il est généralement dépeint comme un être autonome, rationnel et indépendant⁸⁵. En effet, à l'intérieur du contrat social, les personnes qui sont considérées comme étant plus vulnérables que ce sujet paradigmatique – selon les époques, les femmes, les enfants, les peuples colonisés, les pauvres, les personnes en situation de handicap, ou encore les personnes appartenant à des minorités – sont vues comme incapables de se gouverner elles-mêmes, « inférieures », et sont donc reléguées aux marges de la société⁸⁶. La vulnérabilité perçue des femmes a par exemple été une justification pour les exclure du contrat social⁸⁷, tout comme les enfants ou les personnes en situation de handicap⁸⁸.

Cette vision, dont des traces se retrouvent jusque dans la pensée de John RAWLS, malgré sa conceptualisation à la fois plus moderne et plus égalitaire du contrat social⁸⁹, a été remise en question par les littératures critiques émergeant au cours de la seconde moitié du 20^e siècle⁹⁰. Ces critiques visent les théories du contrat social en tant que telles, mais aussi, plus largement, la prédominance du « sujet libéral »⁹¹ – autonome, rationnel et indépendant – au cœur de la pensée politique et juridique occidentale dominante⁹². Elles soulignent ainsi que l'être humain n'est pas toujours rationnel – les théories du contrat social excluent par exemple les personnes en situation de handicap mental de leur champ⁹³ –, mais

⁸⁴ PETRY, p. 66. Sans aller aussi loin, le Comité pour l'élimination de toute discrimination raciale a cité l'exclusion de l'aide sociale des requérantes d'asile déboutées comme source de marginalisation et de vulnérabilité (CERD, Observations finales, § 17).

⁸⁵ Voir p. ex. CUDD/EFTEKHARI, ch. 1 ; FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 2–5 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 2–3, 22–23. Une critique similaire a été formulée à propos des droits humains (voir *infra*, n^{os} 38–39 et les réf. cit.) ; à l'inverse, l'adoption d'instruments de droits humains concernant les droits de certains groupes ou catégories de personnes en particulier peut également être vue comme une tentative de remédier à ce risque de marginalisation (voir *infra*, n^o 51).

⁸⁶ GREAR, *Redirecting*, p. 11 ; RE, *Challenge*, p. 3.

⁸⁷ GATÉ/ROMAN, pp. 222–223. À propos de la tutelle et de l'exclusion du champ politique des femmes, voir aussi BRUN/GALLIARD, pp. 145–165.

⁸⁸ NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 14.

⁸⁹ RAWLS, en particulier pp. 47–101. Pour une critique adressée spécifiquement à RAWLS, voir NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 22–25.

⁹⁰ CUDD/EFTEKHARI, ch. 6 ; GAILLE/LAUGIER, p. 7 ; pour une critique similaire, dirigée cette fois-ci à l'encontre des droits humains, voir *infra*, n^{os} 38–39 et les réf. cit.

⁹¹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 2, 10–12.

⁹² HESFORD/LEWIS, p. x et les réf. cit. ; NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 33. Cette critique constitue notamment un des piliers fondamentaux de la théorie de FINEMAN, qui sera abordée dans le chapitre 2.

⁹³ C'est une des principales critiques que NUSSBAUM adresse à RAWLS (voir NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 22–25, 107, 119).

aussi que l'individu n'est pas toujours un être autonome et indépendant, qui peut librement agir pour son propre bénéfice⁹⁴. Un élément fréquemment soulevé dans ce cadre est que ces théories, y compris celle de RAWLS, considèrent la famille comme une affaire purement privée, et ne thématisent donc pas toutes les inégalités frappant les femmes⁹⁵.

- 33 Ces critiques proposent ainsi une reconceptualisation du rôle de l'État et des responsabilités sociétales, mais aussi des valeurs sous-tendant le droit, basée sur la reconnaissance de l'inévitable interdépendance et vulnérabilité des êtres humains⁹⁶. Ce faisant, elles proposent une compréhension à la fois plus large et plus complexe de la vulnérabilité humaine, qui inclut des facteurs non seulement physiques, mais aussi sociaux⁹⁷. Elles tiennent également compte du fait que cette vulnérabilité est répartie de manière inégale, ce qui se traduit par la notion de la vulnérabilité particulière⁹⁸.

B. La vulnérabilité universelle et les droits humains

- 34 Différents fondements moraux ont été avancés pour les droits humains tels qu'ils ont émergé à partir de la Seconde Guerre mondiale, en particulier l'égalité, la dignité et l'autonomie⁹⁹. L'importance de la dignité humaine et de l'égalité comme valeurs fondatrices ressort par ailleurs explicitement des textes fondateurs :

« Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »¹⁰⁰.

⁹⁴ Ces critiques font partie de ce que NUSSBAUM appelle les « trois problèmes non résolus du contrat social », les autres étant que ces théories ne se préoccupent que du bien-être des humains, à l'exclusion des autres animaux, et la question des frontières nationales (voir NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 14–25). Elles figurent également de manière préminente dans les théories du *care* : voir p. ex. KITTAY, *Love's Labor*, pp. 75–114 ; voir aussi FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 10–12. Ces différents éléments seront approfondis dans le chapitre 2.

⁹⁵ FINEMAN, *Contract*, pp. 1415–1416 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 14.

⁹⁶ Voir *infra*, n^{os} 87–89, 99–100, 129.

⁹⁷ Voir *infra*, n^{os} 131–133.

⁹⁸ Voir *infra*, n^{os} 136–142.

⁹⁹ BESSON, *Justifications*, pp. 30–35 ; CAROZZA, pp. 345–359 ; CLIFFORD, pp. 420–444 ; HERTIG RANDALL, *Histoire*, p. 5 ; SHELTON, p. 5.

¹⁰⁰ Préambule de la DUDH, du PIDESC et du PIDCP. La CEDH ne contient pas de formulation correspondante, mais se réfère à la DUDH dans son préambule.

Si l'importance relative et la signification prêtée à ces notions varient fortement selon les époques et les auteurs¹⁰¹, la dignité humaine est souvent vue comme le principal fondement¹⁰² des droits humains¹⁰³. Sa signification est toutefois sujette à débat : dans la mesure où elle est suffisamment vague, d'un point de vue philosophique au moins¹⁰⁴, pour se prêter aux interprétations les plus diverses¹⁰⁵, elle a parfois été qualifiée de « place-holder »¹⁰⁶. Une divergence d'opinions concerne le rôle de l'autonomie individuelle dans la définition philosophique de la dignité humaine¹⁰⁷. En effet, comme nous le verrons, une critique importante formulée par des théoriciennes de la vulnérabilité vise la conception kantienne de la dignité humaine comme étant celle d'un sujet autonome, rationnel et indépendant¹⁰⁸.

Dans l'émergence des droits humains, la vulnérabilité a, elle aussi, joué un rôle, même si elle ne figure pas dans le vocabulaire d'après-guerre. En effet, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) résulte du constat que les États sont capables de commettre « des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité »¹⁰⁹, y compris contre leur propre population, en d'autres termes, les horreurs du régime national-socialiste¹¹⁰. En reformulant ce constat au travers du prisme de la vulnérabilité, nous pouvons considérer que « la prise de conscience de notre vulnérabilité commune a été – et est toujours – un facteur crucial dans les efforts tendant à la promotion des droits humains »¹¹¹. Procédant à une analyse détaillée de la DUDH, Anna GREAR

¹⁰¹ Voir ANDERSON, pp. 134–161 et MACKENZIE, pp. 33–59 (au sujet de la notion d'autonomie et de ses différentes interprétations) ainsi que CLIFFORD, pp. 420–455, FREDMAN, Revisited, pp. 712–738 et MOECKLI, Equality, pp. 148–164 (au sujet de l'égalité).

¹⁰² Pour la distinction entre fondement et justification des droits humains, voir BESSON, Justifications, pp. 24–27.

¹⁰³ ANDORNO, pp. 266–267 ; GREAR, Embracing, p. 156. Voir aussi, dans le domaine des droits fondamentaux, HOTTELLIER, Dignité, p. 373.

¹⁰⁴ En revanche, en droit positif, les contours de la dignité humaine sont définis de manière relativement claire. Pour une analyse en droit constitutionnel suisse, voir HOTTELLIER, Dignité, pp. 367–376 ; s'agissant de la jurisprudence de la Cour EDH, voir COSTA, Dignity, pp. 393–402.

¹⁰⁵ CAROZZA, p. 246 ; DUBEY, n°s 1181–1184.

¹⁰⁶ MCCRUDDEN, Current Debates, pp. 2, 11 ; MCCRUDDEN, Judicial Interpretation, pp. 675–678.

¹⁰⁷ CAROZZA, p. 356 ; MASFERRER, pp. 226–228, 244–250 ; MCCRUDDEN, Current Debates, pp. 37–42 et les réf. cit. ; à propos des notions d'autonomie et de dignité humaine comme valeurs fondatrices des droits humains, voir aussi GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, pp. 337–444.

¹⁰⁸ GREAR, Embracing, pp. 157, 164 ; NEAL, Gods, p. 184 ; NUSSBAUM, Frontiers, pp. 130–140 ; voir aussi *infra*, n° 199.

¹⁰⁹ Préambule de la DUDH.

¹¹⁰ GREAR, Redirecting, pp. 140–141 ; HERTIG RANDALL, Histoire, p. 5 ; KÄLIN/KÜNZLI, Human Rights, pp. 12–13 ; MORSINK, pp. 357–358 ; O'BOYLE/LAFFERTY, p. 203. L'idée que les droits humains sont issus des injustices historiques et expriment la volonté de l'humanité d'apprendre de ses erreurs est la thèse centrale d'Alan DERSHOWITZ (voir DERSHOWITZ, pp. 9–10).

¹¹¹ ANDORNO, p. 264 ; voir aussi GREAR, Redirecting, pp. 137–167 ; TOBIN, p. 162 ; TURNER, pp. 13–20.

conclut que la vulnérabilité ontologique – corporelle, plus spécifiquement (« embodied vulnerability »)¹¹² – est non seulement à l’origine de l’instrument en tant que tel, mais constitue également un fil conducteur à travers les différents articles de la DUDH¹¹³. Elle souligne en particulier que de nombreux droits énumérés par celle-ci impliquent une protection physique de l’être humain ou répondent à nos besoins physiques, et donc notre vulnérabilité corporelle¹¹⁴.

37 La DUDH, et les instruments de droits humains ultérieurs, partent donc d’un double postulat : d’une part, l’idée que chaque être humain, du fait de sa seule existence, possède une dignité inhérente et est sujet de droits universels, indivisibles et inaliénables, et d’autre part la reconnaissance que ces droits sont nécessaires afin de défendre les individus qui sont dans une position vulnérable face à l’omnipotence de l’État¹¹⁵. Roberto ANDORNO en conclut que les droits humains sont le résultat de deux facteurs : la dignité humaine ou « valeur intrinsèque de chaque être humain » d’une part, et la vulnérabilité, ou « la conscience de la fragilité humaine et susceptibilité à des préjudices »¹¹⁶. En d’autres termes, ANDORNO conçoit la dignité humaine comme une valeur cardinale, et la vulnérabilité comme une atteinte potentielle à celle-ci¹¹⁷. Comme nous le verrons par la suite, son interprétation contraste avec d’autres, qui accordent une place plus importante à la vulnérabilité, qui participer à la définition même de la dignité humaine¹¹⁸.

38 Les droits humains ont cependant aussi été critiqués pour leur manque d’inclusivité¹¹⁹. L’une des principales critiques des droits humains – ou, comme on avait coutume de les appeler, des droits de l’homme – est que ceux-ci sont trop souvent basés sur l’expérience d’un homme, blanc, sans handicap, cisgenre,

¹¹² À propos de la notion de vulnérabilité ontologique et de sa relation avec la vulnérabilité corporelle, voir *infra*, n^{os} 132–133.

¹¹³ GREAR, Redirecting, pp. 156–162.

¹¹⁴ GREAR, Redirecting, pp. 156–158 (pour les droits économiques, sociaux et culturels), pp. 159–160 (pour les droits civils et politiques).

¹¹⁵ ANDORNO, p. 265 ; BESSON, Structure, p. 26 ; BESSON, Vulnérabilité, p. 64 ; à propos de ces caractéristiques, voir aussi GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, pp. 341–365.

¹¹⁶ ANDORNO, p. 265.

¹¹⁷ Voir aussi TEN HAVE, pp. 113–114.

¹¹⁸ GREAR, Redirecting, pp. 142, 156–162 ; TURNER, pp. 1, 6, 26–27 ; voir aussi *infra*, n^o 199.

¹¹⁹ BUNCH, pp. 486–498 ; CHARLESWORTH/CHINKIN/WRIGHT, p. 622 ; MACKINNON, pp. 1–14 ; OTTO, Lost in translation, pp. 318–356.

et somme toute (relativement) privilégié¹²⁰. À titre d'illustration, la séparation traditionnelle entre sphères publique et privée – les droits humains ne s'appliquant que dans la première – signifiait que de nombreuses situations portant atteinte aux droits des femmes – par exemple, les violences domestiques¹²¹ – restaient hors de portée des droits humains¹²². De la même manière, la vision traditionnelle selon laquelle les droits civils et politiques comportaient avant tout des obligations d'abstention¹²³ avait pour résultat d'exclure des parties moins privilégiées de la population du bénéfice des droits humains¹²⁴.

Le manque d'inclusivité des droits humains constitue un thème récurrent dans la littérature féministe¹²⁵, intersectionnelle¹²⁶ et postcoloniale¹²⁷ ou encore les études critiques du handicap¹²⁸. Une critique similaire a également été formulée par certaines théoriciennes de la vulnérabilité, qui estiment que ce manque d'inclusivité est dû à une prise en compte insuffisante de la vulnérabilité humaine¹²⁹. Ainsi, après avoir examiné en quoi la vulnérabilité a joué un rôle dans l'adoption de la DUDH, GREAR en indique également les limites. Selon elle, l'être humain de la DUDH reste un sujet abstrait, « désincarné » (« disembodied »), dans la continuité de la tradition libérale du 18^e siècle¹³⁰. Cette vision abstraite a notamment pour effet que des « groupes qui ne correspondent pas à l'archétype libéral – les femmes, les pauvres, les

39

¹²⁰ BUNCH, pp. 486–498 ; CRENSHAW, *Demarginalizing*, pp. 150–153 ; DEMBOUR, *Critiques*, pp. 65–69 ; GREAR, *Redirecting*, pp. 103–113 ; KÁLIN/KÜNZLI, *Human Rights*, p. 345 ; OTTO, *Lost in Translation*, pp. 331–337.

¹²¹ À propos des violences domestiques, voir *infra*, chapitres 7 et 8.

¹²² BOYD, p. 365 ; BUNCH, pp. 486–498 ; BYRNES, p. 58 (en lien avec la CEDEF) ; CHARLESWORTH/CHINKIN/WRIGHT, p. 622 ; ROMANY, pp. 87–125 ; SCHNEIDER, pp. 36–54 ; SJÖHOLM, pp. 54–60. Cette critique occupe également une place centrale dans les théories du *care* et dans certaines théories de la vulnérabilité (voir *infra*, n^{os} 195–204).

¹²³ Concernant ces distinctions classiques, voir p. ex. AKANDJI-KOMBE, p. 5 ; HERTIG RANDALL, *Typologie*, pp. 44–46 ; PÉTERMANN, pp. 69–70 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n^{os} 15–16.

¹²⁴ GOULD, *Globalizing*, p. 146 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 284–291.

¹²⁵ BUNCH, pp. 486–498 ; CHARLESWORTH/CHINKIN/WRIGHT, p. 622 ; MACKINNON, pp. 1–14 ; OTTO, *Lost in translation*, pp. 318–356.

¹²⁶ CRENSHAW, *Demarginalizing*, pp. 150–153.

¹²⁷ Voir en particulier KAPUR, *Dark Side*, pp. 673–682 et les réf. cit.

¹²⁸ BRODERICK, *Road to Equality*, p. 57 et les réf. cit. ; KLEBER, *Discrimination multiple*, pp. 348–349 et les réf. cit.

¹²⁹ Voir aussi *infra*, n^{os} 108–110, 199.

¹³⁰ GREAR, *Redirecting*, pp. 102–106. Dans une argumentation similaire, SEDMAK propose l'expression de « l'aveuglement à l'aspect humain » (« blindness to the human aspect ») (SEDMAK, pp. 559–561).

personnes racisées et [...] les requérants d'asile – tombent en dehors de la visée prétendument universelle des droits humains »¹³¹.

40 Les droits humains ont néanmoins considérablement évolué depuis leurs débuts¹³². Le renforcement des droits humains de deuxième et de troisième génération¹³³, l'érosion de la séparation entre droits civils et politiques d'une part, et droits socio-économiques d'autre part¹³⁴, le développement, enfin, des obligations positives¹³⁵ sont autant d'éléments qui ont étendu de manière significative la portée des droits humains, répondant ainsi en tout cas partiellement à ces critiques. Comme nous le verrons plus loin, cette évolution va de pair avec l'explicitation de la notion de vulnérabilité (particulière) dans le domaine des droits humains¹³⁶. Avant d'examiner cet élément, il nous paraît toutefois utile d'étudier de plus près la manière dont le droit a appréhendé la notion de vulnérabilité particulière.

II. La vulnérabilité particulière et l'évolution du droit

41 Si la vulnérabilité universelle est liée à l'émergence du droit et des droits humains, sa valeur normative est à tout le moins questionnable¹³⁷. Ainsi, le droit s'intéresse le plus souvent non pas à la « vulnérabilité certaine », mais à une « certaine vulnérabilité » selon la formule de Frédérique FIECHTER-BOULVARD¹³⁸. En d'autres termes, ce n'est pas la vulnérabilité universelle, mais bien la vulnérabilité accrue ou particulière qui fonde des obligations juridiques ou règles de droit spécifiques.

42 À cet égard, il convient de distinguer entre vulnérabilité particulière *implicite* et *explicite*. En effet, si l'apparition explicite de la notion constitue un phénomène

¹³¹ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1061.

¹³² Pour un bilan concis, voir BUNCH/REILLY, pp. 21–38.

¹³³ CHATTON, not. pp. 112, 197 ; PALMER, pp. 400–404.

¹³⁴ Voir déjà *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26. Sur l'interdépendance et, plus encore, l'indissociabilité des droits humains, voir en particulier CHATTON, pp. 120–132 ; FREDMAN, *Positive Rights*, pp. 65–69 ; voir aussi *infra*, n° 211.

¹³⁵ FREDMAN, *Positive Rights*, pp. 65–90 ; PALMER, pp. 400–404 ; PÉTERMANN, p. 37 ; voir aussi *infra*, n° 209–220.

¹³⁶ À propos de l'apparition de la vulnérabilité comme notion-clé explicite, voir *infra*, n° 70–77 (pour des exemples concernant le droit international des droits humains) ainsi que le chapitre 3 (s'agissant de la jurisprudence de la Cour EDH).

¹³⁷ Cette affirmation doit toutefois être nuancée à la lumière de la théorie de FINEMAN examinée au chapitre 2. En effet, FINEMAN se base sur la vulnérabilité universelle de tout être humain pour exiger la création d'un État-providence fort (voir *infra*, n° 109–110, 136).

¹³⁸ FIECHTER-BOULVARD, p. 16.

récent en droit, dont les origines ne remontent qu'à la fin du 20^e siècle, l'idée de la vulnérabilité *particulière* de certains sujets est bien plus ancienne en droit. Dans ce qui suit, nous examinerons d'abord brièvement le phénomène de vulnérabilité implicite (A), avant d'examiner plus en détail celui de vulnérabilité explicite, au travers de quelques exemples choisis (B).

A. La vulnérabilité implicite

La vulnérabilité peut être une considération sous-jacente sans figurer de manière expresse dans un raisonnement : FIECHTER-BOULVARD parle à ce propos de « vulnérabilité implicite »¹³⁹. Dans ce qui suit, nous aborderons succinctement ce concept (1), pour ensuite nous interroger brièvement sur sa présence dans le domaine des droits humains (2).

1) Généralités

De nombreuses normes juridiques peuvent être lues comme une réponse à des vulnérabilités particulières, sans pour autant qu'elles ne s'y réfèrent explicitement. Il en va par exemple des normes qui prévoient un régime particulier pour certaines catégories de la population, par exemple pour les personnes mineures, âgées ou en situation de handicap¹⁴⁰. Le même raisonnement vaut pour des normes qui prévoient des protections particulières pour des personnes se trouvant dans une situation spécifique, par exemple les victimes de violences domestiques¹⁴¹. Si ces règles ne mentionnent pas toujours explicitement la vulnérabilité, le lien est parfois confirmé ultérieurement, la jurisprudence ou la pratique adoptant explicitement la notion de vulnérabilité pour décrire ces mêmes cas de figure¹⁴².

Les règles ainsi conçues en réponse à une vulnérabilité, sans que celle-ci soit explicitement mentionnée, sont potentiellement très nombreuses. Des domaines entiers du droit en font partie, tels que le droit de la protection des

¹³⁹ FIECHTER-BOULVARD, pp. 17–24.

¹⁴⁰ Voir p. ex. BLONDEL, n° 81 ; voir aussi *infra*, n°s 49–51.

¹⁴¹ À propos des violences domestiques, voir les chapitres 7 et 8.

¹⁴² Voir en particulier les exemples abordés dans le chapitre 3.

consommatrices ou, sur certains points, le droit des assurances sociales¹⁴³. Parfois, il ne s'agit que de certains mécanismes : ainsi, les normes visant à protéger la « partie faible » au contrat constituent une rupture, au nom de la vulnérabilité particulière de certaines personnes, avec le principe général de la liberté contractuelle¹⁴⁴. L'exemple du droit des contrats montre également qu'il ne doit pas nécessairement s'agir de vulnérabilités liées à des caractéristiques personnelles ou des situations de longue durée : ainsi, FIECHTER-BOULVARD cite le cas d'une personne incapable de donner un consentement valable en raison d'une situation de contrainte comme exemple d'une norme basée sur la vulnérabilité implicite¹⁴⁵. Elle y ajoute plus généralement toutes les règles permettant de protéger une personne contre des risques liés à une situation de vulnérabilité temporaire, même si celle-ci ne devait se révéler qu'après la survenance du préjudice¹⁴⁶. Comme elle l'admet elle-même, cette interprétation élargit de manière considérable le nombre de situations dans lesquelles on peut considérer que la vulnérabilité aurait joué un rôle implicite¹⁴⁷.

46 Comme exemples de vulnérabilité *implicite* ont donc été mentionnées des règles qui font état d'un besoin spécifique de protection, tout comme des règles faisant allusion à une situation de faiblesse, de dépendance ou de fragilité¹⁴⁸. Notons toutefois que l'association entre vulnérabilité et faiblesse, fréquente en droit, a fait l'objet de vives critiques, un élément sur lequel nous reviendrons¹⁴⁹. La doctrine qualifie par ailleurs fréquemment de vulnérables les personnes qui ne peuvent pas donner valablement leur consentement selon le droit positif en vigueur, par exemple en raison d'un handicap mental¹⁵⁰.

47 À la lumière de ce qui précède, nous constatons que la vulnérabilité implicite est un concept difficile à délimiter et potentiellement très large. S'y intéresser permet d'examiner les valeurs sous-jacentes aux règles de droit. Cependant, il est difficile, voire impossible de lui attribuer avec certitude telle ou telle règle,

¹⁴³ Pour une discussion, voir BERR, pp. 233–241 (au sujet du droit de la consommation) ; CHAZAL, pp. 243–264 (en lien avec le droit des assurances sociales). Pour d'autres domaines du droit, voir les différentes contributions dans l'ouvrage de COHET-CORDEY.

¹⁴⁴ OUDOT, pp. 196–206. Pour une analyse, voir HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 226–262.

¹⁴⁵ FIECHTER-BOULVARD, pp. 21–23.

¹⁴⁶ FIECHTER-BOULVARD, pp. 20–23.

¹⁴⁷ FIECHTER-BOULVARD, p. 29.

¹⁴⁸ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 6 ; GATÉ/ROMAN, pp. 219–221 ; REBOURG/BURDIN, pp. 69–75.

¹⁴⁹ Voir p. ex. BERNARDINI, *Vulnerability*, pp. 135–136. Voir aussi *infra*, n^{os} 78–79, 83.

¹⁵⁰ FIECHTER-BOULVARD, pp. 21–23 ; REBOURG/BURDIN, pp. 69–70. À propos de la relation entre vulnérabilité et capacité de donner son consentement, voir aussi *infra*, n^{os} 66–68, 243–244, 249, 411.

la vulnérabilité *implicite* étant par définition une question d'interprétation. Avant de passer à la vulnérabilité explicite, mieux à même de déboucher sur un concept juridique, nous allons nous intéresser brièvement à la vulnérabilité implicite dans le domaine spécifique des droits humains.

2) La vulnérabilité implicite dans le domaine des droits humains

Si les instruments tels que la DUDH ou la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) peuvent être vus comme des réponses à notre vulnérabilité universelle en tant qu'êtres humains¹⁵¹, des instruments visant plus spécifiquement certains groupes ou catégories de personnes peuvent être considérés comme une prise de conscience de leur vulnérabilité particulière¹⁵². Dans un premier temps, toutefois, d'autres préoccupations étaient prioritaires : les instruments et mécanismes de protection des minorités créés après la Première Guerre mondiale¹⁵³ visaient avant tout à assurer la sécurité et la paix sur le continent européen, et n'étaient donc pas nécessairement motivés par le statut désavantagé ou marginalisé – vulnérable – de ces minorités¹⁵⁴.

Dans un second temps, les considérations de vulnérabilité gagnent en importance. Ainsi, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (CPRCG) et la Convention relative au statut des réfugiés, élaborées toutes les deux dans le même contexte qui a mené à l'adoption de la DUDH et de la CEDH, résultent d'une prise de conscience de la vulnérabilité particulière de certains groupes et de certaines personnes respectivement¹⁵⁵. À l'époque, d'ailleurs, les avis divergeaient sur la question de savoir s'il fallait promouvoir des droits universels, applicables à tout le monde, ou se concentrer d'abord sur la protection de groupes considérés – implicitement – comme particulièrement vulnérables¹⁵⁶. Dans la CEDH et la DUDH, l'idée universaliste a prévalu, dans

¹⁵¹ Voir *supra*, n° 37.

¹⁵² TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, p. 221.

¹⁵³ Pour un aperçu, voir LERNER, pp. 10–12.

¹⁵⁴ MAZOWER, pp. 48–51 ; O'NIONS, p. 187 ; voir aussi, moins explicitement, LERNER, p. 11. Pour une lecture plus nuancée (« the minority rights treaties were both the expression of a genuine desire to protect vulnerable populations in an earlier new Europe, and an attempt by the great powers to protect their national interests », voir GOODALE, p. 115 et la réf. cit. Durant cette période, d'autres instruments protégeant certaines catégories de personnes ont également été adoptés, comme les victimes de l'esclavage ou des conflits armés (HERTIG RANDALL, *Histoire*, p. 14).

¹⁵⁵ TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, p. 221 ; voir aussi KÁLIN/KÜNZLI, *Human Rights*, p. 287 (au sujet de la CPRCG).

¹⁵⁶ Voir not. VRDOLJAK, p. 1084 pour les échanges entre Hersch LAUTERPACHT et Raphael LEMKIN précédant l'adoption de la DUDH et de la CPRCG.

l'idée que l'interdiction des discriminations suffirait à protéger les personnes appartenant à des minorités¹⁵⁷. Par la suite toutefois, cette perspective a graduellement été remise en question¹⁵⁸, ce qui a non seulement mené à l'adoption de divers instruments reconnaissant des droits aux minorités¹⁵⁹, mais s'est aussi traduit par un glissement dans l'interprétation du principe d'égalité et de non-discrimination¹⁶⁰.

50 Theresia DEGENER parle à cet égard de trois époques : celle de l'égalité formelle, prévalant des années cinquante aux années soixante-dix ; celle de l'égalité substantielle, à partir des années soixante-dix et celle de l'égalité transformatrice, une conception émergeant dans les années quatre-vingt-dix¹⁶¹. Les deux dernières sont des conceptions asymétriques de l'égalité qui impliquent l'adoption de mesures positives¹⁶². Si elles sont potentiellement plus proches, l'égalité transformatrice est plus ambitieuse, visant une transformation structurelle et systémique¹⁶³. L'égalité substantielle a en particulier été conceptualisée par Sandra FREDMAN, qui propose un modèle à quatre dimensions visant respectivement la compensation des désavantages matériels ; la reconnaissance de stéréotypes, préjugés et violences ; la participation et les transformations structurelles visant une société plus inclusive¹⁶⁴.

51 En parallèle, la deuxième moitié du 20^e siècle a vu l'émergence de nombreux traités et instruments visant certaines catégories de personnes considérées comme particulièrement vulnérables telles que les femmes, les enfants, les

¹⁵⁷ DE SCHUTTER, p. 767 ; GOODALE, p. 115 ; LERNER, p. 15.

¹⁵⁸ GOODALE, p. 115 ; KYMLICKA, p. 18 ; LERNER, p. 15. Précisons toutefois que la question des droits individuels et collectifs doit être distinguée de celle de la protection des minorités ou des droits des minorités : en effet, il est tout à fait possible de prévoir des droits pour les minorités dont seuls des individus – et non pas des groupes – peuvent se prévaloir, comme le montre l'article 27 PIDCP (voir aussi LERNER, p. 14).

¹⁵⁹ Pour un aperçu, voir LERNER, pp. 15–25.

¹⁶⁰ O'NIONS, pp. 74–91.

¹⁶¹ DEGENER, pp. 17–18 ; voir aussi ARNARDÓTTIR, *Multidimensional*, pp. 47–54.

¹⁶² BRODERICK, *Road to Equality*, pp. 36–41 ; DEGENER, p. 17 ; FREDMAN, *Revisited*, pp. 724, 735.

¹⁶³ BRODERICK, *Road to Equality*, pp. 36–41 ; DEGENER, p. 17. L'idée de l'égalité transformatrice a été conceptualisée et popularisée par Sandra FREDMAN (voir en particulier FREDMAN, *Dichotomy*, pp. 111–118). D'abord présentée comme un concept à part entière, elle a désormais intégré l'égalité transformatrice comme quatrième dimension de l'égalité substantielle (FREDMAN, *Emerging*, p. 274 ; FREDMAN, *Revisited*, pp. 727–734).

¹⁶⁴ FREDMAN, *Emerging*, p. 274 ; FREDMAN, *Revisited*, pp. 727–734. Pour un approfondissement en lien avec la jurisprudence, voir *infra*, n° 327.

travailleurs migrants ou encore les personnes handicapées¹⁶⁵. Ces instruments naissent du constat que « dans toute société, certains individus et groupes sont systématiquement privés de la jouissance effective de leurs droits »¹⁶⁶. Or, la vulnérabilité ne figure généralement pas de manière explicite dans ces instruments. Elle y est néanmoins présente de manière implicite : ainsi, quand la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) statue que « l'enfant a besoin d'une protection spéciale », elle reconnaît implicitement la vulnérabilité des enfants en tant que groupe particulier¹⁶⁷. Partant, la création de tels instruments spécifiques peut être considérée comme indice d'un consensus sur la vulnérabilité d'un certain groupe ou d'une certaine catégorie de personnes¹⁶⁸.

B. La vulnérabilité explicite

Si la vulnérabilité a longtemps été implicite, elle est de plus en plus mentionnée de manière explicite depuis une quarantaine d'années. Dans ce sous-chapitre, nous examinerons la place de la vulnérabilité explicite en droit, d'abord de manière générale (1), puis au travers des exemples tirés du droit pénal (2) et de la bioéthique (3), ceux-ci étant les premiers domaines du droit à s'intéresser à cette notion, et enfin du droit international des droits humains (4). Ces trois domaines nous donneront un bon aperçu sur la manière dont la notion de vulnérabilité est employée en droit. 52

1) Généralités

Les références explicites à la vulnérabilité se sont multipliées depuis quelques années, qu'il s'agisse des textes de droit positif, de la jurisprudence ou encore de la pratique d'organes internationaux. Le phénomène est perceptible en droit 53

¹⁶⁵ Voir not. CDE ; CDPH ; CEDEF ; CMW. Concernant la CDPH, précisons toutefois que certaines personnes se sont opposées à l'adoption de cette convention, parce qu'elles y décelaient un risque « de stigmatisation et de renforcement de la vulnérabilité » (KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 359 et les réf. cit.).

¹⁶⁶ CHAPMAN/CARBONETTI, p. 683. Ce constat est également à l'origine de la CEDEF, comme l'indique aussi son préambule (BYRNES, pp. 53–59 ; HELLUM/SINDING AASEN, p. 2). La prolifération d'instruments spécifiques a été critiquée à son tour, puisqu'elle renforcerait la dichotomie entre le sujet « universel » des droits humains et les sujets « particuliers » nécessitant une attention particulière (voir not. BUNCH, p. 496 ; OTTO, *Lost in Translation*, p. 343 ; OTTO, *Women's rights*, pp. 312–315).

¹⁶⁷ TOBIN, p. 156.

¹⁶⁸ BARRANCO AVILÉS, pp. 26–32 ; FELIPE BELTRÃO et al., pp. 13–18 ; HERTIG RANDALL, p. 45 ; PARE, pp. 6–11 ; SEPÚLVEDA et al., pp. 317–396 ; TOBIN, p. 156 ; WEISSBRODT/RUMSEY, p. xi.

international, où la notion est de plus en plus présente non seulement dans le domaine des droits humains¹⁶⁹, comme en droit international humanitaire¹⁷⁰ et en droit international pénal¹⁷¹. Il a également atteint le droit européen¹⁷², l'exemple phare étant le droit européen de l'asile¹⁷³, ainsi que le droit interne de divers États. S'agissant de ces derniers, la notion semble être particulièrement présente en droit français, qu'il s'agisse du droit public, pénal ou privé¹⁷⁴. En effet, en France, la notion a reçu une attention considérable au cours de ces dernières années, y compris dans la doctrine juridique¹⁷⁵. Mais le « phénomène vulnérabilité »¹⁷⁶ est en train de se généraliser – citons quelques exemples, à titre purement indicatif, et sans la moindre prétention à l'exhaustivité. En Italie, le terme apparaît par exemple en droit antidiscriminatoire, où il est fréquemment utilisé de manière interchangeable avec celui de « faiblesse »¹⁷⁷. La notion a également acquis une certaine notoriété au Royaume-Uni, où elle est régulièrement utilisée afin de justifier des politiques sociales et leur ancrage dans la législation¹⁷⁸. Dans cet État, la vulnérabilité des personnes adultes est régulièrement utilisée pour désigner les personnes qui ne sont pas ou plus en

¹⁶⁹ Voir *infra*, n^{os} 70–77.

¹⁷⁰ Voir p. ex. le préambule du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, ou encore le préambule de la Convention sur les armes à sous-munitions. Pour une analyse de la vulnérabilité due au genre en droit international humanitaire, voir DETEȘEANU, pp. 257–291 ; GATÉ/ROMAN, pp. 234–236 et les réf. cit.

¹⁷¹ BLONDEL, n^{os} 435–475, 560–572, qui identifie deux fonctions principales de la notion de vulnérabilité : instrument de protection des témoins considérées comme vulnérables et élément de répression qui doit être pris en compte lors de la fixation de la peine.

¹⁷² Pour une analyse de la vulnérabilité dans différents domaines du droit européen, voir DUBOUT, *Vulnérabilité*, pp. 31–57, ainsi que les contributions dans IPPOLITO/IGLESIAS SÁNCHEZ.

¹⁷³ Ainsi, la vulnérabilité particulière figure notamment à l'article 21 de la directive « Accueil » (Dir. 2013/33/UE, du 26 juin 2013), qui contient une énumération listant une bonne dizaine de catégories de personnes particulièrement vulnérables ; aux articles 16 et 31 de la directive « Procédure » (Dir. 2013/32/UE, du 26 juin 2013) ; à l'article 20 de la directive « Qualification » (Dir. 2011/95/UE, du 13 décembre 2011) et à l'art. 13 du Règlement « Dublin III » (Reg. 604/2013, du 26 juin 2013). Pour une analyse de la jurisprudence topique de la CEDH, voir *infra*, n^{os} 461–487. Pour une analyse plus approfondie de la vulnérabilité en droit européen de l'asile, voir AUBIN, pp. 35–53 ; BRANDL/CZECH, pp. 247–270 ; DE BAUCHE, pp. 20–96.

¹⁷⁴ Pour une analyse de la notion de vulnérabilité dans les domaines les plus divers du droit français, y compris le droit constitutionnel, le droit international privé, le droit des obligations, le droit des assurances, mais également le droit du logement, la procédure civile et le droit pénal, voir les diverses contributions dans COHET-CORDEY et PAILLET/RICHARD. Pour une analyse approfondie de la notion de vulnérabilité en droit privé français, voir DUTHEIL-WAROLIN. Pour une analyse de différentes juridictions, voir les contributions dans BURGORGUE-LARSEN. En lien avec la CEDH, voir BLONDEL, ainsi que les diverses contributions dans BOITEUX-PICHERAL.

¹⁷⁵ Voir les références citées *supra*, note 174.

¹⁷⁶ BLONDEL, n^o 4.

¹⁷⁷ Pour une explication et une critique, voir BERNARDINI, *Vulnerability*, pp. 135–136.

¹⁷⁸ MUNRO/SCOLLAR, pp. 189–206 (donnant l'exemple des travailleuses du sexe). Pour la notion d'« adulte vulnérable » en droit britannique, voir DUNN/CLARE/HOLLAND, pp. 234–255 ainsi que HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 6–41.

mesure de s'occuper pleinement d'elles-mêmes et qui nécessitent l'assistance de tierces personnes¹⁷⁹, un usage que l'on retrouve aussi en Suisse¹⁸⁰. Dans ce pays, la notion apparaît par ailleurs régulièrement dans le domaine des migrations, en particulier en droit de l'asile, probablement sous l'impulsion du droit européen de l'asile et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que plus généralement en droit des étrangers¹⁸¹. Participant à ce qu'on pourrait qualifier de « mode législative », la nouvelle Constitution de la République et canton de Genève enjoint à l'État de « veille[r] à l'intégration des personnes vulnérables »¹⁸².

La signification et le rôle de la notion de vulnérabilité varient de toute évidence considérablement d'un ordre juridique à l'autre, selon les domaines du droit et même à l'intérieur d'un seul domaine, et il dépasserait largement le cadre de cet ouvrage de les examiner tous. Il nous paraît toutefois utile de passer brièvement en revue la place de la vulnérabilité dans deux domaines qui ont servi de « porte d'entrée » à la vulnérabilité en droit – le droit pénal, français en particulier, et le droit international de la bioéthique – avant d'aborder brièvement la question de la vulnérabilité en droit international des droits humains.

2) L'exemple du droit pénal français et suisse

Le droit pénal français est un des premiers domaines du droit où la notion de vulnérabilité est apparue de manière explicite, et ce depuis l'an 1980¹⁸³. La vulnérabilité de la victime y constitue une circonstance aggravante relative à

¹⁷⁹ DUNN/CLARE/HOLLAND, pp. 235–237 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 6–8.

¹⁸⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message proposant un contre-projet à l'initiative contre la pédophilie, FF 2012 8051, 8194.

¹⁸¹ Voir, parmi de nombreux exemples, ATAF 2017 VI/10 consid. 5 ; arrêt du TAF F-962/2019 du 17 décembre 2019, *passim* ; arrêt du TAF F-33/2020 du 10 janvier 2020, consid. 5.3 ; arrêt du TAF D-5126/2018 du 15 avril 2020, consid. 5.5.3.

¹⁸² Art. 212 Cst.-GE ; voir aussi art. 60 al. 3 Cst.-VD.

¹⁸³ Loi française relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs du 23 décembre 1980.

une vingtaine d'infractions, allant du meurtre à la destruction de la propriété¹⁸⁴. Pour toutes ces infractions, le Code pénal français reconnaît la « particulière vulnérabilité ou dépendance » de la victime liée « l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse » comme circonstance aggravante¹⁸⁵. S'agissant du harcèlement sexuel, le Code pénal français prévoit par ailleurs la « particulière vulnérabilité [de la victime] ou la dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale » comme circonstance aggravante¹⁸⁶. D'autres formes de vulnérabilité sont donc en principe exclues¹⁸⁷, même si l'idée de vulnérabilité peut se retrouver dans d'autres circonstances aggravantes – ainsi, dans ces mêmes articles, la minorité de la victime est généralement mentionnée comme une circonstance aggravante à part. Le lien entre vulnérabilité et minorité est explicité dans les agressions sexuelles : pour les personnes de moins de quinze ans, l'élément constitutif de contrainte ou de surprise est présumé en raison de la « vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes »¹⁸⁸. Enfin, notons que, contrairement à la minorité, la vulnérabilité s'apprécie à la lumière du cas concret ; les sources précitées doivent donc plutôt se comprendre comme indices de vulnérabilité¹⁸⁹.

56 Dans d'autres cas, la vulnérabilité particulière est un élément constitutif de l'infraction. Il en va ainsi de l'abus frauduleux de l'ignorance ou de l'état de

¹⁸⁴ Il s'agit des infractions suivantes prévues par le Code pénal français, du 22 août 1992, version consolidée du 12 août 2020 (CP-F) : meurtre (art. 221-4-3°) ; torture et actes de barbarie (art. 222-3-2°, 222-4) ; violences ayant entraîné la mort (art. 222-8-2°), une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10-2°) ou une incapacité de travail (art. 222-12-2°, 222-13-3°) ou violences habituelles (art. 222-14) ; viol (art. 222-24-3°) ; agressions sexuelles (art. 222-29, 222-30-1) ; harcèlement sexuel (art. 222-33-III-3° et 4°) ; harcèlement (art. 222-33-2-2-3°) ; réduction en esclavage (art. 224-1C-2°) ; traite des êtres humains (art. 225-4-1-3°) ; proxénétisme (art. 225-7-2°) ; recours à la prostitution (art. 225-12-1) ; exploitation de la mendicité (art. 225-12-6-2°) ; exploitation de la vente à la sauvette (art. 225-12-9-2°) ; bizutage (art. 225-16-2) ; atteinte à la sphère intime (art. 226-3-1-3°) ; vol (art. 311-5-2°) ; extorsion (art. 312-2-2°) ; escroquerie (art. 313-2-4°) ; abus de confiance (art. 314-2-4°) ; destruction, dégradation ou détérioration d'un bien (art. 322-3-2°) ; outrage sexiste (art. 621-1-3°).

¹⁸⁵ Voir les articles cités *supra*, note 184. Notons toutefois l'existence de quelques variations. Ainsi, l'infraction constituée par le recours à la prostitution (art. 225-12-1 CP-F) ne fait pas mention de l'âge dans les critères de vulnérabilité.

¹⁸⁶ C'est le cas dans le cadre du harcèlement sexuel (art. 222-33-III-4° CP-F) et de l'outrage sexiste (621-1-4° CP-F). Sur l'effet généré de cette disposition d'apparence neutre, voir GATÉ/ROMAN, pp. 237-241.

¹⁸⁷ Voir aussi BÉAL, p. 175.

¹⁸⁸ Voir art. 222-22-1 CP-F ; voir également *infra*, note 192 (à propos du travail forcé, de l'esclavage et de la servitude).

¹⁸⁹ GATÉ/ROMAN, p. 227.

faiblesse d'une personne¹⁹⁰, de l'interdiction de discrimination¹⁹¹ et des dispositions incriminant les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, le travail forcé et la réduction en servitude¹⁹². Les dispositions relatives au travail forcé et à la servitude sont particulièrement intéressantes pour notre travail puisqu'elles ont fait l'objet de deux arrêts rendus par la Cour EDH. Dans les deux cas, la Cour a jugé que la législation pénale française en vigueur à l'époque des faits n'était pas suffisamment dissuasive et ne permettait pas de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé ; la France ne respectait donc pas ses obligations positives en vertu de l'article 4 CEDH prohibant l'esclavage et le travail forcé¹⁹³.

Ce bref survol nous permet de retenir que la vulnérabilité explicite en droit pénal français résulte de l'idée que certains facteurs peuvent réduire la capacité de la victime de se défendre contre des attaques – certaines des dispositions mentionnent explicitement le fait que la vulnérabilité « facilite » la commission d'un crime¹⁹⁴. Plus spécifiquement, la vulnérabilité est due à un rapport de forces inégal, à un « déséquilibre excessif dans un rapport de force »¹⁹⁵. Le but premier est alors de sanctionner pénalement l'abus d'un tel état¹⁹⁶. D'ailleurs, cet état de « particulière vulnérabilité » n'est pertinent que lorsqu'il est apparent ou connu de l'auteur de l'infraction¹⁹⁷. 57

Deux remarques critiques s'imposent à ce stade. Premièrement, le droit opère un choix, en déterminant les sources (potentielles) de vulnérabilité qui sont pertinentes et celles qui ne le sont pas. Ce choix désigne les situations qui méritent, aux yeux de la loi, une protection spécifique ; il peut aussi indiquer les personnes qui sont considérées, à tort ou à raison, comme ne pouvant pas se 58

¹⁹⁰ Art. 223-15-2 CP-F. Les critères de vulnérabilité cités sont, encore une fois, liés à l'« âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ».

¹⁹¹ Art. 225-1 CP-F. L'article mentionne seulement la « particulière vulnérabilité résultant de [la] situation économique ». Les autres critères de vulnérabilité récurrents en droit pénal français se retrouvent toutefois dans la longue liste de critères suspects.

¹⁹² Art. 225-13, art. 225-14 et art. 225-14-2 CP-F. L'article 225-15-1 CP-F précise par ailleurs que la situation de vulnérabilité ou de dépendance est présumée pour « mineurs ou les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français ».

¹⁹³ *Siliadin c. France*, requête n° 73316/01, 26 juillet 2005, §§ 142–149 ; *C.N. et V. c. France*, requête n° 67724/09, 11 octobre 2012, §§ 104–108 (constatant également l'insuffisance des changements législatifs intervenus à la suite de l'arrêt *Siliadin*). Plus généralement sur les exigences conventionnelles quant au cadre légal, voir p. ex. LAVRYSEN, *Legal Framework*, pp. 69–129.

¹⁹⁴ Tel est par exemple le cas du vol (art. 311-5-2° CP-F) et de la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien (art. 322-3-2° CP-F).

¹⁹⁵ PIN, p. 122.

¹⁹⁶ PIN, pp. 122–123.

¹⁹⁷ Cette exigence figure explicitement dans les infractions en question (voir *supra*, note 184).

défendre suffisamment elles-mêmes¹⁹⁸. À cet égard, le critère de la grossesse comme facteur de vulnérabilité est particulièrement intéressant, puisqu'il rend apparent le lien étroit entre protection d'une part, et limitation de l'autonomie ou risque de paternalisme d'autre part¹⁹⁹. Dans un autre registre, la vulnérabilité supposée de « la » femme enceinte est parfois utilisée comme un argument justifiant la criminalisation de l'avortement, et donc une limitation de l'autonomie des personnes enceintes²⁰⁰. L'idée de protéger « la femme enceinte vulnérable » contre ses propres décisions est particulièrement présente aux États-Unis : ce « woman-protective argument »²⁰¹ y a même été consacré, en 2007, par une décision de la Cour suprême²⁰².

59 Deuxièmement, l'importance croissante accordée à la vulnérabilité particulière de certaines victimes va de pair avec un durcissement de la législation pénale, que ce soit par le biais de la reconnaissance de nouvelles infractions ou d'un renforcement des sanctions²⁰³. Il s'agit d'une tendance généralisée, qui peut également être observée en droit pénal suisse. Pour illustration, l'initiative populaire fédérale « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » a mené à un élargissement considérable de l'interdiction d'exercer une activité²⁰⁴ et de l'interdiction de contact et de périmètre²⁰⁵. Si l'initiative visait la protection des enfants et des « personnes incapables de résistance ou de discernement », la révision du Code pénal a introduit une nouvelle expression, celle de « personne particulièrement vulnérable »²⁰⁶. En effet, les nouvelles dispositions visent à protéger tant les personnes mineures que les « autres personnes particulièrement vulnérables »²⁰⁷. Ces dernières sont notamment les « personnes âgées ou souffrant d'une affection physique ou mentale qui ne peuvent pas mener leur

¹⁹⁸ Pour la question des valeurs inhérentes à la reconnaissance de certaines vulnérabilités, voir p. ex. BOEHRINGER/FERRARESE, pp. 6–8.

¹⁹⁹ À ce propos, voir aussi *infra*, n^{os} 148–153.

²⁰⁰ GATÉ/ROMAN, pp. 228–229. Parmi les arguments avancés pour limiter ou interdire l'avortement – et donc l'autonomie et les droits en matière de procréation des personnes enceintes – figure aussi la question de la vie du fœtus (voir p. ex. LEVINET, p. 15).

²⁰¹ À ce propos, voir SIEGEL, pp. 1009–1029.

²⁰² Cour suprême des États Unis, *Gonzalez c. Carhart*, 550 US 124 (2007), § 159. Pour une discussion, voir EGLI, pp. 1039–1049 ; GATÉ/ROMAN, pp. 228–229.

²⁰³ BÉAL, p. 186 ; PIN, pp. 124–125.

²⁰⁴ Art. 67 al. 2 CP.

²⁰⁵ Art. 67b al. 5 CP.

²⁰⁶ Voir en particulier les articles 67 al. 2 CP, 67a al. 5–6 CP et 67b al. 5 CP.

²⁰⁷ Voir en particulier les articles 67 al. 2, 67a al. 5–6 et 67b al. 6 CP. La loi utilise également, de manière interchangeable, l'expression d'« adulte particulièrement vulnérable » (art. 67 al. 4 CP).

vie sans l'assistance d'autrui »²⁰⁸. La raison est que, ayant besoin d'aide extérieure, ces personnes « sont particulièrement susceptibles d'être les victimes de certains actes punissables »²⁰⁹. L'idée est donc, là encore, de protéger des personnes qui se trouvent dans un rapport de forces inégal, au risque de justifier des durcissements pas toujours proportionnels à la faute commise – la disposition pénale issue de l'initiative populaire prévoit une interdiction professionnelle à vie²¹⁰. Nous retrouverons ce lien étroit entre vulnérabilité et dépendance dans la suite de notre étude²¹¹.

Un autre exemple en droit pénal suisse est la question de la traite des êtres humains²¹². Dans ce contexte, le Tribunal fédéral se réfère à la vulnérabilité :

« Nach der Rechtsprechung liegt in der Regel Menschenhandel vor, wenn junge, aus dem Ausland kommende Frauen unter *Ausnützung einer Situation der Verletzlichkeit* zur Prostitution engagiert werden »²¹³.

Ces considérations soulèvent la question de savoir comment le Tribunal fédéral définit cette vulnérabilité situationnelle²¹⁴. Il découle de la jurisprudence que celle-ci peut résulter d'une dépendance personnelle ou financière, mais également des conditions économiques précaires dans le pays d'origine²¹⁵. En effet, le Tribunal fédéral a jugé qu'une personne adulte qui se trouvait dans des circonstances économiquement précaires ne pouvait pas valablement consentir à venir en Suisse pour exercer la prostitution, rendant sa situation constitutive de la traite d'êtres humains²¹⁶. Cette jurisprudence a été critiquée comme une

²⁰⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message proposant un contre-projet à l'initiative contre la pédophilie, FF 2012 8051, 8194.

²⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message proposant un contre-projet à l'initiative contre la pédophilie, FF 2012 8051, 8194. Le Conseil fédéral y précise également que la catégorie de « personne particulièrement vulnérable » peut, mais ne doit pas nécessairement, se recouper avec la notion de « personne hors d'état de se défendre » (*ibidem* [au sujet de l'art. 123, ch. 2, par. 3 CP]).

²¹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message proposant un contre-projet à l'initiative contre la pédophilie, FF 2012 8051, 8158.

²¹¹ Voir not. *infra*, n^{os} 79, 177–182, 257–258, 281, 283, 511, 527, 537–539, 549, 562, 785, 793, 802, 1000–1003.

²¹² Art. 182 CP.

²¹³ Arrêt du TF 6B_469/2014 du 4 décembre 2014, consid. 3.3 (nous soulignons).

²¹⁴ Pour la notion de vulnérabilité situationnelle, voir *infra*, n^o 141.

²¹⁵ ATF 128 IV 117, consid. 3b ; ATF 129 IV 81, consid. 3.1 ; arrêt du TF 6B_128/2013 du 7 novembre 2013, consid. 1.2 ; arrêt du TF 6B_469/2014 du 4 décembre 2014, consid. 3.3.

²¹⁶ ATF 128 IV 117, consid. 5c ; ATF 129 IV 81, consid. 3.1 ; arrêt du TF 6B_128/2013 du 7 novembre 2013, consid. 1.2 ; arrêt du TF 6B_469/2014 du 4 décembre 2014, consid. 3.3.

« mise sous tutelle », privant la victime de son droit à l'autodétermination du seul fait de sa condition modeste²¹⁷.

62 Pour mieux comprendre ces critiques, il est utile de se référer à la définition de la traite d'êtres humains telle qu'elle découle du droit international. Selon ce dernier, la traite comporte trois éléments constitutifs²¹⁸. Il faut d'abord une action (*actus reus*), à savoir le « recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes »²¹⁹. Il faut ensuite un moyen, par exemple le recours à la force, des menaces ou d'autres formes de contrainte ; la tromperie ou la fraude, ou encore l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité²²⁰. Enfin, l'action doit être exécutée dans un but précis (*mens rea*), à savoir l'exploitation, sachant que l'objectif suffit même si aucune exploitation n'a lieu²²¹. Lorsque ces trois éléments sont remplis, le consentement de la victime est indifférent²²².

63 Ainsi, sur le plan international, l'abus d'une situation de vulnérabilité s'inscrit dans la définition même de la traite des êtres humains, en tant que moyen de commission de cette infraction²²³. Ce moyen a été introduit afin de tenir compte de formes plus subtiles de contrainte²²⁴. Sa formulation ouverte représente par ailleurs un compromis permettant d'éviter de criminaliser la prostitution en tant que telle²²⁵. Or, l'abus d'une situation de vulnérabilité est

²¹⁷ ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, pp. 317–318 ; PETRY, p. 228 et les réf. cit. ; voir aussi LEUENBERGER, pp. 89–93.

²¹⁸ Article 4 let. a de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains ; Article 3 let. a du Protocole de Palerme.

²¹⁹ Article 4 let. a de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains ; Article 3 let. a du Protocole de Palerme.

²²⁰ Plus spécifiquement, le moyen illicite est caractérisé « par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre » (art. 4 let. a de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains ; article 3 let. a du Protocole de Palerme).

²²¹ Rapport explicatif de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, § 87.

²²² Article 4 let. b de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains ; Article 3 let. b du Protocole de Palerme ; voir aussi voir FREI, pp. 52–53.

²²³ À cet égard, il faut préciser que le droit suisse ne liste pas les moyens illicites de commission de l'infraction de la traite d'êtres humains, un élément qui a été critiqué par le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) (GRETA[2019]4, §§ 215, 248), la Suisse n'étant toutefois pas une exception (STOYANOVA, Human Trafficking, p. 57 et les réf. cit.).

²²⁴ LEUENBERGER, p. 74 ; ONUDC, Étude, pp. 19, 26, 35, 91.

²²⁵ CARRON, nos 21–23 ; LEUENBERGER, pp. 75–76 ; ONUDC, Étude, p. 19 ; STOYANOVA, pp. 62–72.

notoirement difficile à définir²²⁶. D'après le Rapport explicatif à la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, il « faut entendre l'abus de toute situation dans laquelle la personne concernée n'a d'autre choix réel et acceptable que de se soumettre »²²⁷. Souvent, la situation de vulnérabilité est caractérisée par un rapport de domination sur la victime, par exemple, en raison de la situation de celle-ci en tant que personne migrante en situation irrégulière²²⁸. À ce propos, une étude réalisée par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) démontre que l'abus d'une situation de vulnérabilité, moyen de commission de l'infraction de la traite, est fréquemment confondu avec la vulnérabilité à la traite, à savoir le risque plus élevé de devenir victime de traite des êtres humains²²⁹.

Du point de vue conceptuel, l'approche suivie par le Tribunal fédéral relève justement de cette confusion : le fait qu'une personne jeune et socio-économiquement désavantagée court un plus grand risque de devenir victime de traite d'êtres humains doit être distingué de l'abus d'une situation de vulnérabilité rendant nul tout consentement²³⁰. L'absence de différenciation entre ces deux éléments brouille également la distinction entre la traite des êtres

64

²²⁶ LEVENBERGER, pp. 74–75 ; ONUDC, Étude, pp. 26–27, 92. D'après la note d'orientation de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), « [i] est plus facile d'évaluer l'existence de la vulnérabilité au cas par cas, en tenant compte des caractéristiques personnelles, situationnelles ou circonstancielles de la victime présumée. La vulnérabilité personnelle, par exemple, peut se rattacher à une incapacité physique ou mentale. La vulnérabilité situationnelle peut caractériser une personne se trouvant en situation irrégulière dans un pays étranger dans lequel elle est socialement et linguistiquement isolée. La vulnérabilité circonstancielle peut caractériser une personne au chômage ou indigente. Ces vulnérabilités peuvent préexister, mais elles peuvent aussi être créées par l'auteur de la traite. Les formes de vulnérabilité préexistantes peuvent être en rapport (sans toutefois s'y limiter) avec la pauvreté ; le handicap physique ou mental ; la jeunesse ou la vieillesse ; le genre ; la grossesse ; la culture ; la langue ; la croyance ; une situation familiale ou une situation irrégulière. Les formes de vulnérabilité créées par l'auteur de la traite peuvent être liées (sans toutefois s'y limiter) à l'isolement social, culturel ou linguistique ; à une situation irrégulière ; ou à une dépendance entretenue par la toxicomanie ou un attachement amoureux ou affectif, ou encore par des pratiques ou des rituels culturels ou religieux » (ONUDC, Note, n° 2.3).

²²⁷ Rapport explicatif de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, § 83.

²²⁸ Rapport explicatif de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, § 83. À propos de l'abus de la vulnérabilité comme élément constitutif du travail forcé, voir en particulier *Chowdhury et autres c. Grèce*, requête n° 21884/15, 30 mars 2017, §§ 96–97 ; *Zoletic et autres c. Azerbaïdjan*, requête n° 20116/12, 7 octobre 2021, §§ 149, 166–167 ; voir aussi, appliquant les principes de l'arrêt *Chowdhury* à la traite, *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 77587/12 et 74603/12, 16 février 2021, § 149. À propos des définitions respectives de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé, voir STOYANOVA, *Human Trafficking*, pp. 218–290.

²²⁹ ONUDC, Étude, pp. 14–17.

²³⁰ ONUDC, Étude, pp. 14–17.

humains et l'exercice volontaire de la prostitution²³¹. Sans analyser plus en détail la question complexe de la traite des êtres humains²³², cet exemple fait apparaître une nouvelle fois le dilemme entre la protection d'une personne et le respect de son autonomie²³³.

3) L'exemple de la bioéthique

65 La bioéthique fait partie de ces domaines qui s'intéressent depuis longtemps à la notion de vulnérabilité. S'il ne s'agit pas tellement d'un domaine juridique – la bioéthique peut être définie comme l'« étude des problèmes moraux soulevés par la recherche biologique, médicale ou génétique et certaines de ses applications »²³⁴ –, l'importance de cette notion s'est très vite aussi reflétée dans des textes juridiques, notamment dans des textes de *soft law*. Parmi les textes fondateurs en bioéthique, le Rapport Belmont paru en 1979 était probablement le premier à mentionner explicitement la vulnérabilité²³⁵. Ce rapport a créé une approche dualiste qui reste encore aujourd'hui présente en bioéthique : l'idée de renforcer la protection de l'ensemble des participantes à des recherches d'une part, et des dispositions spécifiques s'appliquant à des groupes considérés comme vulnérables d'autre part²³⁶. Ces deux approches se retrouvent dans des

²³¹ La relation ambivalente entre la traite et la prostitution, et notamment la question de savoir à quelles conditions la prostitution relève de la traite, n'est pas propre à la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais fait au contraire partie des débats à l'origine même du cadre juridique international. Ainsi, comme nous l'avons déjà indiqué, l'ajout même du critère de « l'abus d'une situation de vulnérabilité » est le résultat d'un compromis entre deux factions féministes présentes lors de l'adoption du Protocole de Palerme : les féministes abolitionnistes d'une part, souhaitant la criminalisation de la prostitution, et les féministes non abolitionnistes d'autre part, estimant que la prostitution volontaire devait être légalisée (CARRON, n^{os} 21–23 ; LEUENBERGER, pp. 75–76 ; STOYANOVA, pp. 62–72). Le résultat final, quoique issu d'un compromis et laissant aux États le choix de criminaliser ou non l'exercice de la prostitution, est plus proche de la position abolitionniste, puisqu'il permet, et même oblige à, la création d'un appareil répressif considérable (STOYANOVA, Human Trafficking, p. 65 ; voir aussi CARRON, n^o 64, en lien avec la pratique du Comité CEDEF). Conçu comme un moyen de lutter contre la traite, celui-ci est également devenu un instrument de lutte contre l'immigration irrégulière (CARRON, n^o 67 ; STOYANOVA, Human Trafficking, p. 65). En droit suisse, l'exercice de la prostitution est légal, mais l'*exploitation* de la prostitution est réprimée par l'article 195 du Code pénal. À ce propos, voir aussi CARRON, n^{os} 26–27 ; LEUENBERGER, pp. 195–203.

²³² Pour une analyse approfondie de la question de la traite des êtres humains, voir en particulier FREI ; STOYANOVA, Human Trafficking.

²³³ Pour une analyse de l'article 182 CP sous cet angle, voir STÖSSEL, pp. 151–177. À ce propos, voir aussi *infra*, n^{os} 148–153.

²³⁴ DICTIONNAIRE LAROUSSE en ligne (<https://www.larousse.fr> [31.10.2021]).

²³⁵ Rapport Belmont, 1979. Les premiers documents, tels le Code de Nuremberg de 1946–1947 et la Déclaration d'Helsinki de 1964 – dans sa première version – ne mentionnaient pas explicitement le terme de vulnérabilité, même si l'idée était bel et bien de protéger certains individus considérés comme étant particulièrement « à risque » (ROGERS/MACKENZIE/DODDS, p. 14 et les réf. cit.). Au sujet de l'importance du Rapport Belmont pour la bioéthique d'aujourd'hui, voir ROGERS, pp. 62–65, 71–73.

²³⁶ MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 6 ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, p. 15 ; TEN HAVE, pp. 48–51.

textes plus récents, comme la Déclaration d'Helsinki, mise à jour la dernière fois en 2013²³⁷, et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme²³⁸. C'est également vrai pour la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe²³⁹, premier instrument juridiquement contraignant international en la matière, et de ses protocoles additionnels²⁴⁰.

Ainsi, le principe de l'autonomie, un des piliers de la bioéthique²⁴¹, 66 présuppose non seulement de garantir le consentement informé de toutes les participantes, mais il implique aussi l'exclusion de sujets qui ne sont pas considérés comme étant en mesure de donner leur consentement libre et éclairé²⁴². Ces groupes sont généralement considérés comme vulnérables et protégés par le principe de subsidiarité : une recherche sur des personnes considérées comme vulnérables n'est autorisée que si un résultat équivalent ne peut être obtenu par une recherche sur un groupe non vulnérable²⁴³. Le groupe vulnérable en question doit par ailleurs bénéficier d'une manière ou d'une autre des résultats de la recherche²⁴⁴. Ce principe n'est pas exempt de critiques, notamment parce qu'il ne respecterait pas assez l'autonomie de personnes considérées comme vulnérables²⁴⁵. Conscient du risque de paternalisme²⁴⁶ inhérent à ce principe, le Comité international de bioéthique de l'UNESCO a souligné l'importance de respecter et de garantir autant que possible l'autonomie de personnes considérées comme vulnérables²⁴⁷. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine prévoit explicitement que les

²³⁷ Voir not. Déclaration d'Helsinki, §§ 8, 10.

²³⁸ Voir not. les articles 2 et 8 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.

²³⁹ Voir not. les articles 1^{er}, 2, 7 et 8 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

²⁴⁰ Voir not. les articles 1^{er} et 14 du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine ; les articles 1^{er}, 12, 14–15 du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale (Protocole relatif à la recherche biomédicale) ; les articles 1^{er} et 10 du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales. Le quatrième protocole additionnel vise plutôt à protéger des valeurs morales de la société (voir le préambule du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains).

²⁴¹ BEAUCHAMP/CHILDRESS, pp. 99–143 ; RENDTORFF, pp. 235–244 ; ROGERS, p. 74.

²⁴² MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 19.

²⁴³ Déclaration d'Helsinki, § 20 ; art. 6 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

²⁴⁴ Déclaration d'Helsinki, § 20 ; art. 15 du Protocole relatif à la recherche biomédicale. Selon les articles 6 ch. 1 et 17 ch. 1 (ii) de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, la recherche doit apporter un bénéfice direct à la personne n'ayant pas la capacité de consentir valablement.

²⁴⁵ ROGERS, p. 68 ; voir aussi MACKLIN, pp. 473, 480, 484–485 (avec des exemples).

²⁴⁶ À propos du risque de paternalisme, voir *infra*, n^{os} 148–153.

²⁴⁷ COMITÉ INTERNATIONAL DE BIOÉTHIQUE, n^o 13.

personnes n'ayant pas la capacité de consentir valablement doivent être associées à toute procédure d'autorisation les concernant²⁴⁸.

67 S'agissant des sources de vulnérabilité, certaines sont récurrentes, avant tout l'incapacité (supposée) de donner son consentement libre et éclairé et le risque accru de contrainte ou d'exploitation ainsi que celui de subir un préjudice²⁴⁹. Ces sources sont parfois concrétisées par des listes qui énumèrent les groupes considérés comme vulnérables²⁵⁰. À titre d'exemple, le Rapport Belmont qualifie de vulnérables « les minorités raciales, les [personnes] économiquement désavantagées, les très malades, et les [personnes] institutionnalisées »²⁵¹. Cette approche dite « labélisante » a été fortement critiquée²⁵². Une telle approche risque d'être trop large, en incluant les personnes pour leur seule appartenance à un groupe, alors même qu'elles ne sont peut-être pas particulièrement vulnérables, les exposant ainsi à une « protection » paternaliste et non nécessaire et non voulue par les personnes concernées²⁵³. En effet, certaines énumérations établies avec l'objectif de tenir compte de toutes les éventualités sont devenues si larges qu'elles incluent la grande majorité de la population²⁵⁴. En même temps, une approche « labélisante » peut également être trop restrictive, en ne tenant pas compte des personnes à risque qui n'appartiendraient à aucune des catégories prédéfinies²⁵⁵. Elle peut par ailleurs être stigmatisante, puisqu'elle véhicule une image essentialiste et simplifiée des groupes vulnérables, sans tenir compte de leur hétérogénéité et des différences à l'intérieur d'un même groupe, exagérant ainsi la différence entre groupes vulnérables et le reste de la population²⁵⁶.

²⁴⁸ Art. 6 et 17 ch. 1 (v) de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

²⁴⁹ LUNA, p. 126 ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, p. 14.

²⁵⁰ HURST, pp. 192–193 ; LUNA, p. 124 ; ROGERS, pp. 77–78.

²⁵¹ Rapport Belmont, p. 15.

²⁵² Voir en particulier LUNA, pp. 122–130, 133–135 ; voir aussi ROGERS, pp. 74, 82, 84 ; RUOF, p. 412 et les réf. cit.

²⁵³ LUNA, pp. 121–122, 133 ; MACKLIN, pp. 473, 480, 484–485 (avec des exemples). À propos du risque de paternalisme, voir *infra*, n^{os} 148–153.

²⁵⁴ HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 8–9 ; HURST, pp. 196–197 ; ROGERS, pp. 68–69.

²⁵⁵ ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 15–16. HURST conclut son analyse de la vulnérabilité en bioéthique avec le constat que les définitions sont souvent extrêmement étroites, avec le désavantage de ne répondre qu'à certaines formes très spécifiques de vulnérabilité, ou alors trop larges pour être pleinement opérationnelles (HURST, pp. 196–197).

²⁵⁶ LUNA, pp. 127, 133. Notons à cet égard que la critique n'est pas limitée à l'approche labélisante, qui désigne à l'avance les groupes considérés comme vulnérables, mais dirigée plus généralement à l'encontre du concept de « groupes vulnérables » (voir *infra*, n^o 171). Au sujet du risque de stigmatisation plus généralement, voir *infra*, n^{os} 154–159.

Peut-être en raison des difficultés liées à de telles énumérations, la Déclaration d'Helsinki et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme ne contiennent aucune énumération de ce genre, suivant ainsi une approche dite « analytique », à savoir qui requiert l'analyse des circonstances concrètes de chaque cas²⁵⁷. Cette approche est préférable, même si, étant plus ouverte et laissant une latitude décisionnelle considérable au cas par cas, elle peut créer une certaine incertitude²⁵⁸. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, quant à elle, évite la notion de vulnérabilité ; le Protocole relatif à la recherche biomédicale se réfère de manière générale aux « personnes vulnérables ou en état de dépendance »²⁵⁹. Il découle des travaux du Comité directeur pour la bioéthique que cette vulnérabilité vise les personnes n'ayant pas la capacité de donner leur consentement valable ainsi que les personnes privées de liberté ou les personnes qui, pour d'autres raisons, sont susceptibles de subir des pressions influant leur capacité de donner un consentement libre et éclairé²⁶⁰.

Les instruments juridiques que nous venons de discuter brièvement ne forment de toute évidence qu'une petite partie de la discipline de la bioéthique, où un grand nombre de réflexions autour de la notion de vulnérabilité ont été menées²⁶¹. Il en va non seulement des tensions entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière²⁶², mais encore de la classification des sources (potentielles) de vulnérabilité²⁶³. La discipline de la bioéthique a également nourri les réflexions autour de la question de savoir si la vulnérabilité peut en elle-même générer des obligations morales ou légales, indépendamment de tout

²⁵⁷ Déclaration d'Helsinki, § 19 ; art. 24 par. 3 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme. Pour une analyse, voir ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 15–16.

²⁵⁸ Ce risque ne doit toutefois pas être exagéré, les processus décisionnels étant fortement encadrés, et faisant l'objet de diverses recommandations et lignes directrices (voir p. ex. COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, Guide, not. pp. 48–55 à propos de personnes se trouvant dans des situations particulièrement vulnérables).

²⁵⁹ Art. 12 du Protocole relatif à la recherche biomédicale.

²⁶⁰ COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, Guide, pp. 37–38, 49–51. Pour une analyse plus détaillée, examinant divers facteurs de vulnérabilité intrinsèques et extrinsèques à l'aide d'exemples, voir aussi COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, Vulnérabilité, pp. 9–34.

²⁶¹ GILSON, p. 33 ; HURST, pp. 191–202 ; LUNA, pp. 121–139 ; ROGERS, pp. 62–63 et les réf. cit. (dans les domaines de l'éthique de la recherche, dans l'éthique clinique, et l'éthique de la santé publique) ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 11–38.

²⁶² LEACH SCULLY, pp. 204–205 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 6.

²⁶³ MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 8–9.

autre facteur²⁶⁴. Nous retrouverons ces différents éléments dans les conceptualisations de la vulnérabilité étudiées au chapitre 2²⁶⁵.

4) L'exemple des droits humains au niveau international

⁷⁰ Les premières apparitions explicites de la vulnérabilité dans l'édifice international des droits humains datent de 1946²⁶⁶. Le terme était alors utilisé par l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) pour détecter les inégalités dans l'accès aux ressources, et, partant, déterminer des destinataires prioritaires dans la lutte contre la famine et la malnutrition²⁶⁷. L'approche prédominante à l'époque se limitait à distribuer des ressources dans l'immédiat plutôt que de travailler à la création d'une solution durable²⁶⁸. Il en allait de même dans d'autres contextes. Ainsi, quand la communauté internationale a commencé à s'intéresser aux peuples indigènes après la Seconde Guerre mondiale, cet intérêt était foncièrement ambivalent : la vulnérabilité de ceux-ci signifiait à la fois la reconnaissance de leur besoin de protection et une mise sous tutelle²⁶⁹. En d'autres termes, des considérations relatives à la vulnérabilité des peuples indigènes en faisaient des *objets* de protection²⁷⁰. Toutefois, cette conception a progressivement évolué, la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, de l'Organisation internationale du travail (OIT) adoptée en 1989 représentant une étape cruciale dans ce changement de paradigme²⁷¹. Ce changement se reflète par exemple dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, axée sur une approche basée sur les droits et tendant à l'autonomisation (*empowerment*) des sujets qualifiés de vulnérables²⁷².

²⁶⁴ HURST, p. 201 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 10–13.

²⁶⁵ Voir *infra*, n°s 126–190.

²⁶⁶ TRUSCAN, *Considerations*, p. 68.

²⁶⁷ ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), p. 687 ; pour une brève analyse, voir TRUSCAN, *Considerations*, p. 68.

²⁶⁸ Voir aussi TRUSCAN, *Considerations*, pp. 68–69.

²⁶⁹ GÓMEZ ISA, p. 167.

²⁷⁰ BARRANCO AVILÉS/CHURRUCA MUGURUZA, p. 13 ; GÓMEZ ISA, p. 167 ; pour des réflexions similaires concernant la manière dont le droit international appréhendait les femmes avant 1945, voir OTTO, *Lost in translation*, pp. 322, 325 et les réf. cit. À propos de la distinction entre sujets de droits et objets de protection, voir aussi *infra*, n°s 149, 152.

²⁷¹ LERNER, p. 16 ; voir p. ex. les articles 3, 8, 12, 14 et 15 de la Convention OIT n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux.

²⁷² GÓMEZ ISA, pp. 168, 174–179 ; voir p. ex. les articles 4 et 5 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

La vulnérabilité a progressivement gagné en importance sur la scène internationale des droits humains à partir des années quatre-vingt²⁷³. Ainsi, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne, dans une résolution de 1982, la responsabilité des gouvernements « de prendre des mesures spéciales pour garantir les droits de l'homme des groupes d'individus vulnérables ou défavorisés »²⁷⁴. De telles exhortations se sont multipliées par la suite, intégrant ainsi la vulnérabilité dans le discours des droits humains²⁷⁵. 71

Depuis lors, « [l']engagement pour les droits humains des personnes vulnérables et défavorisées »²⁷⁶ a pris diverses formes dans le système onusien²⁷⁷. La Commission des droits de l'homme, puis le Conseil des droits de l'homme ont mis sur pied un certain nombre de procédures spéciales visant à traiter de certains catégories ou groupes de personnes perçues comme particulièrement vulnérables²⁷⁸. La vulnérabilité a guidé la Commission et le Comité dans leurs choix, souvent de façon implicite, parfois de manière explicite²⁷⁹. Ainsi, la nomination d'un Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants en 1999 a été expliquée par la « nécessité d'une approche ciblée et cohérente à l'égard des migrants en tant que groupe vulnérable particulier », notamment afin de « surmonter les difficultés existantes qui empêchent la protection effective et complète de ce groupe vulnérable »²⁸⁰. 72

Certaines rapporteuses spéciales avec un mandat lié non pas à un groupe de personnes, mais à un droit spécifique, ont également accordé de l'attention à la situation et aux besoins particuliers de personnes ou groupes vulnérables dans leurs travaux²⁸¹. Tel a par exemple été le cas de mandats liés à des droits de première nécessité tels que le droit à l'alimentation, le droit à la santé ou le droit au logement²⁸². Ce n'est peut-être pas un hasard : en effet, la vulnérabilité nous 73

273 TRUSCAN, *Considerations*, p. 69.

274 AGNU, A/RES/37/200, § 9.

275 Voir déjà MORAWA, *Vulnerability*, pp. 139–155.

276 CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 683–686.

277 CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 683–686.

278 P. ex. concernant les femmes et les enfants, les personnes migrantes, les minorités, les populations autochtones, les personnes vivant dans la pauvreté extrême, les personnes en situation de handicap, les victimes de la traite d'êtres humains, etc. Pour un aperçu, voir <http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/SP/Pages/Themes.aspx> [31.10.2021].

279 CHAPMAN/CARBONETTI, not. p. 685.

280 COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Résolution n° 1999/44, pp. 1–2.

281 CHAPMAN/CARBONETTI, p. 685.

282 CHAPMAN/CARBONETTI, p. 685.

ramène à notre « corporalité » (*embodiment*)²⁸³, et donc à nos besoins vitaux²⁸⁴. La vulnérabilité apparaît aussi dans les travaux du représentant spécial sur les droits de l'homme et les entreprises, pour citer un exemple peut-être moins attendu. Ainsi, des documents élaborés dans ce cadre soulignent l'importance d'accorder une attention prioritaire aux groupes vulnérables, par exemple dans le cadre des études d'impact réalisées par les entreprises²⁸⁵ ou de l'accès à la justice²⁸⁶ et, plus généralement, une obligation de prendre en compte leurs besoins spécifiques de protection²⁸⁷. Des explications supplémentaires se trouvent ensuite dans les commentaires accompagnant les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme²⁸⁸. Ainsi, les commentaires expliquent qu'il convient d'« accorder une attention particulière » aux risques et obstacles auxquels ces individus ou groupes d'individus peuvent se trouver confrontés²⁸⁹. Cela concerne en particulier l'évaluation, par les entreprises, des risques d'atteintes aux droits humains et de l'efficacité de leurs mesures de protection²⁹⁰ et l'accès à des mécanismes judiciaires et non judiciaires de réclamation²⁹¹. Les États doivent non seulement assurer l'accès des personnes vulnérables à des voies de recours, mais également tenir compte de leurs besoins spécifiques en ce qui concerne la procédure et l'issue du recours²⁹².

74 La vulnérabilité constitue par ailleurs un thème récurrent dans le travail du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) chargé de la supervision du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²⁹³. Elle figure ainsi dans de nombreuses observations générales²⁹⁴, soit explicitement, soit de manière paraphrasée comme dans son Observation générale n° 21 qui, sans utiliser le terme vulnérable, identifie les « personnes et

²⁸³ Voir *infra*, n°s 132–133.

²⁸⁴ En cela, les théories de la vulnérabilité telles qu'élaborées par GOODIN (voir *infra*, n°s 90–96) et FINEMAN (voir *infra*, n°s 106–113) présentent des points communs avec l'approche des besoins de base (ROGERS/MACKENZIE/DODDS, p. 22). Au sujet de la théorie des besoins de base (« basic needs »), voir STEWART, pp. 347–374 ainsi que, plus récemment, FERRAZ, pp. 133–154.

²⁸⁵ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/4/74, § 28.

²⁸⁶ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/11/13, § 97.

²⁸⁷ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/14/27, § 61.

²⁸⁸ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/17/31.

²⁸⁹ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/17/31, § 18 ; voir aussi *idem*, §§ 26, 27. Pour une discussion, voir ZIMMERMANN, *Limites*, pp. 231–233.

²⁹⁰ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/17/31, commentaires relatifs aux §§ 18 et 20.

²⁹¹ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/17/31, commentaires relatifs aux principes 26 et 27.

²⁹² CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/17/31, § 28.

²⁹³ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 682–728 ; HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 62–65 ; TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, p. 12.

²⁹⁴ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 690–691, avec les réf. cit. Pour un exemple, voir CDESC, Observation générale n° 5, §§ 9, 10.

communautés ayant besoin d'une protection spéciale »²⁹⁵. Les personnes ou groupes qualifiés de vulnérables varient quelque peu d'un document à l'autre, mais on y trouve souvent les enfants, les peuples autochtones, les personnes handicapées ou encore les femmes²⁹⁶. L'énumération la plus complète se trouve probablement dans l'Observation générale n° 20 relative à la non-discrimination²⁹⁷. Le CDESC ne fournit toutefois ni une définition ni une liste de critères pour identifier la vulnérabilité d'individus ou de groupes de personnes²⁹⁸.

La vulnérabilité apparaît également de manière fréquente dans les observations finales du CDESC relatives aux différents pays²⁹⁹. Les différentes observations du CDESC font état de plusieurs conséquences juridiques déduites de la vulnérabilité³⁰⁰. Ainsi, face à des personnes vulnérables, les États sont notamment obligés de « prendre des mesures concrètes pour réduire les désavantages structurels et accorder un traitement préférentiel approprié »³⁰¹. Les personnes vulnérables doivent par ailleurs bénéficier d'une priorité dans l'allocation des ressources limitées³⁰². De façon importante, le CDESC considère que la protection des personnes vulnérables constitue une obligation minimale des États qui doit être honorée « même en temps de grave pénurie de ressources »³⁰³. Le CDESC a également enjoint aux États de collecter des données spécifiques concernant les personnes vulnérables, et à en tenir compte dans leurs rapports³⁰⁴. Précisons enfin que dans certains documents, le CDESC emploie plutôt les termes « marginalisé » ou « défavorisé », ce qui a été expliqué par une connotation péjorative prétendument moindre de ces deux derniers, ou simplement par des préférences personnelles des membres du Comité³⁰⁵.

²⁹⁵ CDESC, Observation générale n° 21. Il s'agit donc ici d'un exemple de vulnérabilité implicite.

²⁹⁶ Pour une recension de différentes énumérations, notamment dans les travaux du CDESC, voir MORAWA, *Vulnerability*, pp. 139–147.

²⁹⁷ CDESC, Observation générale n° 20, §§ 15–35. Du même avis, voir CHAPMAN/CARBONETTI, p. 692.

²⁹⁸ CHAPMAN/CARBONETTI, p. 723. Pour une liste de tels critères et sur l'impossibilité de créer une liste exhaustive, voir MORAWA, *Vulnerability*, p. 141.

²⁹⁹ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 701–706.

³⁰⁰ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 694–698, 726.

³⁰¹ CDESC, Observation générale n° 5, § 9. Cette citation se retrouve ensuite dans une série d'autres documents (CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 697–698 et les réf. cit.)

³⁰² CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 693–695, 726 et les réf. cit.

³⁰³ CDESC, Observation générale n° 3, § 12.

³⁰⁴ CHAPMAN/CARBONETTI, p. 694.

³⁰⁵ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 689–690, 725.

Néanmoins, ces termes sont utilisés de façon interchangeable avec celui de vulnérabilité³⁰⁶.

76 Les traités de droits humains qui mentionnent explicitement la vulnérabilité sont rares. Parmi les exceptions figurent la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 (CMW)³⁰⁷, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants de 2000³⁰⁸, ou encore la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006³⁰⁹. Toutefois, même dans ces cas, il s'agit de mentions sporadiques plutôt que d'aspects centraux des instruments en question. Néanmoins, on peut considérer que l'existence de traités s'appliquant à un groupe de personnes spécifique est significative en tant que telle, car elle est le signe d'un consensus quant à des besoins de protection particuliers, et peut ainsi être considérée comme expression implicite de vulnérabilité particulière, comme nous l'avons vu précédemment³¹⁰.

77 Sans être exhaustifs, ces quelques exemples³¹¹ illustrent l'importance de la vulnérabilité dans le système onusien et la fréquence avec laquelle elle est évoquée, mais aussi la diversité des personnes et groupes qualifiés de vulnérables³¹². Les énumérations de groupes et personnes vulnérables varient par ailleurs fortement selon l'organe concerné, le contexte ou – cas échéant – le pays évalué. La vulnérabilité apparaît par ailleurs souvent comme catégorie résiduelle à la fin d'une énumération réunissant différents groupes³¹³. D'une façon générale, on peut constater que les catégories sont souvent assez larges et, prises ensemble, regroupent des parties importantes de la population³¹⁴. Il ressort des textes analysés que le contenu normatif de la vulnérabilité reste

³⁰⁶ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 689–690, 725.

³⁰⁷ Voir le préambule de la CMW.

³⁰⁸ Voir le préambule ainsi que les articles 8 par. 1 let. a et 10 par. 3 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

³⁰⁹ Voir l'article 7 par. 2 let. b de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

³¹⁰ Voir *supra*, n° 50.

³¹¹ Pour une étude approfondie de la vulnérabilité dans les organes onusiens, voir en particulier NIFOSI-SUTTON ; TRUSCAN, *Vulnerable Groups*. Quelques aspects de la pratique du Comité CEDEF seront abordés plus loin (voir *infra*, n°s 150, 766, 826, 965).

³¹² CHAPMAN/CARBONETTI, not. pp. 683–686 ; MORAWA, *Vulnerability*, p. 147 ; SEPÚLVEDA et al., p. 317.

³¹³ MORAWA, *Vulnerability*, p. 141.

³¹⁴ CHAPMAN/CARBONETTI, p. 725.

encore largement à cerner, et qu'il existe des incertitudes importantes quant à sa définition et à sa portée³¹⁵.

5) Appréciation

Dans ce qui précède, nous avons examiné l'émergence de la vulnérabilité en tant que notion explicite du droit au travers d'illustrations tirées du droit pénal, du droit de la bioéthique et du droit international des droits humains. En dépit des différences d'un domaine juridique à l'autre, on retrouve des éléments communs, ou en tout cas récurrents, caractérisant la vulnérabilité particulière, qu'elle soit implicite ou explicite. Ainsi, comme le résumait Sandra BOEHRINGER et Estelle FERRARESE :

« [d]ans les sociétés contemporaines, le droit désigne des catégories de personnes vulnérables définies par leur faiblesse physique supposée, mais aussi par une capacité douteuse ou chancelante à consentir »³¹⁶.

À ces éléments s'ajoutent des situations de vulnérabilité liées par exemple à la marginalisation ou l'exclusion de certains groupes ou personnes, ou à une situation de dépendance individuelle. Tous ces éléments méritent d'être approfondis. Ainsi, le fait de comprendre la vulnérabilité comme équivalente à une dépendance ou d'une « faiblesse » peut non seulement être stigmatisant, mais aussi simplificateur³¹⁷. En effet, la relation entre la vulnérabilité et ces concepts connexes est plus complexe qu'il ne paraît au premier abord. Une analyse plus approfondie du lien entre ces notions s'avère donc nécessaire et nous y reviendrons au chapitre 2.

III. Synthèse et appréciation

Dans ce chapitre introductif, nous avons abordé différentes manières dont le droit appréhende, implicitement ou explicitement, la vulnérabilité. Nous avons d'abord vu que la vulnérabilité universelle peut – dans une certaine mesure – être rattachée aux origines même du droit. Nous avons cependant aussitôt relativisé ce constat : ainsi, nous avons vu que cette vulnérabilité était comprise dans un sens étroit, comme la possibilité de mourir ou subir un préjudice

³¹⁵ CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 721–728 ; MORAWA, *Vulnerability*, pp. 149–151.

³¹⁶ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 6 ; voir aussi DUTHEIL-WAROLIN, n^{os} 20–21 ; GATÉ/ROMAN, pp. 219–220.

³¹⁷ Voir aussi BOEHRINGER/FERRARESE, p. 6.

corporel, l'être humain était généralement dépeint comme un sujet libéral, rationnel, autonome, indépendant dans la pensée occidentale moderne, qui a également mené à l'exclusion de sujets perçus comme vulnérables.

81 Nous avons ensuite examiné la notion de vulnérabilité particulière. En effet, ce n'est pas la vulnérabilité universelle, mais la vulnérabilité particulière, qui a principalement été appréhendée par le droit. Dans un premier temps, celle-ci restait implicite, mais peut être déduite de certaines règles visant spécifiquement à protéger des personnes en situation de faiblesse ou de dépendance. À partir de la fin du 20^e siècle, on assiste à une explicitation, en d'autres termes les références explicites à la vulnérabilité se multiplient et la vulnérabilité émerge en tant que véritable notion-clé du droit. La limite entre vulnérabilité implicite et explicite est toutefois fluctuante, d'autant plus que la doctrine s'en sert parfois pour désigner des situations que le droit positif ou la jurisprudence qualifient autrement, par exemple en recourant aux expressions de faiblesse, de dépendance ou d'incapacité³¹⁸.

82 La tendance de l'utilisation croissante de ce terme en droit est significative. Si cette évolution est probablement influencée par le phénomène de « mode » qui entoure cette notion, elle a également été vue comme indice d'un « tournant éthique » du droit³¹⁹. À tout le moins, la vulnérabilité particulière, explicitement mentionnée, revêt un caractère normatif, c'est-à-dire qu'elle fonde des droits et des obligations. Dans cette perspective, l'explicitation de la vulnérabilité indique une modification graduelle de son rôle, de simple constat factuel à instrument fonctionnel de protection³²⁰. Cela est particulièrement visible dans le domaine des droits humains, où la vulnérabilité particulière fonde non seulement des obligations spécifiques de protection, mais remplit également un rôle préventif, en fondant notamment des obligations positives procédurales³²¹ et des obligations positives de prévention³²².

³¹⁸ La limite entre vulnérabilité implicite et explicite est particulièrement floue dans la jurisprudence : dans ce cas, des raisonnements où le terme apparaît explicitement coexistent alors fréquemment avec les mêmes raisonnements, mais n'utilisant pas explicitement le terme de vulnérabilité (voir aussi *infra*, n° 287).

³¹⁹ BLONDEL, n° 39 ; FIECHTER-BOULVARD, p. 30 ; dans un sens similaire, voir aussi BOITEUX-PICHERAL, p. 11.

³²⁰ BLONDEL, n° 12.

³²¹ Voir *infra*, not. nos 730, 891–898.

³²² Voir *infra*, not. nos 377, 804, 900–963.

La manière dont la notion de vulnérabilité est utilisée en droit a fait l'objet de critiques. L'utilisation de la vulnérabilité comme synonyme de faiblesse, dépendance ou susceptibilité³²³ comporte un risque de stéréotypisation ou de stigmatisation³²⁴. Le même constat vaut pour la désignation, fréquente en droit, de groupes ou catégories de personnes comme étant *a priori* vulnérables³²⁵. De plus, l'idée même de protection peut se révéler indûment paternaliste lorsqu'elle ne respecte pas suffisamment l'autonomie et la volonté des personnes qualifiées de vulnérables³²⁶. Par ailleurs, des auteures ont reproché – non sans raison – au droit une utilisation excessive de la vulnérabilité, et en même temps un manque de conceptualisation de cette notion³²⁷. Ainsi, pour mieux cerner le potentiel et les limites de la vulnérabilité en droit – ou, pour ce qui nous intéresse dans la suite de cet ouvrage, dans la jurisprudence de la Cour – il est utile de voir comment cette notion a été conceptualisée dans des théories qui l'ont analysée de près. C'est ce que nous ferons dans le chapitre suivant.

³²³ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 6.

³²⁴ BERNARDINI, *Dangerous Liaisons*, pp. 101–102 ; BOEHRINGER/FERRARESE, p. 6 ; LEACH SCULLY, pp. 217–220. À propos du risque de stéréotypisation et de stigmatisation, voir aussi *infra*, n^{os} 154–159.

³²⁵ FINEMAN, *Identities*, pp. 1750, 1754 ; FINEMAN, *Responsive State*, pp. 27–28 ; LUNA, pp. 133–135. Voir aussi *infra*, n^{os} 156–159.

³²⁶ BROWN, *Re-moralising*, pp. 48–49 ; HESFORD/LEWIS, p. xi ; MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, p. 210 ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 22–23. À propos du risque de paternalisme, voir aussi *infra*, n^{os} 148–153.

³²⁷ BLONDEL, n^o 160 ; SOULET, *Prudence*, pp. 7, 15–16. Il s'agit d'une critique qui n'est pas spécifique au droit, mais concerne la notion plus généralement : voir p. ex. MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 1 ; MISZTAL, p. 5.

CHAPITRE 2 : LES FONDEMENTS THÉORIQUES DE LA VULNÉRABILITÉ

Les exemples abordés au chapitre précédent nous ont montré que la notion de vulnérabilité est désormais bien présente dans le langage juridique. S'il est impossible de le déterminer avec certitude, nous pouvons raisonnablement supposer que cette évolution est en tout cas partiellement due à la popularité dont jouit la vulnérabilité dans d'autres disciplines, et à son importance en tant que notion philosophique contemporaine³²⁸. D'ailleurs, Serge SUR constate, à propos du droit international, une réceptivité croissante aux phénomènes de « mode » intellectuelle, due à ce qu'il appelle la « démocratisation » du droit³²⁹. Et la vulnérabilité constitue, à ne pas en douter, une telle mode : elle a même été décrite comme la nouvelle « lingua franca » des théories de la justice³³⁰. L'expression est appropriée : elle reflète non seulement l'omniprésence de cette notion, mais encore son potentiel interdisciplinaire, qui est souvent cité comme l'une des clés de son succès³³¹.

L'importance que la vulnérabilité revêt dans les disciplines les plus diverses, et notamment dans des théories de philosophie morale et politique, est pertinente pour le droit à deux égards : d'une part, elle nous amène à nous interroger sur le caractère normatif de la vulnérabilité, à savoir en quoi celle-ci est source de droits et d'obligations. D'autre part, elle nous permet de mieux cerner les contours de la notion – la distinction entre vulnérabilité universelle et particulière, les risques inhérents à ces qualifications, la relation entre la notion de vulnérabilité et d'autres concepts-clés comme la dépendance, l'autonomie, le risque et la résilience. L'ensemble de ces éléments nous permettent de mieux comprendre la vulnérabilité, nous renseignent sur son potentiel en tant que notion juridique et nous alertent sur les dangers liés à son utilisation – comme celui de paternalisme ou de stigmatisation, que nous avons déjà évoqués au

³²⁸ BLONDEL, n^{os} 4–6 ; RE, Challenge, p. 8 ; SOULET, Prudence, p. 13.

³²⁹ SUR, pp. 124–125.

³³⁰ COLE, Political Ambiguity, pp. 263–264, qui utilise cette expression après un survol des différentes utilisations de la notion, notamment en dans les disciplines relatives à la justice globale et internationale, à l'environnement et aux animaux, et en bioéthique.

³³¹ GILSON, p. 8 ; RE, Challenge, p. 8 ; SOULET, Prudence, p. 11 ; TEN HAVE, pp. 30–32 ; THOMAS, pp. 77–99. Voir toutefois MISZTAL, qui précise que la vulnérabilité est une notion multidisciplinaire, mais pas interdisciplinaire, faute d'une définition commune (MISZTAL, p. 4).

chapitre précédent³³². Ces éléments pourront ensuite enrichir notre analyse jurisprudentielle dans la suite de cette thèse³³³.

86 Ainsi, le présent chapitre n'a pas pour but de présenter un cadre théorique unique, mais plutôt de puiser dans différentes théories pour explorer les diverses significations de la vulnérabilité, mais aussi sa complexité et ses paradoxes irréductibles. Pour ce faire, nous avons choisi une structure en trois parties. La première présentera les théories respectives de GOODIN, du *care*, de FINEMAN et de NUSSBAUM, qui ont contribué de manière significative à l'émergence de la vulnérabilité comme notion-clé de l'époque contemporaine (I)³³⁴. Cette présentation se concentrera sur deux aspects : présenter et situer les différentes théories choisies et les fonctions que la vulnérabilité y occupe. Pour ce faire, nous procéderons de manière linéaire, présentant une théorie après l'autre. Certaines questions sont volontairement mises entre parenthèses : par exemple, la signification de la vulnérabilité ne sera abordée que dans la mesure où elle est nécessaire pour comprendre les théories traitées. Ces éléments seront ensuite approfondis dans la deuxième partie, qui tentera de cerner les contours de la notion de vulnérabilité (II). Structurée par thème plutôt que par auteure – vulnérabilité universelle et particulière, lien avec les concepts d'autonomie et de dépendance, lien avec les concepts de risque et de résilience – elle permettra d'approfondir l'analyse, en puisant pour l'essentiel dans les théories présentées auparavant, tout en mentionnant d'autres auteures ayant conceptualisé la vulnérabilité. Enfin, ces deux parties débouchent sur une troisième, qui abordera la pertinence de ces aspects conceptuels pour les droits humains et se focalisera plus particulièrement sur les obligations positives telles qu'elles ont émergé dans la jurisprudence de la Cour (III), en préparation de l'analyse plus approfondie de la jurisprudence à laquelle seront consacrées les deuxième, troisième et quatrième parties de la thèse. Le chapitre se terminera par une synthèse et appréciation (IV).

³³² Voir *supra*, n° 11.

³³³ Voir les parties II, III et IV de la présente étude.

³³⁴ MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 2–18. À propos de l'importance de la notion de vulnérabilité dans la philosophie contemporaine, voir p. ex. MISZTAL, pp. 1, 15 ; SOULET, Prudence, p. 7 ; SOULET, Raisons, p. 59.

I. La vulnérabilité comme outil heuristique

Depuis la fin du 20^e siècle, la vulnérabilité a émergé comme une notion-clé de philosophie politique et morale³³⁵. Diverses auteures s’y réfèrent pour critiquer certains aspects des conceptions classiques de la justice sociale, en particulier la manière dont celles-ci envisagent l’individu et ses relations avec autrui³³⁶. Une critique récurrente vise la « conception libérale » du sujet de droit comme étant un être rationnel, autonome et indépendant³³⁷ – en somme, largement « invulnérable »³³⁸. À ce sujet « abstrait », les auteures opposent un sujet vulnérable, interdépendant, revendiquant la vulnérabilité comme la « condition première »³³⁹ ou « condition originelle »³⁴⁰ de l’être humain.

Ainsi, plusieurs auteures ont qualifié la vulnérabilité d’« outil heuristique »³⁴¹. L’heuristique peut se définir comme une méthode qui aide à la recherche ou à la découverte de faits ou de théories³⁴². Pour FINEMAN, l’expression revêt un sens plus spécifique : un outil qui nous « force à examiner des suppositions cachées et des subjectivités sous-jacentes dans les pratiques juridiques, sociales et culturelles »³⁴³. En d’autres termes, c’est à partir de la vulnérabilité que ces auteures analysent et reconceptualisent les responsabilités individuelles, les relations sociétales, le rôle de l’État, voire la vie humaine en tant que telle³⁴⁴.

Dans ce qui suit, nous examinerons quatre théories ou courants de pensée en particulier : nous examinerons ainsi la pensée de GOODIN (A), des auteures du

³³⁵ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 262–265 ; GARRAU, *Regards croisés*, pp. 142–143 ; GILSON, pp. 16–17 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 3–18.

³³⁶ HELD, *Human Rights*, pp. 629–630 ; KITTAY, *Love’s Labor*, pp. 117–146 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 28–35 ; PELLUCHON, *Éléments*, pp. 26–51 ; TRONTO, pp. 211–232.

³³⁷ DODDS, p. 181 et les réf. cit. ; FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 10–12 ; FINEMAN, *Inequality*, pp. 134, 141–143 ; MACKENZIE, pp. 36–38 ; NUSSBAUM, *Fragility*, p. xix ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 132, 218–219 ; TRONTO, p. 181.

³³⁸ FINEMAN, *Elderly*, p. 86 ; GREAR, *Embracing*, pp. 155–157 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 20 ; MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, pp. 211, 216–217. Pour une analyse éthique de la « recherche d’invulnérabilité », voir GILSON, pp. 73–97.

³³⁹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 10–12 ; FINEMAN, *Limits*, p. 82 (« primal human condition »).

³⁴⁰ NODDINGS, pp. 64–66 (positionnant cette notion en opposition à la « position originale » de RAWLS [RAWLS, p. 19 et *passim*]) ; voir aussi GAILLE/LAUGIER, p. 7 ; LAUGIER, *Vulnérabilité du réel*, p. 40.

³⁴¹ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 268–269 ; FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9 ; FINEMAN, *Identities*, p. 1763 ; FINEMAN/GREAR, pp. 1–2 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 159–160.

³⁴² Voir CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES LEXICALES ET TEXTUELLES, <https://www.cnrtl.fr/definition/heuristique> [31.10.2021].

³⁴³ FINEMAN, *Responsive State*, p. 28 (note 53) (notre traduction).

³⁴⁴ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 262–265 ; HESFORD/LEWIS, pp. x–xi ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 3–18.

care (B), de FINEMAN (C) et de NUSSBAUM (D), avant de conclure (E). Notre choix s'est porté sur ces auteures pour plusieurs raisons : la place qu'elles accordent à la notion de vulnérabilité, le retentissement de leurs théories respectives³⁴⁵ et leur complémentarité à bien des égards. Ainsi, la pensée de GOODIN a inspiré certaines auteures du *care*, mais celles-ci l'ont également critiqué et ont apporté des améliorations³⁴⁶ ; l'œuvre de FINEMAN est issue de l'éthique du *care*, mais s'en est également distancée et doit aujourd'hui être considérée comme une théorie de la justice à part entière³⁴⁷. Enfin, la théorie des *capabilités*³⁴⁸ telle que développée par NUSSBAUM permet de remédier à certains aspects problématiques de la théorie de FINEMAN³⁴⁹. Précisons encore que la comparaison entre les différentes théories sera approfondie dans la section suivante, qui en analyse certains aspects plus en détail³⁵⁰.

A. Repenser les responsabilités : la théorie de Robert GOODIN

90 Parmi les premières à avoir énoncé une théorie de la justice centrée autour de la notion de vulnérabilité se trouve le politologue Robert GOODIN³⁵¹. Dans un livre publié en 1985, il propose un réexamen des responsabilités morales ou sociétales individuelles³⁵². Son argument clé est que la vulnérabilité et la dépendance constituent la source principale de nos responsabilités morales envers autrui³⁵³. Il réfute ainsi les théories contractuelles, et plus particulièrement les théories volontaristes, qui considèrent les accords volontaires entre les individus comme sources exclusives, ou en tout cas principales, d'obligations morales³⁵⁴. Tout en s'inscrivant dans une logique conséquentialiste, GOODIN propose une éthique

³⁴⁵ BEDFORD, pp. 1–22 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 5–41 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 2–18.

³⁴⁶ Voir *infra*, n^{os} 93–94.

³⁴⁷ Voir *infra*, n^{os} 106–107.

³⁴⁸ À propos de la notion de *capabilités*, voir *infra*, note 473.

³⁴⁹ Voir *infra*, n^o 113.

³⁵⁰ Voir *infra*, n^{os} 126–190.

³⁵¹ ROGERS, pp. 61–62. Parmi les autres écrits régulièrement cités en lien avec la vulnérabilité figurent notamment ceux des deux philosophes Paul RICŒUR et Emmanuel LEVINAS, que nous n'analyserons pas ici. Pour une analyse et une comparaison, voir en particulier MAILLARD, pp. 231–286 (par rapport à RICŒUR), 287–359 (au sujet de LEVINAS) ; SAUTEREAU, pp. 8–24.

³⁵² GOODIN, *Protecting*, not. pp. 12, 205–207. Dans ce qui suit, nous nous concentrons pour l'essentiel sur la théorie de GOODIN tel qu'il l'a présentée dans ce livre. Cela nous paraît justifié, notamment parce que lui-même se contente pour l'essentiel de renvoyer, dans ses écrits ultérieurs, à sa première conceptualisation (GOODIN, *Welfare State*, pp. X–XI). Sa situation diffère donc de celle de FINEMAN, qui continue d'élaborer et d'affiner sa théorie de la vulnérabilité (voir *infra*, n^{os} 106–113).

³⁵³ GOODIN, *Protecting*, pp. 11, 28–41, 205–207.

³⁵⁴ GOODIN, *Protecting*, pp. 11, 28–41 ; voir aussi GOODIN, *Responsibilities*, p. 777–779.

des responsabilités³⁵⁵, basée sur un « modèle de la vulnérabilité » qu'il souhaite substituer au « modèle de la volonté », popularisé notamment par H.L.A. HART³⁵⁶.

Pour lui, un tel « modèle de la volonté » ne permet pas d'expliquer les obligations que nous avons à l'égard de nos proches, qu'il s'agisse d'amis, collègues ou membres de notre famille, obligations que nous reconnaissons toutefois volontiers³⁵⁷. Il considère que ces obligations naissent principalement non pas d'un lien de parenté ou d'amitié, mais d'une relation de dépendance ou de vulnérabilité : ces personnes sont « particulièrement vulnérables à nos actions et choix »³⁵⁸. Ce raisonnement lui permet d'étendre ce type d'obligations à des cercles de personnes plus larges, et même à la société dans son ensemble : « [c]es mêmes considérations de vulnérabilité qui rendent nos obligations envers nos familles, amis, clients [...] si fortes peuvent aussi donner naissance à des responsabilités similaires envers des groupes de personnes plus larges avec lesquels nous n'entretenons aucune relation particulière »³⁵⁹. Il va plus loin encore : le fondement de la vulnérabilité comme source de toute responsabilité lui permet également de reconnaître des obligations envers les générations futures ou l'environnement³⁶⁰.

GOODIN comprend la vulnérabilité avant tout comme le fait d'être exposée à une menace ou un préjudice mettant en cause le bien-être ou les intérêts fondamentaux d'une personne³⁶¹. La vulnérabilité fait donc référence à une action ou un évènement potentiel auquel un individu est exposé et qu'il ne peut, par définition, pas entièrement contrôler³⁶². Si GOODIN accepte que la vulnérabilité puisse être liée à des menaces provenant de phénomènes

³⁵⁵ Pour cette qualification, voir WALKER, *Understandings*, pp. 84–85 ; voir aussi GILSON, p. 25.

³⁵⁶ GOODIN, *Protecting*, pp. 28–40. GOODIN ne souhaite toutefois pas supplanter complètement le volontarisme. En revanche, il estime que personne ne peut se libérer des responsabilités qui découlent d'une position de force, que celle-ci soit volontaire ou non (GOODIN, *Protecting*, p. 203).

³⁵⁷ GOODIN, *Protecting*, pp. 11, 28–41.

³⁵⁸ GOODIN, *Protecting*, p. 11.

³⁵⁹ GOODIN, *Protecting*, pp. 11–12 (notre traduction).

³⁶⁰ GOODIN, *Protecting*, pp. 169–186. GOODIN estime toutefois que sa théorie est incomplète concernant les animaux ou l'environnement, sujets qu'il qualifie de « marginaux » (GOODIN, *Protecting*, p. 188 [notre traduction]).

³⁶¹ GOODIN, *Protecting*, p. 111 ; voir aussi GARRAU, *Définir*, p. 82 ; GILSON, p. 26. De manière plus nuancée, GOODIN parle aussi de la capacité de « causer des conséquences qui comptent » (GOODIN, *Protecting*, p. 114 [notre traduction]). Pour plus de détails, voir ANDERSON, p. 134 ; GILSON, p. 26 ; STRAEHLE, pp. 34–36.

³⁶² GOODIN, *Protecting*, pp. 110–112 ; voir aussi GARRAU, *Définir*, pp. 82–86.

naturels³⁶³, la vulnérabilité qui est au centre de sa théorie découle de la relation d'une ou de plusieurs personnes qui se trouvent dans les positions respectives d'« agent(s) » et de « sujet(s) vulnérable(s) »³⁶⁴. L'agent est celui qui a le pouvoir, par une action ou une omission, d'affecter les intérêts de la personne vulnérable, alors que le sujet vulnérable est caractérisé par sa susceptibilité de voir ses intérêts ou son bien-être affecté de façon négative, termes qui restent toutefois vagues³⁶⁵. Pour GOODIN, la vulnérabilité est donc essentiellement « un état du sujet, fondé dans une relation de dépendance et d'exposition »³⁶⁶. La dépendance n'est pas seulement l'élément distinctif de la vulnérabilité telle qu'elle est définie par GOODIN, il l'utilise aussi comme synonyme de la vulnérabilité à de nombreuses reprises³⁶⁷.

93 Le travail de GOODIN est remarquable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il n'ambitionne pas moins que de poser les bases d'une nouvelle théorie éthique³⁶⁸. Plus généralement, GOODIN dessine une image alternative – et plutôt novatrice en 1985³⁶⁹ – des êtres humains comme étant interdépendants les uns des autres et de la vulnérabilité comme aspect central, partiellement irréductible et même parfois désirable de la vie en société³⁷⁰. À cet égard, la théorie de GOODIN constitue une approche originale³⁷¹ et qui a inspiré diverses auteures par la suite³⁷². La compréhension relationnelle de la vulnérabilité est également reflétée dans d'autres approches théoriques, en particulier dans l'éthique du

³⁶³ GOODIN, *Protecting*, p. 112.

³⁶⁴ GOODIN, *Protecting*, p. ex. pp. 39, 112. La vulnérabilité est donc à la fois relative à un objet et à un « agent » (GOODIN, *Protecting*, p. 112). C'est cet aspect relationnel aussi qui fait que la vulnérabilité telle que pensée par GOODIN est intrinsèquement liée à la responsabilité (voir aussi DODDS, p. 189 [note 11]).

³⁶⁵ GOODIN, *Protecting*, pp. 111–114.

³⁶⁶ GARRAU, *Définir*, p. 84.

³⁶⁷ Voir notamment GOODIN, *Protecting*, pp. 42–108, où il propose une analyse alternative des obligations découlant d'un certain nombre de « relations particulières ». L'usage (presque) interchangeable est également apparent dans GOODIN, *Protecting*, pp. 11, 39, 190, 203–204. Pour une reconnaissance expresse de l'usage interchangeable, voir GOODIN, *Responsibilities*, p. 779 ; voir aussi GILSON, p. 26.

³⁶⁸ GOODIN estime lui-même que certains aspects mériteraient d'être approfondis (voir not. GOODIN, *Protecting*, p. 207 ; voir aussi *idem*, p. 188, où il reconnaît que sa théorie est « incomplète aux marges » [notre traduction]).

³⁶⁹ ROGERS/MACKENZIE/DODDS, p. 21 ; STRAEHLE, p. 35.

³⁷⁰ GOODIN, *Protecting*, p. 193.

³⁷¹ Voir aussi GARRAU, *Définir*, pp. 94–97 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 33 ; MACKENZIE, p. 38 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 10.

³⁷² ANDORNO, p. 263 ; GILSON, pp. 24–39 ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 19–26 ; STRAEHLE, not. p. 34 (« Goodin's work [...] is still the most comprehensive theoretical account of the moral salience of vulnerability ») ; WALKER, *Understandings*, pp. 83–100.

*care*³⁷³. Elle a par ailleurs été thématifiée par des auteures ayant élaboré le concept-miroir de l'autonomie relationnelle³⁷⁴.

La théorie de GOODIN présente toutefois aussi de sérieuses faiblesses. Tout d'abord, l'extension qu'il essaie d'opérer des responsabilités nées dans des relations personnelles d'amitié ou de parenté à la société dans son ensemble et au-delà n'est pas entièrement convaincante, faute de démontrer spécifiquement en quoi consisterait la relation « vulnérabilisante » dans un cadre aussi étendu³⁷⁵. Nous estimons qu'il s'agit ici d'une limitation inhérente à sa théorie, liée au fait qu'il tente d'expliquer le fonctionnement de la société dans son ensemble par son modèle de la vulnérabilité. Dans cette perspective, plusieurs auteures estiment que GOODIN devrait accepter que des responsabilités fondées sur la vulnérabilité coexistent avec d'autres responsabilités, qu'elles découlent d'actes volontaires ou d'autres sources³⁷⁶. Une telle source pourrait être l'attribution sociale des rôles et des responsabilités³⁷⁷. Cette adaptation lui permettrait également de dresser un tableau plus complexe, et sans doute plus réaliste, des relations sociétales. Il pourrait ainsi tenir compte du fait que les responsabilités – et leur attribution par la société – peuvent à leur tour générer de nouvelles vulnérabilités³⁷⁸. Tant l'attribution sociétale de tâches et de responsabilités et les vulnérabilités qui peuvent en découler constituent des thèmes centraux des théories du *care* que nous examinerons par la suite³⁷⁹.

Un autre aspect problématique de la théorie de GOODIN est son concept de « protection » des personnes vulnérables. D'une part, celui-ci reste relativement vague : GOODIN ne précise ni le contenu ni l'ampleur de telles obligations³⁸⁰. Tout en se référant à la théorie des biens premiers de RAWLS, selon qui les biens premiers vont au-delà des besoins vitaux d'une personne³⁸¹, GOODIN estime que le devoir de protection doit avant tout viser les personnes dans l'extrême besoin

³⁷³ Voir *infra*, not. n^{os} 100, 129–133.

³⁷⁴ Voir en particulier MACKENZIE, pp. 33–59. Au sujet de l'autonomie relationnelle, voir aussi *infra*, n^{os} 131, 185.

³⁷⁵ DODDS, pp. 190–191 ; WALKER, *Understandings*, pp. 85, 93–94, 99–100.

³⁷⁶ DODDS, p. 191 ; GILSON, pp. 28–29 ; WALKER, *Understandings*, pp. 102–106.

³⁷⁷ GILSON, pp. 28–30 ; WALKER, *Understandings*, pp. 95–106.

³⁷⁸ WALKER, *Understandings*, pp. 90, 95–97. Cet argument est davantage approfondi par DODDS, pp. 191, 197–201, qui qualifie de telles vulnérabilités évitables de « vulnérabilités pathologiques » (notre traduction) ; à propos de cette notion, voir *infra*, n^o 146.

³⁷⁹ Voir *infra*, n^{os} 97–105.

³⁸⁰ Voir aussi GARRAU, *Définir*, p. 98 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 34 ; TRONTO, p. 181.

³⁸¹ GOODIN, *Protecting*, p. 111. Précisons que la théorie de RAWLS a évolué sur cet aspect, comme il l'a lui-même reconnu (RAWLS, p. xiii). Selon RAWLS, les principaux biens premiers sont décrits comme : droits, libertés, opportunités, revenu ou fortune et respect de soi (RAWLS, pp. 54, 91–92).

(« in dire need »)³⁸². D'autre part, GOODIN envisage la relation entre « les agents responsables » et « les vulnérables » à sens unique, courant ainsi un risque tant de stigmatisation que de paternalisme³⁸³. La terminologie est révélatrice : elle positionne d'un côté, la capacité d'agir et les responsabilités, de l'autre côté, « les vulnérables » avec leur besoin de protection³⁸⁴. De plus, dans son livre fondateur à tout le moins, GOODIN précise que le devoir de protection qui incombe aux « agents responsables » n'a pas pour pendant un droit de la part des personnes qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité³⁸⁵. GOODIN insiste sur cet aspect, tout en concédant qu'on pourrait lui reprocher de ne vouloir traiter que les conséquences des inégalités plutôt que ses causes³⁸⁶. Dans des écrits ultérieurs, dans lesquels il défend l'État-providence, GOODIN nuance quelque peu sa position, sans l'altérer fondamentalement³⁸⁷. L'extrait suivant permet de la résumer :

« If we cannot (or will not) eliminate feudal power relations, then the least we can do is to retain the feudal code of *noblesse oblige* that goes along with them »³⁸⁸.

96 Cette citation révèle l'essence paternaliste de la théorie de GOODIN³⁸⁹. Elle montre aussi que GOODIN ne vise pas un changement sociétal profond et ne souhaite pas remettre en question les hiérarchies sociétales existantes³⁹⁰. Sa théorie, tout en apportant des éléments utiles, repense donc avant tout nos relations et responsabilités interpersonnelles, et ne s'attaque pas aux structures créant des inégalités ou des vulnérabilités³⁹¹. À cet égard, il est intéressant de la

³⁸² GOODIN, *Protecting*, p. 111.

³⁸³ Voir aussi HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 33–34 ; STRAEHLE, p. 36 (précisant, à juste titre selon nous, que vulnérabilité et estime de soi sont incompatibles pour GOODIN, ce qui est également stigmatisant pour les personnes qualifiées de vulnérables).

³⁸⁴ GOODIN, *Protecting*, p. 111.

³⁸⁵ GOODIN, *Protecting*, pp. 146, 189. Cela rappelle la distinction entre objets de protection et sujets de droit à laquelle nous avons fait allusion précédemment (voir *supra*, n° 70).

³⁸⁶ GOODIN, *Protecting*, p. 189.

³⁸⁷ GOODIN, *Responsibilities*, p. 785 ; voir aussi *infra*, n° 193.

³⁸⁸ GOODIN, *Protecting*, p. 203.

³⁸⁹ GARRAU, *Définir*, p. 97 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 34 ; TRONTO, p. 181. Le paternalisme peut être défini comme une « ingérence coercitive dans la liberté individuelle pour protéger ou promouvoir le bien-être, le bien, le bonheur, les besoins, les intérêts ou les valeurs de la personne » (MACKENZIE, p. 47) ; voir aussi *infra*, n° 148–153.

³⁹⁰ GARRAU, *Définir*, pp. 96–97 ; voir aussi GOODIN, *Welfare State*, pp. 8, 14–20, où il défend la cause d'un « État-providence minimal », ce qui signifie, entre autres, que l'État devrait répondre aux besoins « des vulnérables » en nature, et par des sommes d'argent, révélant, une fois de plus, son attitude paternaliste.

³⁹¹ GARRAU, *Définir*, pp. 96–97 (insistant notamment sur l'indifférence de GOODIN envers les causes de la vulnérabilité).

confronter aux théories du *care* qui se sont développées, elles aussi, à partir des années quatre-vingt³⁹². Celles-ci permettent de répondre à certaines faiblesses de la théorie de GOODIN³⁹³, et apportent plus généralement un autre éclairage sur la vulnérabilité.

B. Repenser la société : les théories du *care*

L'expression de l'éthique du *care* est parfois traduite en français par éthique de la sollicitude³⁹⁴ ou éthique des soins³⁹⁵. Ces traductions sont toutefois insatisfaisantes, puisqu'à l'inverse de l'expression anglaise, elles ne permettent pas de saisir la multiplicité d'aspects auxquels cette théorie – ou plutôt ces théories, puisqu'elles sont nombreuses et variées – font allusion³⁹⁶. Ainsi, au-delà des soins proprement dits (*care-giving* et *care-receiving*), le *care* se réfère aussi au fait de se soucier du bien-être d'autrui (*caring about*), et à la prise en charge, au fait de répondre aux besoins constatés (*taking care of*)³⁹⁷.

L'émergence du *care* a été attribuée, entre autres, à la psychologue Carole GILLIGAN³⁹⁸, qui a opposé la « perspective du *care* » à la « perspective de la justice », avec pour but de valoriser une façon de penser supposée féminine et souvent marginalisée³⁹⁹. Sans nécessairement souscrire à cette idée d'une pensée intrinsèquement féminine, d'autres auteures ont par la suite développé l'idée du *care*, et son importance pour l'analyse de dynamiques sociétales et

³⁹² Pour un aperçu de l'histoire du *care*, voir SANDER-STAUDT, ch. 1.

³⁹³ Voir aussi GILSON, pp. 12, 28–30 ; GARRAU, Définir, p. 96, estime que les théories sont complémentaires. PETTERSEN, considère que la théorie de GOODIN fournit une « justification externe » à celle de GILLIGAN (PETTERSEN, pp. 161–165).

³⁹⁴ DELASSUS, p. 3.

³⁹⁵ BENAROYO/LEFÈVE/MINO/WORMS, p. 4 ; PIERRON, pp. 17–36 ; ZIELINSKI, pp. 631–632 et les réf. cit.

³⁹⁶ Les auteures francophones sont d'ailleurs nombreuses à utiliser le terme anglais (BRUGÈRE, *Care*, pp. 77–79 ; GAILLE/LAUGIER, pp. 10–13 ; LAUGIER, Vulnérabilité du réel, pp. 39–58 ; LAUGIER/MOLINIER, pp. 74–75 ; ZIELINSKI, p. 631).

³⁹⁷ Voir en particulier TRONTO, pp. 147–150, 172–183 ; voir aussi SANDER-STAUDT, ch. 1.c.v ; ZIELINSKI, pp. 633–635.

³⁹⁸ HELD, Human Rights, p. 631 ; SANDER-STAUDT, ch. 1.a.

³⁹⁹ Dans son analyse d'une série d'études de psychologie morale, GILLIGAN met en lumière des différences de raisonnement entre les participantes hommes et femmes, s'inscrivant ainsi dans le féminisme de la différence. Selon elle, les hommes privilégieraient une logique « rationnelle » qui se réfère notamment à des droits, alors que les femmes tiendraient plus facilement compte des relations interpersonnelles et interactions sociales (GILLIGAN, In a different voice, p. 30). GILLIGAN a été fortement critiquée pour l'association du *care* à une « logique féminine » (PETTERSEN, pp. 17–30 ; SANDER-STAUDT, ch. 3 et 4 et les réf. cit.). PETTERSEN indique toutefois aussi que GILLIGAN souligne que la perspective du *care* n'est ni déterminée de manière biologique ni spécifique aux femmes (PETTERSEN, p. 9). GILLIGAN elle-même conçoit le *care* tant comme éthique à la fois féminine et féministe (GILLIGAN, Multitudes, p. 77).

politiques⁴⁰⁰. Se distançant de GILLIGAN, Eva Feder KITTAY et Joan TRONTO ont explicitement positionné le *care* non pas comme une alternative aux théories de la justice, mais comme une manière de les reconceptualiser. Ainsi, elles proposent le *care* comme une critique des conceptions dominantes de la justice et de l'image que celles-ci véhiculent de l'humain et de la société⁴⁰¹. La relation entre *care* et justice reste toutefois ambivalente⁴⁰².

99 Le *care* se distingue des approches classiques de la justice sociale par sa vision de l'être humain⁴⁰³. Il réfute ainsi « l'abstraction d'êtres humains isolés, indépendants, dont la confrontation raisonnée (de Hobbes à Rawls) serait à l'origine du lien social »⁴⁰⁴. À l'autonomie et l'indépendance, le *care* oppose ainsi la vulnérabilité et l'interdépendance des individus les uns par rapport aux autres⁴⁰⁵. Cette perspective a été résumée comme suit :

« Par la place centrale qu'elle accorde à la vulnérabilité des personnes, de toutes les personnes, la perspective du *care* comporte une visée éthique qui ne se résume pas à une bienveillance active pour les proches, à la sollicitude ou au soin d'autrui, mais constitue un changement radical dans la perception et la valorisation des activités humaines. La perspective du *care* élabore en effet une analyse des relations sociales organisées autour de la dépendance et de la vulnérabilité, point aveugle de l'éthique de la justice »⁴⁰⁶.

100 L'analyse de la complexité des processus générant dépendance et vulnérabilité est un des thèmes centraux du *care*. S'opposant notamment à la vision rawlsienne, les auteurs du *care* estiment que les responsabilités générées par des relations de dépendance ne sont pas des questions « accessoires », mais doivent au contraire être au cœur des conceptions de justice⁴⁰⁷. L'importance de la vulnérabilité et de la dépendance comme thèmes centraux de l'éthique du *care*

⁴⁰⁰ KITTAY, *Love's Labor*, pp. 1–2, 100–113 ; TRONTO, pp. 86–93, 114–138 ; voir aussi BRUGÈRE, *Care*, pp. 69–86, pour une comparaison d'approches.

⁴⁰¹ KITTAY, *Love's Labor*, pp. 117–146 ; TRONTO, pp. 211–232 ; voir également DODDS, pp. 181–182.

⁴⁰² GARRAU/LE GOFF, pp. 109–151 ; HELD, *Human Rights*, pp. 629–620 ; MAILLARD, pp. 179–180 ; PETTERSEN, pp. 8–9, 85–111 ; TRONTO, pp. 206–232.

⁴⁰³ HELD, *Human Rights*, pp. 629–631 ; KITTAY, *Love's Labor*, pp. 117–146 ; TRONTO, pp. 211–232.

⁴⁰⁴ GAILLE/LAUGIER, p. 11. Pour une illustration, voir la critique formulée par KITTAY, *Love's Labor*, pp. 75–114.

⁴⁰⁵ GAILLE/LAUGIER, p. 11 ; KITTAY, *Love's Labor*, pp. XIII, 50 ; LAUGIER/MOLINIER, p. 74 ; TRONTO, pp. 212–214.

⁴⁰⁶ GAILLE/LAUGIER, p. 10.

⁴⁰⁷ DODDS, p. 194 ; KITTAY, *Love's Labor*, pp. 75–114, 100–113 ; KITTAY, *Taking Dependence Seriously*, p. 15 ; PETTERSEN, pp. 79, 157–160. C'est ce que KITTAY appelle la « dependency critique », ce que nous pourrions traduire par « critique fondée sur la dépendance » (KITTAY, *Love's Labor*, pp. 76–78).

fait que celle-ci n'est pas limitée aux humains, mais inclut des questions écologiques et de justice pour les « animaux non-humains »⁴⁰⁸. Comme nous le verrons encore, l'interdépendance des êtres humains est également centrale dans la pensée respective de FINEMAN et de NUSSBAUM⁴⁰⁹. TRONTO identifie quatre dimensions de l'éthique du *care*, à savoir l'attention portée à autrui, y compris la reconnaissance de ses réels besoins ; la responsabilité ou « prise en charge » ; la compétence, permettant une prise en charge adéquate ; et enfin, la capacité de réponse de la personne qui reçoit *le care*, ce qui oblige la personne qui dispense le *care* de « considérer la position de l'autre telle que lui-même l'exprime »⁴¹⁰. Ce dernier point est crucial, puisqu'il permet de penser la différence tout en évitant de stigmatiser les bénéficiaires du *care* et en limitant les risques de paternalisme⁴¹¹.

De par l'importance qu'il accorde à l'attention portée à autrui et aux enjeux relationnels, le *care* a parfois été qualifié d'attitude, de disposition, voire de vertu⁴¹². Cette conception a toutefois aussi été critiquée, dans la mesure où elle risquait d'idéaliser une « éthique de la servitude » et, ce faisant, de renforcer des stéréotypes de genre existants⁴¹³. Certaines auteures du *care* ont également estimé qu'une telle vision cachait le fait que le *care* constitue un travail⁴¹⁴. 101

Cette critique mène à la seconde compréhension, souvent complémentaire à la première, du *care* comme activité ou travail⁴¹⁵. Quant à savoir de quelle activité il s'agit, les définitions varient. Des définitions plus étroites limitent le *care* aux soins dispensés à autrui qui ne peuvent être satisfaits par la personne 102

⁴⁰⁸ LAUGIER, *Frontières*, pp. 27–32 ; SANDER-STAUDT, ch. 9 ; TRONTO, p. 144 ; voir aussi PELLUCHON, *Éléments*, pp. 59–152 (écologie), 153–221 (animaux), qui s'inspire cependant autant de l'éthique du *care* que de la pensée de NUSSBAUM et d'autres auteurs (PELLUCHON, *Éléments*, pp. 25–51). L'expression « animaux non humains » est courante dans le domaine des droits des animaux et vise à souligner les caractéristiques partagées entre animaux et humains, parmi lesquelles figure justement la vulnérabilité (GREAR, *Embracing*, pp. 168–170 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 325–407 ; SATZ, *Animals*, p. 9 ; voir aussi *infra*, n^{os} 199–201).

⁴⁰⁹ À ce propos, voir en particulier *infra*, n^{os} 129–135.

⁴¹⁰ TRONTO, pp. 177–182.

⁴¹¹ TRONTO, p. 181.

⁴¹² LAUGIER/MOLINIER, p. 74 ; ZIELINSKI, pp. 632–633. L'éthique du *care* a été qualifiée d'éthique des vertus (ATHANASSOULIS, ch. 3 c ; SANDER-STAUDT, ch. 2) ; voir toutefois aussi HELD, *Human Rights*, p. 632, pour la distinction entre le *care* et l'éthique des vertus.

⁴¹³ SANDER-STAUDT, ch. 3.

⁴¹⁴ HELD, *Care*, p. 35 ; SANDER-STAUDT, ch. 2 *in fine*.

⁴¹⁵ HELD, *Care*, pp. 36, 40 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. 30 ; TRONTO, p. 14.

elle-même⁴¹⁶. À l'inverse, Joan TRONTO a proposé une acception large. Souvent reprise⁴¹⁷, sa définition inclut dans le *care* toute

« [a]ctivité caractéristique de l'espèce humaine, qui recouvre tout ce que nous faisons dans le but de maintenir, de perpétuer et de réparer notre monde, afin que nous puissions y vivre aussi bien que possible. Ce monde comprend nos corps, nos personnes et notre environnement, tout ce que nous cherchons à relier en un réseau complexe en soutien à la vie »⁴¹⁸.

103 Les deux définitions précitées se rejoignent dans un objectif important du *care*, à savoir valoriser les activités souvent attribuées aux femmes et considérées – à tort – comme « affaire privée », qu'il s'agisse des soins prodigués aux malades ou aux personnes âgées ou encore de l'éducation des enfants⁴¹⁹. La perspective du *care* s'inscrit donc dans une des revendications centrales du féminisme dit de la deuxième vague – que le privé est politique⁴²⁰ –, critiquant la vision purement formelle de l'égalité issue des Lumières⁴²¹. La perspective du *care* permet par ailleurs de montrer comment l'attribution sociale de ces tâches, qui incombent majoritairement aux femmes et aux membres de minorités socio-économiques, contribue à renforcer des inégalités existantes⁴²².

104 En effet, un élément important des théories du *care* est la position vulnérable des personnes accomplissant des tâches de *care*. Les auteures du *care* montrent ainsi que la personne sur qui repose la prise en charge de quelqu'un, par exemple une proche aidante, ne se trouve pas forcément dans une position forte⁴²³, contrairement à ce que GOODIN assume⁴²⁴. KITTAY élabore davantage cet aspect, en précisant que dans de nombreux cas, les responsabilités pour l'accomplissement de tâches de *care* ne sont pas librement choisies par les

⁴¹⁶ Voir SANDER-STAUDT et les réf. cit.

⁴¹⁷ P. ex. BRUGÈRE, *Care*, p. 72 ; FERRARESE, *Care*, p. 139 ; ZIELINSKI, p. 632 ; voir aussi LAUGIER, *Frontières*, p. 19 et SANDER-STAUDT, ch. 2, qui reprennent une définition antérieure de la même auteure (FISHER/TRONTO, p. 40).

⁴¹⁸ TRONTO, pp. 13, 143. Une définition similaire apparaît déjà dans FISHER/TRONTO, p. 40.

⁴¹⁹ BRUGÈRE, *Capabilités*, pp. 3–5 ; FINEMAN, *Contract*, p. 1404 ; LAUGIER, *Frontières*, pp. 18–19.

⁴²⁰ La remise en question de la distinction privé-public constitue un thème féministe central, notamment des féministes de la « deuxième vague », qui utilisent le slogan « le privé est politique » (ou encore « le personnel est politique »), particulièrement dans les années soixante-dix (voir HANISCH, p. 76, à qui la maternité du slogan est parfois attribuée [KELLY ; PICQ, p. 342] ; pour l'historique du slogan, voir KELLY ; PICQ, pp. 341–352). Voir également *infra*, n° 759, en lien avec les violences domestiques.

⁴²¹ KITTAY, *Love's Labor*, p. 41 ; TRONTO, pp. 55, 61–86, 181.

⁴²² Cet élément est notamment au cœur de la théorie politique de TRONTO (TRONTO, pp. 153–167).

⁴²³ KITTAY, *Love's Labor*, not. pp. 63–74.

⁴²⁴ GOODIN, *Protecting*, p. 203.

personnes concernées, mais leur sont attribuées par la société⁴²⁵. Très souvent, les personnes effectuant un travail de *care* se trouvent, elles aussi, dans une situation de dépendance, que KITTAY qualifie de dépendance *secondaire*⁴²⁶. Susan DODDS parle à cet égard de « vulnérabilité pathologique »⁴²⁷.

Aujourd'hui, la perspective du *care* se trouve appliquée à un grand nombre d'enjeux moraux et de domaines éthiques, y compris la bioéthique, les relations avec les animaux, l'environnement, et plus généralement les politiques publiques et le droit⁴²⁸. Contrairement à la théorie de GOODIN, la visée du *care* est en effet bien plus large : il ne se limite pas à proposer une « protection des vulnérables », mais a pour objectif de repenser les structures sociétales et leur rôle dans la création de certaines vulnérabilités, et la réponse à d'autres⁴²⁹.

105

C. Repenser l'État : la théorie de Martha FINEMAN

FINEMAN se situe dans la continuité des théories du *care*, dont elle reprend et approfondit de nombreux éléments⁴³⁰. Dans la droite ligne du *care*, elle considère dans un premier temps que les êtres humains sont tous dépendants, et que seule la reconnaissance de cette dépendance universelle permet de dépasser la distinction public-privé et, partant, de « sortir » du cercle familial les questions de dépendance et d'attribution des responsabilités pour s'occuper des personnes dépendantes⁴³¹. Le travail du *care-taking* crée alors une « dette sociale » qui oblige chaque membre de la société⁴³². Partant, la création de

106

⁴²⁵ KITTAY, *Love's Labor*, not. pp. 63–64.

⁴²⁶ KITTAY, *Taking Dependency Seriously*, pp. 11–12 ; FINEMAN, quant à elle, utilise la terminologie de « dépendance inévitable » pour la personne recevant des soins et de « dépendance dérivative » pour la dépendance des travailleurs du *care*, pour montrer que contrairement à la première, la seconde est socialement produite et donc évitable (voir p. ex. FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9 ; FINEMAN, *Autonomy*, pp. 57–70).

⁴²⁷ DODDS, p. 182 ; à propos de la notion de vulnérabilité pathologique, voir *infra*, n° 146.

⁴²⁸ LAUGIER, *Frontières*, pp. 22–32 ; SANDER-STAUDT, ch. 7–11.

⁴²⁹ TRONTO, pp. 17, 224–232. Précisons que cette ambition n'est pas partagée par l'ensemble des auteures du *care*, certaines proposant une vision bien plus étroite de ce qui fait partie du *care* (TRONTO, p. 17).

⁴³⁰ Le lien est le plus explicite dans ses travaux plus anciens (voir p. ex. FINEMAN, *Contract*, pp. 1407–1437).

⁴³¹ Faisant sien un thème féministe classique, FINEMAN critique la distinction traditionnelle entre « public » et « privé », notamment parce qu'elle a pour effet de rendre invisibles un certain nombre de problèmes sociétaux, étant donné qu'ils se produisent justement à l'intérieur d'un cadre considéré comme « privé », telle la famille, et ne sont donc pas considérés comme des thématiques politiques (FINEMAN, *Contract*, pp. 1436–1439 ; FINEMAN, *Myths*, p. 18).

⁴³² FINEMAN, *Myths*, p. 18 ; FINEMAN, *Contract*, pp. 1409–1413.

soutiens économiques ou institutionnels pour les personnes effectuant des tâches de *care* devrait constituer une priorité des politiques sociales⁴³³.

107 Depuis ses premiers écrits, la pensée de FINEMAN a toutefois évolué et acquis une notoriété qui justifie un examen séparé des théories du *care*. En 2008, FINEMAN articule en effet pour la première fois sa *théorie de la vulnérabilité* qui a entretemps acquis une notoriété considérable et a été reprise par de nombreuses auteures⁴³⁴. Au cœur de cette théorie figure le postulat d'une vulnérabilité universelle comme aspect inévitable et constant de la condition humaine⁴³⁵. À partir de ce moment, FINEMAN opère une distinction claire entre vulnérabilité et dépendance⁴³⁶, considérant que seule la première est universelle et constante, alors que la seconde varie, voire disparaît et réapparaît, au cours de notre vie⁴³⁷. Aux yeux de FINEMAN, c'est son universalité qui fait de la vulnérabilité un concept théorique puissant⁴³⁸.

108 FINEMAN commence son argumentation par une critique du « sujet libéral » au cœur de la pensée politique occidentale dominante et de nombreuses politiques publiques actuelles⁴³⁹. Elle estime que cette vision, qui considère l'individu comme un acteur rationnel et largement indépendant, a notamment pour effet d'ériger l'autonomie en valeur suprême et de favoriser une conception minimaliste de l'État⁴⁴⁰. Une telle optique risque alors de rendre l'individu responsable de ses « échecs », conçus comme étant dus à de « mauvais choix » individuels plutôt que le résultat d'injustices sociétales plus profondes⁴⁴¹. FINEMAN critique cette vision, qui méconnaît les interactions et dépendances mutuelles entre différents individus ainsi qu'avec la société et ses institutions. Partant, elle estime que ce « sujet libéral » correspond à une vision réductrice et irréaliste de l'être humain, basée sur le « mythe » de l'autonomie

⁴³³ FINEMAN, *Contract*, p. 1406.

⁴³⁴ Voir *infra*, note 456.

⁴³⁵ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 8 ; FINEMAN, *Law and Politics*, p. 20.

⁴³⁶ Selon FINEMAN elle-même, son utilisation du concept de « vulnérabilité » par opposition à la dépendance constitue la différence principale avec les théories du *care* (FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 11).

⁴³⁷ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 11. Cela est également lié à l'insistance de FINEMAN sur l'aspect universel (et non pas particulier) de la vulnérabilité. TRONTO souligne, pour sa part, qu'« au cours de notre vie, chacun de nous passe par des degrés variables de dépendance et d'indépendance, d'autonomie et de vulnérabilité » (TRONTO, pp 181–182).

⁴³⁸ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 11.

⁴³⁹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 10–12 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 17–19.

⁴⁴⁰ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 19–20 ; FINEMAN, *Identities*, p. 1751.

⁴⁴¹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 18 ; FINEMAN, *Inequality*, pp. 140, 142 ; voir aussi CASALINI, p. 41.

individuelle⁴⁴². Jugeant au contraire que seules les notions de dépendance et de vulnérabilité permettent de « refléter la complexité de la condition humaine »⁴⁴³, elle introduit la figure du « sujet vulnérable »⁴⁴⁴.

Selon FINEMAN, l'idée du sujet vulnérable permet de recentrer la relation entre l'État et les individus sur le besoin universel de résilience⁴⁴⁵. Nous reviendrons encore sur l'idée de résilience : précisons à ce stade que, d'après FINEMAN, elle dépend des ressources dont un individu dispose ou qu'il peut mobiliser⁴⁴⁶. Or, les institutions étatiques ou sociétales jouent un rôle important, plus ou moins direct, dans la distribution de ces ressources et donc dans la production de la résilience sociale, politique et économique⁴⁴⁷. L'État est ainsi responsable de créer de nouvelles institutions, mais aussi de réguler les institutions existantes afin qu'elles soient réellement accessibles à toute personne, et d'éviter que certains individus ou groupes ne soient pas indûment privilégiés⁴⁴⁸. Il lui incombe par ailleurs d'assurer la pérennité des institutions, étatiques ou non, qui sont vulnérables à leur tour⁴⁴⁹. En fin de compte, l'État doit « être responsable pour et répondre à notre vulnérabilité »⁴⁵⁰.

Cette vision n'a pas seulement pour conséquence la revendication d'un État-providence fort ; elle est également, pour FINEMAN, le point de départ d'une critique virulente de l'égalité formelle, approche traditionnelle dans son pays, les États-Unis⁴⁵¹. Elle estime notamment que l'égalité formelle ne remet pas en question les différences existantes dans la répartition des ressources et s'avère non seulement insuffisante pour combattre des inégalités matérielles, mais risque au contraire de les consolider⁴⁵². Cette critique n'est pas propre à la

⁴⁴² FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 17–19 ; FINEMAN, *Myths*, pp. 14, 16.

⁴⁴³ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 17.

⁴⁴⁴ FINEMAN, *Responsive State*, pp. 31–32.

⁴⁴⁵ FINEMAN, *Responsive State*, pp. 31–32.

⁴⁴⁶ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 22. À propos de la notion de résilience, voir *infra*, n^{os} 165–175.

⁴⁴⁷ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 24.

⁴⁴⁸ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 19–22 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 25–27.

⁴⁴⁹ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 25.

⁴⁵⁰ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 2, 13. FINEMAN accorde un rôle primordial à l'État. Elle accepte toutefois aussi que l'État et ses institutions soient eux-mêmes vulnérables, ce qui n'est pour elle qu'une raison supplémentaire pour argumenter en faveur d'un État fort (voir p. ex. FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 12–15 ; FINEMAN, *Law and Politics*, p. 26).

⁴⁵¹ FINEMAN, *Identities*, pp. 1724–1730. Pour une discussion de la théorie de FINEMAN en comparaison avec l'approche traditionnelle, voir en particulier SATZ, *Disability*, pp. 528–550. FINEMAN reconnaît que sa théorie a été conçue pour le contexte états-unien, mais juge qu'elle est également pertinente pour l'Europe et l'Amérique latine (FINEMAN, *Inequality*, p. 134 [note 1] ; FINEMAN, *Limits*, p. 73 [note 1]).

⁴⁵² FINEMAN, *Identities*, not. p. 1738 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 14–16.

théorie de la vulnérabilité, mais rejoint une critique courante de la doctrine progressiste⁴⁵³. FINEMAN critique plus généralement l'approche par critères du droit antidiscriminatoire, qui aurait pour effet de renforcer les identités de groupe⁴⁵⁴. Pour cette même raison, elle est également opposée au concept de « groupes vulnérables », comme nous le verrons dans le cadre de l'analyse plus détaillée des contours de la notion de vulnérabilité⁴⁵⁵.

111 La théorie de FINEMAN a connu – et connaît encore – un succès considérable⁴⁵⁶. De nombreuses auteures ont repris sa théorie et l'ont appliquée à des thématiques spécifiques⁴⁵⁷, comme les logements sociaux en Grande-Bretagne⁴⁵⁸, le handicap⁴⁵⁹, ou encore les droits des animaux⁴⁶⁰, pour n'en citer que quelques-unes. Plusieurs auteures ont utilisé la théorie de FINEMAN pour une analyse de la jurisprudence de la Cour EDH⁴⁶¹.

112 Sa théorie a toutefois aussi fait l'objet de critiques⁴⁶². Les critiques les plus importantes sont de deux ordres. Un premier type de critiques vise son postulat de vulnérabilité universelle, et les conséquences normatives que FINEMAN en déduit pour le rôle et la responsabilité de l'État. À cet égard, nous pouvons non seulement nous demander si la vulnérabilité universelle permet en effet à elle seule de justifier une activité étatique aussi forte que celle préconisée par FINEMAN⁴⁶³, mais aussi craindre que le fait de mettre trop en avant la vulnérabilité universelle, ontologique, puisse avoir pour effet de cacher les inégalités existantes⁴⁶⁴.

⁴⁵³ Voir KOHN, p. 6 et les réf. cit.

⁴⁵⁴ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 17–18, 21 ; voir aussi *infra*, nos 158, 171.

⁴⁵⁵ Voir *infra*, nos 158, 171.

⁴⁵⁶ Sur l'impact de la pensée de FINEMAN, voir p. ex. DOWD, pp. 1198–1202. L'impact de Fineman est renforcé davantage par sa création de la « Vulnerability and the Human Condition Initiative » dans le cadre de laquelle des conférences et échanges académiques sont organisés (voir <https://web.gs.emory.edu/vulnerability/index.html> [31.10.2021]).

⁴⁵⁷ Voir p. ex. KOHN, pp. 3–4 (note 9) et les réf. cit.

⁴⁵⁸ CARR, pp. 107–123.

⁴⁵⁹ SATZ, *Disability*, pp. 513–568.

⁴⁶⁰ SATZ, *Animals*, pp. 65–122 ; DECKHA, pp. 783–814.

⁴⁶¹ Voir en particulier PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1056–1085 ; TIMMER, *Vulnerability*, pp. 147–170 ; voir aussi *infra*, n° 200.

⁴⁶² Voir en particulier CLOUD, pp. 91–93 ; KOHN, pp. 11–21 ; MACKENZIE, pp. 41–48.

⁴⁶³ FERRARESE, *Concept*, p. 156 ; KOHN, pp. 11–12. Le caractère peu « concrétisable » de la théorie de FINEMAN apparaît lorsqu'elle essaie elle-même de l'appliquer à des problématiques concrètes (voir not. FINEMAN, *Elderly*, not. pp. 94–95, et la critique de KOHN, pp. 11–14). Au sujet de la normativité limitée de la vulnérabilité universelle, voir aussi LUNA, p. 128.

⁴⁶⁴ COLE, *Political Ambiguity*, p. 262 ; LUNA, p. 128 ; MACKENZIE, pp. 35–36. À propos des tensions entre vulnérabilités universelle et particulière, voir aussi *infra*, nos 128–146.

Un second type de critiques concerne le refus de FINEMAN de reconnaître une valeur indépendante à l'autonomie individuelle⁴⁶⁵. C'est un point que FINEMAN partage avec certaines auteures du *care*, qui, elles aussi, ne reconnaissent pas que l'autonomie puisse être une aspiration légitime de beaucoup de personnes⁴⁶⁶. C'est justement à cause de ce risque que la théorie de NUSSBAUM, tout en étant bâtie sur la notion de vulnérabilité, accorde une place importante à l'autonomie personnelle.

D. Repenser la vie humaine : Martha NUSSBAUM

Comme FINEMAN, Martha NUSSBAUM considère la vulnérabilité comme une condition universelle et essentielle de l'existence humaine. Plus spécifiquement, elle définit l'être humain comme « capable et vulnérable »⁴⁶⁷. Cette vulnérabilité découle « d'une dépendance et d'une exposition au monde naturel et social » et peut être vue comme le contraire d'un état d'autosuffisance⁴⁶⁸. La vulnérabilité, pour NUSSBAUM, est étroitement liée à la dignité humaine : en tant qu'êtres humains, nous possédons « cette sorte de dignité que ne pourrait avoir un être qui ne serait pas mortel et vulnérable »⁴⁶⁹. Cette dignité n'est d'ailleurs pas réservée aux seuls humains, mais comprend également les autres êtres vivants⁴⁷⁰. En même temps que vulnérable, l'être est toutefois aussi capable, à savoir porteur de capacités spécifiques – par exemple la capacité de raisonner ou la capacité d'entrer en relation avec autrui – dont le développement dépend en tout cas partiellement de son environnement naturel et social⁴⁷¹.

Selon NUSSBAUM, l'État doit répondre à la vulnérabilité humaine, et il doit le faire en développant les *capabilités* de tout un chacun⁴⁷². Dans ce cadre, quelques

⁴⁶⁵ Pour plus de détails, voir *infra*, n^{os} 131, 183–186.

⁴⁶⁶ Voir en particulier KITTAY, *Ethics of care*, pp. 51–52. Pour une critique, voir KOHN, pp. 11–21 ; MACKENZIE, pp. 45–55.

⁴⁶⁷ NUSSBAUM, *Fragility*, p. xviii ; voir aussi NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 221.

⁴⁶⁸ NUSSBAUM, *Human Functioning*, p. 227. Pour une analyse, voir GARRAU, *Regards croisés*, p. 145.

⁴⁶⁹ NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 132, 278 (notre traduction). Cette analyse de Nussbaum est partagée par d'autres auteures (voir p. ex. GOLDSTEIN, GREAR, *Redirecting*, p. 157 ; SEDMAK, pp. 566–569). Pour une analyse approfondie de la vulnérabilité chez NUSSBAUM, voir GOLDSTEIN, en particulier pp. 11–52.

⁴⁷⁰ NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 132, critiquant en particulier la conception kantienne de la personne humaine et de sa dignité (voir *idem*, pp. 325–366).

⁴⁷¹ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 19–25.

⁴⁷² NUSSBAUM, *Fragility*, p. xix ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 87–92, 308–324 ; NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 19 ; voir aussi BRUGÈRE, *Capabilités*, pp. 9–12 ; GARRAU, *Regards croisés*, p. 146.

mots au sujet des *capabilités* s'imposent⁴⁷³. Ce terme revêt en effet une signification particulière à l'intérieur de l'approche des *capabilités*, articulée pour la première fois par l'économiste et philosophe Amartya SEN en 1979⁴⁷⁴, et développée par la suite – entre autres – par NUSSBAUM⁴⁷⁵. La notion de *capabilités* se réfère « à ce qu'une personne peut être ou faire », autrement dit, aux opportunités réelles d'une personne, aux libertés et choix qui sont véritablement à sa disposition⁴⁷⁶. Celles-ci dépendent fortement de l'environnement physique et social dans lequel une personne évolue⁴⁷⁷. Dans ce contexte, il faut également tenir compte du *facteur de conversion*, à savoir la relation entre une ressource et ce que la personne peut réellement en faire⁴⁷⁸. La valeur pratique d'un vélo pour une personne, par exemple, variera selon si elle a appris à s'en servir et selon si elle est physiquement en mesure de s'en servir⁴⁷⁹. De plus, pour pouvoir se servir de ce moyen de transport, certaines personnes ont besoin de plus d'instructions, de soutien ou d'accompagnement ; d'autres requièrent peut-être un vélo aux dimensions particulières ou encore un autre moyen de transport⁴⁸⁰. C'est notamment l'importance de cette relation entre une personne et une

⁴⁷³ La notion de *capabilité*, à toute évidence un néologisme, peut surprendre en français. Le terme anglais de « capability » a d'ailleurs parfois été traduit par « capacité » (voir p. ex. GOLDSTEIN, p. 56 et *passim*, qui se réfère toutefois également à « la *capabilities approach* » [*idem*, p. 53 et *passim*]). Néanmoins, en français aussi, le terme « capabilité » tend à s'imposer, et est par exemple utilisé dans les traductions d'ouvrages de NUSSBAUM. À titre d'illustration, la traduction française de NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, est parue sous le titre suivant : MARTHA NUSSBAUM, *Capabilités*. Comment créer les conditions d'un monde plus juste ?, Paris : Flammarion 2012. Nous utilisons ici la notion de *capabilité*, qui revêt une signification spécifique, différente de celle de capacités, et permet d'exprimer l'essence de la théorie de l'approche des *capabilités* telle qu'elle a notamment été conçue par SEN et NUSSBAUM. Par ailleurs, comme suggéré par NUSSBAUM, nous utilisons généralement la notion au pluriel pour refléter la diversité et pluralité des *capabilités* (voir p. ex. NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 18). Néanmoins, s'agissant d'un terme encore peu connu en français, nous utilisons des italiennes.

⁴⁷⁴ SEN, *Equality of What*, pp. 197–220 ; voir aussi ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 4.

⁴⁷⁵ Pour un aperçu, VOIR ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 1.

⁴⁷⁶ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 20 ; voir aussi SEN, *Equality of What*, p. 218.

⁴⁷⁷ À ce propos, NUSSBAUM distingue entre les *capabilités* intrinsèques (« internal ») et les *capabilités* combinées (« combined »), les premières correspondant aux caractéristiques et capacités d'une personne, telle que développées en fonction de sa situation, son environnement ou encore son éducation, les secondes aux possibilités qu'elle a en fonction de son contexte social, politique et économique (NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 20–23 ; NUSSBAUM, *Women*, pp. 84–85). Les deux sont toutefois étroitement liées au contexte socio-économique et politique dans lequel une personne évolue (NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 20–23 ; NUSSBAUM, *Women*, p. 85).

⁴⁷⁸ Selon ROBEYNS, l'idée du facteur de conversion est centrale dans les travaux de SEN, moins dans ceux de NUSSBAUM, ce qui s'explique peut-être par la visée plus économique des travaux de SEN (ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 2.4 et les réf. cit.). À propos des droits humains comme facteur de conversion, voir *infra*, n° 204.

⁴⁷⁹ ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 2.4.

⁴⁸⁰ L'instruction, l'accompagnement ou le soutien qui permettent à une personne de se servir d'une ressource constituent justement ce facteur de conversion, qui variera d'une personne à l'autre (voir aussi ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 2.4).

ressource, plutôt que de la ressource elle-même, qui distingue l'approche des *capabilités* de la théorie des biens premiers élaborée par RAWLS⁴⁸¹. Cela signifie aussi que l'État peut avoir des obligations particulières vis-à-vis de certaines personnes qui, sans cette action étatique, ne seraient pas en mesure de jouir des mêmes *capabilités*, par exemple en raison d'un handicap physique ou mental⁴⁸².

Les *capabilités* doivent être distinguées des *fonctionnements* ou *réalisations* (« functionings »). Ces derniers sont les actions (ou états) effectivement réalisés (ou atteints) par une personne⁴⁸³. Ainsi, une personne qui choisit de son plein gré de jeûner ne souffre pas d'une absence de la *capabilité* de se nourrir, contrairement à quelqu'un qui n'aurait pas les moyens de se procurer à manger (en suffisance). Dans les deux cas, le *fonctionnement* (être nourrie) est absent ; mais seulement dans le second, il y a un manque de *capabilité* correspondant⁴⁸⁴. Avec l'idée des *capabilités*, l'approche tient ainsi compte de l'autonomie individuelle, à savoir la liberté de chaque personne de réaliser ou non ses *capabilités*⁴⁸⁵. En effet, les politiques publiques doivent en principe viser une égalité des *capabilités*, non pas des *fonctionnements*⁴⁸⁶. 116

SEN distingue par ailleurs entre *capabilités* et *capabilités de base*, les secondes étant définies comme la capacité de satisfaire certains fonctionnements 117

⁴⁸¹ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 50–58 ; SEN, *Elements*, p. 332 ; SEN, *Equality of What*, pp. 198–219. L'approche des *capabilités* constitue une réponse à (en tout cas) deux théories de la justice préexistantes : l'utilitarisme, qu'elle réfute, et la théorie des biens premiers de RAWLS, qu'elle propose d'amender. Exprimé de manière quelque peu schématique, les représentantes de l'approche des *capabilités* reprochent à l'utilitarisme de se concentrer (principalement) sur la somme des utilités, et de négliger les questions de distribution équitable de celles-ci. Une autre critique concerne l'idée d'*utilité* en elle-même, liée par définition aux préférences des individus et non pas à leurs besoins réels. À l'inverse, les représentantes de l'approche des *capabilités* reprochent à la théorie des biens premiers de RAWLS (tout comme à la théorie des besoins premiers) de trop se focaliser sur des « biens » sans tenir compte de leur relation aux êtres humains. Une critique similaire est dirigée contre l'approche des besoins premiers (*basic needs*), qui est par ailleurs critiquée pour sa visée minimaliste. L'approche des *capabilités* constituerait alors un juste milieu entre préférences individuelles et valeur objective des biens (NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 50–58 ; SEN, *Equality of What*, pp. 198–219).

⁴⁸² Cela répond à un autre élément de la théorie rawlsienne critiquée par l'approche des *capabilités*, à savoir que sa conception de l'égalité est basée sur la fiction que tous les « hommes rationnels » auraient des besoins égaux (NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 28–35 ; SEN, *Equality of What*, pp. 214–219).

⁴⁸³ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 86–96 ; ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 3.1 ; SEN, *Elements*, pp. 332–334.

⁴⁸⁴ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 25 ; SEN, *Human Rights*, p. 155.

⁴⁸⁵ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 25.

⁴⁸⁶ NUSSBAUM, *Fragility*, p. xix (pour des nuances s'agissant des enfants et de certaines personnes en situation de handicap, voir NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 171–173). Cette question ne fait toutefois pas l'unanimité parmi les personnes ayant adopté l'approche des *capabilités* et fait ressortir des différences idéologiques entre les auteurs (ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 3.3 et les réf. cit.).

élémentaires⁴⁸⁷. Si les *capabilités* se réfèrent donc à un éventail d'opportunités très large, les *capabilités de base* permettent de déterminer un seuil pour évaluer la pauvreté et le dénuement⁴⁸⁸. Au-delà de ces indications, SEN s'est toujours gardé d'énumérer plus précisément ces *capabilités*⁴⁸⁹. Cela s'explique d'une part par la visée de son approche, focalisée sur des questions économiques et leur application pratique (notamment la question de comment mesurer ou comparer la qualité de vie, la pauvreté, ou le développement humain)⁴⁹⁰. D'autre part, cette réticence est due à la posture de départ de SEN, qui est fondamentalement relativiste : il considère que la mise en œuvre de l'approche des *capabilités* dépendra nécessairement du contexte social et culturel spécifique et de l'objectif poursuivi, qui déterminent les paramètres à comparer⁴⁹¹.

118 Cette vision a été critiquée par NUSSBAUM⁴⁹² ; en effet, il s'agit d'une des différences principales entre les deux auteures⁴⁹³. NUSSBAUM estime que la peur excessive de l'impérialisme culturel mène les relativistes à accepter, et même à valider, des préférences subjectives créées dans des sociétés traditionalistes⁴⁹⁴. Selon elle, toute théorie de la justice et toute application normative de l'idée des *capabilités* « doit en fin de compte prendre position sur le fond en disant que certaines *capabilités* sont plus importantes que d'autres, certaines sont bonnes, et d'autres (même) mauvaises »⁴⁹⁵. Or, contrairement à SEN, l'objectif de NUSSBAUM est justement de créer une théorie de la justice normative cohérente sur la base des *capabilités*⁴⁹⁶.

119 Comme élément central de sa théorie, NUSSBAUM dresse alors une liste de dix *capabilités* centrales. Selon cette liste, chaque individu devrait être en mesure :

« 1) de mener jusqu'à son terme une vie normalement longue, 2) d'être en bonne santé, 3) de se mouvoir librement, 4) d'utiliser ses sens, d'imaginer et

⁴⁸⁷ Voir p. ex. SEN, *Human Rights*, pp. 152–158. Pour l'évolution de la terminologie utilisée par SEN, voir ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 2.6. Nussbaum propose une distinction tripartite entre *capabilités* de base, *capabilités* intrinsèques et *capabilités* combinées. Sur ces deux dernières, voir *supra*, note 477. Quant aux *capabilités* de base, son acception est plus étroite que celle de SEN, limitée aux « fonctions corporelles élémentaires déjà présentes » (NUSSBAUM, *Women*, p. 84 [notre traduction]).

⁴⁸⁸ SEN, *Standard*, p. 109.

⁴⁸⁹ SEN, *Human Rights*, pp. 157–160.

⁴⁹⁰ ROBEYNS, *Theoretical survey*, pp. 103–104.

⁴⁹¹ SEN, *Human Rights*, pp. 157–160 ; voir aussi GALAMAGA, p. 21.

⁴⁹² NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 69–76.

⁴⁹³ Sur cette différence et d'autres, voir ROBEYNS, *Theoretical survey*, pp. 103–107.

⁴⁹⁴ Voir p. ex. NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 78 et les réf. cit. ; voir aussi GALAMAGA, p. 47.

⁴⁹⁵ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 28 (notre traduction).

⁴⁹⁶ GALAMAGA, p. 7 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 70–71 ; ROBEYNS, *Theoretical survey*, pp. 103–107.

de penser, 5) de s'attacher à des choses et à des gens autres que soi, 6) de former et de réviser une conception du bien, 7) de vivre avec les autres et de jouir des bases sociales du respect de soi, 8) de se soucier et de vivre en relation avec le monde naturel, 9) de rire et de jouer, et 10) d'exercer un contrôle sur son environnement, ce qui suppose de pouvoir participer activement à la vie politique et de pouvoir accéder à la propriété et à un emploi sans subir de discriminations »⁴⁹⁷.

Cette liste est basée sur sa vision de l'existence humaine, qui se situe au croisement des capacités et des vulnérabilités humaines⁴⁹⁸. Ainsi, ces dix *capabilités* correspondent aux caractéristiques typiquement humaines telles qu'envisagées par NUSSBAUM, en puisant notamment, mais pas seulement, dans la pensée aristotélicienne⁴⁹⁹. Selon NUSSBAUM, elles constituent la base d'une vie « authentiquement humaine » (« truly human ») ou d'une « vie bonne »⁵⁰⁰. Cette conception a d'ailleurs été fortement critiquée, notamment par des représentantes des études critiques du handicap⁵⁰¹. 120

La vulnérabilité joue un rôle particulier dans l'explicitation de certaines de ces *capabilités* centrales, notamment celles qui impliquent une relation à autrui et qui nécessitent le développement de l'empathie et la possibilité de se soucier d'autrui⁵⁰². En effet, la vulnérabilité chez NUSSBAUM est étroitement liée au fait de ressentir des émotions, qu'il s'agisse d'amour, de respect ou de sollicitude⁵⁰³. Ce n'est pas un hasard si cette conception rappelle les théories du *care* : en effet, NUSSBAUM s'en est inspirée, considérant la perspective du *care* indispensable 121

⁴⁹⁷ Il s'agit d'une traduction synthétisée reprise de GARRAU, *Regards croisés*, p. 146 ; pour la liste complète, voir p. ex. NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 33–34. Énoncée pour la première fois en 1990 (NUSSBAUM, *Social Democracy*, pp. 225–227), la liste de NUSSBAUM est restée pratiquement inchangée depuis lors (GALAMAGA, p. 46 et les réf. cit.).

⁴⁹⁸ NUSSBAUM, *Fragility*, p. xviii ; NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 221.

⁴⁹⁹ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 123–142 ; NUSSBAUM, *Fragility*, pp. 235–377. Plus spécifiquement à propos de sa réinterprétation d'Aristote, voir NUSSBAUM, *Human Functioning*, pp. 202–246.

⁵⁰⁰ NUSSBAUM, *Fragility*, not. pp. 320–324, 372 ; NUSSBAUM, *Women*, pp. 72–86.

⁵⁰¹ Les auteures critiques ont notamment jugé que la vision de NUSSBAUM était dépréciative à l'égard des personnes en situation de (grave) handicap, dans la mesure où celui-ci les empêcherait de vivre une « vie bonne » telle que conceptualisée par NUSSBAUM (KRALL MCCRARY, p. 202 et les réf. cit. ; voir aussi KITTAY, *Equality*, p. 110). Par la suite, NUSSBAUM répondra à cette critique, et explicitement à KITTAY, en précisant que des personnes avec un handicap mental sont des citoyennes et que leurs *capabilités* sont tout aussi pertinentes dans le cadre de sa théorie que celles des personnes en bonne santé (NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 96–154). Cet ouvrage peut lui-même être lu comme une réponse à ces critiques, puisque NUSSBAUM y approfondit la pertinence des questions liées au handicap pour sa théorie politique.

⁵⁰² BRUGÈRE, *Capabilités*, pp. 9–12.

⁵⁰³ Voir p. ex. BRUGÈRE, *Capabilités*, pp. 9–12 ; GALAMAGA, p. 48.

pour son approche des *capabilités*, qui est anthropologique et philosophique plutôt qu'économique⁵⁰⁴.

122

NUSSBAUM elle-même a qualifié son approche de « théorie partielle et minimale de la justice sociale »⁵⁰⁵. Cela est notamment lié au fait qu'elle ne traite pas des inégalités au-delà d'un seuil minimal d'égalité défini à travers les dix *capabilités* centrales⁵⁰⁶. Ce minimalisme a été critiqué par FINEMAN, qui estime que la pensée de NUSSBAUM laisse subsister des inégalités importantes⁵⁰⁷. Or, NUSSBAUM n'a pas pour ambition d'imaginer une société égalitaire, mais plutôt de déterminer des objectifs afin de combattre au mieux les injustices existantes⁵⁰⁸. L'idée de seuils permet par ailleurs d'atténuer le risque d'une approche paternaliste ou néocoloniale⁵⁰⁹ en ce qu'elle ouvre la porte à un certain relativisme dans la définition et la priorisation des *capabilités* : « chacune de ces dix orientations concrètes des vies humaines doit faire partie des programmes politiques de tous les pays du monde avec des variations, des seuils [et] des mises en avant particulières de telle *capabilité* »⁵¹⁰. Sur le plan individuel, la vision de NUSSBAUM contraste avec celle de FINEMAN en ce qu'elle respecte, et même valorise, l'idée de l'autonomie individuelle, comprise dans le sens non pas d'indépendance, mais d'autodétermination des personnes concernées, et évite par-là le risque de justifier des politiques publiques paternalistes⁵¹¹. L'idée même des *capabilités* est de donner aux individus les possibilités et opportunités d'un réel choix. En cela, la théorie de NUSSBAUM ressemble fortement aux droits humains. Sa liste des dix *capabilités centrales* n'est d'ailleurs pas sans rappeler la

⁵⁰⁴ NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 168–171 ; pour une analyse, voir BLONDEL, n°s 298–300.

⁵⁰⁵ NUSSBAUM, *Frontiers*, p. 71 (notre traduction) ; voir aussi NUSSBAUM, *Women*, pp. 6, 12.

⁵⁰⁶ WALKER, *Review*, p. 744.

⁵⁰⁷ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 14 (note 39).

⁵⁰⁸ NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 291–295.

⁵⁰⁹ Voir toutefois VASBIST, pp. 258–262.

⁵¹⁰ BRUGÈRE, *Capabilités*, p. 8. Précisons à cet égard que NUSSBAUM considère sa liste de capacités comme étant à la fois « épaisse » (« thick ») et vague, dans la mesure où elle véhicule une idée assez précise de la « vie bonne », tout en laissant aux individus le choix de mener leur vie comme ils l'entendent (KLEIST, ch. 3).

⁵¹¹ Dans le même ordre d'idées, NUSSBAUM insiste parfois que les politiques publiques doivent viser une égalité des *capabilités* de base, et non des *fonctionnements* (NUSSBAUM, *Fragility*, p. xix). Pour une vision plus nuancée, voir toutefois NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 171–173. Pour une discussion des positions de différentes auteures au sujet de cette question, voir ROBEYNS, *Capability Approach*, ch. 3.3.

Charte internationale des droits de l'homme⁵¹². La relation entre l'approche de NUSSBAUM et les droits humains sera approfondie plus loin⁵¹³.

E. Appréciation

Dans ce qui précède, nous avons présenté l'essence de quatre théories ou courants de pensée : GOODIN, l'éthique du *care*, FINEMAN et NUSSBAUM. Cette présentation a volontairement mis entre parenthèses certains aspects qui seront abordés plus en détail dans la section suivante. 123

Les théories que nous venons de présenter brièvement forment un ensemble intéressant, dans la mesure où chaque théorie exposée répond à certains aspects problématiques de la précédente : les théories du *care* permettent de critiquer la notion de responsabilité et l'attitude paternaliste de GOODIN ; la théorie de FINEMAN précise et développe les notions de dépendance et vulnérabilité, très présentes dans le *care*, et affine la distinction. La théorie de NUSSBAUM, enfin, répond à des aspects problématiques chez FINEMAN, notamment son risque de paternalisme. Cependant, la critique n'est pas forcément à sens unique : par exemple, les travaux de FINEMAN permettent également de critiquer certains aspects de la théorie de NUSSBAUM, comme la visée « minimaliste » de sa théorie de la justice⁵¹⁴. 124

Malgré leurs différences, les quatre théories présentent des éléments communs. Le plus important est la compréhension de la vulnérabilité comme une notion normative, entraînant des responsabilités et des obligations, qu'elles soient d'ordre moral ou légal. Par ailleurs, à l'exception de celle de GOODIN, la vulnérabilité est, dans ces théories, « un élément constitutif du sujet »⁵¹⁵. Ainsi, l'importance que ces théories accordent à la vulnérabilité « peut se comprendre comme une manière de prendre ses distances avec la tradition dominante dans le champ de la philosophie morale et politique contemporaine »⁵¹⁶ : elle reflète une volonté de repenser la société et l'État sur la base de la vulnérabilité constitutive de l'être humain. Sur la base d'une remise en question de la 125

⁵¹² BIRDSALL, pp. 9–10. La Charte internationale des droits de l'homme est composée de la DUDH ainsi que du PIDCP et du PIDESC.

⁵¹³ Voir *infra*, n^{os} 201–203.

⁵¹⁴ À propos du caractère complémentaire de ces deux théories, voir not. MACKENZIE, pp. 39–56.

⁵¹⁵ MICHEL, p. 242.

⁵¹⁶ GARRAU, Regards croisés, p. 141.

conception libérale du sujet, ces théories visent une redéfinition des finalités de la politique, dont l'objectif principal devient de répondre à la vulnérabilité humaine.

II. Les contours de la notion

126 Les différentes théories que nous venons de présenter ne sont pas seulement intéressantes à cause de la valeur normative qu'elles accordent à la vulnérabilité ; elles peuvent également nous renseigner sur la signification et les implications de cette notion. Ce sont ces questions définitionnelles que nous examinerons à présent. Nous nous concentrerons sur les quatre approches théoriques abordées précédemment, mais ferons également référence à des écrits d'autres auteurs à titre complémentaire. Une lecture attentive révélera que les écrits de FINEMAN occupent la place plus importante dans ces réflexions, ce qui se justifie par le fait que ses travaux constituent la théorisation la plus aboutie et la plus détaillée faite à ce jour dans une perspective juridique.

127 Nous nous pencherons d'abord sur la distinction entre vulnérabilité universelle et vulnérabilités particulières, en abordant également l'expression de groupes vulnérables (A). Ensuite, nous analyserons de plus près quelques concepts étroitement liés à celui de vulnérabilité : le risque et la résilience (B) ainsi que l'autonomie et la dépendance (C), avant de conclure (D). Ces éléments permettront également de tisser un lien avec la section suivante, qui sera plus spécifiquement dédiée aux liens conceptuels entre vulnérabilité et droits humains.

A. La vulnérabilité universelle et les vulnérabilités particulières

128 Les théories examinées ci-dessus se rejoignent dans leur affirmation d'une vulnérabilité universelle, inhérente à la condition humaine, dont l'éradication est non seulement impossible, mais peut-être aussi indésirable (1). La reconnaissance de cette vulnérabilité universelle est cruciale d'un point de vue théorique, notamment parce qu'elle permet de diminuer le risque de stigmatisation inhérent à la notion de vulnérabilité. Elle connaît toutefois aussi

des limites qu'il est important de souligner (2). Pour cette raison, il n'est pas possible de faire l'impasse sur la notion de vulnérabilité particulière (3). Cette section permettra aussi d'examiner de plus près les sources de vulnérabilité, ainsi que de distinguer entre vulnérabilités intrinsèques et extrinsèques. Le concept des vulnérabilités particulières présente à son tour des faiblesses qui seront ensuite examinées (4). Les éléments principaux seront rappelés dans une appréciation critique (5).

1) La vulnérabilité universelle, un principe commun

Le caractère universel de la vulnérabilité est un thème récurrent dans les théories de la vulnérabilité. Son importance varie toutefois d'une théorie à l'autre ; ainsi, l'universalité de la vulnérabilité n'occupe qu'une petite place dans la théorie de GOODIN, alors qu'elle est le postulat central de celle de FINEMAN. En effet, selon GOODIN, la vulnérabilité est une conséquence nécessaire de l'interdépendance des êtres humains ; dès qu'une personne entre en relation avec quelqu'un d'autre, elle s'expose à une certaine vulnérabilité, même minimale⁵¹⁷. Il en déduit qu'un :

129

« monde dans lequel personne n'aurait de pouvoir sur un autre, dans lequel personne ne serait vulnérable à l'autre, un monde dans lequel les individus agiraient uniquement sous la contrainte ou rationnellement, serait un monde dépourvu d'amour, un monde inhumain »⁵¹⁸.

Pour GOODIN, la vulnérabilité universelle est donc liée au fait d'entrer en relation avec autrui : si nous n'entretenions pas de relations, nous ne serions pas vulnérables. Cela signifie aussi que pour lui, une existence sans relations serait possible, quoique pas souhaitable⁵¹⁹. Il s'agit là d'un point important, car il montre que GOODIN partage la vision du sujet autonome typique de la philosophie politique libérale⁵²⁰. Cela ressort clairement de sa pensée lorsqu'il précise qu'à moins de dépendre d'un autre pour la satisfaction de ses besoins premiers (« basic needs »), un individu peut toujours sortir d'une relation « vulnérabilisante » s'il le souhaite⁵²¹. GOODIN envisage donc la possibilité que

130

⁵¹⁷ GARRAU, Définir, p. 91 ; GOODIN, Protecting, p. 192.

⁵¹⁸ GOODIN, Protecting, p. 193, citant WILSON, p. 315 (traduction reprise de GARRAU, Définir, p. 92).

⁵¹⁹ GOODIN, Protecting, p. 193.

⁵²⁰ TRONTO, p. 181.

⁵²¹ GOODIN, Protecting, pp. 195–206.

nous n'entretenions pas de relations ; ce faisant, il ne se défait pas complètement de l'idée du sujet indépendant et autonome.

131

Or, l'idée du *care* et des auteures qui s'inscrivent dans cette lignée, comme FINEMAN et NUSSBAUM, est justement de réfuter l'idée d'autosuffisance, qu'elles considèrent comme irréaliste⁵²². La critique de l'autosuffisance varie toutefois en intensité : si certaines nient la valeur indépendante de l'autonomie et des aspirations à l'autonomie⁵²³, d'autres estiment au contraire que l'autonomie doit être repensée, non pas comme autosuffisance, mais comme une autonomie relationnelle, qui n'exclut pas l'interdépendance des individus⁵²⁴. En dépit de ces différences, les auteures ont un objectif commun : repenser l'être humain comme vulnérable et faire de cette vulnérabilité commune le fondement de nos relations personnelles et sociétales⁵²⁵. Dans cette perspective, la vulnérabilité constitue la « condition originelle »⁵²⁶ des êtres humains et un aspect universel, constant et inévitable de la condition humaine⁵²⁷. La vulnérabilité est partagée par tous les êtres humains, voire tous les êtres vivants : elle est donc universelle⁵²⁸. Elle est aussi constante, parce que la possibilité d'être affectée par un événement indésirable ou un changement est présente tout au long de notre vie⁵²⁹. En cela, elle se distingue de la dépendance, qui s'accroît et décroît au fil de nos vies, pour la plupart d'entre nous en tout cas⁵³⁰. Pour la même raison, la vulnérabilité est inévitable : si nous pouvons prendre des mesures afin de diminuer le risque d'atteintes négatives ou d'en atténuer les effets, nous ne pouvons pas l'éliminer complètement⁵³¹.

⁵²² DODDS, p. 183 ; FINEMAN, *Myths*, pp. 14, 16 ; GARRAU, *Regards croisés*, p. 145 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 218–219 ; NUSSBAUM, *Human Functioning*, p. 227 ; TRONTO, p. 141.

⁵²³ FINEMAN, *Autonomy*, pp. 20–30 ; FINEMAN, *Myths*, pp. 14, 16 ; FINEMAN, *Responsive State*, p. 261 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. XII ; voir aussi *supra*, n° 113 ; *infra*, n°s 183–186.

⁵²⁴ ANDERSON/HONNETH, pp. 127–145 ; MACKENZIE, pp. 41–55 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 218–219 ; TRONTO, p. 141 ; voir aussi *supra*, n° 93 ; *infra*, n° 185.

⁵²⁵ FINEMAN, *Responsive State*, p. 28 ; GARRAU, *Regards croisés*, p. 146 ; NUSSBAUM, *Fragility*, p. xix ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 218–219, 132 ; TRONTO, p. 181.

⁵²⁶ NODDINGS, pp. 64–66 (positionnant cette notion en opposition à la « position originale » de RAWLS) ; voir aussi GAILLE/LAUGIER, p. 7 ; LAUGIER, *Vulnérabilité du réel*, p. 40.

⁵²⁷ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 8 ; FINEMAN, *Law and Politics*, p. 20.

⁵²⁸ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 8, 10. Alors que FINEMAN décrit en général la vulnérabilité comme « aspect inhérent de la vie humaine », d'autres ont élargi sa théorie pour l'appliquer aux animaux (DECKHA, pp. 64–68 ; SATZ, *Animals*, pp. 78–80).

⁵²⁹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 1, 9, 11.

⁵³⁰ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 11. Au sujet de la relation entre vulnérabilité et dépendance, voir *supra*, n°s 59, 79, et *infra*, n°s 177–182, 257–258, 281–283, 511, 527, 537–539, 549, 562, 785, 793, 802, 1000–1003.

⁵³¹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 8, 17 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 20, 22.

La vulnérabilité telle qu'envisagée par les auteures du *care*, FINEMAN et NUSSBAUM est *ontologique* : elle est en lien avec ce qui a trait à la nature même de l'être humain⁵³². Ce terme, souvent utilisé dans la littérature pour caractériser la vulnérabilité universelle⁵³³, ne fait pas seulement référence aux aspects biologiques ou physiques, mais comporte également un aspect relationnel : la vulnérabilité ontologique est donc aussi liée au fait que l'humain est un être social⁵³⁴. Cette vision constitue une rupture avec celle de GOODIN, puisqu'elle implique que le fait d'entrer en relation avec autrui est un trait caractéristique et indispensable de la nature humaine⁵³⁵.

132

L'importance de l'aspect social varie quelque peu selon les auteures. FINEMAN, par exemple, insiste plutôt sur l'aspect biologique : notamment dans ses premiers écrits, la vulnérabilité est avant tout due à notre corporalité (« embodiment »), qui nous expose à des blessures et lésions ou à des altérations et limitations biologiques⁵³⁶. À ce moment, elle conçoit donc de la vulnérabilité de manière essentiellement négative⁵³⁷. Par la suite, sa position évolue : elle considère que la vulnérabilité doit plus généralement être comprise comme une « susceptibilité au changement », qu'il soit positif ou négatif⁵³⁸. Cette définition n'est pas seulement plus neutre, elle met en lumière l'aspect social et relationnel de la vulnérabilité⁵³⁹. Pour sa part, NUSSBAUM insiste sur l'aspect social, avant tout émotionnel, de la vulnérabilité. Selon elle, la vulnérabilité est intimement liée à la capacité de souffrir, et constitue ainsi la condition préalable pour l'empathie et la pitié⁵⁴⁰. Or, d'après elle, l'empathie est ce qui nous permet de « cultiver notre humanité commune »⁵⁴¹ et constitue donc la base de la vie en société⁵⁴². Indépendamment de leurs conceptions respectives, les conséquences

133

⁵³² BUTLER, *Precarious Life*, p. 19 ; DODDS, p. 182 ; FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 8–9. Encore une fois, ces caractéristiques ne sont pas nécessairement limitées aux « animaux humains », mais peuvent être partagées par d'autres animaux (voir not. DECKHA, pp. 64–68 ; SATZ, *Animals*, pp. 78–80). À propos des similitudes et différences, voir aussi NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 351–372.

⁵³³ Voir p. ex. GILSON, p. 137 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 4 ; RE, *Challenge*, p. 4 ; ROGERS, p. 64.

⁵³⁴ BUTLER, *Frames*, pp. 33–34 ; DODDS, p. 182 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 4 ; ROGERS/MACKENZIE/DODDS, pp. 19–20. À ce propos, MACKENZIE, ROGERS et DODDS décrivent l'être humain comme étant un « embodied social being » (voir p. ex. MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 4).

⁵³⁵ DODDS, p. 182 ; MACKENZIE, p. 37.

⁵³⁶ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 1, 9, 11.

⁵³⁷ Voir aussi BEDFORD, p.10.

⁵³⁸ FINEMAN, *Inequality*, p. 142 ; FINEMAN, *Limits*, p. 82.

⁵³⁹ Voir en particulier FINEMAN, *Inequality*, p.134.

⁵⁴⁰ NUSSBAUM, *Cultivating*, p. 91 ; pour une analyse, voir aussi GALAMAGA, p. 48.

⁵⁴¹ NUSSBAUM, *Cultivating*, p. 9 (note traduction). Pour NUSSBAUM, cette expression signifie notamment reconnaître la valeur intrinsèque de chaque être humain en dépit de différences de nationalité, religion, culture, ou d'autres différences encore (*ibidem*).

⁵⁴² NUSSBAUM, *Cultivating*, p. 65 ; voir aussi l'analyse de GALAMAGA, p. 48.

attribuées à la vulnérabilité universelle sont donc comparables entre NUSSBAUM et FINEMAN, puisque FINEMAN estime similairement que la conscience et l'expérience de notre vulnérabilité nous amènent à « nous rapprocher d'autres personnes, à créer des relations, et à mettre en place des institutions » et donc fonder des familles, communautés, sociétés, États et même organisations internationales⁵⁴³.

134 Les auteures souscrivant au postulat de vulnérabilité universelle tentent également d'affranchir la vulnérabilité de ses connotations négatives et de la repositionner comme une force créatrice, positive⁵⁴⁴. À ce propos, dans une réédition d'un de ses ouvrages fondateurs, NUSSBAUM s'est sentie obligée de préciser qu'elle n'avait pas eu l'intention de défendre une « position romantisée » de « la vulnérabilité ou fragilité »⁵⁴⁵. FINEMAN, quant à elle, déplore dès ses premiers écrits le fait que la vulnérabilité soit régulièrement associée avec des concepts comme la « victimisation, le dénuement, la dépendance et les pathologies »⁵⁴⁶. Dans la même optique, GILSON insiste sur le fait que la vulnérabilité n'est pas uniquement liée à la souffrance ou au fait d'être susceptible de subir des préjudices⁵⁴⁷. Selon elle, la vulnérabilité devrait plutôt être définie comme une « condition d'ouverture », à savoir « la possibilité d'être affectée et d'affecter en retour »⁵⁴⁸. BOEHRINGER et FERRARESE soulignent que la vulnérabilité « ne signifie pas impuissance », et qu'« une grande part de nos capacités se déploie *contre*, à partir d'une vulnérabilité »⁵⁴⁹. L'idée derrière ce repositionnement est que la vulnérabilité ne peut déployer pleinement sa force normative que si elle est reconnue comme condition normale et universelle de l'existence humaine et non pas comme un état exceptionnel, voire pathologique⁵⁵⁰. GILSON va jusqu'à affirmer que seule une vulnérabilité

⁵⁴³ FINEMAN, *Elderly*, p. 98 ; FINEMAN, *Law and Politics*, p. 22 (notre traduction).

⁵⁴⁴ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 260–262, 264 et les réf. cit.

⁵⁴⁵ NUSSBAUM, *Fragility*, p. xxx (notre traduction).

⁵⁴⁶ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 8 (notre traduction) ; voir aussi FINEMAN, *Inequality*, p. 142 ; FINEMAN, *Limits*, p. 82.

⁵⁴⁷ GILSON, p. 113.

⁵⁴⁸ GILSON, p. 2 (notre traduction). Précisons que l'effort de repositionner la vulnérabilité ne se limite pas à la vulnérabilité universelle, mais est également parfois dirigé vers les vulnérabilités particulières. Ainsi, KITTAY, en parlant des vulnérabilités particulières liées à une situation de dépendance, insiste sur le fait que cette vulnérabilité ne devrait pas être définie par rapport à un danger ou une menace, mais devrait être considérée comme un besoin de *care*, et donc aussi l'opportunité d'intensifier les relations humaines (KITTAY, *Love's Labor*, p. 55).

⁵⁴⁹ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 15.

⁵⁵⁰ FINEMAN, *Responsive State*, pp. 27–28.

affranchie de ses connotations négatives peut être une ressource pour repenser les responsabilités sociétales et politiques⁵⁵¹.

Si l'attrait d'un tel repositionnement positif de la vulnérabilité est compréhensible, celui-ci ne réussit qu'en partie. En effet, même chez ces auteures, la vulnérabilité reste associée à des termes (plutôt) négatifs⁵⁵². FINEMAN, par exemple, a défini la vulnérabilité comme la « possibilité toujours présente de préjudice, blessure ou malheur »⁵⁵³ et le fait d'être « susceptible à des forces externes destructrices et à la désintégration interne »⁵⁵⁴. Si sa position a évolué sur ce sujet, elle n'a pas réussi à éradiquer ces aspects négatifs de sa théorie⁵⁵⁵. De son côté, NUSSBAUM indique que la « vulnérabilité ou la fragilité ne devraient pas être valorisées en tant que telles »⁵⁵⁶. Ainsi, COLE démontre que deux conceptions de vulnérabilité continuent à coexister chez la plupart des auteures : la vulnérabilité en tant que préjudice (« vulnerability-as-harm ») et la vulnérabilité en tant qu'interdépendance (« vulnerability-as-interconnectivity »)⁵⁵⁷. Partant, la vulnérabilité reste une condition au potentiel ambivalent⁵⁵⁸.

2) L'importance et les limites de la vulnérabilité universelle

L'idée de la vulnérabilité universelle comme aspect inévitable et central de la condition humaine constitue un changement de paradigme important. Elle modifie notre compréhension de l'être humain et, de ce fait, nous oblige à repenser les institutions étatiques. Il n'est pas difficile de voir pourquoi les théoriciennes de la vulnérabilité insistent autant sur l'universalité de cette caractéristique : l'argument en faveur de la création d'institutions répondant à la vulnérabilité est d'autant plus fort si celles-ci répondent à un besoin universel, qui concerne chaque membre de la société⁵⁵⁹. La vulnérabilité universelle constitue donc un point de départ convaincant pour justifier, comme le fait

⁵⁵¹ GILSON, p. 93.

⁵⁵² COLE, *Political Ambiguity*, p. 269 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 16.

⁵⁵³ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9 (notre traduction).

⁵⁵⁴ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 12 (notre traduction).

⁵⁵⁵ Voir aussi BEDFORD, pp. 10–12.

⁵⁵⁶ NUSSBAUM, *Fragility*, p. xxx (notre traduction).

⁵⁵⁷ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 265–266 ; voir aussi GILSON, p. 24.

⁵⁵⁸ GILSON, pp. 129, 137–138. Selon COLE, la seule auteure qui définirait la vulnérabilité de manière entièrement positive est Brené BROWN, devenue célèbre pour ses présentations alliant vulnérabilité et prise de risques dans le monde entrepreneurial (COLE, *Political Ambiguity*, p. 264).

⁵⁵⁹ KOHN souligne par ailleurs que des mesures basées sur la vulnérabilité universelle risquent moins facilement de tomber dans le paternalisme (KOHN, p. 20).

FINEMAN, un État-providence fort et la création d'institutions génératrices de résilience⁵⁶⁰. Comme nous le verrons encore, les droits humains et leurs mécanismes de supervision et de protection font partie de ces institutions créatrices de résilience⁵⁶¹.

137 La reconnaissance du caractère universel de la vulnérabilité permet par ailleurs d'éviter le risque de stigmatisation inhérent à cette notion⁵⁶². Nous avons vu que, dans le passé, la vulnérabilité a souvent été associée aux femmes, aux pauvres, aux personnes racisées⁵⁶³ : une telle utilisation, qui distingue les personnes non vulnérables des personnes vulnérables, peut non seulement avoir pour effet de maintenir ou de cimenter des hiérarchies existantes⁵⁶⁴, mais aussi de stigmatiser les populations qualifiées de vulnérables⁵⁶⁵. Prendre conscience du fait que tout être humain est, jusqu'à un certain degré, vulnérable, permet d'éviter – ou en tout cas d'atténuer – ce risque. Comme l'exprime très bien Carine MARDOROSSIAN :

« If we came to terms with the fact that we are all, by definition, characterized by vulnerability, then it becomes difficult (if not impossible) to hold it against people that they are vulnerable »⁵⁶⁶.

138 Or, le fait de mettre en avant le caractère universel et ontologique de la vulnérabilité comporte également des risques, notamment celui de cacher des inégalités existantes. En effet, conceptualiser la vulnérabilité comme une caractéristique inévitable et universelle de la vie humaine peut donner l'illusion que toutes les personnes se trouvent dans la même situation, et permet donc ni d'exprimer ni de critiquer des hiérarchies et des structures de pouvoir existantes⁵⁶⁷. Cela ne tient pas non plus compte du fait que, loin d'être toujours d'origine biologique ou physique, bon nombre de vulnérabilités sont socialement produites⁵⁶⁸. Or, les vulnérabilités sociales ou économiques sont,

⁵⁶⁰ Voir *supra*, n° 110.

⁵⁶¹ Voir *infra*, n° 201.

⁵⁶² BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14 ; FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 8–9 ; LEACH SCULLY, p. 218.

⁵⁶³ Voir *supra*, n° 39.

⁵⁶⁴ MUNRO/SCOLAR, pp. 197–202 ; voir aussi BROWN, *Re-moralising*, pp. 46.

⁵⁶⁵ Le risque de stéréotypisation ou de stigmatisation est également à l'origine de la réticence de certaines auteures, voire de certaines disciplines, d'utiliser la notion de vulnérabilité (BERNARDINI, *Dangerous Liaisons*, pp. 101–102 ; LEACH SCULLY, pp. 217–220).

⁵⁶⁶ MARDOROSSIAN, p. 15 ; voir aussi COLE, *Political Ambiguity*, p. 267.

⁵⁶⁷ COLE, *Political Ambiguity*, p. 265 ; MACKENZIE, pp. 34–35 ; RE, *Challenge*, p. 10.

⁵⁶⁸ FERRARESE, *Concept*, p. 153 ; MACKENZIE, p. 38. Nous comprenons l'expression « socialement produite » au sens large, englobant aussi par exemple les vulnérabilités d'origine juridique.

par définition, distribuées de manière inégale⁵⁶⁹. Par ailleurs, la vulnérabilité universelle n'a qu'une normativité limitée. Si elle permet de justifier l'existence d'un État-providence fort, ou l'existence des droits humains universels, elle ne peut servir de fondement à des mesures ou règles particulières visant certains individus, par exemple afin de corriger des inégalités socio-économiques existantes⁵⁷⁰. Par conséquent, il n'est ni possible ni souhaitable de renoncer à la figure de la vulnérabilité particulière que nous examinerons par la suite.

3) Les sources de la vulnérabilité particulière

La vulnérabilité particulière exprime l'idée que les vulnérabilités ne sont pas réparties de façon égale entre les individus⁵⁷¹. Cela implique aussi d'accepter qu'il n'y ait pas une seule vulnérabilité, mais des vulnérabilités, aux sources variées, qui sont parfois d'ordre ontologique, parfois créées par la société, souvent les deux⁵⁷². À cet égard, la littérature, francophone en particulier, distingue couramment la vulnérabilité intrinsèque de la vulnérabilité extrinsèque, en fonction de ses origines prépondérantes⁵⁷³.

La vulnérabilité *intrinsèque* – ou *inhérente* – fait référence à des vulnérabilités physiques ou psychiques qui sont étroitement liées à une personne donnée⁵⁷⁴. Elle rejoint ainsi l'idée de la vulnérabilité ontologique, mais est plus large, car elle englobe aussi les caractéristiques physiques ou mentales qui ne concernent pas tous les individus, et ne sont donc pas essentielles à l'existence humaine⁵⁷⁵. Elle varie ainsi d'une personne à l'autre, mais aussi tout au long de notre vie :

⁵⁶⁹ CASALINI, pp. 37–42 ; MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, pp. 213–218.

⁵⁷⁰ KOHN, pp. 11–12 ; LUNA, p. 128.

⁵⁷¹ MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 3.

⁵⁷² BOEHRINGER/FERRARESE, pp. 13–14 ; MACKENZIE, pp. 38–39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 7–9.

⁵⁷³ BLONDEL, n^{os} 62–128 ; CARLIER, p. 180 ; MACKENZIE, pp. 38–39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 7–9 ; ROGERS, p. 65 ; ROUX-DEMARE, pp. 36–37 ; RUET, *Vulnérabilité*, p. 324–326. L'expression « vulnérabilité extrinsèque » est moins courante dans la doctrine anglophone, qui lui préfère celle de vulnérabilité situationnelle, tout en se référant à la même idée (DUNN/CLARE/HOLLAND, p. 246 ; GILSON, p. 37 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 27–28 ; MACKENZIE, pp. 38–39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 7–9 ; TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, pp. 143–144). Cette appellation peut toutefois être trompeuse : elle donne l'impression qu'il s'agit d'une situation temporaire et individuelle, cachant ainsi les sources structurelles de vulnérabilité.

⁵⁷⁴ DUNN/CLARE/HOLLAND, p. 246 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 27 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. 84 ; WHITNEY, pp. 557–558.

⁵⁷⁵ LEACH SCULLY insiste toutefois qu'il ne s'agit pas de vulnérabilités particulières, mais de différentes manifestations de la même vulnérabilité ontologique, ceci pour éviter toute stigmatisation des personnes en situation de handicap (LEACH SCULLY, pp. 218–220).

elle est influencée par l'âge, la santé physique et mentale, ou encore la présence d'un éventuel handicap⁵⁷⁶.

141 La vulnérabilité *extrinsèque* désigne, elle, la vulnérabilité créée par des facteurs externes à l'individu⁵⁷⁷. Elle peut être causée par la situation personnelle, sociale, politique, économique ou environnementale d'une personne ou d'un groupe de personnes ; ces facteurs interagissent par ailleurs et peuvent se cumuler⁵⁷⁸. Les sources extrinsèques de vulnérabilité peuvent découler des circonstances individuelles d'une personne⁵⁷⁹ ; dans ce cas, nous parlerons de *vulnérabilité situationnelle*. Elles peuvent aussi avoir trait au contexte sociétal plus large, et relever ainsi de la *vulnérabilité structurelle*⁵⁸⁰. Si la distinction est utile, les deux aspects – situationnel et structurel – interagissent et se chevauchent⁵⁸¹. Ainsi, la violence domestique, bien qu'elle s'inscrive dans une relation interpersonnelle individuelle, est aussi le résultat de structures sociétales et culturelles de domination ou de discrimination⁵⁸².

142 De même, la distinction entre vulnérabilité intrinsèque et extrinsèque est loin d'être étanche⁵⁸³. Au contraire, il existe un lien étroit entre les deux, ce qui rend la distinction parfois difficile :

« [i]l paraît alors que la vulnérabilité ne peut être conçue qu'au pluriel, et envisagée comme un système. La vulnérabilité corporelle elle-même, loin d'être une vulnérabilité première, toujours-déjà là, est coproduite avec toutes les autres »⁵⁸⁴.

143 Ainsi, les liens entre vulnérabilité intrinsèque et extrinsèque sont multiples. Tout d'abord, ce que nous considérons comme vulnérabilité intrinsèque est fortement influencé par des facteurs socioculturels ou politiques : en d'autres

⁵⁷⁶ HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 27–28 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 7 ; ROUX-DEMARE, pp. 36 ; TRONTO, pp. 181–182.

⁵⁷⁷ BLONDEL, n^{os} 18, 60 ; CARLIER, p. 180 ; ROGERS, p. 65 ; RUET, *Vulnérabilité*, p. 324–325.

⁵⁷⁸ BLONDEL, n^{os} 93–128 ; GILSON, p. 37 ; MACKENZIE, p. 39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 7–9 ; ROGERS, p. 65.

⁵⁷⁹ BLONDEL, n^o 60 ; MACKENZIE, p. 39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 7.

⁵⁸⁰ BLONDEL, n^{os} 94, 645 ; GARRAU/LABORDE, pp. 53–62 ; HERRING, *Childhood*, p. 17. Pour les sources structurelles, voir aussi MACKENZIE, ROGERS et DODDS, qui utilisent le terme de « vulnérabilité situationnelle » de manière large, englobant les vulnérabilités d'ordre structurel (MACKENZIE, p. 39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 7–9).

⁵⁸¹ GILSON, pp. 37–38, 91–97 ; MACKENZIE, p. 54.

⁵⁸² Voir *infra*, n^{os} 812–834.

⁵⁸³ COLE, p. 266 ; GILSON, pp. 37–38 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 28 ; MACKENZIE, p. 39 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 8.

⁵⁸⁴ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14 ; à propos de la coproduction sociale de vulnérabilités *a priori* physiques ou ontologiques, voir aussi BUTLER, *Precarious Life*, pp. 28–29, 44 ; COLE, p. 266.

termes, elle est socialement coproduite⁵⁸⁵. Deux exemples permettent d'illustrer ce propos. Prenons d'abord la minorité, qui est généralement considérée comme exemple paradigmatique de la vulnérabilité inhérente⁵⁸⁶. Or, non seulement la vision des enfants comme étant vulnérables a évolué avec le temps⁵⁸⁷, mais la limite d'âge des dix-huit ans pour la majorité reflète aussi un choix sociétal : elle aurait tout aussi bien pu être fixée à seize ou à vingt ans⁵⁸⁸. Des considérations similaires s'appliquent au handicap qui est, lui aussi, souvent cité comme une source inhérente de vulnérabilité⁵⁸⁹. Or, cette qualification doit être aussitôt relativisée à la lumière de la définition sociale du handicap, qui est aujourd'hui largement acceptée⁵⁹⁰. Selon celle-ci :

« le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »⁵⁹¹.

Ainsi, l'impact d'une limitation physique ou mentale sur la vie d'une personne dépend très fortement de ses circonstances sociales, économiques, politiques ou environnementales⁵⁹². Nous pouvons en déduire que la vulnérabilité est toujours relationnelle, toujours relative et ne doit pas être considérée comme « figée » ou définitive, et que la vulnérabilité *a priori* intrinsèque liée à une limitation physique ou mentale est, elle aussi, socialement produite⁵⁹³. L'exemple montre aussi que des vulnérabilités multiples, de sources

144

⁵⁸⁵ FERRARESE, Géomètre, pp. 30–32 ; RE, Vulnérabilité, p. 19.

⁵⁸⁶ P. ex. BLONDEL, n^{os} 64–66 ; DUTHEIL-WAROLIN, n^{os} 285–286 ; TRUSCAN, Vulnerable Groups, pp. 148, 155, 175, 267, 357, 359 ; TOBIN, p. 158 ; voir aussi MACKENZIE, p. 38 (citant l'âge plus généralement comme facteur de vulnérabilité) et, à propos de la vulnérabilité des personnes âgées, CHERUBINI, pp. 16–39 ; FAVIER, pp. 61–68. Au sujet de l'âge comme source de vulnérabilité dans la jurisprudence, voir *infra*, n^{os} 280–284, 307–321, 782–788.

⁵⁸⁷ Au sujet de l'évolution de la perception sociale des enfants à travers les époques et les implications juridiques, voir CLARK, pp. 194–197.

⁵⁸⁸ Voir en particulier DETRICK, qui illustre ce point avec une analyse des travaux préparatoires de la CDE (DETRICK, pp. 51–66, 115–119). Le fait que le concept de minorité reflète un choix sociétal et peut donc varier d'un État à l'autre est également reflété dans le texte final de la CDE, qui fixe l'âge à dix-huit ans, sous réserve d'âges inférieurs prévus par la législation applicable à l'enfant en question.

⁵⁸⁹ BESSON, Vulnérabilité, p. 70 ; CLOUGH, p. 474 ; LEACH SCULLY, p. 207 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 7 ; RUET, Sentiments, p. 357 ; TIMMER, Vulnerability, pp. 152–153. Au sujet du handicap comme facteur de vulnérabilité dans la jurisprudence, voir *infra*, n^{os} 322–361, 789–794.

⁵⁹⁰ BRODERICK, Road to Equality, pp. 77–79, 148–150 ; DEGNER, pp. 2–14 ; KLEBER, Discrimination multiple, p. 338.

⁵⁹¹ Préambule, let. (e) et art. 1, 2^{ème} phrase CDPH.

⁵⁹² MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 9.

⁵⁹³ GILL, pp. 183–189 ; LEACH SCULLY, pp. 207–210 ; PINTO, p. 59 ; voir aussi *infra*, n^{os} 159, 795.

diverses, peuvent s'aggraver mutuellement⁵⁹⁴. À l'inverse, ces vulnérabilités peuvent être atténuées par les ressources qu'une personne peut mobiliser, d'où l'importance cruciale d'institutions et mécanismes créateurs de résilience⁵⁹⁵.

145 L'absence de réponse politique ou institutionnelle adéquate à des vulnérabilités, qu'elles soient intrinsèques ou extrinsèques, peut avoir pour résultat de renforcer des vulnérabilités existantes, voire d'en créer de nouvelles. Les théories du *care* permettent d'illustrer ce point à travers la figure des vulnérabilités secondaires ou dérivées⁵⁹⁶. Dans les théories du *care*, la vulnérabilité secondaire est la vulnérabilité des *caregivers*, qui découle d'une prise en charge insuffisante des vulnérabilités primaires par la société⁵⁹⁷. Ainsi, la personne sur qui repose la responsabilité de prendre en charge une personne malade ou âgée voit ses opportunités d'exercer une activité économique diminuer, la rendant potentiellement dépendante de tierces personnes, ce qui peut être une source de vulnérabilité⁵⁹⁸. Au-delà des réponses insuffisantes à la vulnérabilité, il arrive aussi que certaines politiques aient un effet pervers. C'est par exemple le cas de politiques paternalistes qui, tout en répondant par exemple à une vulnérabilité physique de certains individus, diminuent l'autonomie de ces personnes et peuvent exacerber leur vulnérabilité⁵⁹⁹.

146 MACKENZIE, ROGERS et DODDS qualifient ces vulnérabilités de « pathologiques »⁶⁰⁰. Cette notion englobe plus généralement toute « vulnérabilité engendrée par des relations personnelles ou sociétales abusives ou dysfonctionnelles, y compris l'oppression sociopolitique et des inégalités »⁶⁰¹. Dans une perspective comparable, Judith BUTLER distingue deux

594 BOEHRINGER/FERRARESE, p. 13.

595 FINEMAN, *Inequality*, pp. 146–149 ; FINEMAN, *Limits*, pp. 86–88. Pour la notion de résilience, voir aussi *infra*, n^{os} 165–175.

596 Pour un aperçu, voir DODDS, pp. 193–201. Précisons qu'il est plus souvent question de dépendances secondaires, mais que cette notion est parfois utilisée de manière synonyme avec celle de vulnérabilité. À propos de la relation entre vulnérabilité et dépendance, voir en particulier *infra*, n^{os} 177–182.

597 FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9 ; FINEMAN, *Autonomy*, pp. 57–70 ; KITTAY, *Love's Labor*, pp. 46–47, 129 ; KITTAY, *Taking Dependency Seriously*, pp. 11–12.

598 KITTAY, *Love's Labor*, p. 129.

599 MACKENZIE, pp. 46–49.

600 MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 9, 12–13, 17, 32 (notre traduction) ; voir aussi DODDS, pp. 182, 191, 197–201 ; MACKENZIE, pp. 40, 46, 55 ; ROGERS, p. 84.

601 MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 9 (notre traduction). Pour ces auteures, la vulnérabilité pathologique est une forme de vulnérabilité situationnelle, qu'elles entendent au sens large, donc comprenant également la vulnérabilité d'origine structurelle (voir *supra*, note 580 et les réf. cit.). Voir aussi TURNER, pp. 31–34, qui utilise l'expression de « précarité institutionnelle » (« institutional precariousness ») dans un sens similaire.

concepts : celui de « precariousness », qui correspond à une vulnérabilité ontologique, universelle et celui de « precarity », qui découle d'un manque de reconnaissance, d'appréhension et de réponse à la première⁶⁰².

4) L'importance et les limites de la vulnérabilité particulière

L'expression de vulnérabilité particulière est importante : elle permet de thématiser les inégalités et constitue ainsi le point de départ pour des mesures spécifiques visant à les redresser. Il n'est donc pas étonnant que le concept des vulnérabilités particulières ou spécifiques jouisse d'une grande importance pratique, comme nous l'avons aussi vu au chapitre 1⁶⁰³. Or, d'un point de vue théorique, la notion a fait l'objet de nombreuses critiques. Ces critiques occupent une place importante dans les approches théoriques de la vulnérabilité qui, comme nous l'avons vu, mettent souvent en avant le caractère universel de la vulnérabilité. Il s'agit tout particulièrement du risque de paternalisme (a), des risques de stéréotypisation, de stigmatisation et d'essentialisme (b) et du risque de hiérarchisation des vulnérabilités (c).

a) Le risque de paternalisme

Une première critique vise le risque de paternalisme inhérent au concept de vulnérabilité particulière et, à plus forte raison, de groupes vulnérables. Il s'agit d'une critique récurrente dans la littérature⁶⁰⁴ à laquelle nous avons déjà fait allusion à plusieurs reprises⁶⁰⁵ et sur laquelle nous reviendrons par la suite⁶⁰⁶. Le paternalisme peut être défini comme une « ingérence coercitive dans la liberté individuelle pour protéger ou promouvoir le bien-être, le bien, le bonheur, les besoins, les intérêts ou les valeurs de la personne »⁶⁰⁷. Il englobe donc les mesures qui visent spécifiquement à protéger le bien-être de la personne dont la liberté est restreinte. Comme exemple, nous pouvons citer l'interdiction du suicide assisté⁶⁰⁸. En pratique, la distinction n'est pas toujours

⁶⁰² BUTLER, Frames, pp. 25–26, 33–34 ; voir aussi GILSON, pp. 42–47.

⁶⁰³ Voir p. ex. *supra*, n^{os} 70–77.

⁶⁰⁴ BOEHRINGER/FERRARESE, pp. 12–14 ; BOITEUX-PICHERAL, p. 13 ; BROWN, Re-moralising, p. 48 ; BUTLER, Resistance, pp. 22–27 ; BUTLER, Street Politics, p. 111 ; FINEMAN, Elderly, pp. 105–106 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 6, 16–18 ; MORONDO TARAMUNDI, Paradigma, p. 210 ; PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups, pp. 1072–1073.

⁶⁰⁵ Voir *supra*, n^{os} 58, 66, 85, 95, 124.

⁶⁰⁶ Voir *supra*, n^{os} 193, 414, 877, 950, 963, 990, 1001, 1010.

⁶⁰⁷ MACKENZIE, p. 47.

⁶⁰⁸ À ce propos, voir aussi *infra*, n^{os} 248–249.

aisée : la criminalisation de l'avortement, vise-t-elle à « protéger » le fœtus ou la femme enceinte contre sa volonté⁶⁰⁹ ? En interdisant aux personnes de plus de 65 ans de sortir de chez eux en raison de la pandémie de Covid-19⁶¹⁰, est-ce pour protéger les personnes âgées ou le système de santé ?

149 Le paternalisme peut être bienveillant : il peut être dû à une volonté sincère de créer des mécanismes de protection efficaces face à certains risques. Cependant, même bienveillant, il peut être problématique, et ceci pour deux raisons. Sur le plan individuel, des mesures paternalistes nient l'autonomie et l'agentivité – la capacité d'agir sur les autres et son environnement⁶¹¹ – des personnes, qui deviennent des objets de protection⁶¹². Sur le plan sociétal, des mesures paternalistes sont problématiques dans la mesure où elles « expriment ou perpétuent des relations de domination et d'inégalité », ce qui peut également mener à marginaliser certains groupes de la société⁶¹³. Ce risque est d'autant plus grand lorsqu'il se cumule avec le risque de stigmatisation lié à la notion de vulnérabilité, notamment lorsque celle-ci est comprise comme une faiblesse ou une incapacité à défendre ses propres intérêts⁶¹⁴. Dans cette optique, des politiques ciblant spécifiquement des groupes considérés comme vulnérables peuvent avoir pour effet de renforcer les hiérarchies sociétales qui étaient déjà à l'origine de ces vulnérabilités⁶¹⁵.

150 À l'inverse, toute mesure paternaliste n'est pas inacceptable et la limite est parfois difficile à définir. Par exemple, il n'est pas facile de répondre à la question de savoir si l'État doit poursuivre d'office les violences domestiques ou doit continuer une procédure alors même que la victime retire sa plainte – en d'autres termes, s'il s'agit là d'une mesure de protection nécessaire ou d'un paternalisme inacceptable –, comme le montrera également notre analyse⁶¹⁶. Dans une optique similaire, le Comité pour l'élimination de la discrimination à

⁶⁰⁹ À ce propos, voir *supra*, n° 58.

⁶¹⁰ Voir <https://www.ur.ch/themen/2962>, Nouvelles du 19 mars 2020, 20 mars 2020, 21 mars 2020 [31.10.2021].

⁶¹¹ Le terme « agentivité » est un néologisme accepté de la langue française, courant surtout au Québec, traduisant l'expression anglaise de « agency ». Pour une définition, voir OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26543907 [31.10.2021]. Voir aussi PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1072–1073, à propos de l'importance d'un raisonnement judiciaire favorisant l'agentivité des personnes vulnérables.

⁶¹² MACKENZIE, p. 47.

⁶¹³ MACKENZIE, p. 47 (notre traduction).

⁶¹⁴ MACKENZIE, p. 47.

⁶¹⁵ BROWN, *Re-moralising*, p. 46 ; MUNRO/SCOLAR, pp. 197–202 ; NEAL, *Margins*, p. 117.

⁶¹⁶ Voir *infra*, n°s 864–877.

l'égard des femmes (Comité CEDEF) a tenu à préciser que l'expression des « mesures spéciales [...] vis[ant] à protéger la maternité » contenue à l'article 4 par. 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) ne devrait pas être comprise comme sous-entendant que les femmes seraient « faibles et vulnérables »⁶¹⁷. Selon Dianne OTTO, cette formulation vise à rompre avec des approches paternalistes passées⁶¹⁸ ; toutefois, la question de savoir si ces mesures ne sont réellement pas paternalistes devra être examinée au cas par cas⁶¹⁹.

Différentes solutions ont été proposées pour diminuer le risque de paternalisme. FINEMAN rejette les mesures visant certains groupes vulnérables en particulier et préconise des politiques publiques fondées sur la vulnérabilité universelle⁶²⁰. Cependant, cette proposition soulève le problème de la normativité limitée de la vulnérabilité universelle⁶²¹ ; ce n'est pas un hasard si FINEMAN ne propose que rarement des mesures concrètes⁶²². De plus, l'exemple de FINEMAN montre que des politiques motivées par la vulnérabilité universelle peuvent également être paternalistes⁶²³. Chez FINEMAN, ce risque provient notamment du fait qu'elle semble décider à la place des personnes concernées ce qui est bien pour elles ; il est étroitement lié à son scepticisme face à l'autonomie d'une part, et aux droits individuels d'autre part⁶²⁴. 151

Ainsi, une solution plus convaincante consiste à valoriser l'agentivité et l'autonomie des personnes concernées, comprise dans un sens relatif et relationnel⁶²⁵, et à privilégier des solutions qui les favorisent⁶²⁶. À cet égard, on parle aussi parfois de l'autonomisation (*empowerment*) des personnes qui se trouvent en situation de vulnérabilité, et du pouvoir *encapacitant* (*empowering*) des mesures renforçant l'autonomie et le pouvoir d'agir des personnes en situation de vulnérabilité⁶²⁷. D'un point de vue des droits humains, cela signifie que leurs destinataires doivent être conçues comme sujets de droits plutôt que 152

⁶¹⁷ CEDEF, Recommandation générale n° 25, § 21.

⁶¹⁸ OTTO, *Women's rights*, p. 316.

⁶¹⁹ Voir aussi OTTO, *Women's rights*, p. 316. Notons encore le rapprochement entre « faible » et « vulnérable » établi par le Comité CEDEF, qui peut également être critiqué (voir aussi *supra*, n° 83).

⁶²⁰ FINEMAN, *Identities*, p. 1748 ; voir aussi KOHN, p. 20 ; MACKENZIE, p. 48.

⁶²¹ Voir *supra*, n° 41, 112.

⁶²² Voir *supra*, note 463.

⁶²³ Voir *infra*, n° 186 ; voir aussi RE, *Challenge*, pp. 9–11 ; MACKENZIE, pp. 41–48.

⁶²⁴ Voir KOHN, pp. 11–21.

⁶²⁵ MACKENZIE, pp. 47–48 ; voir aussi HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 34–36.

⁶²⁶ MACKENZIE, pp. 47–48.

⁶²⁷ DUNN/CLARE/HOLLAND, p. 247 ; NUSSBAUM, *Women*, p. 55.

comme objets de protection⁶²⁸. Dans le domaine des droits humains, la CDE et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) exemplifient ce changement de paradigme⁶²⁹. À cette fin, ces instruments prévoient des mesures concrètes, par exemple le droit de l'enfant d'être consultée au sujet de toutes les procédures judiciaires ou administratives l'impliquant directement ou indirectement⁶³⁰ ou la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité pour les personnes en situation de handicap mental⁶³¹. D'un point de vue plus collectif, citons l'exemple de mesures visant à favoriser la participation politique des groupes minoritaires⁶³².

153 Le risque de paternalisme est également lié au respect, ou plutôt au manque de respect et d'estime sociale, dont souffrent les personnes considérées comme vulnérables. Cela nous amène à un autre risque souvent évoqué : le fait de désigner certains individus ou groupes comme particulièrement vulnérables contribue à les stigmatiser.

b) Les risques de stéréotypisation, de stigmatisation et d'essentialisme

154 Le fait de qualifier certaines personnes de (particulièrement) vulnérables peut comporter un risque de stéréotypisation, voire de stigmatisation. La stéréotypisation peut être définie comme le fait de véhiculer, reproduire ou renforcer des stéréotypes qui, eux, se définissent comme « une (pré-) conception généralisée des attributs ou caractéristiques possédées par les membres d'un

⁶²⁸ CLARK, pp. 214–215 ; HESFORD/LEWIS, p. xiii ; TOBIN, pp. 176–177. Précisons que TOBIN oppose une approche basée sur les droits à une approche basée sur la vulnérabilité. Pour lui, cette dernière réduit justement les enfants à des victimes passives, destinataires de charité et mesures de protection. Or, sa vision est due à une compréhension de la vulnérabilité basée uniquement sur l'approche de FINEMAN qui ne valorise pas l'idée de l'autonomie individuelle (voir *supra*, n° 113 et *infra*, n° 186 ; voir aussi COLE, *Political Ambiguity*, p. 269). À propos de la notion de sujets de droit dans une perspective philosophique, voir aussi GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, pp. 305–340.

⁶²⁹ BRODERICK, *Road to Equality*, pp. 21–30 ; CLARK, pp. 210, 214–215 ; DEGENER, p. 1 ; TOBIN, pp. 176–179 ; voir aussi, en lien avec la position des femmes en droit international, OTTO, *Women's rights*, p. 213.

⁶³⁰ Art. 12 CDE.

⁶³¹ Art. 12 CDPH ; voir aussi CLARK, pp. 210, 214–216, au sujet du changement de paradigme que représente cette disposition et de ses conséquences pour les droits de l'enfant.

⁶³² MCGARRY/AGARIN, p. 1795 ; voir aussi O'CONNELL, *Political Equality*, pp. 266–268, 271.

certain groupe »⁶³³. Précisons qu'un stéréotype ne véhicule pas nécessairement un jugement de valeur négatif⁶³⁴. À l'inverse, le stigma est, par définition, négatif⁶³⁵. La stigmatisation est étroitement liée à une certaine réprobation, marginalisation et exclusion sociale⁶³⁶. Précisons que nous mentionnons souvent les deux termes conjointement, puisqu'ils sont fortement liés.

Le risque de stéréotypisation et de stigmatisation souvent évoqué en doctrine⁶³⁷ est notamment dû au fait que la vulnérabilité continue, comme nous l'avons vu, à être associée à la faiblesse, la fragilité, l'impuissance (*powerlessness*), malgré les efforts de « positivisation » dans la littérature⁶³⁸. À titre d'exemple, de nombreuses personnes s'engageant pour les droits des personnes en situation de handicap rejettent la notion de vulnérabilité, qu'elles conçoivent comme stigmatisante, dévalorisante et affaiblissante (*disempowering*)⁶³⁹. Précisons toutefois que la vulnérabilité a, à son tour, remplacé d'autres notions, perçues comme trop négatives après une certaine période de succès, comme la marginalité, la précarité et l'exclusion⁶⁴⁰. Dans ce contexte, de manière quelque peu paradoxale, la vulnérabilité a justement été décrite comme préférable parce qu'elle permet de décrire non pas un état figé, mais des processus, englobant tant le risque d'une atteinte que les capacités d'y faire face⁶⁴¹.

Le risque de stéréotypisation ou de stigmatisation a tout particulièrement été souligné en lien avec la notion de groupes vulnérables⁶⁴². L'expression « groupes vulnérables » limiterait la vulnérabilité aux membres de ceux-ci⁶⁴³, renforçant ainsi la conception erronée selon laquelle l'invulnérabilité serait la

⁶³³ COOK/CUSACK, p. 9 (notre traduction) ; voir aussi BREMS/TIMMER, p. 2. Une définition plus minimaliste est également possible : ainsi, PERONI/TIMMER décrivent les stéréotypes comme des « conceptions sur des groupes de personnes » (PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 40 [notre traduction]) et des « conceptions largement acceptées sur des groupes de personnes » (TIMMER, *Stereotyping*, p. 708 [notre traduction]). La définition de COOK/CUSACK est par ailleurs citée par la juge MOTOC dans l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, requête n° 17484/15, 25 juillet 2017, op. diss. MOTOC, § 2.

⁶³⁴ BREMS/TIMMER, p. 2 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 41 ; voir toutefois SOLANKE, p. 20.

⁶³⁵ SOLANKE, pp. 18–23.

⁶³⁶ SOLANKE, pp. 18–24 ; voir, plus généralement, *idem*, pp. 28–38.

⁶³⁷ COLE, *Political Ambiguity*, p. 261 ; GILSON, pp. 118, 127–129 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, p. 36 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1072–1073.

⁶³⁸ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 261, 265–269 ; voir aussi *supra*, n° 134.

⁶³⁹ BERNARDINI, *Dangerous Liaisons*, pp. 101–102 ; HERRING, *Vulnerable Adults*, pp. 35–36 ; LEACH SCULLY, pp. 217–220.

⁶⁴⁰ BARRANCO AVILÉS/CHURRUCA MUGURUZA, pp. 18–19 ; BRODIEZ-DOLINO, *Opérateur*, pp. 19–22 ; SOULET, *Prudence*, p. 14.

⁶⁴¹ BRODIEZ-DOLINO, *Opérateur*, pp. 20–22.

⁶⁴² FINEMAN, *Identities*, pp. 1750, 1754 ; FINEMAN, *Responsive State*, pp. 27–28 ; LUNA, pp. 133–135.

⁶⁴³ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 16.

norme pour la majorité de la population. Ce faisant, elle contribuerait à maintenir, voire à accentuer, les stéréotypes négatifs attachés à la fois aux populations ou groupes concernés⁶⁴⁴ et à la vulnérabilité elle-même⁶⁴⁵.

157 De plus, la catégorisation en groupes est nécessairement simplificatrice et tend donc à la fois à effacer des différences à l'intérieur d'un groupe social et à exagérer les différences entre les membres du groupe d'une part, et les autres membres de la société d'autre part⁶⁴⁶. Le risque de dépeindre certaines parties de la population – souvent des groupes minoritaires – comme étant homogènes est aussi appelé « essentialisme »⁶⁴⁷. Le fait de considérer certains groupes ou catégories de personnes comme étant vulnérables « par définition » fait courir un tel risque d'essentialisme, puisqu'il tend à faire oublier que toutes les personnes appartenant à cette catégorie – par exemple, toutes les mineures ou toutes les personnes roms – ne sont pas vulnérables de la même manière⁶⁴⁸. Un autre risque, étroitement lié au premier, est celui de l'altérisation (*othering*)⁶⁴⁹. Le phénomène de l'altérisation consiste à exagérer les différences entre « la » population majoritaire et une minorité, à distinguer « l'exception » de « la norme », en la dépeignant comme suspecte, inférieure, problématique⁶⁵⁰, menant à sa marginalisation, voire à son exclusion de la société⁶⁵¹. Les deux phénomènes – essentialisme et altérisation – vont souvent de pair et se renforcent mutuellement.

158 Ces critiques précèdent l'émergence de la notion de groupes vulnérables et n'y sont pas limitées⁶⁵² ; la critique de l'essentialisme, en particulier, a déjà joué un rôle dans le développement de l'intersectionnalité comme cadre théorique⁶⁵³.

⁶⁴⁴ FINEMAN, *Identities*, p. 1750 ; FINEMAN, *Responsive State*, pp. 27–28.

⁶⁴⁵ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 16.

⁶⁴⁶ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 16.

⁶⁴⁷ Voir PHILIPPS, pp. 47–58, pour une analyse de cette notion.

⁶⁴⁸ Voir aussi BÉAL, pp. 180–184 ; BESSON, *Vulnérabilité*, p. 70 ; BLONDEL, n° 220.

⁶⁴⁹ Le terme trouve ses origines dans les études postcoloniales, en particulier dans les travaux de Gayatri Chakravorty SPIVAK (voir SPIVAK, pp. 247–257).

⁶⁵⁰ BAER, pp. 61–63.

⁶⁵¹ Voir, en lien avec les violences en raison du genre, BAER, pp. 56–76 ; MONTOYA/ROLANSEN AGUSTÍN, pp. 534–557 ; s'agissant des personnes migrantes, voir FURUSHO, pp. 124–129.

⁶⁵² À propos du risque d'altérisation en lien avec les violences domestiques, voir *infra*, n°s 819–821.

⁶⁵³ Voir en particulier CRENSHAW, *Mapping*, pp. 1296–1299 ; HARRIS, pp. 602–614 ainsi que, plus récemment, LUDVIG, p. 246. Des auteures appartenant au courant poststructuraliste, comme FINEMAN, ont utilisé la critique de l'essentialisme pour plaider l'abandon de catégories identitaires. Or, la critique de HARRIS et de CRENSHAW, parmi d'autres, est que cette tendance est elle-même essentialiste puisqu'elle a érigé l'expérience des femmes blanches de la classe moyenne en l'expérience de « la » femme par excellence (CRENSHAW, *Mapping*, pp. 1296–1298 ; HARRIS, pp. 602–605).

Le terme d'intersectionnalité a été consacré par Kimberlé CRENSHAW pour théoriser l'expérience différente vécue par les femmes racisées par rapport aux femmes blanches, et critiquer l'approche essentialisante du droit qui tendait à rendre les femmes racisées invisibles⁶⁵⁴. Par la suite, le concept a été étendu au-delà de la triade classique de genre, « race » et classe⁶⁵⁵ et a été appliqué à diverses autres intersections⁶⁵⁶. Or, tandis que l'approche des études intersectionnelles consiste à étudier les interactions entre les différentes identités d'une personne, l'approche de la vulnérabilité universelle, proposée par FINEMAN et d'autres qui ont théorisé la vulnérabilité, se veut « post-identitaire »⁶⁵⁷. FINEMAN est probablement une des auteures les plus opposées à l'identification de groupes vulnérables, qualifiant cette pratique même de « ségrégation »⁶⁵⁸.

Ces risques peuvent être réduits en soulignant le caractère dynamique de la vulnérabilité, qui n'est pas figée, mais varie en fonction des circonstances⁶⁵⁹. La reconnaissance de son caractère dynamique, relatif et relationnel évite de « labéliser » des personnes comme vulnérables et donc, de les stéréotyper⁶⁶⁰. Certaines ont alors proposé des formulations telles que « plus que normalement vulnérable » pour souligner l'aspect gradué, relatif et dynamique de la vulnérabilité particulière⁶⁶¹. Florencia LUNA estime par ailleurs qu'il faudrait toujours parler des « circonstances qui rendent les personnes vulnérables » pour éviter de stigmatiser les personnes décrites comme vulnérables⁶⁶². Si cette proposition paraît peu praticable d'un point de vue linguistique, LUNA suggère également une image intéressante de « couches » (« layers ») ou degrés de vulnérabilité que les individus acquièrent et perdent au long de leur vie⁶⁶³. Cela reflète à la fois la multiplication des sources de vulnérabilité et leur interaction

⁶⁵⁴ Voir en particulier CRENSHAW, *Demarginalizing*, pp. 139–167 ; CRENSHAW, *Mapping*, pp. 1241–1299.

⁶⁵⁵ CRENSHAW, *Demarginalizing*, pp. 139–167 ; CRENSHAW, *Mapping*, pp. 1241–1299.

⁶⁵⁶ DAVIS, pp. 71–75 ; LUTZ/HERRERA VIVAR/SUPIK, pp. 2–4. Parmi les intersections qui ont été citées figurent l'orientation sexuelle, l'origine ethnique, le statut migratoire, le handicap et l'âge (DAVIS, p. 75 et les réf. cit. ; LUTZ/HERRERA VIVAR/SUPIK, pp. 2–4). La prolifération de catégories identitaires a d'ailleurs été qualifié de « talon d'Achilles » de l'intersectionnalité (LUDVIG, p. 247).

⁶⁵⁷ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 17–18, 21. Sur l'opposition entre l'approche post-structurelle telle que défendue par FINEMAN et l'intersectionnalité, voir en particulier DAVIS, pp. 73–74.

⁶⁵⁸ FINEMAN, *Identities*, p. 1754.

⁶⁵⁹ BEDFORD, pp. 16–18 ; CASALINI, pp. 37–45 ; MACKENZIE, p. 50 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1073–1074.

⁶⁶⁰ LUNA, p. 133 ; voir aussi PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1073 ; voir aussi *supra*, n° 144 et *infra*, n° 795.

⁶⁶¹ COLE, *Political Ambiguity*, p. 266 (notre traduction) ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 7.

⁶⁶² LUNA, pp. 128–129 (notre traduction).

⁶⁶³ LUNA, pp. 128–129.

– correspondant à l'idée de l'intersectionnalité des différentes identités – mais représente aussi le caractère changeant et dynamique de la vulnérabilité⁶⁶⁴.

c) Le risque de hiérarchisation des vulnérabilités

160 La vulnérabilité particulière, par définition, signifie que certaines personnes sont plus vulnérables que d'autres, ce qui risque de créer des hiérarchies de vulnérabilité⁶⁶⁵. Cela peut même avoir pour effet de créer une certaine compétition entre les personnes qualifiées de vulnérables, afin de déterminer lesquelles sont les plus vulnérables, et donc celles qui « méritent » davantage de protection. En effet, l'idée de la vulnérabilité universelle et non pas particulière était justement d'éviter ce genre de risques :

« The assumption of vulnerability as a new public spotlight of action seems to move from the idea that this historical phase is over and that – at least in the Western democracies – it is possible to rethink politics and institutions on the basis of a new inclusive universalism. This perspective starts from the observation that the < politics of identity > [...], which has led to the recognition of many minority rights, today risks turning in on itself, by placing in constant competition with each other the different social groups bearing requests for recognition »⁶⁶⁶.

161 Par ailleurs, le fait d'accorder trop d'importance à la vulnérabilité particulière et à sa distribution inégale peut aussi fragiliser la situation de personnes qui ne sont pas considérées comme « suffisamment vulnérables » pour être protégées par une mesure donnée, un résultat qui devrait être qualifié de « vulnérabilité pathologique » dans la terminologie de MACKENZIE, ROGERS et DODDS⁶⁶⁷. Une telle dynamique peut par exemple être observée dans le domaine de l'asile : si la Cour européenne des droits de l'homme a parfois qualifié les personnes requérantes de l'asile en tant que telles de particulièrement vulnérables, plus souvent, elle n'a constaté des obligations positives accrues qu'envers certains requérants d'asile considérés encore plus vulnérables, comme les mineures ou

⁶⁶⁴ Voir aussi COLE, *Verbicide*, p. 136.

⁶⁶⁵ Ce risque est également une des raisons pour lesquelles FINEMAN en tant qu'adepte de la vulnérabilité universelle évite de concéder qu'il y a des degrés ou niveaux de vulnérabilité différents (voir aussi COLE, *Political Ambiguity*, p. 267).

⁶⁶⁶ RE, *Challenge*, pp. 9–10.

⁶⁶⁷ MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 9, 12–13, 17, 32 (notre traduction) ; voir aussi DODDS, pp. 182, 191, 197–201 ; MACKENZIE, pp. 40, 46, 55 ; ROGERS, p. 84 ; voir aussi *supra*, n° 104.

les familles avec enfants en bas âge⁶⁶⁸. Le résultat correspond à un « nivellement vers le bas » (*race to the bottom*) dans la protection des droits humains, un phénomène qui peut être observé en lien avec le régime d’asile européen commun⁶⁶⁹, sans y être limité⁶⁷⁰.

5) Appréciation

Dans cette section, nous avons examiné de manière plus approfondie les concepts de vulnérabilité universelle d’une part, et de vulnérabilité particulière d’autre part. La littérature traite souvent de la tension entre les deux concepts, qui sont parfois même présentés comme mutuellement exclusifs. Or, force est de constater que les deux concepts ont leur utilité : l’idée de la vulnérabilité universelle permet de reconnaître qu’il ne s’agit pas là d’un phénomène de marge, qui ne concernerait que certaines franges de la population, mais d’une question qui concerne tous les individus et la société dans son ensemble. Cela permet d’une part d’éviter des stéréotypes ou stigmatisations liés à cette qualification, et d’autre part de fonder des politiques publiques universelles. 162

Néanmoins, il n’est pas possible de faire l’économie de l’expression de la vulnérabilité particulière. Pour que la vulnérabilité puisse pleinement déployer son potentiel normatif, il est en effet indispensable de reconnaître qu’il existe des différences de vulnérabilité, parfois conséquentes, d’une personne à l’autre. Cette reconnaissance constitue alors le point de départ pour des mesures spécifiques visant à remédier à ces vulnérabilités. 163

L’analyse de la littérature montre que certaines auteures sont très réticentes à accepter l’idée de vulnérabilités particulières, craignant que celles-ci relativisent indûment leur postulat fondamental du caractère universel de la vulnérabilité. C’est notamment le cas de FINEMAN, qui insiste beaucoup sur ce point ; tout au plus accepte-t-elle que l’expérience de vulnérabilité est particulière ; plus récemment, elle aurait même considéré que ce n’est pas la vulnérabilité, mais seule la résilience qui varie⁶⁷¹. Sa position indique le lien 164

⁶⁶⁸ Pour une analyse de la jurisprudence, voir *infra*, n^{os} 461–487 ; voir aussi BOITEUX-PICHERAL, p. 12 ; FURUSHO, pp. 124–129.

⁶⁶⁹ COSTELLO/HANCOX, pp. 383–384.

⁶⁷⁰ CHATTON, p. 234 ; FOCARELLI, pp. 418–419, 452 ; PETRY, p. 204. À propos de la création de hiérarchies entre différents degrés de vulnérabilités et de ses risques, voir aussi BOITEUX-PICHERAL, pp. 12–13 ; PALANCO, p. 53 (en lien avec la jurisprudence de la Cour) ; NIVARD, CEDS, p. 117 (en lien avec la pratique du CEDS).

⁶⁷¹ Voir *infra*, note 695.

étroit entre vulnérabilité et résilience. La relation entre ces deux notions, et le lien avec la notion de risque, mérite d'être approfondi.

B. La vulnérabilité, le risque et la résilience

165 Nous avons vu ci-dessus que la vulnérabilité a été décrite comme la possibilité d'être affectée par un évènement adverse⁶⁷². Dans cette définition, deux notions sont sous-jacentes : le risque et la résilience. Quelques réflexions au sujet de ces deux notions, qui, à l'instar de la vulnérabilité, se sont aujourd'hui imposées dans diverses disciplines⁶⁷³, s'avèrent donc opportunes.

166 De manière quelque peu schématique, le risque peut être défini comme la probabilité qu'un aléa, aux conséquences généralement négatives, se réalise⁶⁷⁴. Deux éléments sont donc présents : un facteur de probabilité et un préjudice, mal ou dommage. Cette description le montre : la notion de risque n'est pas l'équivalent de celle de danger, mais exprime l'idée qu'un danger peut être prévu⁶⁷⁵. Ainsi, dans une perspective historique, l'émergence de la notion de risque a été intrinsèquement liée à l'apparition des assurances maritimes pour les navires marchands au Moyen Âge, elle-même expression qu'un danger pouvait, si ce n'est peut-être pas maîtrisé, en tout cas être chiffré et géré⁶⁷⁶. Pendant les Lumières, la « laïcisation » des dangers ou des catastrophes s'accélère : des évènements dévastateurs comme des tremblements de terre ou des éruptions volcaniques sont de moins en moins considérés comme des actes, voire des punitions divines, mais comme des phénomènes *naturels*⁶⁷⁷. Parallèlement, émerge alors l'idée que ces aléas – et leur impact – sont calculables, mesurables et – surtout – maîtrisables⁶⁷⁸. La notion même de risque est révélatrice de cette évolution : « risque n'est pas synonyme de catastrophe, mais d'anticipation de la catastrophe »⁶⁷⁹.

⁶⁷² Voir *supra*, n° 131.

⁶⁷³ BRODIEZ-DOLINO, Concept, pp. 1–8 ; voir aussi Becerra, n°s 35–50.

⁶⁷⁴ Voir p. ex. DICTIONNAIRE LAROUSSE (<https://www.larousse.fr> [31.10.2021]) ; voir aussi SIRVEN, p. 16 ; WILKINSON, pp. 38–40.

⁶⁷⁵ WILKINSON, pp. 14–22, 25–27, 38.

⁶⁷⁶ WILKINSON, pp. 17–18.

⁶⁷⁷ BECERRA, n° 22 ; QUENET, pp. 21–23.

⁶⁷⁸ BECERRA, n° 22 ; QUENET, pp. 19–23 ; WILKINSON, pp. 17–18, 38–40.

⁶⁷⁹ BECK, p. 67 (traduction reprise de QUENET, pp. 12–13).

Ainsi, le risque se caractérise par le fait que la probabilité qu'un évènement ou aléa se réalise, ses conséquences et son impact sur les structures ou populations qui en sont potentiellement affectées peuvent être déterminées⁶⁸⁰. Dans ce contexte apparaît alors la vulnérabilité, une notion qui a graduellement pris de l'ampleur à partir des années 1970, au point d'être aujourd'hui qualifiée d'élément central des études du risque et d'autres disciplines liées, comme les études du changement climatique⁶⁸¹. Comprise d'abord comme la simple *exposition* physique à un risque, la notion de vulnérabilité s'est complexifiée avec l'avènement de la sociologie des risques, qui a inspiré à son tour les sciences naturelles⁶⁸². Émergeant au cours des années 1970, la sociologie des risques a graduellement remis en question l'approche basée sur les aléas (*hazard-oriented approach*) prévalant dans les sciences naturelles au profit d'une approche basée sur la vulnérabilité, mettant au centre des préoccupations la capacité des populations et individus d'anticiper des risques et de réagir face à ceux-ci⁶⁸³. Cette évolution a également mené à une conception plus complexe de la vulnérabilité, comprise non seulement comme l'interaction entre l'exposition à un aléa, sa probabilité et son intensité, mais tenant aussi compte de la capacité sociale, économique et politique d'anticiper un aléa, d'y faire face et d'en atténuer l'impact⁶⁸⁴. Ces deux derniers éléments sont compris dans la notion de résilience.

La notion de résilience provient à l'origine des études techniques des matériaux, puis des études environnementales⁶⁸⁵. Définie par celles-ci comme « la capacité d'un système écologique à absorber des changements et à se maintenir »⁶⁸⁶, la résilience assume aujourd'hui une signification plus étendue et est en particulier fréquemment appliquée à des systèmes sociaux, mais aussi à des populations, voire des individus⁶⁸⁷. Elle couvre à la fois la capacité

⁶⁸⁰ CARDONA ET AL., p. 69 ; SIRVEN, p. 16 ; WILKINSON, pp. 38–40.

⁶⁸¹ BIRKMANN, p. 9.

⁶⁸² BECERRA, n^{os} 23–30 ; CARDONA, pp. 39–40 ; MISZTAL, pp. 15–50. Pour une analyse des interactions, et limites de celle-ci, entre les sciences naturelles et les sciences sociales s'intéressant à la question du risque, voir en particulier CARDONA, pp. 39–50.

⁶⁸³ BECERRA, n^{os} 23–26 ; BIRKMANN, pp. 10–12 ; FRERKS/WARNER/WEIJS, pp. 105, 107–109 ; WILKINSON, pp. 38–42.

⁶⁸⁴ FRERKS/WARNER/WEIJS, p. 106 ; MISZTAL, p. 18 ; THOMAS, pp. 65–66 ; WISNER ET AL, p. 11 (voir aussi *idem*, pp. 6–41, montrant que cette vision plus complexe implique également d'analyser les processus politiques et sociétaux créant ou renforçant ces vulnérabilités).

⁶⁸⁵ BECERRA, n^o 36 ; THOMAS, p. 38.

⁶⁸⁶ BECERRA, n^o 36.

⁶⁸⁷ BECERRA, n^{os} 36–41 ; BIRKMANN, p. 22 ; CARDONA ET AL., p. 70 ; FRERKS/WARNER/WEIJS, p. 106 ; WISNER ET AL., pp. 14, 24–25.

de « faire face » (*coping*) et celle de s'adapter, c'est-à-dire d'effectuer des modifications à plus long terme afin d'être mieux préparée pour des risques futurs⁶⁸⁸. Une autre définition, provenant de la psychologie, est la capacité à surmonter une blessure⁶⁸⁹.

169 Ces éléments nous permettent de concevoir la vulnérabilité comme le résultat de l'interaction d'au moins deux facteurs, à savoir l'exposition à un risque et la résilience⁶⁹⁰. Ce constat vaut pour la notion de vulnérabilité universelle, qui peut être qualifiée comme le fait que nous sommes toutes exposées à des risques tout au long de notre vie et que, partant, nous ressentons un « besoin universel de résilience »⁶⁹¹. Il est également valable pour la notion de vulnérabilité particulière, qui exprime le fait que les individus diffèrent quant à leur exposition à des risques et quant aux moyens de résilience pour y faire face⁶⁹². Dans une perspective structurelle, la vulnérabilité permet d'analyser comment ces différences sont créées, ou renforcées, par des dynamiques de pouvoir politiques, sociales ou économiques⁶⁹³.

170 À ce propos, certaines auteures privilégient la notion de résilience à celle de vulnérabilité, une préférence qui s'expliquerait par le fait que la résilience met l'accent non pas sur le problème, mais sur les solutions, et serait ainsi moins négativement connotée que la vulnérabilité⁶⁹⁴. Par ailleurs, FINEMAN s'en sert pour résoudre le paradoxe entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière. En effet, pour FINEMAN, la résilience est le concept qui permet d'insister sur la vulnérabilité universelle tout en acceptant les différences entre

⁶⁸⁸ BECERRA, n° 10 ; CARDONA ET AL., pp. 74–76 ; LOTZ, pp. 49–50 ; THOMAS, pp. 65–66. Précisons toutefois que certaines se réfèrent à ces éléments pour définir non pas la résilience, mais la vulnérabilité (voir p. ex. WISNER ET AL., p. 11 : « the characteristics of a person or group and their situation that influence their capacity to anticipate, cope with, resist and recover from the impact of [...] an extreme [...] event or process »).

⁶⁸⁹ BRODIEZ-DOLINO, Concept, p. 2.

⁶⁹⁰ BIRKMANN, p. 26 ; MISZTAL, p. 21. Il ne s'agit toutefois que d'une manière parmi d'autres de comprendre la vulnérabilité, qui peut compléter, mais pas remplacer, les autres facettes de cette notion, dont certaines sont abordées dans ce chapitre.

⁶⁹¹ FINEMAN, Responsive State, pp. 31–32 (notre traduction).

⁶⁹² ROGERS/MACKENZIE/DODDS, p. 12.

⁶⁹³ Voir p. ex. CARDONA, pp. 42–43 ; CUOMO, pp. 693–695 ; WISNER ET AL, pp. 6–41.

⁶⁹⁴ BAGATTINI/GUTWALD, p. 208 ; BARROCA/DI NARDO/MBOUMOUA, n°s 10–17 ; FRERKS/WARNER/WEIJS, pp. 109–144 ; MORONDO TARAMUNDI, Paradigma, p. 207.

les individus⁶⁹⁵. Cette tentative est compréhensible au vu de son postulat de base – que la vulnérabilité est universelle – et est cohérente avec sa théorie. Elle n’est toutefois pas convaincante, faute de tenir compte de l’autre composante de la vulnérabilité, à savoir le risque. En effet, comme nous venons de le voir, ce n’est pas seulement la résilience qui varie, mais aussi la vulnérabilité, comprise comme l’interaction de ces deux éléments – le risque et la résilience⁶⁹⁶.

Les notions de risque et de résilience sont toutefois loin d’être incontestées. 171
Ainsi, BOEHRINGER et FERRARESE critiquent la notion de risque parce qu’elles considèrent qu’elle renvoie à une « prédisposition des populations à être affectées par un évènement préjudiciable externe », sous-entendant certaines populations seraient « destinées » à être vulnérables⁶⁹⁷. À titre d’illustration, elles citent des études de criminologie des années trente et quarante qui auraient essayé de déterminer ce qui constitue une victime typique, contribuant ainsi à « blâmer les victimes »⁶⁹⁸. FINEMAN rejette la notion de risque pour une autre raison : pour elle, cette dernière est trop étroite, trop concentrée sur des préjudices et dommages spécifiques⁶⁹⁹. Son opposition à la notion de risque rejoint donc celle des « groupes vulnérables », et, plus généralement, de la vulnérabilité particulière⁷⁰⁰.

S’agissant de la notion de résilience, certaines auteures craignent qu’elle 172
attribue une responsabilité individuelle à la personne vulnérable pour la situation dans laquelle elle se trouve⁷⁰¹. La notion de résilience mettrait donc

⁶⁹⁵ FINEMAN, *Identities*, p. 1754. Sur cette question, la position de Fineman fluctue quelque peu. Si elle affirme parfois que la vulnérabilité est universelle, mais que son expérience est particulière (p. ex. FINEMAN, *Identities*, p. 1754), elle aurait également indiqué que seule la résilience est particulière (voir MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, p. 215, citant des propos tenus oralement). Dans ses écrits récents, elle semble plus ouverte à la vulnérabilité particulière (voir not. FINEMAN, *Inequality*, pp. 143–144).

⁶⁹⁶ Voir *supra*, n° 169.

⁶⁹⁷ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14. Pour une critique de la notion du risque en tant que notion servant à maintenir, plutôt qu’à remettre en question, les structures de pouvoir en place, voir aussi WILKINSON, pp. 79–97.

⁶⁹⁸ BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14. À propos du phénomène consistant à blâmer des victimes, voir en particulier COLE, *Verbicide*, pp. 137–152 ; voir aussi *infra*, n° 971.

⁶⁹⁹ FINEMAN, *Elderly*, pp. 105–106 ; voir aussi *supra*, n° 110, 158.

⁷⁰⁰ FINEMAN, *Elderly*, pp. 105–106. Précisons toutefois que sa critique de la notion de risque se distingue aussi de celle de la vulnérabilité particulière. S’agissant du risque, elle critique en effet aussi l’idée, inhérente au concept de risque, que celui-ci pourrait être « identifié, prévu, anticipé et géré » (FINEMAN, *Elderly*, pp. 105–106 [note traduction]).

⁷⁰¹ À propos de ce danger, BOEHRINGER et FERRARESE considèrent que « [l]e fantôme de l’idée d’une responsabilité de la personne < vulnérable > vis-à-vis de sa propre vulnérabilité plane aujourd’hui encore dans les utilisations psychologiques ou managériales de l’idée de coping, ou dans celle de résilience, définies *a contrario* comme la capacité à éviter un tort éventuel, à le supporter, ou à le compenser » (BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14) ; voir aussi RE, *Challenge*, p. 6 ; THOMAS, pp. 65–66.

une pression sur les individus de « manager », ou gérer, leurs vulnérabilités⁷⁰². Or, cette peur est due à une vision de la résilience comme ayant essentiellement trait aux caractéristiques personnelles de chaque individu. Au contraire, la résilience doit néanmoins être comprise dans un sens bien plus large. En effet, elle englobe l'ensemble des ressources qu'un individu peut mobiliser face à un risque, qu'elles soient d'ordre matériel, psychologique, social ou autre⁷⁰³. À cet égard, FINEMAN distingue cinq types de ressources : physiques (comprenant des biens financiers ou autres biens matériels) ; humaines (par exemple, notre éducation) ; sociales (notamment notre réseau social et familial, mais aussi des institutions comme les syndicats ou associations) ; environnementales (dépendant de notre environnement naturel ou construit) et existentielles (comprenant la religion, l'art ou la culture)⁷⁰⁴.

173 Les ressources qu'une personne peut mobiliser varient en fonction des « relations sociales et des modèles historiquement enracinés de discrimination, d'inégalités sociales ou d'accès aux ressources (au sens général) et de déséquilibre des pouvoirs », autant de facteurs influant sur sa vulnérabilité⁷⁰⁵. C'est un aspect crucial, puisqu'il permet d'éviter les risques liés à une compréhension trop individualiste de la résilience⁷⁰⁶. Dans cette perspective, la pauvreté est à la fois le résultat de relations de pouvoir et de conditions

⁷⁰² Voir aussi BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14 ; FRERKS/WARNER/WEIJS., pp. 114–117.

⁷⁰³ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 13–14 ; FINEMAN, *Law and Politics*, p. 22 ; MACKENZIE, p. 46 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 15.

⁷⁰⁴ Voir FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 13–14 ; FINEMAN, *Inequality*, p. 146 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 22–23. FINEMAN se base sur une liste établie par KIRBY, pp. 55–56.

⁷⁰⁵ BECERRA, n° 10.

⁷⁰⁶ Voir aussi LOTZ, p. 57. Une vision individualiste se retrouve par exemple dans BAGATTINI/GUTWALD. Partant de leur vision, les auteures arrivent à la conclusion logique que la « résilience n'est que la deuxième meilleure stratégie [...], puisqu'elle ne permet pas de combattre les causes structurelles » de la pauvreté infantile (BAGATTINI/GUTWALD, p. 214 [notre traduction]).

structurelles, et un facteur qui contribue à exacerber la vulnérabilité, parce qu'elle signifie l'absence de ressources suffisantes ou adéquates⁷⁰⁷.

Comprise dans ce sens large, la résilience permet de justifier pourquoi la société et l'État sont responsables pour répondre à notre vulnérabilité. En effet, les institutions étatiques ou sociétales – que FINEMAN comprend au sens large, incluant par exemple aussi la famille⁷⁰⁸ – jouent un rôle important, plus ou moins direct, dans la distribution de ces ressources, et donc dans la production de la résilience sociale, politique et économique⁷⁰⁹. Partant, « le succès et l'échec sont socialement structurés et dépendent étroitement de l'interaction d'un individu avec les structures politiques et les institutions que la société a construites »⁷¹⁰. L'État, quant à lui, est responsable de créer des institutions, mais aussi de réguler les institutions existantes afin qu'elles soient réellement accessibles à toute personne, et d'éviter que certains individus ou groupes ne soient indûment privilégiés⁷¹¹. Il lui incombe par ailleurs d'assurer la pérennité des institutions, étatiques et autres, qui sont vulnérables à leur tour⁷¹².

Loin de mettre la responsabilité et faute sur l'individu, les notions de risque et de résilience permettent ainsi de comprendre les implications sociétales de la

⁷⁰⁷ La pauvreté comme source de vulnérabilité ne constitue toutefois qu'un lien parmi d'autres entre ces deux concepts. Ainsi, dans les études de la pauvreté chronique, nous discernons diverses utilisations de la vulnérabilité, qui peuvent être regroupées en trois catégories. Un premier emploi est la *vulnérabilité à la pauvreté*, en d'autres termes, la probabilité pour des individus de tomber en dessous du seuil de pauvreté. Cette utilisation très spécifique de la vulnérabilité vise à identifier les individus proches de la ligne de pauvreté, et d'analyser leurs perspectives. Elle est étroitement liée à un changement de paradigme dans l'appréhension de la pauvreté, en passant d'une vision « statique » à une vision « dynamique ». Au-delà de ce premier usage, la vulnérabilité joue également un rôle dans l'appréhension multidimensionnelle de la pauvreté. Ainsi, un deuxième emploi du terme est *la vulnérabilité aux effets de la pauvreté*, qui met l'accent sur les résultats plutôt que sur le fait de la pauvreté. Dans un troisième sens, la vulnérabilité est conçue comme *cause de la pauvreté* : une vulnérabilité accrue à des chocs externes, qu'ils soient de nature financière ou qu'ils résultent d'un autre événement extérieur, par exemple à une catastrophe naturelle, augmente le risque de tomber en dessous du seuil de pauvreté (sur tous ces éléments, voir MAKOKA/KAPLAN, pp. 15–23 ; PROWSE, pp. 3–34). Précisons enfin que certaines utilisent les deux notions de vulnérabilité et de pauvreté comme synonymes (THOMAS, pp. 65–66).

⁷⁰⁸ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 24. Le fait que la famille soit souvent perçue comme une affaire « privée », alors qu'elle est fortement réglementée par le législateur constitue une critique récurrente chez FINEMAN ; il s'agit aussi de son point de départ pour sa critique de la distinction traditionnelle entre « public » et « privé » (FINEMAN, *Autonomy*, pp. 57–69 ; FINEMAN, *Myths*, pp. 1428–1431 ; FINEMAN, *Responsive State*, pp. 22–27).

⁷⁰⁹ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 24.

⁷¹⁰ FINEMAN, *Law and Politics*, p. 24 (notre traduction).

⁷¹¹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 19–22 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 25–27.

⁷¹² FINEMAN, *Law and Politics*, p. 25. À propos de la vulnérabilité des institutions, voir *infra*, note 1927 et les réf. cit.

vulnérabilité, et aussi de thématiser les manières dont la vulnérabilité est créée ou exacerbée par les structures sociétales.

C. La vulnérabilité, la dépendance et l'autonomie

¹⁷⁶ L'étude de quelques théories-clés qui précède a montré que la dépendance est une notion importante. Cela est particulièrement vrai dans les théories du *care* et la pensée de FINEMAN, qui a indiqué avoir découvert l'idée de la vulnérabilité à travers ses travaux sur la dépendance⁷¹³. Quelques précisions s'imposent donc, s'agissant de la relation entre vulnérabilité et dépendance (1), puis entre dépendance et autonomie (2).

1) La vulnérabilité et la dépendance

¹⁷⁷ Dans les théories fondées sur la vulnérabilité, les notions de dépendance et de vulnérabilité sont parfois utilisées de manière interchangeable⁷¹⁴ ; c'est particulièrement vrai chez GOODIN⁷¹⁵. Or, les deux notions sont clairement distinctes, du moins tant qu'on se réfère à la dépendance dans son sens courant, à savoir le fait de dépendre d'autrui ; la vulnérabilité couvre un éventail de situations bien plus diverses que la dépendance⁷¹⁶.

¹⁷⁸ Comme nous l'avons vu⁷¹⁷, FINEMAN a défini la vulnérabilité comme la « possibilité toujours présente de préjudice, blessure ou malheur »⁷¹⁸ et, plus récemment et de manière plus positive, comme la « susceptibilité au changement »⁷¹⁹. Dans les deux cas, la vulnérabilité est une « ouverture » à des risques qui, lorsqu'ils se matérialisent, peuvent résulter en une situation de dépendance : « notre corporalité [embodied humanity] porte en elle la possibilité toujours constante de la dépendance à la suite d'une maladie [...] ou

⁷¹³ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9.

⁷¹⁴ DODDS, p. 182 et les réf. cit ; LEACH SCULLY, p. 215 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, pp. 4-6 et les réf. cit.

⁷¹⁵ Voir *supra*, n° 92.

⁷¹⁶ DODDS, p. 198 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 9. Voir toutefois LEACH SCULLY, qui considère qu'il est plus utile de réfléchir aux interactions entre les deux notions plutôt que d'essayer de les distinguer (LEACH SCULLY, p. 211).

⁷¹⁷ Voir *supra*, n° 135.

⁷¹⁸ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9 (notre traduction).

⁷¹⁹ FINEMAN, *Limits*, p. 82 (notre traduction). À propos de l'évolution de l'approche chez FINEMAN, voir aussi BEDFORD, pp. 10-11.

d'autres catastrophes d'origine biologique ou physique »⁷²⁰. FINEMAN envisage donc la possibilité de devenir dépendante comme source de vulnérabilité universelle. C'est aussi pour cette raison qu'elle considère que la vulnérabilité universelle est constante, alors que la dépendance ne l'est pas : au contraire, elle varie – et disparaît et réapparaît – au cours d'une vie⁷²¹.

De façon plus importante, la dépendance décrit certaines situations de vulnérabilité particulière⁷²², plus spécifiquement « ces cas de vulnérabilité où [une] personne dépend des soins (*care*) d'autrui »⁷²³. Un état de dépendance peut être dû à différents facteurs : les exemples paradigmatiques sont l'âge et le handicap⁷²⁴. C'est ce que FINEMAN appelle la « dépendance inévitable »⁷²⁵ :

« All of us were dependent as children [on others for resources, care, and support] and many will become so as we age, fall ill, or become disabled »⁷²⁶.

Cette dépendance constitue à son tour une source de vulnérabilité : dépendre d'une autre personne, par exemple pour les actes de la vie quotidienne, ou pour sa survie économique, nous rend vulnérables – à l'égard de la personne en question, notamment⁷²⁷. Nous avons déjà vu que la dépendance comme source de vulnérabilité revient régulièrement en droit⁷²⁸ ; comme nous le verrons encore, c'est également le cas dans la jurisprudence de la Cour EDH⁷²⁹.

De telles dépendances interpersonnelles peuvent être atténuées, voire évitées par une prise en charge adéquate des vulnérabilités particulières, par exemple

⁷²⁰ FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 9–10 (notre traduction). Ce risque peut être mitigé, mais ne peut jamais être éliminé complètement (FINEMAN, *Anchoring Equality*, pp. 8, 17 ; FINEMAN, *Law and Politics*, pp. 20, 22).

⁷²¹ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 11. À partir de la première articulation de sa théorie de la vulnérabilité, FINEMAN distingue ainsi clairement la vulnérabilité de la dépendance. Selon FINEMAN elle-même, son utilisation du concept de « vulnérabilité » par opposition à la dépendance constitue la différence principale avec les théories du *care* (FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 11). Or, cette remarque ne tient pas compte de la diversité des théories du *care*, notamment des plus récentes. DODDS par exemple distingue clairement les deux notions (DODDS, pp. 182–193).

⁷²² Afin d'éviter des confusions, précisons qu'il s'agit ici de notre qualification. En effet, pour FINEMAN, il ne peut pas être question de vulnérabilité particulière, mais plutôt d'expérience particulière de la vulnérabilité.

⁷²³ DODDS, p. 188 (notre traduction).

⁷²⁴ FINEMAN, *Autonomy*, p. 35 ; FINEMAN, *Elderly*, p. 86 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. XI ; WHITNEY, p. 558.

⁷²⁵ FINEMAN, *Elderly*, p. 86 ; FINEMAN, *Myths*, p. 18. Le caractère « inévitable » devrait également montrer que la dépendance est universelle et « ne mérite ni condamnation ni stigmatisation » (FINEMAN, *Myths*, p. 18 [notre traduction]). À propos de la terminologie de FINEMAN, voir aussi *supra*, note 426.

⁷²⁶ FINEMAN, *Elderly*, p. 86 ; FINEMAN, *Myths*, p. 18.

⁷²⁷ DODDS, p. 188 ; KITTAY, p. ex. pp. 33, 57.

⁷²⁸ Voir *supra*, nos 61, 68, 79.

⁷²⁹ Voir *infra*, nos 257–258, 281, 283, 511, 527, 537–539, 549, 562, 785, 793, 802, 1000–1003.

par le biais d'assurances sociales⁷³⁰. C'est pour cette raison que DODDS précise qu'une vulnérabilité physique, par exemple un handicap, ne résulte pas nécessairement en une situation de dépendance⁷³¹. Cela est d'autant plus vrai pour la dépendance secondaire des personnes effectuant des tâches de *care*, qui est avant tout due à un manque de reconnaissance et de prise en charge de ces responsabilités par la société⁷³².

182 Précisons que dans la littérature, la notion de dépendance est aussi parfois utilisée dans un autre sens. Tant la dépendance que la vulnérabilité universelle sont en effet employées comme antonymes de l'autosuffisance, et, dans ce cas bien spécifique, expriment la même idée⁷³³. Il serait alors cependant plus approprié de parler d'*interdépendance*, pour indiquer que les relations sociales ne sont pas à sens unique et que chaque personne dépend, dans une certaine mesure, d'autres personnes⁷³⁴. Cette remarque nous amène à la question de la relation entre dépendance et autonomie.

2) La dépendance et l'autonomie

183 Parmi les antonymes courants de la dépendance figurent non seulement l'indépendance et l'autosuffisance, mais encore l'autonomie. Il n'est donc guère étonnant que dépendance et autonomie soient parfois envisagées comme deux concepts s'excluant mutuellement. Or, la relation entre les deux est plus compliquée qu'il n'y paraît au premier abord, avant tout parce que l'autonomie est elle-même un concept qui se prête à des interprétations diverses et parfois contradictoires⁷³⁵.

184 KITTAY et FINEMAN sont particulièrement critiques à l'égard du concept d'autonomie⁷³⁶. Les deux auteures visent avant tout à valoriser et normaliser

⁷³⁰ DODDS, p. 183 ; voir aussi FINEMAN, *Myths*, pp. 22–23.

⁷³¹ DODDS, pp. 183, 200. En d'autres termes, la dépendance est aussi socialement produite, à savoir que les situations de dépendance résultent souvent d'une interaction entre les facteurs à l'origine de la dépendance et l'absence de réponse adéquate par la société (FINEMAN, *Myths*, pp. 15–23).

⁷³² FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 9 ; FINEMAN, *Autonomy*, pp. 57–70 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. ex. pp. 41, 185 ; KITTAY, *Taking Dependency Seriously*, pp. 11–12 ; voir aussi *supra*, n° 146, au sujet des vulnérabilités pathologiques.

⁷³³ KRÖGER, p. 402 et les réf. cit. ; NUSSBAUM, *Human Functioning*, p. 227.

⁷³⁴ Précisons toutefois que KITTAY s'oppose à l'idée de l'*interdépendance* : d'après elle, ce concept exclut les personnes gravement handicapées, où il n'est plus question de dépendances réciproques (voir p. ex. KITTAY, *Love's Labor*, p. 180 ; pour une analyse, voir KRÖGER, p. 402).

⁷³⁵ Au sujet des différentes conceptions de l'autonomie, voir ANDERSON/HONNETH, pp. 127–145 ; MACKENZIE, pp. 33–59 ; voir aussi LEVINET, pp. 3–18 (en lien avec la jurisprudence de la Cour EDH).

⁷³⁶ Voir déjà *supra*, n° 131.

l'idée d'(inter-)dépendance ou, en d'autres termes, de vulnérabilité universelle⁷³⁷. Elles perçoivent alors l'autonomie comme une « fausse valeur » issue des philosophies politiques classiques et un obstacle à la réalisation de l'égalité substantielle⁷³⁸. Tant pour FINEMAN que pour KITTAY, une définition « inclusive » et complète de la notion de personne humaine nécessite de « non seulement reconnaître, mais encore d'affirmer notre dépendance »⁷³⁹ qui découle de la vulnérabilité corporelle de chaque être humain⁷⁴⁰. Dans cette perspective, KITTAY critique par exemple les approches du handicap focalisées sur l'autonomisation des personnes concernées : pour elle, viser l'autonomie revient à dévaloriser l'état de dépendance inévitable⁷⁴¹.

Cette position a été passablement critiquée, à notre sens avec raison, parce qu'elle nie l'aspiration à l'autonomie de personnes dépendantes, aspiration pourtant légitime⁷⁴². L'autonomisation est par exemple une revendication importante du courant académique des études critiques du handicap⁷⁴³. Pour beaucoup, le fait de soutenir une telle aspiration fait même partie des objectifs du *care* : « la visée éthique du *care* peut ainsi englober l'autonomie des sujets »⁷⁴⁴. Il ne s'agit toutefois pas d'une autonomie absolue ou complète, synonyme d'autosuffisance, mais d'une autonomie relative, repensée en termes relationnels⁷⁴⁵. Cette vision de l'autonomie accepte pleinement l'interdépendance des êtres humains⁷⁴⁶. NUSSBAUM insiste également sur

185

⁷³⁷ FINEMAN, *Anchoring Equality*, p. 8 ; FINEMAN, *Law and Politics*, p. 20 ; FINEMAN, *Myths*, p. 18 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. XII. Pour une comparaison des théories de ces deux auteures, voir p. ex. MACKENZIE, p. 37.

⁷³⁸ Voir en particulier FINEMAN, *Autonomy*, pp. 20–30 ; FINEMAN, *Myths*, pp. 14, 16 ; FINEMAN, *Responsive State*, p. 261 ; KITTAY, *Love's Labor*, p. XII. Pour une analyse critique, voir KOHN, pp. 8–9, 14, ainsi que MACKENZIE, pp. 36–38. KOHN souligne en particulier que FINEMAN n'est pas opposée à l'autonomie individuelle en tant que telle, mais considère que celle-ci ne constitue pas une aspiration légitime (KOHN, p. 14).

⁷³⁹ WHITNEY, p. 555, par rapport au travail de KITTAY.

⁷⁴⁰ KITTAY, *Ethics of care*, pp. 51–52

⁷⁴¹ KITTAY, *Ethics of care*, pp. 51–52.

⁷⁴² KRÖGER, pp. 398–399 et les réf. cit. ; KOHN, pp. 8–9, 14 (au sujet de FINEMAN) ; MACKENZIE, pp. 45–55 ; voir aussi *supra*, n° 113.

⁷⁴³ BERNARDINI, *Dangerous Liaisons*, pp. 101–102 et les réf. cit.

⁷⁴⁴ ZIELINSKI, p. 640 ; voir aussi DODDS, p. 84 ; TRONTO, p. 213. ZIELINSKI insiste que, contrairement à une vision répandue, le *care* « ne se résume pas à donner, mais cherche à solliciter la participation, le choix, et finalement l'action d'autrui. Autrement dit, le *care* est une relation entre deux acteurs – et non entre un sujet actif et un sujet passif (un patient), ce à quoi le réduisent ses détracteurs » (ZIELINSKI, pp. 640–641).

⁷⁴⁵ DODDS, p. 196, 198 ; MACKENZIE, pp. 40–47 ; TRONTO, p. 141 ; ZIELINSKI, p. 641.

⁷⁴⁶ MACKENZIE, p. 43.

l'importance de la recherche d'autonomie relationnelle. Elle considère ainsi que :

« To be sure, nobody is ever self-sufficient; the independence we enjoy is always both temporary and partial, and it is good to be reminded of that fact by a theory that also stresses the importance of care in times of dependency. But [...] I think we need a lot more: liberty and opportunity, the chance to form a plan of life, the chance to learn and imagine on one's own, the chance to form friendships and other political relationships that are chosen and not merely given. These goals are as important for people with mental impairments as they are for others, though much more difficult to achieve »⁷⁴⁷.

186 De plus, comme le dit très justement Nina KOHN : « même ceux qui croient que l'autonomie est surévaluée devraient accepter qu'elle soit quelque chose à laquelle les gens aspirent »⁷⁴⁸. Pour éviter des mesures de protection paternalistes, il est primordial de respecter le désir d'autonomie individuelle⁷⁴⁹. Les travaux de FINEMAN illustrent bien ce risque de paternalisme : lorsqu'elle propose des mesures afin de concrétiser sa théorie de la vulnérabilité, celles-ci visent souvent la sécurité ou la sûreté des individus, et ne tiennent pas compte de la volonté des personnes qu'elles visent à protéger⁷⁵⁰. Ainsi, sa réticence à valoriser l'autonomie individuelle et les droits humains a pour conséquence que les politiques qu'elle propose comportent régulièrement des mesures paternalistes⁷⁵¹. Les suspicions de FINEMAN à l'égard de l'autonomie se reportent aussi sur son attitude face aux droits humains. En effet, comme nous le verrons encore plus en détail, elle porte un regard sceptique sur les droits humains, qu'elle considère comme trop individualistes et pas en mesure d'assurer une égalité substantielle⁷⁵².

⁷⁴⁷ NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 218–219 ; voir aussi TRONTO, p. 141. Notons que NUSSBAUM a été critiquée à son tour pour accorder trop d'importance à l'autonomie individuelle (WHITNEY, p. 570).

⁷⁴⁸ KOHN, p. 15.

⁷⁴⁹ KOHN, p. 11 ; MACKENZIE, pp. 40–41, 47–48. Ce paternalisme est d'ailleurs régulièrement associé au *care*, peut-être en raison d'une vision réductrice de celui-ci (voir *supra*, note 744).

⁷⁵⁰ KOHN, p. ex. pp. 8, 11, 20, analysant en particulier FINEMAN, *Elderly*.

⁷⁵¹ Le risque de paternalisme ressort de l'article où FINEMAN souhaite concrétiser elle-même sa théorie en l'appliquant aux personnes âgées (FINEMAN, *Elderly*, p. 87). Pour une discussion, voir KOHN, pp. 11–21.

⁷⁵² Voir *infra*, n° 198. À propos de l'égalité substantielle, voir *supra*, n° 50.

D. Appréciation

Ce sous-chapitre nous a permis d'examiner de plus près les éléments définitionnels centraux de la notion de vulnérabilité. En premier lieu, nous avons examiné la relation entre vulnérabilité universelle et vulnérabilités particulières. Cette analyse nous a permis de constater que les deux aspects ne s'excluent pas mutuellement, mais se complètent au contraire. La vulnérabilité doit donc être vue à la fois comme une condition universelle, partagée par tous les êtres humains – voire tous les êtres vivants – et comme une condition particulière, qui varie en degré et en intensité, d'une personne à l'autre, mais aussi au cours d'une même vie. 187

L'examen de ces deux notions a également mis en lumière des aspects potentiellement problématiques du concept de vulnérabilité – risque de paternalisme, de stéréotypisation, de hiérarchisation – et des pistes pour les éviter. Ainsi, pour contrer le risque de paternalisme, il est important de reconnaître et favoriser l'agentivité des personnes, à savoir leur capacité d'agir. Celui signifie d'accompagner les personnes en situation de vulnérabilité, favoriser leur voix et leur prise de décision autonome, mais en tout cas pas décider à leur place. Les risques de stéréotypisation, de stigmatisation et d'essentialisation sont, quant à eux, étroitement liés à une vision binaire, qui distinguerait entre des personnes vulnérables et des personnes non vulnérables. Pour atténuer ces risques, il faut garder à l'esprit deux éléments en particulier. Premièrement, la non-vulnérabilité n'existe pas, la vulnérabilité étant, jusqu'à un certain point, universelle. Deuxièmement, la vulnérabilité est une question de degrés, et varie en fonction des circonstances, et ne doit pas être vue comme une étiquette figée ou définitive attachée à certaines personnes ou groupes. Le risque de hiérarchisation, quant à lui, est étroitement lié à des politiques ou règles qui décideraient qui serait « suffisamment » vulnérable pour « mériter » une protection. Partant, ce risque peut, lui aussi, être atténué par une compréhension moins schématique de la vulnérabilité. 188

En deuxième lieu, nous avons analysé les notions de risque et résilience en lien avec la vulnérabilité. Nous avons ainsi constaté que les deux notions sont incontournables pour une bonne compréhension de la vulnérabilité, notamment de la vulnérabilité particulière. Elles permettent ainsi d'identifier plus précisément les différents facteurs de risque et de résilience qui contribuent à 189

accroître et décroître notre vulnérabilité. L'analyse a toutefois aussi indiqué que les deux notions ne sont pas incontestées. Porter une attention excessive au concept de risque peut ainsi mener à une compréhension trop étroite de la vulnérabilité. La résilience, quant à elle, doit être comprise dans un sens large, comprenant non seulement les caractéristiques et ressources d'un individu, mais aussi – et surtout – les facteurs structurels et sociétaux contribuant à la résilience de chaque personne.

¹⁹⁰ En dernier lieu, nous avons examiné la relation entre vulnérabilité, autonomie et dépendance. Cela nous a permis de constater que les notions de dépendance et vulnérabilité sont distinctes, mais liées. Nous avons en particulier identifié la dépendance comme source de vulnérabilité, un élément que nous retrouverons par la suite dans la jurisprudence de la Cour. La juxtaposition de la dépendance et de l'autonomie, quant à elle, nous a permis de constater que la réalité de la dépendance ne devrait pas empêcher l'aspiration à l'autonomie ; mais aussi, que l'autonomie, comprise dans un sens relationnel, n'exclut ni dépendance ni vulnérabilité.

III. La pertinence pour les droits humains

¹⁹¹ Dans les pages qui suivront, nous analyserons d'abord la relation entre les théories abordées dans les deux sections précédentes et les droits humains. Nous verrons que, malgré toutes leurs différences, considérables, ces auteures se rejoignent pour la plupart dans la revendication d'un État « proactif » prenant des mesures pour répondre à la vulnérabilité universelle comme aux vulnérabilités particulières (A). Cela se traduit notamment par des obligations positives, ce qui nous permet de faire le lien avec la jurisprudence de la Cour (B).

A. La relation entre les approches théoriques de la vulnérabilité et les droits humains

¹⁹² Notre objectif pour l'étude des deux sections précédentes était de mieux comprendre la notion de vulnérabilité : non seulement ses – potentielles –

implications normatives⁷⁵³, mais aussi ses significations, en particulier les différences entre vulnérabilité universelle et vulnérabilités particulières, les risques inhérents à ces notions et la relation avec des concepts connexes comme la dépendance et l'autonomie, le risque et la résilience⁷⁵⁴. Ces divers éléments nous seront utiles dans la suite de notre étude, lorsque nous examinerons la manière dont la vulnérabilité a été appréhendée par la Cour EDH⁷⁵⁵. Auparavant, quelques réflexions s'imposent au sujet des liens conceptuels entre vulnérabilité – et les théories que nous venons d'aborder – et droits humains. À ce sujet, précisons tout d'abord que les théories examinées dans les sections précédentes n'ont pas nécessairement été conçues pour justifier les droits humains, mais comme des théories de philosophie politique et morale véhiculant des conceptions de la justice indépendantes, complémentaires et parfois opposées aux droits humains⁷⁵⁶. Néanmoins, comme nous le verrons, elles ont été utilisées pour (ré-)interpréter et justifier les droits humains, parfois par les auteures elles-mêmes, parfois par d'autres s'étant inspirées d'elles. La relation entre ces théories d'une part et les droits humains de l'autre part mérite donc d'être approfondie.

GOODIN ne se positionne pas, dans ses écrits sur le principe de la « protection des vulnérables »⁷⁵⁷, sur la relation entre celui-ci et les droits humains⁷⁵⁸. Notre analyse a montré que sa théorie insiste sur la responsabilité morale et éthique des « agents responsables », qui se trouveraient dans une sorte de position de « paternalisme bienveillant » vis-à-vis des personnes vulnérables⁷⁵⁹. Par conséquent, son approche semble *a priori* en contradiction avec la reconnaissance de droits humains justiciables ; GOODIN lui-même insiste, dans son livre fondateur, que la protection est préférable à la reconnaissance de droits⁷⁶⁰. Cette position doit être quelque peu nuancée. En effet, d'après GOODIN, les situations problématiques sont celles qui mènent à l'exploitation des personnes vulnérables. Celles-ci se caractérisent par des relations de dépendance asymétriques, mettant en jeu les intérêts fondamentaux de la

193

⁷⁵³ Voir *supra*, n^{os} 87–120.

⁷⁵⁴ Voir *supra*, n^{os} 126–190.

⁷⁵⁵ Voir *infra*, chapitres 3 à 8.

⁷⁵⁶ Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 193, 195, 198, 201.

⁷⁵⁷ GOODIN, *Protecting*, p. 14 ; GOODIN, *Responsibilities*, p. 779 (notre traduction).

⁷⁵⁸ À l'inverse, dans des contributions plus récentes, il ne revient pas sur sa théorie de la vulnérabilité (voir en particulier BEITZ/GOODIN, pp. 1–24).

⁷⁵⁹ Voir *supra*, n^{os} 92–96.

⁷⁶⁰ GOODIN, *Protecting*, p. 111 ; voir aussi *supra*, n^o 95.

personne dépendante ou vulnérable⁷⁶¹, l'« agent responsable » détenant un pouvoir discrétionnaire sur la personne vulnérable⁷⁶².

194 Ainsi, selon GOODIN, ces situations de dépendance ne sont plus problématiques lorsque l'« agent responsable » perd son pouvoir discrétionnaire⁷⁶³. Par conséquent, il estime qu'il est préférable que les personnes vulnérables soient dépendantes de l'État et que le pouvoir discrétionnaire de celui-ci soit limité par des règles de droit⁷⁶⁴. C'est ce dernier aspect de la théorie qui se rapproche le plus des droits humains, et pourrait être considéré comme une justification de ceux-ci. Néanmoins, cet aspect ne ressort pas réellement de sa théorie qui privilégie, en définitive, une approche de protection paternaliste où « les vulnérables » sont objets de protection et non pas sujets de droits⁷⁶⁵. Si nous avons tenu à présenter la théorie de GOODIN, c'est avant tout parce qu'elle a mis en lumière l'importance normative de la vulnérabilité et sa composante relationnelle, et parce qu'elle a inspiré d'autres auteurs par la suite. En revanche, les autres théories analysées plus haut sont probablement d'une utilité plus directe pour les droits humains.

195 S'agissant de l'éthique du *care*, il est difficile de faire des observations générales au vu de la diversité considérable d'auteurs et des différences entre elles⁷⁶⁶. Comme nous l'avons indiqué plus haut, certaines auteurs ont explicitement positionné le *care* comme une éthique interpersonnelle, et non pas comme une théorie de la justice⁷⁶⁷. D'autres toutefois, – TRONTO en particulier – ont explicitement souhaité positionner l'éthique du *care* comme fondement d'une théorie de la justice⁷⁶⁸. Certaines auteurs ont explicitement soulevé la

⁷⁶¹ Comme nous l'avons vu plus haut, GOODIN utilise ces termes comme synonymes (voir *supra*, n° 178). Pour GOODIN, les intérêts fondamentaux d'une personne sont en jeu lorsqu'il s'agit de besoins ou intérêts indispensables, qui ne peuvent être satisfaits par d'autres sources ou relations (GOODIN, *Protecting*, pp. 195–196 ; GOODIN, *Welfare State*, pp. 175–176).

⁷⁶² GOODIN, *Protecting*, pp. 195–196 ; GOODIN, *Responsibilities*, p. 785 ; GOODIN, *Welfare State*, p. 176.

⁷⁶³ GOODIN, *Responsibilities*, p. 785.

⁷⁶⁴ GOODIN, *Responsibilities*, p. 785 ; GOODIN, *Welfare State*, pp. 15–17, 184–196.

⁷⁶⁵ Ceci ressort le plus clairement de GOODIN, *Rights*, pp. 153–255, où GOODIN oppose une approche fondée sur des règles et obligations étatiques, soumise à un contrôle démocratique, à une approche fondée sur des droits individuels et justiciables. Nous n'approfondirons pas cet argument, qui n'est pas pertinent pour les besoins de la présente étude. Précisons par ailleurs que notre analyse a trait aux écrits de GOODIN que nous citons et n'a pas vocation à représenter de manière exhaustive la pensée de cet auteur. En effet, GOODIN est également l'auteur d'écrits soulignant l'importance des droits humains, socio-économiques en particulier, où il ne mentionne toutefois plus sa théorie de la vulnérabilité (voir not. BEITZ/GOODIN, pp. 1–24).

⁷⁶⁶ Pour un aperçu, voir PETERSEN, pp. 19–29 ; SANDER-STAUDT, ch. 2.

⁷⁶⁷ HELD, *Human Rights*, p. 635.

⁷⁶⁸ TRONTO, pp. 206–232 ; voir aussi HELD, *Human Rights*, pp. 635–637 et les réf. cit.

question de la relation avec les droits humains⁷⁶⁹. Néanmoins, cette relation a été relativement peu explorée : en effet, les deux approches sont souvent perçues comme étant très différentes, qu'elles soient qualifiées d'opposées ou considérées comme complémentaires⁷⁷⁰. Virginia HELD résume la différence de perspective entre droits humains et éthique du *care* comme suit :

« Rights are primarily against others : governments, and other persons. Care focuses especially on *mutual interests* »⁷⁷¹.

Malgré cette affirmation, HELD voit une complémentarité entre les deux approches : en particulier, elle estime que la généralisation d'une éthique du *care*, en cultivant des valeurs comme la confiance, l'attention et la réciprocité, pourrait favoriser des institutions politiques efficaces et la mise en œuvre effective des droits humains⁷⁷². Carol GOULD va plus loin, en identifiant des valeurs partagées entre les droits humains et le *care* : les deux sont basées sur la « reconnaissance de l'humanité de l'autre » et comportent une idée de responsabilité et de respect pour autrui⁷⁷³. Elle estime par ailleurs que l'éthique du *care* permet, grâce à l'insistance sur les besoins physiques des êtres humains, de renforcer les droits socio-économiques afin d'éviter que ceux-ci restent des droits de « seconde zone »⁷⁷⁴.

Le *care* favorise par ailleurs une analyse contextualisée des droits humains, tenant compte de la vulnérabilité d'une personne et de ses besoins concrets⁷⁷⁵ : dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH, l'attention portée à la vulnérabilité particulière de certaines requérantes a permis d'affiner cette analyse contextualisée, comme nous le verrons plus loin⁷⁷⁶. En raison de l'importance qu'elle accorde au contexte et à la situation concrète des personnes, l'éthique du *care* véhicule une conception asymétrique de l'égalité, justifiant la

⁷⁶⁹ GOULD, *Globalizing*, pp. 42–49, 143–155 ; HELD, *Human Rights*, pp. 629–641.

⁷⁷⁰ GOULD, *Globalizing*, pp. 143–144 ; HELD, *Human Rights*, pp. 635–638 ; MENDUS, pp. 651–652 (proposant une critique du *care* à partir d'une approche fondée sur les droits humains) ; voir toutefois TURNER, p. 68.

⁷⁷¹ HELD, *Human Rights*, p. 635 (nous soulignons).

⁷⁷² HELD, *Human Rights*, p. 641.

⁷⁷³ GOULD, *Globalizing*, pp. 144–145 (notre traduction).

⁷⁷⁴ GOULD, *Globalizing*, p. 146 (notre traduction) ; voir aussi HELD, *Human Rights*, pp. 638, 641. Pour l'expression des droits socio-économiques et culturels comme étant des droits de « seconde zone », vision qu'il réfute fermement, voir CHATTON, p. 81.

⁷⁷⁵ GOULD, *Globalizing*, pp. 44, 46–49 ; HELD, *Human Rights*, p. 636 et les réf. cit.

⁷⁷⁶ La contextualisation est un fil conducteur de la jurisprudence au sujet de la vulnérabilité analysée dans les chapitres 3 à 8.

prise de mesures concrètes visant l'égalité substantielle⁷⁷⁷. Les droits humains, quant à eux, permettent une mise en œuvre concrète, sur le plan individuel, de certains principes du *care*⁷⁷⁸. Les deux approches permettent donc de se réaffirmer et renforcer mutuellement, afin de mieux répondre à la vulnérabilité humaine⁷⁷⁹.

198 La théorie de FINEMAN entretient une relation ambivalente avec les droits humains. D'une part, FINEMAN concède avoir conçu sa théorie de la vulnérabilité en tant que « discours de droits humains subrepticement déguisé pour une audience américaine »⁷⁸⁰. D'autre part, elle se montre très critique envers les droits humains, qu'elle considère comme trop individualistes et limités pour amener de réels changements sociétaux⁷⁸¹. Elle présente sa théorie comme une conception de justice alternative⁷⁸² dont le maître-mot n'est pas l'égalité, mais l'équité⁷⁸³. En cela, elle s'inscrit dans ce que Marie-Bénédicte DEMBOUR a appelé « l'école discursive » des droits humains⁷⁸⁴, faisant partie des auteurs qui reconnaissent les droits humains comme une rhétorique puissante, mais estiment qu'un « projet d'émancipation plus solide »⁷⁸⁵ serait nécessaire⁷⁸⁶. FINEMAN considère en particulier que, contrairement aux droits individuels, sa théorie permet de créer un « État proactif » (« responsive state ») avec des institutions favorisant l'accès aux ressources et créant la résilience⁷⁸⁷. Or, son scepticisme s'explique en tout cas partiellement par sa conception étroite des droits humains⁷⁸⁸, inspirée du contexte états-unien largement caractérisé tant par une conception négative des droits constitutionnels comme étant

⁷⁷⁷ GOULD, *Globalizing*, pp. 46–49. À propos du concept d'égalité substantielle, voir *supra*, n° 50.

⁷⁷⁸ GOULD va jusqu'à s'interroger sur l'utilité de créer un droit humain au *care* à part entière, mais conclut que celui-ci resterait trop vague et difficile à définir ; en fin de compte, l'éthique du *care* semble donc plutôt être, pour elle, une manière d'interpréter et renforcer les droits existants (GOULD, *Interactive Democracy*, pp. 142–147).

⁷⁷⁹ Voir aussi GOULD, *Interactive Democracy*, pp. 142–147 ; TURNER, p. 68.

⁷⁸⁰ FINEMAN, *Responsive State*, p. 9 (notre traduction).

⁷⁸¹ FINEMAN, *Responsive State*, p. 9 ; voir aussi COLE, *Political Ambiguity*, p. 269 ; GREAR, *Embracing*, p. 160 ; MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, p. 212.

⁷⁸² FINEMAN, *Responsive State*, p. 9 ; voir aussi COLE, *Political Ambiguity*, p. 269 ; GREAR, *Embracing*, p. 160 ; MORONDO TARAMUNDI, *Paradigma*, p. 212.

⁷⁸³ FINEMAN, *Inequality*, p. 143 ; FINEMAN, *Limits*, p. 83.

⁷⁸⁴ DEMBOUR, *Human rights*, p. 251 ; DEMBOUR, *Schools*, p. 8 (notre traduction).

⁷⁸⁵ DEMBOUR, *Schools*, p. 8 (notre traduction) ; voir aussi DEMBOUR, *Human rights*, p. 251.

⁷⁸⁶ DEMBOUR, *Human rights*, pp. 247–252 ; DEMBOUR, *Schools*, p. 8. DEMBOUR situe également dans cette tradition Alasdair MACINTYRE (DEMBOUR, *Schools*, p. 17), dont la théorie éthique présente de nombreuses parallèles avec celle de GOODIN analysée plus haut (voir *supra*, n°s 90–96) ; pour une analyse de la pensée de MACINTYRE, voir GILSON, pp. 15–31.

⁷⁸⁷ FINEMAN, *Inequality*, pp. 146–149 ; FINEMAN, *Responsive State*, pp. 9–10.

⁷⁸⁸ Ceci ressort p. ex. de FINEMAN, *Identities*, pp. 1733–1734. Pour la même lecture de FINEMAN, voir aussi GREAR, *Embracing*, p. 160.

principalement des droits d'abstention que par leur absence, en règle générale, d'effet horizontal⁷⁸⁹.

En dépit de la position défendue par FINEMAN elle-même, diverses auteures ont intégré sa théorie dans leur compréhension ou analyse des droits humains, témoignant de la pertinence de sa théorie pour ce domaine. La théorie de FINEMAN est utilisée de deux manières. Premièrement, elle a inspiré des auteures à reconceptualiser les fondements théoriques des droits humains. GREAR, en particulier, s'est basée sur la théorie de FINEMAN pour repositionner la vulnérabilité comme fondement ultime des droits humains⁷⁹⁰. Contrairement à d'autres justifications⁷⁹¹, elle comprend la vulnérabilité non pas comme une menace à la dignité humaine, mais comme élément de définition de celle-ci : la dignité humaine n'existe pas malgré notre vulnérabilité ou « capacité d'être affectée »⁷⁹², mais bien à cause de celle-ci⁷⁹³. Pour la même raison, la dignité n'est pas réservée aux seuls humains⁷⁹⁴. Par conséquent, sa conceptualisation permet également de reconnaître des droits aux animaux et de reconceptualiser le droit de la protection de l'environnement⁷⁹⁵.

Deuxièmement, de manière peut-être plus modeste – mais aussi plus concrète – des auteures ont utilisé la théorie de FINEMAN comme cadre d'analyse pour la jurisprudence de la Cour EDH⁷⁹⁶ ou pour des questions concrètes, comme celle de savoir si les animaux devraient être titulaires de droits⁷⁹⁷. Utilisée de cette manière, la théorie de FINEMAN permet notamment d'analyser à quel point les

⁷⁸⁹ BANDES, pp. 2271–2345 ; BELLITTO, p. 128 ; CURRIE, pp. 864–890. Dans le domaine des violences domestiques, cette conception étroite et essentiellement négative ressort clairement des deux affaires suivantes : Cour suprême des États-Unis, *DeShaney c. Winnebago County*, 489 US 189 (1989) et Cour suprême des États-Unis, *Castlerock c. Gonzales*, 545 US 748 (2005). Dans la première, la Cour a jugé que les autorités n'avaient aucune obligation de prévenir des violences entre personnes privées ; dans la seconde, la Cour a précisé que l'absence de mise en œuvre d'une ordonnance de protection ne violait aucun devoir constitutionnel. Pour une analyse de ces deux affaires, qui contraste également l'interprétation de la Cour suprême états-unienne avec celle d'organes internationaux de protection des droits humains, voir BEDI, pp. 189–199 ; pour une mise en perspective de l'approche de la Cour suprême états-unienne dans l'affaire *DeShaney* avec l'approche de la Cour EDH, voir LAVRYSEN, *Legal Framework*, pp. 76–81.

⁷⁹⁰ GREAR, *Redirecting*, pp. 142, 156–162 ; voir aussi GREAR, *Embracing*, p. 161. Voir aussi *supra*, n^{os} 38–39. GREAR partage son point de vue avec TURNER, qui ne se base toutefois pas sur la théorie de FINEMAN (voir Turner, pp. pp. 1, 6, 26–27).

⁷⁹¹ Voir en particulier ANDORNO, pp. 264–265 ; BESSON, *Vulnérabilité*, pp. 63–64.

⁷⁹² GREAR, *Embracing*, p. 166 (notre traduction).

⁷⁹³ GREAR, *Embracing*, pp. 162–164.

⁷⁹⁴ GREAR, *Embracing*, pp. 162–170.

⁷⁹⁵ GREAR, *Embracing*, pp. 156–158, 162–170 ; voir aussi GREAR, *Redirecting*, pp. 162–163.

⁷⁹⁶ Voir not. PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1056–1085 ; TIMMER, *Vulnerability*, pp. 147–170 ; voir aussi *supra*, n^o 111 et les réf. cit.

⁷⁹⁷ GREAR, *Embracing*, pp. 156–158, 162–170 ; SATZ, *Animals*, pp. 73–80.

droits humains permettent de répondre à la vulnérabilité universelle et particulière, et d'envisager les droits humains comme instruments créateurs de résilience⁷⁹⁸. Cependant, la pratique des organes de droits humains fait aussi apparaître des tensions avec la théorie de FINEMAN, notamment parce qu'elle se concentre avant tout sur des manifestations de vulnérabilité particulière et non pas universelle⁷⁹⁹. Malgré les risques inhérents à la notion de vulnérabilité particulière, celle-ci est indispensable à l'application pratique des droits humains : c'est en effet cette notion qui permet une interprétation différenciée des droits humains et partant, de répondre à la vulnérabilité.

201 Pour sa part, NUSSBAUM s'est elle-même intéressée aux parallèles entre son approche des *capabilités* et les droits humains⁸⁰⁰. Tout en distinguant son approche, elle reconnaît que ceux-ci sont nombreux. Parmi les points communs, elle relève le postulat que les êtres humains ont des droits inaliénables en raison même de leur humanité, et que les États sont tenus de garantir ces droits⁸⁰¹. De plus, la liste des dix *capabilités* centrales se recoupe largement avec des droits humains garantis par les instruments internationaux⁸⁰². Au vu de ces éléments, NUSSBAUM concède que son approche des *capabilités* est « une sorte de théorie des droits humains »⁸⁰³. NUSSBAUM indique toutefois aussi des différences, dont la plus importante est peut-être que l'approche des *capabilités* reconnaît également des droits aux animaux non humains⁸⁰⁴. NUSSBAUM estime par ailleurs que son approche se démarque par sa « clarté philosophique », le caractère concret et détaillé des dix *capabilités* centrales, et le rôle cardinal accordé à la dignité humaine⁸⁰⁵. À cet égard, William BIRDSALL a observé que :

⁷⁹⁸ TIMMER, *Vulnerability*, pp. 165–167.

⁷⁹⁹ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1064 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 162.

⁸⁰⁰ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 62–68 ; NUSSBAUM, *Human Rights*, pp. 21–24.

⁸⁰¹ Le postulat que les êtres humains ont des droits en vertu de leur nature humaine n'est toutefois qu'une manière parmi d'autres d'aborder et justifier les droits humains (voir en particulier DEMBOUR, *Schools*, pp. 2–20).

⁸⁰² NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 62–63 ; voir aussi BIRDSALL, pp. 9–10. SEN, pour sa part, présente les droits humains comme la consécration légale, à travers un processus démocratique, de certaines *capabilités* (SEN, *Human Rights*, pp. 152–157, 160–163).

⁸⁰³ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 62 ; NUSSBAUM, *Human Rights*, p. 22 (notre traduction).

⁸⁰⁴ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 62 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 325–401.

⁸⁰⁵ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 63–64 (notre traduction). Si la « clarté philosophique » représente un jugement de valeur intrinsèquement subjectif et est donc impossible de remettre en question, les deux autres distinctions que NUSSBAUM fait paraissent pour le moins douteuses. Il est en particulier questionnable si sa théorie accorde réellement plus d'importance à la dignité humaine, au vu de l'importance cardinale de ce principe pour les droits humains (sur ce point, voir aussi *supra*, n° 35).

« [h]uman rights are practice seeking to be put into theory while the [capabilities approach] is theory seeking to be put into practice »⁸⁰⁶.

Si elle peut sembler ironique, l'affirmation montre en tout cas l'ambition de NUSSBAUM de créer une théorie philosophique cohérente et complète⁸⁰⁷. Cette théorie amène une justification théorique supplémentaire aux droits humains⁸⁰⁸. L'approche de NUSSBAUM permet tout particulièrement de justifier des obligations positives⁸⁰⁹. Ainsi, elle précise que :

« [t]he capabilities approach [...] insists that all entitlements involve an active task for government : it must actively support people's capabilities, not just fail to set up obstacles. In the absence of action, rights are mere words on paper. Vasanti was not beaten by the government of Gujarat ; she was beaten by her husband. But a government that does not make and then actively enforce laws against domestic violence, or give women the education and skills they need to get a living wage if they leave an abusive marriage, is accountable for the indignity such a woman endures. Fundamental rights are only words until they are made real by government action »⁸¹⁰.

L'extrait le montre : NUSSBAUM entend justifier, par son approche des *capabilités*, des « droits positifs », à savoir des droits qui fondent un devoir d'action de la part de l'État⁸¹¹. Un tel devoir d'action existe également dans des situations relevant de la sphère privée, comme le montre son exemple d'une situation de violences domestiques⁸¹². Ainsi, NUSSBAUM critique d'une part la vision selon laquelle les droits civils et politiques seraient des droits

⁸⁰⁶ BIRDSALL, p. 2.

⁸⁰⁷ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 62–68 ; NUSSBAUM, *Human Rights*, pp. 21–24. À ne pas confondre avec sa conception de la justice qu'elle qualifie de « théorie partielle de la justice » (NUSSBAUM, *Women*, pp. 6, 12 [notre traduction] ; voir aussi NUSSBAUM, *Fragility*, p. 71 ; voir également *supra*, n° 123).

⁸⁰⁸ Ce faisant, NUSSBAUM s'inscrit dans la longue lignée de justifications anthropologiques des droits humains (GALAMAGA, p. 61). Elle fait ainsi partie de ce que DEMBOUR appelle « l'école naturelle » (« natural school »), à savoir les auteurs qui fondent les droits humains dans la nature humaine (DEMBOUR, *Schools*, pp. 2–10). Contrairement à d'autres auteurs dans cette tradition, la justification de NUSSBAUM ne se limite pas aux seuls êtres humains, mais peut également être étendue, avec certaines modifications, aux animaux (NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, pp. 157–163 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 325–366 [voir toutefois NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 382–384] ; voir aussi SATZ, *Animals*, pp. 110–121).

⁸⁰⁹ NUSSBAUM entend justifier, par son approche des *capabilités*, des « droits positifs », à savoir des droits qui fondent un devoir d'action de la part de l'État (NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 284–295, 381 ; pour le terme « droits positifs », voir aussi BESSON, *Structure*, p. 29 ; CHATTON, p. 93).

⁸¹⁰ NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, p. 65 ; NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 284–291.

⁸¹¹ Pour ce terme, voir aussi BESSON, *Structure*, p. 29 ; CHATTON, p. 93.

⁸¹² Voir aussi *infra*, n° 760.

d'abstention, des « libertés négatives », et d'autre part la distinction entre ces droits civils et politiques, dits de première génération, et les droits économiques, sociaux et culturels, dits de deuxième génération⁸¹³. En effet, elle estime que tout droit humain requiert une action étatique pour être « adéquatement garanti », et par cela, elle entend qu'il soit garanti de manière égale⁸¹⁴. L'approche de NUSSBAUM s'inscrit donc également dans une vision asymétrique de l'égalité. Son approche montre bien l'utilité de la vulnérabilité : dans la terminologie de NUSSBAUM, celle-ci représente le « facteur de conversion », permettant de transformer les *capabilités* en fonctionnement⁸¹⁵ : en d'autres termes, reconnaître des vulnérabilités particulières et y attacher des conséquences juridiques est un moyen de garantir l'effectivité des droits humains de manière inclusive.

204 En conclusion, et malgré les différences considérables entre les diverses approches examinées ici, nous pouvons constater certains points communs qui sont pertinents pour les droits humains. En effet, ceux-ci peuvent être conçus comme des instruments de résilience face à la vulnérabilité, et plus généralement comme une réponse – du moins partielle – à la demande d'un « État proactif » formulée par les approches théoriques abordées. Ces approches nous invitent à repenser l'être humain comme vulnérable et attachent des conséquences à cette vulnérabilité : celle-ci entraîne des obligations morales et juridiques. Ainsi, elles se rejoignent dans la revendication d'un « État proactif » qui répond à cette vulnérabilité universelle, mais également à des vulnérabilités particulières, accrues. Cela signifie notamment de rejeter la conception selon laquelle les droits civils et politiques ne seraient que des droits d'abstention et plaident pour une conception des droits humains exigeant une implication active de l'État, visant à assurer leur effectivité jusque dans les relations horizontales entre personnes privées. De plus, pour répondre à des vulnérabilités particulières, celles-ci doivent pouvoir être différenciées selon le contexte. En effet, telle qu'elle est comprise ici, la vulnérabilité est intrinsèquement liée à une vision asymétrique de l'égalité, visant une égalité substantielle, voire transformatrice, plutôt qu'une égalité formelle⁸¹⁶.

⁸¹³ NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 284–291.

⁸¹⁴ NUSSBAUM, *Frontiers*, pp. 291–295, 381.

⁸¹⁵ Voir *supra*, n^{os} 115–117. S'il est vrai que NUSSBAUM vise avant tout une égalité en termes de *capabilités*, et non de *fonctionnements* (voir *supra*, note 511), ceci est dû au fait qu'elle respecte l'autonomie individuelle et le choix des individus de ne pas réaliser leurs *capabilités* ; en revanche, les personnes doivent bel et bien avoir la possibilité de le faire si elles le souhaitent.

⁸¹⁶ À propos de ces concepts, voir *supra*, n^o 50.

B. L'effectivité des droits et les obligations positives

Les approches théoriques préconisent les obligations positives étatiques comme moyen pour répondre et remédier à la vulnérabilité, ou en tout cas à certaines vulnérabilités. Ces revendications se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour, qui a étendu des obligations positives existantes ou a dégagé des obligations positives spécifiques vis-à-vis de requérantes considérées comme étant particulièrement vulnérables⁸¹⁷. Vu l'importance des obligations positives pour la jurisprudence au sujet de la vulnérabilité, il est opportun de les présenter sommairement ici, afin de permettre une meilleure compréhension et analyse de la casuistique de la Cour dans les chapitres subséquents. 205

Plus particulièrement, nous souhaitons revenir brièvement sur l'évolution et les fondements jurisprudentiels des obligations positives, dans une perspective historique. Nous traiterons successivement de la notion d'obligations positives (1), de son évolution dans la jurisprudence (2) et de ses fondements (3), avant d'aborder brièvement la relation entre vulnérabilité et obligations positives (4), qui sera approfondie dans la suite de cette thèse. 206

1) Le concept des obligations positives

Concept-clé du droit international des droits humains, les obligations positives existent dans les différents systèmes de protection des droits humains, tant au niveau régional qu'universel⁸¹⁸, même si la terminologie et la concrétisation diffèrent d'un système à l'autre⁸¹⁹. De façon un peu schématique, nous pouvons affirmer que si « [l]es obligations négatives imposent aux États [...] de s'abstenir d'agir, les [obligations] positives leur commandent d'agir »⁸²⁰. Les obligations positives constituent donc une rupture avec la vision classique de l'État comme violateur potentiel des droits humains, contre lequel il fallait protéger 207

⁸¹⁷ L'importance des obligations positives dans la jurisprudence au sujet de la notion de vulnérabilité, et, à l'inverse, l'importance de la notion de vulnérabilité comme moteur dans le développement d'obligations positives, constitue un fil conducteur de notre analyse dans les chapitres 3 et 4.

⁸¹⁸ Pour une étude comparative, voir KOENEN, pp. 56–72 (CEDH), 109–117 (CADH), 121–126 (CADHP), 139–142 et 147–150 (PIDCP), 156–164 (PIDESC) ; pour une comparaison entre la Cour européenne des droits de l'homme et les organes interaméricains de protection des droits humains, voir LAVRYSEN, *Inter-American Court*, pp. 94–115 ; MADELEINE, n^{os} 245–354 ; PAVAGEAU, pp. 201–246.

⁸¹⁹ BESSON, *Obligations positives*, pp. 49–56 ; PAVAGEAU, p. 206.

⁸²⁰ *Gül c. Suisse*, requête n^o 23218/94, 19 février 1996, op. diss. MARTENS, § 7 ; voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 10–11 ; MOWBRAY, *Positive Obligations*, p. 2.

l'individu, pour lui conférer un rôle de garant⁸²¹. Ce rôle implique à la fois une protection contre des atteintes provenant d'autres personnes privées et des mesures tendant à la réalisation pleine et effective des droits humains⁸²².

208 Sur le plan universel, la dichotomie entre obligations négatives et positives a été supplantée par la classification tripartite distinguant obligations de respect, de protection et de mise en œuvre ou réalisation (*respect, protect, fulfil*)⁸²³. Le premier volet – les obligations de respecter – correspond aux obligations négatives ou d'abstention, tandis que les deuxième et troisième volets – les obligations de protéger et de réaliser – relèvent des obligations positives : ils imposent tous deux un devoir d'action à l'État⁸²⁴. Les obligations de protection demandent aux États de prévenir, réprimer ou remédier à des atteintes aux droits humains provenant d'autres personnes privées⁸²⁵. Les obligations de mise en œuvre ou de réalisation consistent, elles, à donner plein effet aux droits humains, c'est-à-dire faciliter, promouvoir et assurer leur exercice⁸²⁶. Les trois volets s'appliquent à l'ensemble des droits humains, qu'ils soient issus de la première, deuxième ou troisième génération, reflétant ainsi l'indivisibilité des droits de la personne humaine⁸²⁷.

2) Les origines dans la jurisprudence de la Cour

209 La première allusion aux obligations positives dans la jurisprudence se trouve dans la célèbre *Affaire linguistique belge*⁸²⁸. Dans son arrêt, la Cour a notamment jugé que la législation belge, qui refusait l'accès à l'enseignement public francophone aux enfants de familles résidant dans la région unilingue

⁸²¹ DRÔGE, p. 380 ; FREDMAN, *Positive Rights*, pp. 1, 10–16 ; pour une perspective sociologique, voir aussi TURNER, pp. 31–34.

⁸²² LAVRYSEN, *Positive State*, p. 12.

⁸²³ CHATTON, pp. 277–291 ; KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, pp. 108–109 ; KOCH, pp. 14–25 ; MÉGRET, *Obligations*, pp. 97–99. Pour les origines de cette trichotomie, voir notamment COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, E/CN.4/Sub.2/1987/23, §§ 66–69 ; SHUE, p. 160.

⁸²⁴ FREDMAN, *Positive Rights*, pp. 73–84 ; KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, pp. 103–128 ; KOCH, pp. 14–21 ; LAVRYSEN, *Scope*, pp. 162–163.

⁸²⁵ KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, pp. 111–121.

⁸²⁶ AKANDJI-KOMBE, p. 5 ; HERTIG RANDALL, *Typologie*, pp. 51–53 ; KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, pp. 108, 126–135.

⁸²⁷ CHATTON, p. 365 ; HERTIG RANDALL, *Typologie*, pp. 51–53 ; KOCH, pp. 20–21. Le modèle des générations de droits humains a d'abord été articulé par Karel VAŠÁK (voir VAŠÁK, pp. 29–32 ; voir aussi HERTIG RANDALL, *Typologie*, pp. 40–41 ; pour une analyse des trois générations de droits, voir TOMUSCHAT, pp. 137–152).

⁸²⁸ « *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » c. *Belgique* (Affaire linguistique belge) [Cour plénière], requêtes n^{os} 1474/62 et al., 23 juillet 1968, §§ I.3, I.9, II.29.

néerlandophone, constituait une violation du droit à l’instruction en lien avec l’interdiction de la discrimination⁸²⁹. Cette affaire soulève également la question d’éventuelles obligations positives découlant du droit à l’instruction, pourtant formulé de manière essentiellement négative⁸³⁰. D’après la majorité des membres de la Commission, le droit à l’instruction comportait également des obligations positives ; la Cour, elle, décida de laisser la question ouverte, analysant l’affaire uniquement sous l’angle de l’interdiction de la discrimination⁸³¹. L’arrêt peut néanmoins être interprété en ce sens qu’il fonde un droit à recevoir un enseignement dans une langue nationale, sans quoi « le droit à l’instruction serait vide de sens »⁸³². Depuis lors, la Cour a reconnu d’autres obligations positives en lien avec le droit à l’instruction⁸³³.

Si les obligations positives apparaissent tôt dans la jurisprudence, leur évolution prétorienne semblait dans un premier temps compromise par la dichotomie classique entre droits civils et politiques – alors conçus comme « droits-libertés » – d’une part, et droits économiques, sociaux et culturels, ou « droits-créance », d’autre part⁸³⁴. Selon cette conception désormais révolue, les obligations positives ou obligations d’action ne s’appliquaient que dans le cadre des seconds, tandis que les premiers se limitaient pour l’essentiel à imposer

210

⁸²⁹ « *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique* » *c. Belgique* (Affaire linguistique belge) [Cour plénière], requêtes nos 1474/62 et al., 23 juillet 1968, § II.42.

⁸³⁰ L’article 2 du Protocole n° 1 est libellé comme suit : « Nul ne peut se voir refuser le droit à l’instruction. L’État, dans l’exercice des fonctions qu’il assumera dans le domaine de l’éducation et de l’enseignement, respectera le droit des parents d’assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Pour une analyse de l’affaire, voir SUDRE ET AL., pp. 103–119.

⁸³¹ « *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique c. Belgique* » (Affaire linguistique belge) [Cour plénière], requêtes nos 1474/62 et al., 23 juillet 1968, §§ I.9–I.10.

⁸³² « *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique* » *c. Belgique* (Affaire linguistique belge) [Cour plénière], requêtes nos 1474/62 et al., 23 juillet 1968, § I.3. Pour une confirmation ultérieure, voir en particulier *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], requêtes nos 43370/04 et al., 19 octobre 2012, § 137. À ce sujet, voir également COUR EDH, Guide sur l’article 2 du Protocole n° 1, nos 17–19 ; SCHABAS, pp. 999–1000.

⁸³³ De par sa nature, le droit à l’éducation est difficilement imaginable sans obligations d’action de la part de l’État, par exemple s’agissant de la mise sur pied d’un système d’éducation. Dans certains contextes, la Cour est néanmoins restée attachée à une lecture « négative », considérant par exemple que l’article 2 du Protocole n° 1 donnait droit à des personnes détenues à participer à des systèmes éducatifs déjà en place, mais n’obligeait pas les États à mettre sur pied des possibilités de formation en prison, ceci malgré les recommandations des règles pénitentiaires européennes (SCHABAS, pp. 998–999 et les réf. cit.). La Cour a en revanche reconnu une obligation positive de corriger des discriminations structurelles dans le système d’éducation primaire dans une série d’affaires concernant l’accès à l’éducation d’enfants roms (voir *infra*, nos 404–411).

⁸³⁴ CHATTON, pp. 91–93 ; HERTIG RANDALL, Typologie, pp. 44–46 ; SUDRE, Droit européen et international, nos 16, 159 ; SUDRE, Obligations positives, p. 369.

« aux organes et agents de l'État de ne pas commettre eux-mêmes de violation »⁸³⁵. Si elle est désormais dépassée, la conception a cependant laissé des traces : elle se reflète par exemple dans la terminologie des droits « positifs » et « négatifs », qui continue à être utilisée à ce jour⁸³⁶. Dans le cadre de la jurisprudence de la Cour, elle se manifeste par exemple dans la réticence de celle-ci à interpréter les droits conventionnels de manière trop « coûteuse » pour les États⁸³⁷.

211 Néanmoins, une séparation stricte entre droits civils et politiques d'une part, et économiques, sociaux et culturels d'autre part, s'est très vite avérée inadaptée⁸³⁸. En effet, cette dichotomie, marquée très fortement par le fossé idéologique de la Guerre froide⁸³⁹, a été graduellement abandonnée au profit de la reconnaissance du caractère interdépendant et indivisible des droits humains dans leur ensemble⁸⁴⁰. En 1979 déjà, dans l'affaire *Airey c. Irlande*, la Cour a établi – dans une formule désormais célèbre – que, même si la Convention européenne contenait essentiellement des droits civils et politiques, « nulle cloison étanche ne sépar[ait] [les droits économiques et sociaux] du domaine de la Convention »⁸⁴¹. Avec ce raisonnement, la Cour a rejeté une interprétation de la Convention qui écarterait d'avance les obligations positives au motif que celles-ci « empiéterai[en]t sur la sphère des droits économiques et sociaux »⁸⁴². Elle a au contraire souligné que de nombreux droits civils et politiques avaient des « prolongements d'ordre économique ou social », qui peuvent se concrétiser par des obligations positives⁸⁴³.

212 Cette conception plus moderne des droits humains⁸⁴⁴ a également favorisé la reconnaissance d'obligations positives inhérentes aux droits et libertés garantis

⁸³⁵ AKANDJI-KOMBE, p. 5 ; FREDMAN, *Positive Rights*, p. 66 ; PÉTERMANN, pp. 69–70.

⁸³⁶ KOCH, p. 274 (qui précise également que la Cour européenne des droits de l'homme n'utilise pas cette distinction) ; TOMUSCHAT, p. 136.

⁸³⁷ LAVRYSEN, *Poverty*, p. 306 ; MADELEINE, n^{os} 869–875 ; PALMER, p. 418 ; FÓR BJÖRGVINSSON, pp. 141–142 ; XENOS, *Vulnerable*, pp. 597–601.

⁸³⁸ CHATTON, pp. 91–93, 120–130 ; FREDMAN, *Positive Rights*, pp. 67–70 ; KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, p. 108 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n^o 128. La distinction n'a cependant pas perdu toute sa pertinence, dans la mesure où une certaine « hiérarchisation » existe toujours en pratique (FREDMAN, *Positive Rights* p. 66 ; KOCH, pp. 5–12, 29–38).

⁸³⁹ CHATTON, pp. 130–148 (niveau international), 148–156 (Conseil de l'Europe).

⁸⁴⁰ KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, p. 37 ; KOCH, pp. 9–12 ; VAN BOVEN, pp. 140–142.

⁸⁴¹ *Airey c. Irlande*, requête n^o 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

⁸⁴² *Airey c. Irlande*, requête n^o 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

⁸⁴³ *Marckx c. Belgique* [Cour plénière], requête n^o 6833/74, 13 juin 1979, § 31 ; *Airey c. Irlande*, requête n^o 6289/73, 9 octobre 1979, § 26. À propos de l'aspect social des obligations positives, voir DRÖGE, pp. 85–174.

⁸⁴⁴ CHATTON, pp. 326–332.

par la Convention. La première reconnaissance explicite remonte à l'arrêt *Marckx c. Belgique* précédant l'affaire *Airey c. Irlande* de quelques mois⁸⁴⁵. Dans les deux affaires, la Cour s'est servie d'une formule qui continue à figurer dans la jurisprudence jusqu'à aujourd'hui, jugeant que :

« si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale »⁸⁴⁶.

Cette interprétation a permis à la Cour de juger, dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, qu'une législation qui obligeait une mère célibataire à adopter son propre enfant violait, entre autres, le droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention⁸⁴⁷. Dans ce cadre, elle a considéré que cet article obligeait les États à prévoir dans leur droit national « une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »⁸⁴⁸. Dans l'arrêt *Airey c. Irlande*, la même interprétation lui a permis de conclure à une violation de l'article 8 CEDH parce que la requérante n'avait pas pu obtenir une séparation de corps – le seul moyen de dissoudre la cohabitation maritale, le droit irlandais de l'époque ne connaissant pas le divorce – faute de moyens financiers suffisants⁸⁴⁹. À cet égard, la Cour a retenu qu'un « respect effectif de la vie privée ou familiale impose à l'Irlande de rendre ce moyen effectivement accessible, quand il y a lieu, à quiconque désire l'employer »⁸⁵⁰. Relevons par ailleurs que l'affaire *Airey c. Irlande*, traitant de la possibilité de la requérante de se séparer de son mari violent, est la première à traiter, quoique de manière indirecte, des violences domestiques⁸⁵¹. Si la Cour n'y raisonne pas en termes de

⁸⁴⁵ Les deux affaires peuvent être considérées comme fondatrices de la doctrine des obligations positives. Pour leur importance respective, voir CHRISTOFFERSEN, p. 101 (pour l'affaire *Marckx c. Belgique*) ; SUDRE ET AL., pp. 19–21 (pour l'affaire *Airey c. Irlande*).

⁸⁴⁶ *Marckx c. Belgique* [Cour plénière], requête n° 6833/74, 13 juin 1979, § 31 ; *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 32. Plus récemment, avec une formulation quasiment identique, voir p. ex. *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/08, 12 novembre 2013, § 78 ; *Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie* [GC], requête n° 41720/13, 25 juin 2016, § 125.

⁸⁴⁷ *Marckx c. Belgique* [Cour plénière], requête n° 6833/74, 13 juin 1979.

⁸⁴⁸ *Marckx c. Belgique* [Cour plénière], requête n° 6833/74, 13 juin 1979, § 31.

⁸⁴⁹ *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, §§ 32–33. La Cour a également conclu à une violation de l'article 6 par. 1 CEDH (*idem*, §§ 20–28).

⁸⁵⁰ *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 32.

⁸⁵¹ Les violences subies par la requérante ne sont cependant mentionnées qu'en marge de l'arrêt (voir *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 13 ; voir toutefois *idem*, op. diss. O'DONOGHUE, qui attribue à cet élément un rôle décisif dans la motivation de la Cour).

vulnérabilité, l'affaire précédant l'émergence de cette notion dans la jurisprudence⁸⁵², l'arrêt constitue un bel exemple du pouvoir *encapacitant* des obligations positives, en offrant une protection qui reconnaît et renforce la capacité d'agir de la requérante⁸⁵³.

214 Les premières obligations positives prétoriennes⁸⁵⁴ ont ainsi été déduites du droit à la vie privée et familiale⁸⁵⁵. Par la suite aussi, ce dernier s'est révélé être un terrain fertile pour les obligations positives dans des domaines aussi divers que la reconnaissance de paternité, l'aide au suicide, la possibilité de modifier le genre inscrit à l'état civil ou encore la protection contre des dangers environnementaux⁸⁵⁶. Bien que l'article 8 CEDH ait joué un rôle primordial dans l'émergence des obligations positives – notamment du fait de l'interprétation large que la Cour fait de la notion de vie privée⁸⁵⁷ –, la jurisprudence s'est rapidement étendue à d'autres dispositions de la Convention. Au fil des années, la Cour a ainsi déduit des obligations positives de la plupart des droits substantiels garantis par la Convention et ses protocoles additionnels⁸⁵⁸.

215 Malgré l'évolution remarquable des obligations positives, la Cour continue à rappeler le caractère essentiellement négatif du droit en question et, de ce fait, à insister sur leur caractère exceptionnel⁸⁵⁹. Or, cette affirmation relève désormais de la fiction rhétorique : bon nombre d'obligations positives sont aujourd'hui fermement ancrées dans le droit prétorien. Plus encore, notre compréhension contemporaine de la Convention est indissociable de nombreuses d'obligations

⁸⁵² L'émergence de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence sera analysée de manière détaillée au chapitre 3. Cette vulnérabilité peut toutefois être considérée comme implicite (voir aussi NUSSBERGER, p. 20).

⁸⁵³ À ce propos, voir aussi *supra*, n^{os} 149, 152.

⁸⁵⁴ Les obligations positives prétoriennes sont celles dégagées par la Cour, par opposition aux quelques obligations positives reconnues explicitement dans le texte de la Convention (voir en particulier les articles 5 par. 5 et 6 par. 3 let. c et e CEDH et l'article 3 du Protocole n^o 1). On peut encore y ajouter l'article 2 CEDH, qui impose aux États de protéger la vie par la loi (AKANDJI-KOMBE, p. 21).

⁸⁵⁵ AKANDJI-KOMBE, p. 21 ; PÉTERMANN, p. 269.

⁸⁵⁶ MOWBRAY, *Positive Obligations*, pp. 127–188 et les réf. cit. ; PÉTERMANN, pp. 269–334 et les réf. cit. ; RENUCCI, p. 861.

⁸⁵⁷ Selon la Cour, « la notion de < vie privée > est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive » (*Pretty c. Royaume-Uni*, requête n^o 2346/02, 29 avril 2002, § 61). Pour un aperçu de la jurisprudence, voir COUR EDH, *Guide sur l'article 8*, n^{os} 65–69 ; SCHABAS, pp. 369–388.

⁸⁵⁸ Pour une analyse détaillée, voir MOWBRAY, *Positive Obligations*, pp. 7–220 ; PÉTERMANN, pp. 179–370.

⁸⁵⁹ Pour une illustration, voir *Söderman c. Suède* [GC], requête n^o 5786/08, 12 novembre 2013, § 78. Voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 214–221.

positives – pensons par exemple aux obligations d’enquête en cas d’homicide ou aux droits de visite parentaux⁸⁶⁰.

3) Les fondements des obligations positives

Une minorité d’obligations positives trouvent leur source dans le texte même de la Convention. C’est notamment le cas d’un certain nombre de garanties procédurales découlant des articles 5, 6 et 13 de la Convention ainsi que du Protocole n° 7⁸⁶¹. Cela vaut également pour certains droits substantiels, comme le droit à la vie⁸⁶² ou encore le droit à des élections libres⁸⁶³. La grande majorité des obligations positives ne découlent toutefois pas d’une interprétation littérale de la Convention, mais ont été définies par la Cour à travers une interprétation contextuelle et évolutive⁸⁶⁴. 216

L’interprétation évolutive ou dynamique est une des méthodes les plus couramment employées par la Cour, qui a maintes fois souligné que la Convention était un instrument vivant et devait être interprétée à la lumière des conditions actuelles⁸⁶⁵. Elle consiste à tenir compte de l’évolution tant des circonstances factuelles – l’avènement du numérique, par exemple – que de l’évolution des mœurs et idées – comme une plus grande ouverture envers les droits des personnes LGBTIQ⁸⁶⁶ – afin de s’assurer que la Convention garde sa pertinence, 70 ans après son adoption⁸⁶⁷. Partant, elle peut être considérée 217

⁸⁶⁰ Pour un panorama détaillé, voir MOWBRAY, *Positives Obligations*, pp. 7–220 ; PÉTERMANN, pp. 197–369.

⁸⁶¹ LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 57–58 ; PÉTERMANN, pp. 33–34.

⁸⁶² L’article 2 CEDH prévoit expressément que « le droit à la vie est protégé par la loi », indiquant l’existence d’une obligation positive législative (BESSON, *Obligations positives*, p. 71).

⁸⁶³ Art. 3 du Protocole n° 1, qui oblige les États à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret (voir aussi PÉTERMANN, p. 33).

⁸⁶⁴ DUBOUT, *Interprétation*, p. 406 ; PÉTERMANN, p. 34 ; SPIELMANN, pp. 134–136.

⁸⁶⁵ HARRIS ET AL., pp. 8–12 et les réf. cit. ; HERTIG RANDALL, CEDH, n° 9 ; NUSSBERGER, pp. 76–83 ; VILLIGER, n°s 277–278. Pour la première consécration de ce principe, voir *Tyrer c. Royaume-Uni*, requête n° 5856/72, 25 avril 1978, § 31. Pour une analyse détaillée, voir en particulier FERRERO.

⁸⁶⁶ Voir p. ex. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 74. Au sujet de la question de l’orientation sexuelle et affective en particulier, voir JOHNSON, pp. 11–16, 19–209.

⁸⁶⁷ CHRISTOFFERSEN, pp. 54–66 ; DRÖGE, pp. 232–235 ; DZEHTSIAROU, p. 1732 ; RENUCCI, n° 20 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n° 154.

comme une forme particulière de l'interprétation téléologique⁸⁶⁸. Pour légitimer l'interprétation dynamique, la démarche comparative joue un certain rôle. En effet, l'interprétation dynamique doit être « suffisamment ancrée dans une transformation de la société dans les États contractants », ce qui se mesure notamment à l'existence d'un « consensus quant aux normes à atteindre »⁸⁶⁹. Ce consensus est d'autant plus important que l'interprétation évolutive – généralement extensive – entre en tension avec le principe de subsidiarité de la Cour en tant qu'organe juridictionnel international⁸⁷⁰. La prise en compte d'un consensus européen pour interpréter la Convention a toutefois aussi fait l'objet de critiques⁸⁷¹.

218 Si l'interprétation évolutive est primordiale pour assurer l'effectivité des droits garantis par la Convention⁸⁷², le principe de l'effectivité des droits est un principe conventionnel à part entière⁸⁷³, ayant pour but de garantir des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », selon la formule devenue emblématique inaugurée par l'arrêt *Airey c. Irlande* précité⁸⁷⁴. Principe d'interprétation, mais aussi principe général sous-tendant la Convention dans son ensemble, l'interprétation effective vise à assurer l'effet utile de la Convention et constitue un véritable fil conducteur de la jurisprudence de la Cour⁸⁷⁵. L'effectivité a ainsi été qualifiée de « préoccupation dominante des organes de la Convention »⁸⁷⁶ ou encore de « métarègle essentielle qui gouverne

⁸⁶⁸ DRÔGE, pp. 228–235 ; DUBOUT, *Interprétation*, pp. 391–393 ; VANNESTE, p. 85 ; voir toutefois *contra*, PÉTERMANN, p. 35. Pour une analyse de la « parenté » entre les interprétations téléologique et évolutive voir FERRERO, n^{os} 198–202. DUBOUT précise que l'interprétation téléologique est généralement utilisée dans un sens extensif, et permet alors à la fois l'autonomisation et l'actualisation des traités en question. Il cite toutefois aussi des exemples d'interprétation téléologique restrictive, notamment lorsque celle-ci est effectuée dans une perspective historique (DUBOUT, *Interprétation*, pp. 391–396).

⁸⁶⁹ *Hirst c. Royaume-Uni* (n^o 2) [GC], requête n^o 74025/01, 6 octobre 2005, op. diss. WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER, JEBENS, § 6. Concernant le rôle du consensus européen pour l'interprétation dynamique, voir aussi DZEHTSIAROU, pp. 1730–1745 ; ZIEMELE, pp. 249–251.

⁸⁷⁰ DZEHTSIAROU, p. 1745 ; MOWBRAY, *Creativity*, pp. 68–69. Au sujet du principe de subsidiarité, voir p. ex. AUDOUY ; BESSON, *Subsidiarity*, pp. 69–107 ; MOWBRAY, *Subsidiarity*, pp. 313–341 ; SPANÓ, pp. 487–502. Pour une analyse de l'interaction entre marge d'appréciation nationale et consensus européen présentant des pistes intéressantes, voir DOTHAN, pp. 393–419.

⁸⁷¹ DZEHTSIAROU, pp. 1730–1745 ; ZIEMELE, pp. 249–251.

⁸⁷² FERRERO, n^{os} 201–202 ; PEJCHALOVÁ GRÜNVALDOVÁ, pp. 258–259 ; VILLIGER, n^{os} 256, 277.

⁸⁷³ OST, p. 445 ; SCHABAS, pp. 49–50 ; SERGHIDES, pp. 1–4 ; SUDRE, *Obligations positives*, p. 635.

⁸⁷⁴ *Airey c. Irlande*, requête n^o 6289/73, 9 octobre 1979, § 24. Précisons toutefois que l'idée de l'effet utile de la Convention est présente dans la jurisprudence dès les premières affaires jugées par la Commission (voir en particulier CHRISTOFFERSEN, pp. 55–56 et les réf. cit.).

⁸⁷⁵ RENUCCI, n^{os} 872–874 ; SCHABAS, pp. 49–50 ; SUDRE, *Obligations positives*, p. 365 ; SUDRE ET AL., pp. 19–102 ; VILLIGER, n^{os} 255–256, 277.

⁸⁷⁶ SUDRE, *Obligations positives*, p. 635.

la jurisprudence »⁸⁷⁷. Elle trouve des fondements – implicites et explicites – dans le texte de la Convention. Tout d’abord, son préambule proclame que les États européens sont résolus à « prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la [DUDH] »⁸⁷⁸. Ce renvoi est un argument d’autant plus fort pour l’effectivité que le préambule de la DUDH mentionne explicitement l’importance du « respect universel et effectif » des droits de la personne humaine⁸⁷⁹. Ensuite, l’article 1^{er} de la Convention prévoit explicitement, dans la version anglaise du moins, que les États *assurent* (« shall secure ») le respect des droits humains⁸⁸⁰. Même si la version française est moins explicite, prévoyant simplement que les États « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés [...] de la présente Convention »⁸⁸¹, la Cour a reconnu depuis longtemps que l’article premier fonde un « devoir général de protection » de la part de l’État⁸⁸².

Les obligations positives s’inscrivent dans cette « interprétation effective »⁸⁸³ de la Convention⁸⁸⁴. Comme nous l’avons déjà indiqué, la Cour considère que ces obligations sont « inhérentes à un < respect > effectif » du droit en question⁸⁸⁵. Autrement dit, « c’est par le recours [...] à la théorie des < éléments inhérents à un droit > que le juge enrichit sensiblement le contenu du droit dont il contrôle l’application et procède à la détermination d’obligations positives »⁸⁸⁶. De manière complémentaire, la Cour se fonde parfois explicitement sur l’article 1^{er} de la Convention, une technique qui semble être devenue plus fréquente dans la jurisprudence récente, peut-être sous l’impulsion de la jurisprudence

219

⁸⁷⁷ Ost, p. 445.

⁸⁷⁸ Préambule de la CEDH ; voir p. ex. *Golder c. Royaume-Uni*, requête n° 4451/70, 21 février 1975, § 34. L’article 31 par. 2 CVDT cite le préambule comme éléments de contexte à être pris en considération lors de l’interprétation d’un traité. À propos de la conformité de l’interprétation de la Cour à la CVDT, voir en particulier VANNESTE, pp. 81–95.

⁸⁷⁹ Préambule de la DUDH.

⁸⁸⁰ Art. 1 CEDH ; voir aussi SCHABAS, pp. 90–91.

⁸⁸¹ Art. 1 CEDH.

⁸⁸² Voir p. ex. *McCann c. Royaume-Uni*, requête n° 19009/04, 13 mai 1995, § 161 ; *Assenov c. Bulgarie*, requête n° 24760/94, 27 juin 1996, § 102 ; *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 149 ; voir aussi DRÖGE, pp. 240–241 ; LAVRYSEN, Scope, p.162. De plus, le droit à un recours effectif (article 13 CEDH) est parfois considéré comme fondement d’une interprétation « effective » et donc des obligations positives (PÉTERMANN, p. 13 ; XENOS, Positive Obligations, p. 21 et les réf. cit.).

⁸⁸³ VANNESTE, p. 85 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 160.

⁸⁸⁴ AKANDJI-KOMBE, p. 10 ; DRÖGE, pp. 228–235 ; MADELEINE, n°s 888–897 ; MOWBRAY, Positive Obligations, p. 211 ; PÉTERMANN, pp. 35–38, 45–47 ; RENUCCI, n° 872 ; SUDRE, Obligations positives, pp. 365–369 ; SUDRE ET AL., pp. 21–22.

⁸⁸⁵ Voir *supra*, n° 212 et les réf. cit. ; voir aussi MADELEINE, n°s 182–191 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 160 ; SUDRE, Obligations positives, pp. 367–368.

⁸⁸⁶ SUDRE, Droit européen et international (2005), n° 166 ; voir aussi MADELEINE, n°s 182–191.

interaméricaine⁸⁸⁷. L'utilisation de l'article 1^{er} CEDH est toutefois loin d'être systématique⁸⁸⁸ ; certaines auteures estiment que la Cour y fait surtout référence dans des cas « délicats » ou pour la création de nouvelles obligations⁸⁸⁹. La Cour s'est par ailleurs référée à la prééminence du droit et à l'importance fondamentale de l'État de droit pour étayer son argumentation⁸⁹⁰.

220 L'interprétation évolutive de la Convention et le souci de l'effectivité de ses garanties ont non seulement conduit à l'essor des obligations positives, mais aussi à une certaine « socialisation » de la Convention⁸⁹¹. Ce terme a été utilisé pour décrire la reconnaissance d'aspects sociaux et économiques aux droits garantis par la Convention et ses protocoles, qui relèvent pour la plupart des droits civils et politiques⁸⁹². Aux obligations positives s'ajoutent d'autres instruments de socialisation, en particulier l'interdiction des discriminations⁸⁹³.

221 Ce phénomène trouve cependant ses limites tant dans le texte de la Convention et ses protocoles additionnels – et les droits protégés, ou non, par ces instruments – que dans d'autres principes cardinaux d'interprétation de la Convention, avant tout le principe de subsidiarité⁸⁹⁴. Celui-ci se trouve concrétisé, entre autres, par la marge d'appréciation dont les États disposent dans l'application et l'interprétation des droits conventionnels⁸⁹⁵. Fermement ancrée dans la jurisprudence, la marge d'appréciation imprègne l'ensemble de celle-ci, s'appliquant aux obligations tant négatives que positives⁸⁹⁶. Elle prend

⁸⁸⁷ PAVAGEAU, p. 214. La jurisprudence interaméricaine fonde depuis longtemps les obligations positives sur une disposition conventionnelle générale, ce qui s'explique en tout cas partiellement par le libellé de l'article 1^{er} CADH, qui reconnaît expressément que « les États s'engagent [...] à garantir le libre et plein exercice » des droits et libertés reconnus par la Convention.

⁸⁸⁸ AKANDJI-KOMBE, p. 9.

⁸⁸⁹ MADELEINE, nos 237–283 ; PAVAGEAU, pp. 215–216. Dans cette perspective, l'article 1^{er} CEDH serait un argument additionnel pour les cas « limites ». Précisons à cet égard que la théorie de l'inhérence des obligations positives aux droits conventionnels reflète, elle aussi, le souci des juges d'éviter la critique d'une interprétation trop « extensive » de la Convention (SUDRE, Obligations positives, p. 369).

⁸⁹⁰ *Broniowski c. Pologne*, requête n° 31443/96, 22 juin 2004, § 184 ; voir aussi AKANDJI-KOMBE, p. 9.

⁸⁹¹ BORGHI, pp. 46–51 ; DRÖGE, pp. 232–235 ; PALMER, pp. 400–404 ; PÉTERMANN, pp. 70–73 ; voir toutefois MADELEINE, nos 870–897 (sur les limites de cette évolution).

⁸⁹² NIVARD, Justiciabilité, nos 155–169 ; PÉTERMANN, pp. 70–73.

⁸⁹³ BREMS, Indirect Protection, pp. 158–163 ; LAVRYSEN, Poverty, pp. 298–302 ; PÉTERMANN, p. 73. Un autre aspect mentionné par ces deux auteurs est la protection procédurale, en particulier par le biais de l'article 6 CEDH, de droits ou prétentions à caractère socio-économique (BREMS, Indirect Protection, p. 157 ; LAVRYSEN, Poverty, p. 301).

⁸⁹⁴ À propos du principe de subsidiarité, voir p. ex. AUDOUY ; BESSON, Subsidiarity, pp. 69–107 ; MOWBRAY, Subsidiarity, pp. 313–341 ; SPANÓ, pp. 487–50. À propos de la relation entre les principes d'effectivité et de subsidiarité, voir en particulier SERGHIDES, pp. 7–9.

⁸⁹⁵ GERARDS, Margin, p. 497 ; GREER, Margin, p. 5 ; KRATOCHVÍL, p. 327 ; LETSAS, Margin, pp. 720–724.

⁸⁹⁶ LETSAS, Margin, pp. 720–722 ; PÉTERMANN, p. 136 ; SUDRE, Droit européen et international (2019), nos 140–148.

toutefois une importance particulière dans le cadre des secondes⁸⁹⁷, au point d'avoir été qualifiée de « consubstantielle » aux obligations positives⁸⁹⁸. Parmi les critères pour déterminer son étendue, figurent notamment l'existence – ou, au contraire, l'absence – d'un consensus européen sur la question ; la présence d'éléments que les autorités nationales sont mieux à même d'apprécier et la nature du droit et des intérêts en jeu⁸⁹⁹. À cela s'ajoute la vulnérabilité particulière des requérantes, qui peut également être un facteur réduisant la marge d'appréciation nationale⁹⁰⁰.

4) La relation entre obligations positives et vulnérabilité

Les deux concepts d'obligations positives et de vulnérabilité sont étroitement liés. À cet égard, il convient de rappeler la distinction entre la vulnérabilité commune à tous les individus et une vulnérabilité accrue de certains d'entre eux⁹⁰¹. La première fait en effet partie de la structure même des droits humains et est donc une partie intégrante, quoique souvent implicite, de la théorie des obligations positives⁹⁰². Les obligations positives permettent par ailleurs aux droits humains d'investir la sphère privée, les rendant directement pertinents pour les relations horizontales, répondant ainsi à une préoccupation importante des approches théoriques de la vulnérabilité⁹⁰³.

La seconde, quant à elle, justifie des obligations positives spécifiques ou accrues. Ainsi, des considérations de vulnérabilité particulière ont amené la Cour, implicitement dans un premier temps, puis de façon explicite, à

⁸⁹⁷ AKANDJI-KOMBE, p. 19 ; KASTANAS, p. 178 ; KRATOCHVÍL, pp. 328, 333 ; XENOS, Positive Obligations, not. pp. 146–149. Si la marge d'appréciation est souvent plus étendue concernant les obligations positives (LAVRYSEN, Poverty, pp. 305–306 ; LAVRYSEN, Positive State, pp. 193–210 ; MADELEINE, n^{os} 439–444), cela n'est pas forcément dû à l'application de critères différents. La Cour, pour sa part, insiste en tout cas sur le fait que les principes applicables aux obligations négatives et positives sont « comparables » (*A., B. et C. c. Irlande* [GC], requête n^o 25579/05, 16 décembre 2010, § 247 ; *Fernández Martínez c. Espagne* [GC], requête n^o 56030/07, 12 juin 2014, § 114 ; *İzzet'in Doğan c. Turquie* [GC], requête n^o 62649/10, 26 avril 2016, § 96 ; *Bărbulescu c. Roumanie* [GC], requête n^o 61496/08, 5 septembre 2017, § 112). Pour une analyse, voir LAVRYSEN, Positive State, pp. 193–210.

⁸⁹⁸ KASTANAS, p. 173 ; voir aussi PÉTERMANN, p. 136.

⁸⁹⁹ ASCHE, pp. 78–82 ; GERARDS, Pluralism, pp. 107–113 ; LETSAS, Margin, pp. 719–720, 724–730 ; PEJCHALOVÁ GRÜNVALDOVÁ, pp. 250–254 ; VILLIGER, n^o 652. Pour une analyse approfondie, voir ASCHE, pp. 100–178.

⁹⁰⁰ Voir *infra*, n^o 224.

⁹⁰¹ Voir *supra*, n^{os} 128–146.

⁹⁰² BESSON, Vulnérabilité, p. 63 ; voir aussi ANDORNO, pp. 263–265.

⁹⁰³ Voir *supra*, n^{os} 38, 103, 106, 203.

reconnaître des obligations positives, puis à les élargir⁹⁰⁴. Cette reconnaissance s'inscrit dans une conception asymétrique de l'égalité : la reconnaissance d'obligations positives spécifiques vis-à-vis de personnes qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité accrue ou particulière vise à leur permettre de jouir de droits concrets et effectifs au même titre que les autres individus⁹⁰⁵. À ce propos, la Cour a également parfois reconnu des obligations positives d'ordre socio-économique ; la vulnérabilité participe ainsi également à la socialisation de la Convention⁹⁰⁶. Ainsi, la vulnérabilité participe à la reconnaissance graduelle, par la Cour, de droits de solidarité⁹⁰⁷.

224 Cette socialisation passe, entre autres, par une réduction de la marge d'appréciation nationale lorsque les intérêts et droits de personnes particulièrement vulnérables sont en jeu. La réduction de la marge d'appréciation nationale en raison de la vulnérabilité particulière des requérantes peut notamment être observée dans le cadre de l'interdiction des discriminations⁹⁰⁸. À ce propos, la vulnérabilité remplit une triple fonction : expliciter la raison du caractère suspect d'un motif de distinction, ériger certains critères en motif suspects et renforcer le caractère suspect d'un motif de discrimination⁹⁰⁹. Or, le potentiel de la vulnérabilité pour justifier une marge d'appréciation étroite n'est pas confiné à l'analyse de l'article 14 CEDH, comme le montre un raisonnement similaire, quoique moins explicite, dans le contexte de l'article 8 CEDH⁹¹⁰. Cette fonction de la vulnérabilité est par ailleurs appelée à gagner en importance à l'avenir. En effet, la marge d'appréciation est

⁹⁰⁴ BESSON, Vulnérabilité, pp. 75–76 ; PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups, pp. 1057, 1076–1079 ; TIMMER, Vulnerability, pp. 165–167 ; XENOS, Positive Obligations, pp. 142–172. La reconnaissance implicite peut par exemple être inférée lorsque la Cour estime que la situation de dépendance des personnes détenues fonde des obligations positives spécifiques (à ce propos, voir *infra*, n° 265).

⁹⁰⁵ Voir aussi BESSON, Vulnérabilité, p. 60.

⁹⁰⁶ LAVRYSEN, Poverty, pp. 318–323 ; PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups, p. 1077 ; voir aussi *infra*, n° 488–497.

⁹⁰⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE/SCOSERIA KATZ, pp. 153–172.

⁹⁰⁸ ARNARDÓTTIR, Magnifying, pp. 345–346 ; ARNARDÓTTIR, Vulnerability, pp. 165–166 ; BESSON, pp. 77–78 ; PERONI/TIMMER, pp. 1080–1082 ; HERI, Rights of the Vulnerable, pp. 82–87 ; voir aussi *infra*, n° 325–326, 332, 334–336, 339, 344, 409, 429, 451, 457–458).

⁹⁰⁹ Voir aussi ARNARDÓTTIR, Vulnerability, pp. 169–171.

⁹¹⁰ La Cour s'est par exemple référée à la vulnérabilité pour souligner le caractère particulièrement intime d'un droit, un élément dont elle a notamment tenu compte pour analyser la proportionnalité d'une restriction au droit à la vie privée et familiale (voir *infra*, n° 444). Précisons à cet égard que la question de la marge d'appréciation se confond parfois avec l'analyse de la proportionnalité. Par ailleurs, l'obligation de garantir une « protection effective » des personnes vulnérables (voir *infra*, notes 3016, 3017 et les réf. cit.) a amené la Cour à définir plus clairement les obligations positives étatiques, ce qui peut également entraîner une réduction de la marge d'appréciation des États, même si ce lien n'est pas nécessairement explicité par la Cour.

désormais inscrite au Préambule de la Convention⁹¹¹, ce qui obligera la Cour a mobiliser des arguments de poids pour la restreindre ; la vulnérabilité est, comme nous le verrons encore, un tel argument dans bien des cas⁹¹².

La reconnaissance de telles obligations positives spécifiques en raison de la vulnérabilité est également liée à la dignité humaine. Celle-ci est non seulement un principe fondateur de l'ensemble des droits humains, qu'ils donnent lieu à des obligations négatives ou positives⁹¹³, mais elle a aussi permis à la Cour de justifier des obligations positives concrètes⁹¹⁴. La jurisprudence a par exemple établi que les États avaient une « obligation positive de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine »⁹¹⁵. Or, cette obligation peut également être conçue comme une réponse à la situation particulièrement vulnérable des personnes détenues. Reconnue par la jurisprudence constante, celle-ci se caractérise, entre autres, par un risque plus élevé d'atteinte à leur dignité humaine⁹¹⁶. Ainsi, la reconnaissance de cette vulnérabilité, comprise ici dans le sens d'un risque plus élevé d'atteinte à la dignité, permet de fonder des obligations positives pour la sauvegarder⁹¹⁷. 225

Ainsi, la vulnérabilité constitue à la fois un fondement et un élément permettant de renforcer et d'affiner les obligations positives⁹¹⁸. Nous aurons l'occasion d'approfondir la relation entre vulnérabilité et obligations positives dans la suite de notre étude⁹¹⁹. 226

C. Appréciation

Dans cette section, nous avons examiné successivement deux aspects : la relation entre approches théoriques de la vulnérabilité et droits humains, et avec 227

⁹¹¹ Dernière phrase du Préambule de la CEDH tel que modifié par l'article 1^{er} du Protocole n° 15.

⁹¹² Voir aussi *infra*, nos 325–326, 332, 334–336, 339, 344, 409, 429, 451, 457–458.

⁹¹³ BESSON, *Obligations positives*, pp. 72–73 ; BORGHI, pp. 52–53 ; DRÖGE, pp. 119–122.

⁹¹⁴ BORGHI, pp. 52–53 ; pour un phénomène comparable en droit constitutionnel suisse, voir HOTTELLIER, *Dignité*, pp. 370–376.

⁹¹⁵ *Kudla c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 94 ; *Elefteriadis c. Roumanie*, requête n° 38427/05, 25 janvier 2011, §§ 47–48 et les réf. cit. ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 143, et les réf. cit. Pour plus de détails, voir *infra*, n° 271.

⁹¹⁶ Voir *infra*, nos 261–273, 350–361.

⁹¹⁷ Pour plus de détails, voir *infra*, n° 271.

⁹¹⁸ BESSON, *Vulnérabilité*, pp. 65–66 ; TIMMER, *Vulnerability*, pp. 154–167 ; XENOS, *Positive Obligations*, pp. 142–172.

⁹¹⁹ Voir en particulier les chapitres 3, 4 et 8 de la présente étude.

les obligations positives telles qu'elles ont émergées dans la jurisprudence de la Cour. À première vue, ces deux éléments sont très différents : le premier plutôt théorique, l'approfondissement des éléments analysés dans les sections I et II du chapitre ; le second très pratique, proposant un survol de la manière dont la Cour a développé et concrétisé les obligations positives. Cependant, ces deux aspects sont étroitement liés. En effet, l'analyse théorique nous a permis de conclure à l'importance de droits humains effectifs, impliquant une action active de l'État qui se doit de protéger et réaliser ces droits, y compris dans des relations entre personnes privées. Ce sont autant d'éléments que nous avons retrouvés dans la seconde partie relative à l'évolution des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour.

228 Cette section nous a également permis d'énoncer quelques réflexions préliminaires sur le rôle de la vulnérabilité dans la création et l'interprétation des obligations positives, un aspect que nous approfondirons dans la suite de cette thèse. Précisons enfin que notre examen s'est limité aux obligations positives en tant qu'instrument pour garantir l'effectivité des droits conventionnels. La raison pour cela est d'une part leur lien étroit avec les approches théoriques abordées, et d'autre part leur importance pour les deuxième, troisième et quatrième parties de la thèse d'autre part. Or, dans une optique plus institutionnelle, le potentiel des droits humains pour créer et renforcer la résilience face aux vulnérabilités dépend également de leur accessibilité. À cet égard, la question de l'accès effectif à la Cour pour les personnes en situation de vulnérabilité revêt une importance toute particulière ; nous lui consacrerons la troisième partie de la présente thèse.

IV. Synthèse et appréciation

229 Dans ce chapitre, nous avons examiné plusieurs approches théoriques de la vulnérabilité. Nous avons choisi d'analyser quatre auteurs ou courants de pensée, à savoir le principe de protection des vulnérables de GOODIN, l'éthique du *care*, la théorie de la vulnérabilité de FINEMAN et la théorie des *capabilités* de NUSSBAUM. Dans un premier temps, nous avons présenté ces théories et nous avons vu qu'elles se rejoignent dans l'importance qu'elles accordent à la notion de vulnérabilité et le caractère normatif qu'elles reconnaissent à cette dernière.

Dans un deuxième temps, nous avons approfondi l'analyse des quatre approches théoriques citées au paragraphe précédent. Pour ce faire, nous avons d'abord étudié la relation entre vulnérabilité universelle et vulnérabilités particulières et avons constaté que ces deux notions sont certes en tension, mais également complémentaires. Ensuite nous avons examiné le lien entre la vulnérabilité et les notions de risque et de résilience. La notion de résilience, en particulier, permet de passer du simple constat de vulnérabilité à une approche visant à y remédier. Enfin, nous avons exploré les interactions entre vulnérabilité, autonomie et dépendance. À ce sujet, nous avons vu que la dépendance est parfois utilisée comme synonyme de la vulnérabilité, mais qu'elle doit plutôt être comprise comme une source de vulnérabilité parmi d'autres. L'autonomie, quant à elle, doit être comprise dans un sens relationnel plutôt qu'en opposition à la vulnérabilité. 230

Dans un troisième temps, nous avons examiné la pertinence de ces théories pour les droits humains. À ce sujet, nous avons vu qu'en dépit de leurs différences, les approches se rejoignent dans la revendication d'un « État proactif » en réponse à cette vulnérabilité universelle. À cet égard, nous avons vu qu'une critique récurrente vise la conception restrictive des droits civils et politiques comme étant avant tout des droits d'abstention et que les approches étudiées plaident au contraire en faveur de l'adoption d'obligations positives. Or, la jurisprudence de la Cour répond en tout cas partiellement à cette demande, puisqu'elle accepte depuis fort longtemps déjà que les droits garantis par la Convention fondent des obligations positives. Celles-ci sont liées, implicitement et parfois explicitement, à la vulnérabilité. En effet, la vulnérabilité universelle peut fournir une justification théorique à ces obligations positives, même si cela n'a pas été explicité dans la jurisprudence. Les vulnérabilités particulières, quant à elles, ont permis à la Cour de justifier l'élargissement de ces obligations, voire de fonder des obligations positives spécifiques. Ces éléments seront approfondis dans la suite de cette thèse. 231

CONCLUSION

En partant du constat de l'omniprésence de la vulnérabilité, tant en droit qu'en dehors de celui-ci, et de l'importance d'une utilisation plus réfléchie de cette notion, nous avons examiné différents aspects théoriques dans cette première partie. 232

Nous avons d'abord examiné le rôle de la vulnérabilité en droit, d'un point de vue à la fois conceptuel et pratique (**chapitre 1**). Nous avons vu que, si la vulnérabilité est une notion relativement récente dans le lexique juridique, l'idée de vulnérabilité n'est nullement étrangère au droit. Au contraire, dans une certaine mesure en tout cas, l'idée de vulnérabilité – universelle et particulière – se retrouve aux origines tant du droit en général que des droits humains en particulier. Après ces réflexions plus théoriques, nous avons examiné plusieurs exemples d'utilisations explicites de la vulnérabilité dans plusieurs domaines du droit. Ce court panorama nous a permis de positionner la vulnérabilité comme une notion juridique transversale, qui n'est pas limitée aux droits humains, mais se retrouve au contraire dans d'autres domaines, comme le droit pénal ou le droit de la bioéthique. Ce panorama nous a permis de conclure que la vulnérabilité est désormais très présente en droit, mais qu'elle manque de conceptualisation, ce qui rend son utilisation quelque peu aléatoire, tout particulièrement dans le domaine des droits humains. 233

Sur la base de ce constat, nous avons ensuite analysé les fondements théoriques de la notion de vulnérabilité afin de permettre une meilleure compréhension de cette notion (**chapitre 2**). En premier lieu, nous avons étudié quatre auteurs ou courants de pensée qui ont théorisé la vulnérabilité. GOODIN a tenté de repenser les responsabilités, individuelles notamment, posant le principe d'une responsabilité envers les personnes vulnérables, en opposition au modèle volontariste des responsabilités. L'éthique du *care* vise à repenser les interactions individuelles, mais aussi la manière dont les relations sont construites en société, créant des dynamiques de pouvoir et des relations de dépendance, sources de vulnérabilité. FINEMAN place la vulnérabilité universelle au centre de sa théorie politique, qui vise à repenser le rôle de l'État et de ses institutions en tant que créatrices de résilience. NUSSBAUM, pour sa part, se base sur l'approche des *capabilités*, dont elle est l'une des principales auteures, 234

pour repenser la vie humaine : partant de sa conception de l'être humain comme étant à la fois capable et vulnérable, elle propose une liste de dix *capabilités* centrales qu'elle conçoit comme la définition d'une vie humaine épanouie. Celle-ci lui sert de base pour déterminer le rôle et les responsabilités de l'État.

235 Après avoir présenté successivement ces quatre auteures ou courants de pensée, nous avons, en deuxième lieu, approfondi les aspects conceptuels les plus importants de la notion de vulnérabilité. À cet égard, nous avons étudié la relation entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière, ainsi que les différents types de facteurs de vulnérabilité particulière, en distinguant entre vulnérabilité intrinsèque, situationnelle et structurelle, tout en précisant l'interaction entre ces différents types de sources. Nous avons également analysé différents risques inhérents à la notion de vulnérabilité, en abordant le risque de paternalisme, le risque de stéréotypisation, de stigmatisation et d'essentialisme, et le risque de créer des hiérarchies entre différentes vulnérabilités. Nous avons également proposé des pistes afin de contrer ces risques, notamment des mesures qui reconnaissent et favorisent la capacité d'agir des individus ainsi que la reconnaissance du caractère relationnel et dynamique de la vulnérabilité. Nous avons également examiné les relations entre la vulnérabilité et d'autres notions connexes. À ce propos, nous avons d'abord vu que la vulnérabilité peut être conçue comme le résultat de l'interaction entre un risque spécifique et les facteurs de résilience permettant d'y faire face. Nous avons ensuite examiné la dépendance, qui est parfois utilisée comme synonyme de vulnérabilité, mais est plus justement conceptualisée comme un facteur de vulnérabilité, et sa relation avec l'autonomie. Nous avons vu que cette dernière peut être conceptualisée comme une notion relationnelle, en interaction avec la vulnérabilité plutôt qu'en opposition de celle-ci.

236 En dernier lieu, nous nous sommes interrogées sur la pertinence de ces théories pour les droits humains. Nous avons vu que les théories de Fineman et de Nussbaum en particulier présentent de nombreux parallèles avec les droits humains et qu'elles permettent d'appuyer une conception des droits humains comme fondant des obligations positives. Sur la base de ce constat, nous avons retracé l'émergence des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour, leurs origines, leurs fondements et leur relation avec la vulnérabilité. Sur ce dernier point, nous avons vu que la vulnérabilité fonde des obligations

positives, un élément sur lequel nous reviendrons tout au long de la suite de ce travail.

Partie II : L'évolution de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour

Apparue dans la jurisprudence européenne il y a plus de quarante ans – de façon ²³⁷ plutôt marginale d'abord, puis de manière plus soutenue par la suite –, la notion de vulnérabilité a connu un essor considérable. Aujourd'hui, on recense plus de deux mille arrêts et décisions qui se réfèrent à la vulnérabilité ou à la vulnérabilité particulière des requérantes⁹²⁰. Au-delà de cet aspect quantitatif, la reconnaissance de cette vulnérabilité entraîne des conséquences juridiques. La Cour en déduit par exemple des obligations positives nouvelles ou s'en sert pour étendre des obligations positives existantes. Ces obligations visent à atténuer ou compenser la vulnérabilité particulière et participent ainsi à l'effort de la Cour de garantir des droits réels et effectifs en toute circonstance.

Dans cette partie, nous retracerons les différentes étapes de cette évolution et ²³⁸ examinerons à la fois l'ampleur et les limites de la vulnérabilité dans la jurisprudence. Nous avons retenu une approche chronologique, qui a le mérite de montrer à la fois une certaine continuité dans la jurisprudence et une transformation graduelle, mais considérable au cours des vingt dernières années⁹²¹. Notre analyse distingue deux périodes. La première traitera de l'émergence de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour (**chapitre 3**). Elle va des premières apparitions de la vulnérabilité, peu fréquentes et plutôt marginales dans le raisonnement juridique, à la multiplication des occurrences

⁹²⁰ Précisons que dans la terminologie de la Cour, la vulnérabilité doit être comprise comme faisant référence à la vulnérabilité particulière, accrue, de certaines personnes, et non pas comme la vulnérabilité universelle de tout être humain. Dans la jurisprudence, les références à la *vulnérabilité* et à la *vulnérabilité particulière* sont ainsi largement interchangeables. Il en va différemment lorsque la Cour se réfère à la « grande vulnérabilité » ou à « l'extrême vulnérabilité » de certaines requérantes (à ce propos, voir *infra*, not. n^{os} 289, 473, 481, 647, 660, 677–683).

⁹²¹ Signalons que nous avons fait quelques exceptions à l'ordre chronologique lorsque cela facilitait l'analyse ou la discussion d'arrêts. Ainsi, quelques arrêts récents figurent déjà dans le chapitre 3 (voir en particulier *infra*, n^o 246) ; à l'inverse, quelques arrêts de la période allant de 1977 à 2006 sont regroupés avec des arrêts analysés dans le chapitre 4 (voir notamment *infra*, n^o 443).

vers la fin des années quatre-vingt-dix. Ainsi, au tournant du millénaire, la Cour rend plusieurs arrêts qui se démarquent à la fois par un raisonnement plus explicite concernant la vulnérabilité et les conséquences juridiques attachées à celle-ci. Néanmoins, la vulnérabilité reste confinée à quelques groupes de personnes, avant tout les enfants et les personnes détenues. Ce chapitre est structuré selon les « catégories » de personnes qualifiées de particulièrement vulnérables par la Cour, comme les enfants ou encore les personnes détenues. Si une telle catégorisation n'est pas sans risques – rappelons à cet égard les développements sur la stéréotypisation et l'essentialisme⁹²², elle permet de systématiser la jurisprudence et de mieux comprendre l'usage que la Cour fait de la vulnérabilité.

239 La deuxième période marque la consécration d'un véritable concept jurisprudentiel (**chapitre 4**). Si la transition est fluide, cette période récente, dont nous avons situé le début en 2007, se distingue non seulement par un accroissement quantitatif d'arrêts, mais aussi par le poids que la Cour accorde, dans au moins certains d'entre eux, à la vulnérabilité. Plus généralement, elle est caractérisée par une consolidation et une diversification, tant des personnes qualifiées de particulièrement vulnérables que des conséquences qui en découlent. Contrairement au précédent, ce chapitre est sous-divisé en facteurs de vulnérabilité, par exemple, l'âge ou le fait d'être sous le contrôle des autorités. Ceci permet une présentation plus concise, mais sert surtout à expliciter les raisons derrière le constat de vulnérabilité et à mettre en avant le caractère dynamique de la vulnérabilité. Ainsi, des raisons similaires à celles ayant amené la Cour à qualifier les personnes détenues de particulièrement vulnérables – à savoir le contrôle des autorités – permettent d'étendre ce constat aux recrues ou aux personnes vivant dans un établissement médico-social.

⁹²² Voir *supra*, nos 154-159.

CHAPITRE 3 : L'ÉMERGENCE DE LA VULNÉRABILITÉ

L'apparition de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour a été qualifiée de « révolution silencieuse »⁹²³, ce qui peut donner l'impression qu'il s'agirait d'un phénomène récent. Or, si le phénomène a pris de l'ampleur au cours des quinze dernières années, ses origines sont plus anciennes. En effet, la notion de vulnérabilité apparaît pour la première fois en 1977. À partir de ce moment-là, la Cour s'y réfère d'abord de manière sporadique, puis de plus en plus régulièrement, en y rattachant des conséquences juridiques. Si la jurisprudence au sujet de la vulnérabilité a considérablement évolué depuis ses débuts, l'idée que la position particulièrement vulnérable de certaines personnes implique une protection plus poussée de la part de l'État restera une idée centrale et constante. Celle-ci se concrétisera au cours des années, surtout par le biais des obligations positives.

Dans ce chapitre, nous analyserons deux étapes de la jurisprudence en matière de vulnérabilité. Tout d'abord, nous examinerons la période allant de la fin des années soixante-dix jusqu'au milieu des années 1990, au cours de laquelle la vulnérabilité fait ses premières apparitions dans la jurisprudence (I) concernant d'abord de tierces personnes (A) et seulement plus tard les requérantes (B). Ensuite, nous nous pencherons sur la décennie suivante, au cours de laquelle les occurrences de la vulnérabilité se sont multipliées et ont plus régulièrement entraîné des conséquences juridiques (II). À cet égard, nous étudierons successivement les différentes « catégories » de personnes dont la Cour a reconnu la vulnérabilité durant cette période, à savoir les personnes vivant au sud-est de la Turquie (A), les personnes détenues (B), les victimes de torture (C), les enfants et les jeunes (D) et les personnes poursuivant un mode de vie (semi-) itinérant (E).

⁹²³ L'expression a été proposée par TIMMER, *Vulnerability*, p. 147 (notre traduction), et reprise un certain nombre de fois depuis lors (voir p. ex. BRANDL/CZECH, p. 251 ; d'une manière plus critique, BESSON, *Vulnérabilité*, p. 81).

I. Les premières apparitions

242 Entre la fin des années soixante-dix et le milieu des années 1990, nous avons recensé quelques rares occurrences de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après : la Commission) et de la Cour. Contre toute attente, les premières affaires concernent non pas la vulnérabilité des requérantes, mais celle de tierces personnes (A). Par la suite, quelques affaires soulèvent la vulnérabilité des personnes ayant déposé une requête (B).

A. La vulnérabilité de tierces personnes

243 La notion de vulnérabilité apparaît dans la jurisprudence dès la fin des années soixante-dix. Sa première mention se trouve dans une décision de recevabilité rendue par la Commission en 1977⁹²⁴. La vulnérabilité n'y est pas soulevée par les membres de la Commission, mais par l'État défendeur. Celui-ci avance que la criminalisation des actes homosexuels avec de jeunes hommes majeurs âgés de 18 à 21 ans serait justifiée, même en cas de consentement de ceux-ci, par leur vulnérabilité particulière⁹²⁵. Par la suite, dans son rapport relatif au fond de l'affaire, la Commission reprend ce raisonnement à son compte, estimant qu'« une importante fonction du droit pénal dans une société démocratique est de fournir des garanties permettant de protéger les individus du danger, particulièrement ceux qui sont *tout spécialement vulnérables* en raison de leur âge »⁹²⁶.

244 Peu après, la Cour suit la même logique dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* de 1981⁹²⁷. L'arrêt est devenu célèbre en raison de la conclusion de la Cour, qui condamne sans équivoque la pénalisation d'actes homosexuels entre adultes consentants de plus de 21 ans comme une atteinte injustifiée au droit à la protection de la vie privée du requérant⁹²⁸. À cet égard, la Cour souligne, entre

⁹²⁴ *X. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 7215/75, 7 juillet 1977, p. 54.

⁹²⁵ *X. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 7215/75, 7 juillet 1977, p. 54.

⁹²⁶ *X. c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 7215/75, 12 octobre 1978, § 137 (nous soulignons).

⁹²⁷ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981. Cet arrêt est généralement cité comme le premier dans lequel la Cour utilise le terme (voir p. ex. AL TAMIMI, p. 563 ; BESSON, *Vulnérabilité*, p. 65 ; CARLIER, p. 180).

⁹²⁸ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, not. §§ 62–63. La Cour confirme son raisonnement dans l'affaire *Norris c. Irlande*, requête n° 10581/83, 6 octobre 1988, § 46. Pour une analyse sociologique, voir JOHNSON, pp. 46–54.

autres, qu'il n'existe aucun « < 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 »⁹²⁹. En revanche, dans le même arrêt, la Cour reconnaît un tel besoin s'agissant des jeunes de moins de 21 ans, acceptant l'argumentation du gouvernement britannique sur ce point⁹³⁰. Ainsi, selon la Cour, la protection de « 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 » peut justifier un âge de consentement plus élevé pour des actes sexuels entre hommes que pour les actes hétérosexuels ou entre femmes⁹³¹. Partant, la Cour a refusé d'y voir une discrimination au sens de l'article 14 CEDH⁹³².

Le raisonnement de l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* a été confirmé à plusieurs reprises⁹³³ avant d'être réfuté par la Cour dans une série d'arrêts rendus entre 2000 et 2005⁹³⁴. Si la notion de vulnérabilité est absente de ces arrêts, elle constitue le cœur du raisonnement de la Commission dans son rapport dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* de 1997. Celui-ci souligne l'importance d'un âge minimal pour consentir à des relations sexuelles pour protéger de relations potentiellement abusives les personnes vulnérables en raison de leur jeunesse⁹³⁵. Il retient toutefois aussi – contrairement à l'arrêt *Dudgeon* – qu'aucune différenciation entre relations hétérosexuelles et homosexuelles n'est

245

⁹²⁹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, § 60.

⁹³⁰ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, §§ 62–63.

⁹³¹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, § 49. Plus spécifiquement – et, rétrospectivement, de manière plutôt choquante – la Cour y parle de 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 » (*idem*, § 62). À ce propos, voir aussi JOHNSON, pp. 39, 127–129.

⁹³² Dans l'arrêt *Dudgeon*, la Cour estime simplement que la question tombe dans la marge d'appréciation des États (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, § 62) ; dans d'autres affaires, la Commission estime que la distinction est basée sur une distinction objective (*B. c. Royaume-Uni* [déc.], requête n° 9237/81, 12 octobre 1983, p. 77 ; *Johnson c. Royaume-Uni* [déc.], requête n° 10389/83, 17 juillet 1986, p. 84).

⁹³³ Voir p. ex. *B. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 9237/81, 12 octobre 1983 ; *Johnson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10389/83, 17 juillet 1986 (protection d'un individu « jeune et vulnérable »).

⁹³⁴ *L. et V. c. Autriche*, requêtes nos 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003 ; *S.L. c. Autriche*, requête n° 45330/99, 9 janvier 2003 ; *B.B. c. Royaume-Uni*, requête n° 5376/00, 10 février 2004 ; *Woditschka et Wilfing c. Autriche*, requêtes nos 69756/01 et 6306/02, 21 octobre 2004 ; *Ladner c. Autriche*, requête n° 18297/03, 3 février 2005. Précisons que la Commission a déjà changé son raisonnement dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 25186/94, 1^{er} juillet 1997, en particulier §§ 63–65 ; la requête a ensuite été rayée du rôle en raison du changement de législation en cours au Royaume-Uni (à ce propos, voir aussi JOHNSON, p. 129).

⁹³⁵ *Sutherland c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 25186/94, 1^{er} juillet 1997, §§ 24, 64–65.

justifiée, réfutant tout argument relatif à un quelconque « risque à être < recruté > dans l'homosexualité »⁹³⁶. Ce raisonnement révèle au passage l'hétéronormativité sous-jacente de ces législations, également présente dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la vulnérabilité particulière des jeunes hommes étant étroitement liée au fait que l'homosexualité était vue comme un « danger » ou un risque particulier⁹³⁷. Aujourd'hui, il n'y a plus aucun doute qu'une loi prévoyant un âge de consentement différent pour les relations sexuelles entre hommes viole l'article 14 en combinaison avec l'article 8 de la Convention⁹³⁸.

246 Ces premières affaires ne traitent donc pas de la vulnérabilité des requérants – appartenant pourtant à une minorité en raison de leur orientation sexuelle –, mais de la vulnérabilité de tierces personnes⁹³⁹. C'est cette vulnérabilité – supposée, mais guère expliquée – qui sert, dans ces cas, à justifier une atteinte au droit à la vie privée et familiale des requérants. Bien que cette jurisprudence ait entretemps été abandonnée, des arguments similaires à ceux admis par la Cour au début des années quatre-vingt réapparaissent de temps à autre, comme le montre l'argumentation du gouvernement russe dans le cas récent de *Bayev v. Russie*⁹⁴⁰. Dans cette affaire, le gouvernement russe a tenté, en vain, de justifier des lois criminalisant la « propagande homosexuelle »⁹⁴¹ auprès de personnes mineures avec la nécessité de protéger celles-ci en raison de leur vulnérabilité⁹⁴². Ici, la vulnérabilité sert donc d'outil rhétorique pour justifier une politique qui est à la fois paternaliste (envers les mineures) et discriminatoire (envers une minorité, en l'occurrence les personnes LGBTIQ). La réponse de la Cour est très claire : elle refuse « d'avaliser des politiques et des décisions qui incarnent un préjugé de la part d'une majorité hétérosexuelle à l'encontre d'une minorité

⁹³⁶ *Sutherland c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 25186/94, 1^{er} juillet 1997, §§ 24, 64–65.

⁹³⁷ Sur l'hétéronormativité de la Cour, voir plus généralement JOHNSON, not. pp. 11–14, 146–162. D'une façon sans doute plus choquante pour les lectrices contemporaines, le rapport dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* révèle que le second argument soulevé par le gouvernement britannique était le prétendu « droit de la société d'indiquer sa désapprobation de la conduite homosexuelle et sa préférence pour un mode de vie hétérosexuel », argument clairement rejeté par la Commission (*Sutherland c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 25186/94, 1^{er} juillet 1997, §§ 24, 63–65 [notre traduction]).

⁹³⁸ Voir *supra*, note 934 et les réf. cit. ; voir aussi l'arrêt *E.B. et autres c. Autriche*, requêtes n°s 31913/07 et al., 7 novembre 2013, qui concernent la suite de ces affaires, avec de plus amples références ; voir aussi JOHNSON, pp. 127–129.

⁹³⁹ À ce propos, voir aussi CARLIER, p. 182.

⁹⁴⁰ *Bayev c. Russie*, requêtes n°s 67667/09 et al., 20 juin 2017.

⁹⁴¹ *Bayev c. Russie*, requêtes n°s 67667/09 et al., 20 juin 2017, §§ 19–39, 45–50. Le requérant avait affiché des pancartes énonçant que « l'homosexualité [était] normale » et qu'il était « fier de son homosexualité » (*idem*, §§ 10, 40).

⁹⁴² *Bayev c. Russie*, requêtes n°s 67667/09 et al., 20 juin 2017, § 50, avec référence expresse à l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* précité.

homosexuelle »⁹⁴³ et considère que la position du gouvernement russe est « dénuée de fondement »⁹⁴⁴. Notons par ailleurs que la Cour précise que la marge d'appréciation est étroite, s'agissant des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle, sans pour autant avoir recours à la notion de vulnérabilité⁹⁴⁵.

L'idée que la vulnérabilité de tierces personnes – notamment des mineures et enfants – justifie la restriction des droits des requérantes revient également dans d'autres contextes pendant la période examinée. C'est le cas dans deux décisions concernant une loi suédoise interdisant les châtiments corporels sur des enfants, où la Commission estime que la législation litigieuse visant « la protection des éléments réputés faibles et vulnérables dans la société » constitue une restriction justifiée de la vie privée et familiale des parents⁹⁴⁶. Par la suite, la Cour s'est appuyée sur un raisonnement similaire pour définir un certain nombre d'obligations positives « afin de protéger le bien-être physique et émotionnel » des enfants, y compris l'obligation de criminaliser certaines atteintes à leur intégrité physique ou psychique⁹⁴⁷. Dans la même optique, elle a également considéré comme justifié le retrait partiel de l'autorité parentale des requérantes en raison des punitions corporelles administrées à leurs enfants⁹⁴⁸.

L'importance de protéger des personnes en raison de leur vulnérabilité guide également la Commission dans l'affaire *R. c. Royaume-Uni*, lorsqu'elle considère que la protection des « citoyens [...] qui sont particulièrement vulnérables en raison de leur âge ou de leur infirmité » justifie une législation pénale criminalisant l'aide au suicide⁹⁴⁹. Dans cette affaire comme dans d'autres qui lui ont succédé, comme l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour accepte que les requérantes ne soient pas nécessairement vulnérables elles-mêmes, mais estime que la législation vise le but légitime de protéger d'autres personnes souhaitant mettre fin à leurs jours qui seraient, elles, vulnérables⁹⁵⁰. C'est ainsi la

⁹⁴³ *Bayev c. Russie*, requêtes nos 67667/09 et al., 20 juin 2017, § 68.

⁹⁴⁴ *Bayev c. Russie*, requêtes nos 67667/09 et al., 20 juin 2017, § 78.

⁹⁴⁵ *Bayev c. Russie*, requêtes nos 67667/09, et al., 20 juin 2017, § 89.

⁹⁴⁶ *Sept Personnes c. Suède* (déc.), requête n° 8811/79, 13 mai 1982 ; *Abrahamsson c. Suède* (déc.), requête n° 12154, 5 octobre 1987.

⁹⁴⁷ Voir p. ex. *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 150 ; *K.U. c. Finlande*, requête n° 2872/02, 2 décembre 2008, § 46.

⁹⁴⁸ *Tlapak et autres c. Allemagne*, requêtes nos 11308/16 et 11344/16, 22 mars 2018, §§ 88–101 ; *Wetjen et autres c. Allemagne*, requêtes nos 68125/14 et 72204/14, 22 mars 2018, §§ 75–87.

⁹⁴⁹ *R. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10083/82, 4 juillet 1983, § 17.

⁹⁵⁰ Voir en particulier *Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02, 29 avril 2002, §§ 73–74.

vulnérabilité présumée d'un cercle de personnes circonscrit de manière relativement vague qui permet de justifier la limitation de l'autonomie personnelle des personnes requérantes, malgré l'importance que la Cour accorde aux principes d'autodétermination et d'autonomie personnelle⁹⁵¹.

249 Dans ces premières affaires, la Cour donne peu d'indications sur sa compréhension de la notion de vulnérabilité. Nous pouvons néanmoins identifier quelques éléments que nous retrouverons plus tard, notamment l'âge comme facteur de vulnérabilité. L'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* mentionne également les personnes ayant une maladie mentale et celles qui se trouvent dans un état de dépendance comme « catégories de personnes appelant une protection spéciale »⁹⁵². Cette dernière formulation indique par ailleurs le lien entre vulnérabilité et protection particulière, ce qui se traduira par la suite en obligations positives⁹⁵³. Enfin, dans ces jugements, la vulnérabilité sert non seulement de justification pour restreindre les droits des requérantes, mais également d'élément limitant l'autonomie des personnes qualifiées de (potentiellement) vulnérables, que ce soit le consentement dans le contexte de relations sexuelles ou l'autodétermination dans le contexte de l'aide au suicide.

B. La vulnérabilité des requérantes

250 La Commission soulève la vulnérabilité de personnes requérantes – et non pas de tierces personnes – pour la première fois dans la décision de recevabilité *X. c. Allemagne* rendue en 1981⁹⁵⁴. L'affaire concernait une fille de dix ans et demi interrogée par la police à la suite de vols ayant eu lieu dans son école. La fille avait été retenue pendant deux heures dans les locaux de la police, dont une partie du temps dans une cellule non fermée à clé. Dans sa décision, la Commission souligne que les interrogatoires d'enfants doivent être menés « d'une manière adaptée à leur âge et à leur vulnérabilité », tout en jugeant que

⁹⁵¹ Nous avons examiné cette question plus en détail ailleurs (ZIMMERMANN, *Life or death*, pp. 41–48).

⁹⁵² *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, § 47. Le jugement parle plus précisément de « débilite mentale », terme qui paraît aujourd'hui non seulement désuet, mais clairement inapproprié.

⁹⁵³ Voir not. *infra*, n°s 330–336.

⁹⁵⁴ *X. c. Allemagne* (déc.), requête n° 8819/79, 19 mars 1981.

tel était le cas en l'espèce⁹⁵⁵. À cet égard, elle précise notamment que la fille n'a pas été laissée seule et qu'elle ne semblait pas avoir été affectée par l'incident⁹⁵⁶.

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Tomasi c. France*, la Commission reconnaît pour la première fois qu'une personne placée en garde à vue est particulièrement vulnérable⁹⁵⁷. Contrairement aux autres affaires de cette première période, la Commission fournit ici des indications assez claires sur les sources de cette vulnérabilité. Ainsi, elle considère d'abord que le requérant, détenu au commissariat de police, était « sans contact avec l'extérieur, que ce soit avec son avocat ou sa famille et [...] se trouvait dès lors isolé, dépendant des policiers et donc particulièrement vulnérable »⁹⁵⁸. La Commission en conclut que malgré les lésions corporelles relativement légères, l'usage de la force à l'encontre d'une personne « privée de liberté et donc vulnérable et en état d'infériorité » constitue un traitement inhumain et dégradant⁹⁵⁹. 251

Les arguments avancés par la Commission nous intéressent pour deux raisons. Tout d'abord, la formulation ouverte employée par la Commission indique que son raisonnement ne s'applique pas uniquement aux personnes en garde à vue, mais plus généralement à toute personne détenue ; comme nous le verrons, la jurisprudence évoluera effectivement en ce sens⁹⁶⁰. Ensuite, le rapport de la Commission relie la vulnérabilité du requérant au seuil de gravité de l'article 3 CEDH. Pour ces deux aspects, l'opinion dissidente du membre de la Commission SOYER intéressante. D'une part, il lui semble injustifié de déduire, comme le fait la majorité, la vulnérabilité du requérant de sa seule privation de liberté⁹⁶¹. Il critique ensuite le lien établi par la majorité entre la vulnérabilité d'une part et le seuil de gravité d'autre part. Pour lui, la majorité établit une sorte de présomption que le seuil de gravité est atteint sur la base de la seule vulnérabilité du requérant⁹⁶². Or, c'est exactement en ce sens que la jurisprudence évoluera : en raison de la situation particulièrement vulnérable des personnes détenues, la Cour considère désormais que tout usage de la force 252

⁹⁵⁵ *X. c. Allemagne* (déc.), requête n° 8819/79, 19 mars 1981, p. 165.

⁹⁵⁶ *X. c. Allemagne* (déc.), requête n° 8819/79, 19 mars 1981, p. 165.

⁹⁵⁷ *Tomasi c. France* (rapport), requête n° 12850/87, 11 décembre 1990, §§ 104 (« particulièrement vulnérable »), 105 (« vulnérable »).

⁹⁵⁸ *Tomasi c. France* (rapport), requête n° 12850/87, 11 décembre 1990, § 104.

⁹⁵⁹ *Tomasi c. France* (rapport), requête n° 12850/87, 11 décembre 1990, § 105.

⁹⁶⁰ Voir *infra*, n° 269.

⁹⁶¹ *Tomasi c. France* (rapport), requête n° 12850/87, 11 décembre 1990, op. diss. SOYER, §§ 30–31.

⁹⁶² *Tomasi c. France* (rapport), requête n° 12850/87, 11 décembre 1990, op. diss. SOYER, §§ 30–31.

qui n'est pas rendu nécessaire par les circonstances atteint en principe le seuil de gravité de l'article 3 CEDH⁹⁶³.

253 Pour sa part, la Cour n'examine pas en détail ces éléments dans l'affaire *Tomasi c. France*. Tout en se référant à la vulnérabilité des personnes en garde à vue constatée par la Commission, elle se borne à relever que les certificats médicaux attestent de « l'intensité et de la multiplicité des coups portés » à la victime, conduisant à un traitement inhumain et dégradant évitant ainsi la question de la vulnérabilité⁹⁶⁴.

254 Entre 1981 et 1995, la vulnérabilité apparaît de manière sporadique dans la jurisprudence. Elle est généralement mentionnée en lien avec l'âge – avant tout les enfants ou jeunes⁹⁶⁵, rarement les personnes d'un âge avancé⁹⁶⁶ – ou le handicap mental⁹⁶⁷. Il s'agit cependant d'un nombre très limité de cas : jusqu'à fin 1994, la vulnérabilité est mentionnée dans environ 70 documents – jugements, décisions et rapports confondus⁹⁶⁸. Ces chiffres comprennent également les cas où la vulnérabilité est mise en avant par les parties, ainsi que les cas où la notion est employée non pas en lien avec des personnes, mais dans d'autres contextes, par exemple pour décrire la vulnérabilité d'institutions⁹⁶⁹ ou la vulnérabilité des avions au crash⁹⁷⁰. Nous constatons par ailleurs que dans cette première phase, le terme est plutôt utilisé par la Commission, alors que la Cour, elle, semble plus hésitante à l'adopter.

⁹⁶³ BELDA, n^{os} 78–89 (ainsi que n^{os} 94–104 à propos du caractère nécessaire de la force usée) ; LARRALDE, p. 211 ; PASTRE-BELDA, *Géométrie variable*, pp. 598–599.

⁹⁶⁴ *Tomasi c. France*, requête n^o 12850/87, 27 août 1992, §§ 113–114.

⁹⁶⁵ *X. c. Allemagne* (déc.), requête n^o 8819/79, 19 mars 1981, p. 165 (précisant que les interrogatoires d'enfants par la police doivent être adaptés à « leur âge et à leur vulnérabilité ») ; *Sept Personnes c. Suède* (déc.), requête n^o 8811/79, 13 mai 1982 ; *Abrahamsson c. Suède* (déc.), requête n^o 12154, 5 octobre 1987 (à ce propos, voir aussi *supra*, n^o 247).

⁹⁶⁶ *R. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n^o 10083/82, 4 juillet 1983, § 17, où la Commission considère que le fait de criminaliser l'aide au suicide est justifié par la protection des « [citoyens] qui sont particulièrement vulnérables en raison de leur âge ou de leur infirmité ».

⁹⁶⁷ *E. c. Norvège* (déc.), requête n^o 11701/85, 7 mars 1988.

⁹⁶⁸ Pour la période allant jusqu'au 31 décembre 1994, nous avons recensé un total de 27 arrêts, 35 décisions et 25 rapports, après déduction des doublons, dans lesquels figure l'une des expressions suivantes : « vulnérable », « vulnérabilité », « vulnerable » ou « vulnerability », au singulier ou au pluriel.

⁹⁶⁹ Il s'agit p. ex. de la vulnérabilité des institutions internationales (*Irlande c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n^o 5310/71, 18 janvier 1978) ; de la vulnérabilité d'un service de l'administration britannique (*Council of Civil Service Unions et autres c. Royaume-Uni* [déc.], requête n^o 11603/85, 20 janvier 1987) ; de la vulnérabilité du système juridique nord-irlandais (*Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, requêtes n^{os} 14553/89 et 14554/89, 26 mai 1993). À propos de la vulnérabilité des institutions, voir *infra*, note 1927 et les réf. cit.

⁹⁷⁰ *Athanassoglou c. Suisse*, requête n^o 27644/95, 6 avril 2000.

II. La multiplication des occurrences

Dans la seconde moitié des années quatre-vingt-dix, la vulnérabilité, mentionnée jusque-là avant tout dans la jurisprudence de la Commission et par les parties, fait son entrée dans le vocabulaire de la Cour. Bien que le terme reste peu fréquent dans un premier temps⁹⁷¹, il est possible de distinguer certaines catégories d'individus qui sont qualifiées de vulnérables de manière régulière et avec des conséquences juridiques. Il s'agit principalement des personnes habitant des régions en crise du sud-est de la Turquie (A) ; des personnes en garde à vue ou détenues (B), des victimes de torture (C) et des enfants (D). Parallèlement, la Cour introduit l'expression de minorité vulnérable dans une série d'affaires concernant le stationnement de caravanes de nomades britanniques (E).

A. Les personnes habitant le sud-est de la Turquie

Au milieu des années quatre-vingt-dix, la vulnérabilité apparaît dans un groupe d'affaires assez spécifiques concernant le sud-est de la Turquie. Depuis les années quatre-vingt-dix, cette région a été ravagée par un conflit violent opposant les forces de sécurité turques aux membres du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) et causant plusieurs dizaines de milliers de décès, le déplacement d'environ un million de personnes, des arrestations en masse et des destructions de villages entiers⁹⁷². La situation politique et les agissements des autorités ont également donné lieu à un grand nombre de requêtes devant la Cour, un phénomène qui s'explique – du moins partiellement – par l'action stratégique devant la Cour de représentantes de la minorité kurde⁹⁷³. Souvent, ces affaires portent sur la destruction d'habitations et la déportation et détention

⁹⁷¹ Entre le 1^{er} janvier 1995 et le 31 décembre 2006, nous avons recensé un total de 224 arrêts (dont 42 arrêts de Grande Chambre) et de 220 décisions, après déduction des doublons, dans lesquelles figure l'une des expressions suivantes : « vulnérable », « vulnérabilité », « vulnerable » ou « vulnerability », au singulier ou au pluriel. Le nombre de jugements où la vulnérabilité est mentionnée par la Cour elle-même est bien plus restreint. À titre indicatif, 91 arrêts et 106 décisions mentionnent la vulnérabilité dans la partie « en droit », ce qui ne signifie pas encore que la notion occuperait une place importante du raisonnement.

⁹⁷² KADIOĞLU, pp. 150–156, 157 (note 7), 158 (note 11) ; KURBAN, pp. 172–174. Par ailleurs, voir KADIOĞLU, pp. 146, 157 (note 6), à propos de la continuité du conflit malgré l'abolition officielle de l'état d'urgence en 2002. Actuellement, un grand nombre de requêtes sont pendantes devant la Cour en lien avec une reprise des violences depuis l'été 2015 (voir COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH[2016]39, §§ 10, 12 ; COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH[2017]13).

⁹⁷³ KURBAN, pp. 168–171.

(secrète) de personnes⁹⁷⁴. La détention comme source de vulnérabilité sera examinée dans la section suivante⁹⁷⁵ ; à ce stade, il est important de souligner que la Cour reconnaît la vulnérabilité de ces personnes indépendamment d'une éventuelle détention⁹⁷⁶.

257 Dans ses jugements, la Cour souligne notamment la « situation d'insécurité et de vulnérabilité »⁹⁷⁷, ou encore le « sentiment d'insécurité et de vulnérabilité »⁹⁷⁸ des requérantes, créés par le contexte sociopolitique en général et la destruction de leurs habitations en particulier⁹⁷⁹. Occasionnellement, la Cour a également mentionné leur « dépendance à l'égard de l'État pour la satisfaction de leurs besoins essentiels » comme facteur de vulnérabilité⁹⁸⁰. Dans certains cas, elle se réfère spécifiquement à la vulnérabilité des « villageois *ayant porté plainte* », celle-ci découlant notamment de leur risque de subir des représailles⁹⁸¹. La situation de vulnérabilité résulte donc à la fois des atteintes graves déjà commises par les autorités et du risque que celles-ci perdurent ou se reproduisent⁹⁸².

258 Malgré la présence d'éléments socio-économiques – la destruction des habitations, la dépendance économique de l'État –, la vulnérabilité est ici avant tout d'origine politique⁹⁸³. En effet, dans l'optique de la Cour, la destruction des

⁹⁷⁴ D'autres requêtes en lien avec ce conflit concernaient p. ex. la dissolution de partis politiques (KURBAN, p. 168 et les réf. cit.).

⁹⁷⁵ Voir *infra*, nos 261–265.

⁹⁷⁶ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, §§ 104–105 ; *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, §§ 161–163 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, §§ 131–132 ; *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, §§ 131–132 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes nos 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 125. Pour deux affaires dans lesquelles la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 34 CEDH faute d'indices suffisants, voir *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, §§ 62–63, et *Berkay c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 207.

⁹⁷⁷ *Mentes et autres c. Turquie*, requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, § 59.

⁹⁷⁸ *Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes nos 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998, § 70.

⁹⁷⁹ *Mentes et autres c. Turquie*, requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, § 59 ; *Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes nos 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998, § 70.

⁹⁸⁰ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, §§ 73, 105 (moins détaillé, mais concernant les pressions exercées sur les requérants) (nous soulignons).

⁹⁸¹ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 105 (nous soulignons). Similairement, voir *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes nos 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 79 ; voir aussi *infra*, nos 527–528.

⁹⁸² En ce sens aussi, DUTHEIL-WAROLIN, nos 154–161 ; voir aussi *infra*, nos 527–528.

⁹⁸³ Cela ressort par exemple de l'arrêt *McKerr c. Royaume-Uni*, requête n° 28883/95, 4 mai 2001, § 172 ; voir aussi BLONDEL, nos 103–105 ; DUTHEIL-WAROLIN, nos 157–158.

habitations crée une vulnérabilité particulière parce qu'elle a été orchestrée – ou en tout cas tolérée – par les forces de sécurité turques, et parce que les requérantes restent exposées aux autorités qui sont à l'origine même des violations de droits conventionnels dont ils se plaignent⁹⁸⁴. La vulnérabilité est ainsi due à une combinaison de facteurs structurels – le conflit, l'état d'urgence, les destructions massives de propriété – touchant une population plus large et d'éléments contextuels plus spécifiques, par exemple les actes de représailles contre les personnes ayant porté plainte. Curieusement, et malgré le contexte hautement politisé, il n'est pas question, dans ces arrêts, du fait que les « villageois requérants », comme la Cour les appelle⁹⁸⁵, soient d'origine kurde. L'appartenance à une minorité n'apparaît donc ni comme facteur de vulnérabilité, ni même dans le contexte de l'interdiction de la discrimination⁹⁸⁶. Cette absence pourrait s'expliquer par la réticence des requérantes à se désigner elles-mêmes comme membres d'une minorité, un terme qui serait connoté péjorativement en Turquie⁹⁸⁷. Elle pourrait toutefois aussi être due à l'approche longtemps très prudente de la Cour, tant sur le terrain de l'interdiction des discriminations⁹⁸⁸ que s'agissant de la protection des minorités⁹⁸⁹.

La reconnaissance de la vulnérabilité des requérantes a eu notamment deux conséquences, sur lesquelles nous reviendrons plus loin : d'une part, la Cour a estimé que, dans ce contexte très spécifique, aucune voie de recours effective n'était ouverte aux requérantes, rejetant ainsi les exceptions préliminaires de non-épuisement des voies de droit internes soulevées par le gouvernement turc⁹⁹⁰. D'autre part, la Cour a estimé que les interrogatoires policiers au sujet de leurs requêtes constituaient une pression illicite, compte tenu de la situation

259

⁹⁸⁴ Voir p. ex. *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 105 ; *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, §§ 47, 79.

⁹⁸⁵ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 105 ; *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 79.

⁹⁸⁶ KURBAN, p. 170.

⁹⁸⁷ KURBAN, p. 170, qui explique également que les seules minorités officiellement reconnues en Turquie sont les personnes non musulmanes.

⁹⁸⁸ FREDMAN, *Emerging*, pp. 275–278 ; O'CONNELL, *Cinderella*, pp. 211–214.

⁹⁸⁹ SPILIOPOULOU ÅKERMARK, pp. 9–20.

⁹⁹⁰ Voir p. ex. *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 73 ; voir aussi *infra*, n°s 696–703.

particulièrement vulnérable des requérantes⁹⁹¹. Nous retrouverons ces arrêts, dont l'importance ne saurait être sous-estimée, dans le chapitre dédié à l'effectivité des requêtes⁹⁹².

B. Les personnes détenues

260 Si la vulnérabilité figure déjà dans certaines affaires plus anciennes concernant des personnes détenues⁹⁹³, le phénomène prend de l'ampleur à partir de 1995. Dans ce qui suit, nous examinerons successivement les facteurs de vulnérabilité (1) et les conséquences du constat de vulnérabilité (2).

1) Les facteurs de vulnérabilité

261 S'agissant des facteurs de vulnérabilité, nous pouvons observer deux tendances : d'abord, la Cour reconnaît de plus en plus régulièrement la vulnérabilité de certaines personnes détenues en particulier ; ensuite, elle consacre, dans plusieurs arrêts phares, la vulnérabilité de toutes les personnes détenues en raison même de leur détention.

262 Ainsi, la Cour retient notamment la vulnérabilité particulière des personnes placées en garde à vue de manière illicite⁹⁹⁴ ; des personnes allophones⁹⁹⁵ ou étrangères⁹⁹⁶ ; des victimes de torture⁹⁹⁷ ainsi que des femmes enceintes et – implicitement – des personnes mineures⁹⁹⁸. La catégorie la plus importante est celle des personnes détenues avec un handicap mental⁹⁹⁹ ou une maladie mentale¹⁰⁰⁰. L'arrêt *Kudła c. Pologne* peut être considéré comme fondateur à cet

⁹⁹¹ Voir p. ex. *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; voir aussi *infra*, n°s 529–535.

⁹⁹² Voir *infra*, n°s 527–535.

⁹⁹³ Voir *supra*, n°s 250–254.

⁹⁹⁴ *Ribitsch c. Autriche*, requête n° 18896/91, 4 décembre 1995, § 36.

⁹⁹⁵ *T.W. c. Malte* [GC], requête n° 25644/94, 29 avril 1999, § 43 ; *Aquilina c. Malte* [GC], requête n° 25642/94, 29 avril 1999, § 49.

⁹⁹⁶ *Zhu c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 36790/97, 12 septembre 2000.

⁹⁹⁷ *Bati et autres c. Turquie*, requêtes n°s 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 133.

⁹⁹⁸ *Bati et autres c. Turquie*, requêtes n°s 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 122.

⁹⁹⁹ *T.W. c. Malte* [GC], requête n° 25644/94, 29 avril 1999, § 43 ; *Aquilina c. Malte* [GC], requête n° 25642/94, 29 avril 1999, § 49.

¹⁰⁰⁰ *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 99 ; *Keenan c. Royaume-Uni*, requête n° 27229/95, 3 avril 2001, §§ 111–112 ; *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 46477/99, 14 mars 2002, § 83 ; *Pantea c. Roumanie*, requête n° 33343/96, 3 juin 2003, § 192 ; *Naoumenko c. Ukraine*, requête n° 42023/98, 10 février 2004, § 112 ; *Slimani c. France*, requête n° 57671/00, 27 juillet 2004, § 28 ; *Rohde c. Danemark*, requête n° 69332/01, 21 juillet 2005, § 99.

égard. La Cour y souligne que « l'état psychologique » du requérant le rendait « plus vulnérable que le détenu moyen », un constat pertinent dans l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention et source d'obligations positives¹⁰⁰¹.

Ensuite, dès la fin des années 1990, la Cour reconnaît aussi la détention en elle-même comme facteur de vulnérabilité situationnelle. Ce constat, qui a depuis lors été confirmé par de nombreux arrêts¹⁰⁰², trouve ses origines dans l'affaire *Aydin c. Turquie*. Celle-ci concernait une fille de dix-sept ans maltraitée et violée pendant sa garde à vue. La Cour y souligne que :

« [L]e viol d'un détenu par un agent de l'État doit être considéré comme une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité »¹⁰⁰³.

Ce passage indique non seulement que la détention est elle-même une source de vulnérabilité ; il montre aussi que celle-ci constitue un facteur important dans l'évaluation des mauvais traitements infligés à la victime¹⁰⁰⁴. En l'occurrence, l'affaire *Aydin c. Turquie* marque la première fois où la Cour reconnaît qu'un viol peut être constitutif de torture – et pas seulement d'un traitement inhumain ou dégradant¹⁰⁰⁵. De plus, dans cet arrêt, la Cour reconnaît explicitement la vulnérabilité des victimes de torture¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰¹ *Kudla c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, §§ 88–99.

¹⁰⁰² Voir *infra*, nos 350–361.

¹⁰⁰³ *Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, § 83 (nous soulignons).

¹⁰⁰⁴ La Cour mentionne par ailleurs que ces expériences étaient « particulièrement terrifiantes et humiliantes, eu égard à son sexe, à sa jeunesse et aux circonstances dans lesquelles elle a été détenue » (*Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, § 84), indiquant le sexe et l'âge (17 ans) comme facteurs de vulnérabilité additionnels (voir aussi Sjöholm, p. 279). Notons par ailleurs que HÉRÉ cite l'affaire *Aydin c. Turquie* aussi bien s'agissant de la vulnérabilité des enfants et jeunes (HÉRÉ, *Rights of the Vulnerable*, p. 106) que de celle des personnes détenues et des victimes de torture (HÉRÉ, *Rights of the Vulnerable*, p. 127). À propos de l'importance du genre et de l'âge pour la définition de viol en tant que torture dans l'affaire *Aydin c. Turquie*, voir MCGLYNN, *Rape*, pp. 568, 575.

¹⁰⁰⁵ MCGLYNN, *Rape*, pp. 565–569. L'arrêt ne va toutefois pas jusqu'à reconnaître que tout viol relève nécessairement de la torture (*Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, § 86 ; voir aussi MCGLYNN, *Rape*, pp. 578–579). Aujourd'hui, nous pouvons affirmer qu'un viol commis par une personne représentant l'État relève de la torture, alors que la Cour tend à reconnaître une violation non spécifiée de l'article 3 CEDH en cas de viols commis par des personnes privées (Sjöholm, p. 276 et les réf. cit.).

¹⁰⁰⁶ *Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, § 103.

Il faudra attendre l'arrêt *Salman c. Turquie* pour que la Cour affirme que les « personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité »¹⁰⁰⁷. Cet arrêt fondateur¹⁰⁰⁸ portait sur le décès du mari de la requérante pendant sa détention au poste de police. La Cour y affirme que « les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger »¹⁰⁰⁹, un constat qu'elle réitérera régulièrement par la suite¹⁰¹⁰. Cette vulnérabilité est due au fait que ces personnes se trouvent « aux mains des fonctionnaires de police »¹⁰¹¹, c'est-à-dire « entièrement sous [leur] contrôle »¹⁰¹² et en dépendent donc pour leur bien-être¹⁰¹³. Ces éléments ne sont pas propres à la situation des personnes en garde à vue, mais concernent plus généralement toutes les personnes détenues. Il paraît donc naturel que la Cour ait étendu le constat de vulnérabilité à l'ensemble des personnes détenues, y compris celles en détention provisoire¹⁰¹⁴. Outre le contrôle des autorités, la Cour indique aussi parfois l'isolement comme facteur de vulnérabilité¹⁰¹⁵. La jurisprudence présente quelques variations terminologiques : la Cour se réfère parfois à la vulnérabilité des personnes détenues en tant que telles¹⁰¹⁶, mais plus souvent à leur

¹⁰⁰⁷ *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 99.

¹⁰⁰⁸ AL TAMIMI, p. 564 ; DUTHEIL-WAROLIN, n° 291 (note 359) ; ROUX-DEMARE, p. 37 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 154.

¹⁰⁰⁹ *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 99.

¹⁰¹⁰ Parmi beaucoup d'autres, voir *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, § 42 ; *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 167 ; *Rivas c. France*, requête n° 59584/00, 1^{er} avril 2004, § 38 ; pour des affaires plus récentes, voir *infra*, n°s 351, 374.

¹⁰¹¹ *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 167 ; *Aydın et Yunus c. Turquie*, requêtes n°s 32572/96 et 33366/96, 22 juin 2004, § 31.

¹⁰¹² *Altay c. Turquie*, requête n° 22279/93, 22 mai 2001, § 50 ; *Slimani c. France*, requête n° 57671/00, 27 juillet 2004, § 27 ; voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 154.

¹⁰¹³ *Altay c. Turquie*, requête n° 22279/93, 22 mai 2001, § 57.

¹⁰¹⁴ *Slimani c. France*, requête n° 57671/00, 27 juillet 2004, § 27 (et *idem*, § 28 pour les personnes ayant une maladie mentale « aux mains des fonctionnaires de police ou de l'établissement carcéral »). La Cour avait déjà retenu la vulnérabilité des personnes « aux mains des fonctionnaires de police ou de l'établissement carcéral » (nous soulignons), alors même qu'il s'agissait d'un cas de garde à vue (voir *Aydın et Yunus c. Turquie*, requêtes n°s 32572/96 et 33366/96, 22 juin 2004, § 31). Pour le cas d'une personne en détention provisoire, voir *Iwanczuk c. Pologne*, requête n° 25196/94, 15 novembre 2001, § 53.

¹⁰¹⁵ *Altay c. Turquie*, requête n° 22279/93, 22 mai 2001, § 57 ; *Cotlet c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, § 71 ; *Ilaşcu et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], requête n° 48787/99, 8 juillet 2004, § 446. À l'inverse, l'assistance d'une avocate peut être un facteur de résilience diminuant cette vulnérabilité (voir aussi *infra*, n°s 374, 545).

¹⁰¹⁶ *Slimani c. France*, requête n° 57671/00, 27 juillet 2004, § 27.

« situation de vulnérabilité »¹⁰¹⁷ ou leur « position vulnérable »¹⁰¹⁸, indiquant l'origine situationnelle. Précisons que la Cour ne mentionne pas toujours la vulnérabilité¹⁰¹⁹. La vulnérabilité peut toutefois être considérée comme implicite ou sous-jacente à ces arrêts : en effet, par la suite, la Cour citera ces mêmes arrêts comme ayant établi la vulnérabilité des personnes détenues¹⁰²⁰.

2) Les conséquences de la vulnérabilité

La situation vulnérable des personnes détenues implique que « les autorités ont le devoir de les protéger »¹⁰²¹. Ce devoir, dont découlent une série d'obligations tant procédurales¹⁰²² que substantielles, a été affiné au fil du temps et est désormais fermement ancré dans la jurisprudence¹⁰²³.

Deux conséquences procédurales ont été explicitement rattachées à la vulnérabilité. Premièrement, la vulnérabilité influe sur l'appréciation de la Cour lorsqu'elle examine l'existence d'entraves à l'exercice effectif du droit de recours au sens de l'article 34 de la Convention, qu'il s'agisse d'actes d'intimidation¹⁰²⁴ ou de manquements à des obligations positives spécifiques, par exemple celle de fournir du papier à écrire à une personne détenue¹⁰²⁵. Ces aspects seront

¹⁰¹⁷ *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, § 42 ; *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 167 ; *Abdurrahman Orak c. Turquie*, requête n° 31889/96, 14 février 2002, § 68 ; *Rivas c. France*, requête n° 59584/00, 1^{er} avril 2004, § 38.

¹⁰¹⁸ *Tanli c. Turquie*, requête n° 26129/95, 10 avril 2001, § 141 ; *Tararjeva c. Russie*, requête n° 4353/03, 14 décembre 2006 (en anglais). À noter que l'expression « position vulnérable » (« vulnerable position ») est plus fréquente en anglais. Le pendant français est alors souvent « situation de vulnérabilité » (voir p. ex. *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 99).

¹⁰¹⁹ *Moussel c. France*, requête n° 67263/01, 4 novembre 2002, § 40 ; *Sarban c. République de Moldova*, requête n° 3456/05, 4 octobre 2005, § 77 ; *Cheydaïev c. Russie*, requête n° 65859/01, 7 décembre 2006, § 59.

¹⁰²⁰ Voir p. ex. *Barabanchtchikov c. Russie*, requête n° 36220/02, 8 janvier 2009, § 40 et les réf. cit.

¹⁰²¹ *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 99 ; *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, § 42 ; *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 167 ; *Abdurrahman Orak c. Turquie*, requête n° 31889/96, 14 février 2002, § 68 ; *Rivas c. France*, requête n° 59584/00, 1^{er} avril 2004, § 38.

¹⁰²² La Cour a consacré d'autres garanties procédurales dans un contexte pénitentiaire, indépendamment de toute considération de vulnérabilité, dès son arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, requête n° 4451/70, 21 février 1975. À propos de la portée de cet arrêt, voir VAN ZYL SMIT/SNACKEN, pp. 10–11 ; au sujet de l'évolution jurisprudentielle dans ce domaine, voir VAN ZYL SMIT/SNACKEN, pp. 1–37.

¹⁰²³ Voir aussi *infra*, nos 350–361.

¹⁰²⁴ Voir p. ex. *Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n° 61638/00, 30 novembre 2006, § 99 ; voir aussi *infra*, nos 522–557.

¹⁰²⁵ Voir p. ex. *Cotleş c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 60–65 ; voir aussi *infra*, nos 558–564.

étudiés en détail dans le chapitre 5 dédié à l'effectivité du droit de recours individuel¹⁰²⁶.

268

Deuxièmement, la vulnérabilité des personnes détenues – et l'obligation de protection qui en découle – entraîne un renversement du fardeau de la preuve : si une personne se trouve en bonne santé lors de son placement en garde à vue ou en détention et est blessée au moment de sa libération, « il incombe à l'État de fournir une explication plausible sur l'origine des blessures », une obligation d'autant plus forte lorsque la personne décède¹⁰²⁷. Ce renversement du fardeau de la preuve se justifie par le fait qu'il est difficile ou impossible, pour une personne détenue, de prouver un mauvais traitement de la part de la police ou des autorités carcérales¹⁰²⁸. Si les origines de ce raisonnement remontent plus loin¹⁰²⁹, depuis l'arrêt *Salman c. Turquie*, la Cour rattache explicitement et régulièrement le renversement du fardeau de la preuve à la situation vulnérable des personnes détenues¹⁰³⁰. Ce phénomène est confirmé par la jurisprudence plus récente¹⁰³¹. La Cour insiste par ailleurs sur l'obligation de prendre en considération la vulnérabilité accrue de personnes ayant une maladie mentale, en raison de « leur incapacité à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donné sur leur personne », atténuant par là le fardeau de la preuve des requérantes quant aux effets néfastes d'un traitement ou d'une absence de traitement¹⁰³².

¹⁰²⁶ Voir *infra*, en particulier nos 522–564.

¹⁰²⁷ *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 99 ; voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 154.

¹⁰²⁸ *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 100 ; *Zeynep Avci c. Turquie*, requête n° 37021/97, 6 février 2003, § 65 (mettant toutefois en doute la crédibilité du récit de la requérante) ; voir aussi BELDA, nos 574, 600.

¹⁰²⁹ Voir en particulier *Ribitsch c. Autriche*, requête n° 18896/91, 4 décembre 1995, § 36, qui mentionne la vulnérabilité et opère un renversement du fardeau de la preuve, quoique de manière moins explicite, ainsi que *Selmouni c. France* [GC], requête n° 25803/94, 28 juillet 1999, § 87, qui ne mentionne pas la vulnérabilité, mais renvoie à l'affaire *Ribitsch c. Autriche* précitée, de sorte qu'on pourrait considérer que la vulnérabilité y est implicite.

¹⁰³⁰ *Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000, §§ 99–100 ; *Avşar c. Turquie*, requête n° 25657/94, 10 juillet 2001, § 391 ; *Tararievva c. Russie*, requête n° 4353/03, 14 décembre 2006, § 73. Dans l'affaire *Okkali c. Turquie*, requête n° 52067/99, 17 octobre 2006, la Cour soulève la vulnérabilité du requérant en tant que détenu mineur, mais ne la mentionne pas à nouveau dans le contexte de l'appréciation des preuves (*idem*, §§ 65, 70).

¹⁰³¹ Voir *infra*, nos 352, 357. Le lien étroit avec la détention est confirmé, *a contrario*, par la réticence de la Cour de conclure à un renversement du fardeau de la preuve dans d'autres circonstances, notamment s'agissant de la motivation raciale de violences à l'égard de groupes ethniques minoritaires (BELDA, nos 580–582 ; sur ce point, voir aussi *infra*, nos 421–426).

¹⁰³² *Keenan c. Royaume-Uni*, requête n° 27229/95, 3 avril 2001, § 111 ; *Rohde c. Danemark*, requête n° 69332/01, 21 juillet 2005, § 99 ; voir aussi *infra*, nos 357, 510, 718–720, 729–731.

La reconnaissance de la vulnérabilité des personnes détenues a également eu des conséquences matérielles. Dans un premier temps, elle a amené la Cour à appliquer un contrôle plus strict du recours à la force par les pouvoirs étatiques. Ainsi, consacrant une évolution déjà amorcée dans l'affaire *Tomasi c. France* précitée, l'arrêt *Kudła c. Pologne* précise que tout usage de la force à l'égard d'une personne détenue qui n'est pas strictement nécessaire dépasse le seuil de gravité de l'article 3 CEDH¹⁰³³. Ce raisonnement influe aussi sur la qualification de torture plutôt que de traitement inhumain et dégradant de certains actes commis sur des personnes détenues¹⁰³⁴.

Dans un second temps, la vulnérabilité a également poussé la Cour à examiner de plus près les conditions matérielles de détention, abandonnant la réticence qui avait caractérisé sa jurisprudence jusqu'au tournant du millénaire¹⁰³⁵. Rendu en 2000, l'arrêt *Kudła c. Pologne* représente la première fois¹⁰³⁶ où la Cour a statué expressément que « tout prisonnier [devait être] détenu dans des conditions [...] compatibles avec le respect de la dignité humaine »¹⁰³⁷. Tout en acceptant l'existence d'un « niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » conforme à la Convention¹⁰³⁸, la Cour procède pour la première fois à un examen des conditions matérielles de détention¹⁰³⁹. Plus encore, l'arrêt *Kudła* fonde une obligation positive pour les États d'*assurer* des conditions de détention compatibles avec la dignité humaine¹⁰⁴⁰, précisée par des arrêts ultérieurs¹⁰⁴¹. Celle-ci comporte l'obligation

¹⁰³³ GONIN/BIGLER, n° 130 ; LARRALDE, pp. 212–214 ; SUDRE, Article 3bis, p. 1504.

¹⁰³⁴ LARRALDE, pp. 213–214 et les réf. cit.

¹⁰³⁵ AL TAMIMI, pp. 578–579 ; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, pp. 10–13, 127.

¹⁰³⁶ BEERNAERT, p. 19 ; SUDRE, Article 3bis, p. 1503 ; SUDRE ET AL., p. 178 ; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 150.

¹⁰³⁷ *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 94.

¹⁰³⁸ Si l'arrêt *Kudła c. Pologne* représente ainsi une avancée dans la protection des droits des personnes détenues, il a toutefois aussi été critiqué pour l'acceptation, devenue classique, des « limitations inhérentes » à l'article 3 CEDH, autrement dit des « souffrances inévitables » liées à la détention ou privation de liberté (voir en particulier CHOVGAN, pp. 183–188). Pour une application jurisprudentielle récente, voir p. ex. *Venken et autres c. Belgique*, requêtes n°s 46130/14 et al., 6 avril 2021, § 169.

¹⁰³⁹ LARRALDE, p. 212 ; SUDRE, Article 3bis, p. 1503. Au sujet du contrôle des conditions matérielles de détention effectué par la Cour, voir aussi HARRIS ET AL., pp. 261–269 ; RENUCCI, n°s 116–122.

¹⁰⁴⁰ *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 94 (nous soulignons) ; voir aussi SUDRE, Article 3bis, p. 1507.

¹⁰⁴¹ BELDA, n°s 159–170 et les réf. cit. ; SUDRE ET AL., pp. 179–189 ; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, pp. 127–128, 150 et les réf. cit. ; voir aussi *infra*, n°s 350–361.

de garantir un traitement médical adéquat¹⁰⁴² et de protéger les personnes détenues à la fois contre leurs codétenues¹⁰⁴³ et contre elles-mêmes, par exemple en présence de tendances suicidaires¹⁰⁴⁴. Divers arrêts concluent par ailleurs à une violation de l'article 3 CEDH en raison du surpeuplement flagrant dans certains établissements pénitentiaires¹⁰⁴⁵. Enfin, l'obligation de respecter la dignité humaine des personnes détenues pose également la question du maintien en détention de personnes qui présentent une vulnérabilité accrue en raison de leur âge avancé ou d'un handicap¹⁰⁴⁶.

271 À ces deux obligations substantielles – interdiction des mauvais traitements et obligation d'assurer des conditions de détention conformes à la dignité humaine – se greffe une obligation positive d'enquête. Cette obligation se justifie non seulement par l'importance des droits en cause – les articles 2 et 3 faisant partie des droits intangibles ou indérogeables de la Convention¹⁰⁴⁷ –, mais aussi par la volonté de garantir l'application effective de ces droits pour les personnes détenues, dont la situation se caractérise par une vulnérabilité particulière¹⁰⁴⁸.

272 Précisons que l'affaire *Kudła c. Pologne* – et diverses autres datant de la même période – traitent plus spécifiquement des conditions de détention pour les personnes détenues particulièrement vulnérables en raison d'un handicap ou d'une maladie mentale¹⁰⁴⁹. Ainsi, l'affaire *Kudła* concerne la vulnérabilité accrue issue de la combinaison entre détention et handicap mental : la Cour y précise que la détention d'une personne qui est « plus vulnérable que le détenu moyen »

¹⁰⁴² *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 94 ; *Rohde c. Danemark*, requête n° 69332/01, 21 juillet 2005, § 99 ; voir aussi *Naoumenko c. Ukraine*, requête n° 42023/98, 10 février 2004, § 112 (précisant que l'absence de traitement adéquat peut violer l'article 3 CEDH, ce qui peut également justifier des traitements médicamenteux forcés lorsque ceux-ci sont considérés comme une nécessité thérapeutique).

¹⁰⁴³ *Pantea c. Roumanie*, requête n° 33343/96, 3 juin 2003, § 192.

¹⁰⁴⁴ *Keenan c. Royaume-Uni*, requête n° 27229/95, 3 avril 2001, §§ 113–116 ; *Rohde c. Danemark*, requête n° 69332/01, 21 juillet 2005, §§ 99–110.

¹⁰⁴⁵ LARRALDE, pp. 220 ; SUDRE, Article 3*bis*, pp. 1507–1509 et les réf. cit. À propos du surpeuplement, voir aussi *infra*, note 1362 et les réf. cit.

¹⁰⁴⁶ LARRALDE, pp. 131–135 ; SUDRE, Article 3*bis*, pp. 1511–1512. Voir p. ex. *Zarzycki c. Pologne*, requête n° 15351/03, 12 mars 2013, § 102 ; *Potoroc c. Roumanie*, requête n° 37772/17, 2 juin 2020, §§ 77–81.

¹⁰⁴⁷ Art. 15 par. 2 CEDH ; pour plus de détails, voir p. ex. MEYER-LADEWIG/HUBER, n° 39 ; MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 1 ; SCHABAS, pp. 592–594 ; SUDRE, Droit international et européen, n° 129.

¹⁰⁴⁸ BELDA, n°s 670–671.

¹⁰⁴⁹ Voir en particulier *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 99 ; *Keenan c. Royaume-Uni*, requête n° 27229/95, 3 avril 2001, §§ 111–112 ; *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 46477/99, 14 mars 2002, § 83 ; *Pantea c. Roumanie*, requête n° 33343/96, 3 juin 2003, § 192 ; *Rohde c. Danemark*, requête n° 69332/01, 21 juillet 2005, § 99.

en raison de son « état psychologique » peut « exacerb[er] dans une certaine mesure les sentiments de détresse, d'angoisse et de crainte éprouvés par [elle] »¹⁰⁵⁰. En d'autres termes, une situation *a priori* conforme avec les exigences de la Convention peut ne pas l'être en raison de la vulnérabilité accrue d'une personne, due notamment à son état mental ou psychique¹⁰⁵¹. Ces éléments nous montrent que l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH est relative, dépendant de facteurs comme l'âge ou le handicap d'une personne¹⁰⁵². Toutefois, ils ne relativisent pas la portée de l'arrêt *Kudła*, qui a consacré un droit plus général de toute personne à être détenue dans des conditions compatibles avec la dignité humaine¹⁰⁵³, qui reste à ce jour l'un des arrêts phares en la matière¹⁰⁵⁴.

L'ensemble de ces éléments ont été confirmés et précisés par la jurisprudence ultérieure, qui a accordé une place croissante à la vulnérabilité dans le contexte de la détention¹⁰⁵⁵. Mais c'est bien au tournant du millénaire, avec les exemples que nous venons d'évoquer, que s'amorce le changement de paradigme : « après avoir vu dans les personnes privées de liberté des requérants < ordinaires >, la Cour [...] [met désormais] en avant leur < vulnérabilité > et < fragilité > », ce qui entraîne un « durcissement de son attitude à l'encontre des États membres »¹⁰⁵⁶. C'est en effet la vulnérabilité des personnes détenues qui justifie que la Cour opère un contrôle strict de leur traitement et de leurs conditions de détention¹⁰⁵⁷.

273

C. Les victimes de torture

Nous avons déjà évoqué que les victimes de torture constituent, aux yeux de la Cour, une catégorie particulièrement vulnérable de personnes détenues¹⁰⁵⁸. Au-delà de cet aspect, la Cour a également reconnu la vulnérabilité des victimes de

274

¹⁰⁵⁰ *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 99.

¹⁰⁵¹ *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, §§ 94–99 ; *Keenan c. Royaume-Uni*, requête n° 27229/95, 3 avril 2001, § 111 ; voir aussi BELDA, n° 56 ; LARRALDE, p. 229.

¹⁰⁵² *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, §§ 91, 99 ; voir aussi HARRIS ET AL., pp. 238, 260, LARRALDE, p. 232.

¹⁰⁵³ BEERNAERT, p. 19 ; BELDA, n°s 159, 479 ; LARRALDE, p. 212 ; SUDRE, Article 3 *bis*, pp. 1503–1507.

¹⁰⁵⁴ BELDA, n°s 51, 159, 478 ; SUDRE ET AL., pp. 176–189.

¹⁰⁵⁵ Voir *infra*, n°s 350–361.

¹⁰⁵⁶ LARRALDE, p. 219.

¹⁰⁵⁷ À ce propos, voir en particulier *Iwanczuk c. Pologne*, requête n° 25196/94, 15 novembre 2001, § 53.

¹⁰⁵⁸ Voir *supra*, n° 262 ; voir en particulier *Bati et autres c. Turquie*, requêtes n°s 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 133.

torture en tant que telles¹⁰⁵⁹. Les actes de torture, que la Cour a définis comme des « traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »¹⁰⁶⁰ constituent donc une source de vulnérabilité à eux seuls. Cette vulnérabilité s'explique par les souffrances et les séquelles, physiques et psychiques, provoquées par de tels actes¹⁰⁶¹. Elle s'accompagne par un « sentiment de vulnérabilité, d'impuissance et d'appréhension face aux représentants de l'État »¹⁰⁶². Cette vulnérabilité peut réduire la « capacité ou [la] volonté de se plaindre »¹⁰⁶³, constituant ainsi un obstacle significatif à l'accès à la justice.

275 Pour atténuer cet effet, la Cour a reconnu deux conséquences juridiques en lien avec la vulnérabilité des victimes de torture. Premièrement, la Cour en a tenu compte lors de l'examen de la recevabilité selon les articles 34 et 35 de la Convention. Ainsi, dans l'arrêt *Ilhan c. Turquie*, la Cour a accepté que le frère d'une victime de torture aux mains des forces de sécurité dépose une requête au nom de la victime sans être désigné formellement comme représentant¹⁰⁶⁴. Nous analyserons cette affaire plus en détail en lien avec la recevabilité *ratione personae*¹⁰⁶⁵.

276 Deuxièmement, la Cour s'est référée à la vulnérabilité particulière des victimes de torture pour justifier les obligations d'enquête à la charge des États. Ainsi, dans plusieurs affaires, elle a souligné que :

« [e]u égard à l'importance fondamentale de la prohibition de la torture et à la situation particulièrement vulnérable des victimes de tortures [...], l'article

¹⁰⁵⁹ *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996, §§ 50, 56 ; *Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, § 103 ; *Ilhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, §§ 50, 55, 61, 63. Précisons toutefois que, malgré la portée générale de l'affirmation, les affaires concernent généralement des personnes ayant subi des actes de torture pendant leur détention ou garde à vue ; le lien avec la détention comme facteur de vulnérabilité reste donc très étroit.

¹⁰⁶⁰ *Irlande c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, § 167 ; *Selmouni c. France* [GC], requête n° 25803/4, 28 juillet 1999, § 96 ; voir aussi GRABENWARTER, Artikel 3, n°s 3–6 ; SCHABAS, pp. 174–181 ; SUDRE, Droit international et européen, n°s 317–320.

¹⁰⁶¹ DUTHEIL-WAROLIN, n° 190.

¹⁰⁶² *Ilhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, § 61.

¹⁰⁶³ *Bati et autres c. Turquie*, requêtes n°s 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 133 ; voir aussi *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 1^{er} décembre 1996, §§ 97–98.

¹⁰⁶⁴ *Ilhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, § 55.

¹⁰⁶⁵ Voir *infra*, n°s 637–638.

13 impose aux États [...] une obligation de mener une enquête approfondie et effective au sujet des cas de torture »¹⁰⁶⁶.

Si le passage précité traite de l'obligation d'enquête dans le cadre du droit à un recours effectif (article 13 CEDH), ces mêmes réflexions s'appliquent dans le cadre des obligations d'enquête déduites des articles 2 et 3 CEDH, dont les volets procéduraux se sont considérablement développés au cours des vingt dernières années¹⁰⁶⁷. L'obligation de mener une enquête approfondie et effective existe également en l'absence de plainte formelle¹⁰⁶⁸. Pour déterminer l'existence d'indices suffisants déclenchant une obligation d'enquête de la part des autorités, celles-ci « doivent avoir égard à la situation particulièrement vulnérable des victimes de torture et au fait que si un individu a subi des sévices sérieux, sa capacité ou sa volonté de se plaindre se trouvent souvent affaiblies »¹⁰⁶⁹.

Bien que plusieurs arrêts relient explicitement les obligations d'enquête à la vulnérabilité des victimes de torture, deux précisions s'imposent. D'une part, même si les actes de torture ont été reconnus comme source indépendante de vulnérabilité, les arrêts examinés concernent des personnes ayant subi des actes de torture ou des mauvais traitements alors qu'elles étaient « aux mains des autorités », ce qui les plaçait déjà dans une position vulnérable¹⁰⁷⁰. En pratique, les deux facteurs de vulnérabilité se confondent ainsi largement¹⁰⁷¹, ceci d'autant plus que les considérations liées à la vulnérabilité des personnes détenues ont joué un rôle important pour cristalliser les obligations d'enquête¹⁰⁷². D'autre part, les obligations d'enquête ne sont pas limitées aux

¹⁰⁶⁶ *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996, § 98 ; *Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, § 103 ; *Naoumenko c. Ukraine*, requête n° 42023/98, 10 février 2004, § 134 ; *Doganay c. Turquie*, requête n° 50125/99, 21 février 2006, § 39.

¹⁰⁶⁷ BELDA, nos 636–643 ; LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 61–75. Bien que les articles 2 et 3 concernent en principe l'enquête initiale et l'article 13 le droit à un recours effectif, des chevauchements avec le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 CEDH subsistent, ce qui mène parfois à des confusions (AKANDJI-KOMBÉ, p. 64 ; LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 73–75 ; MEYER-LADEWIG/RENGER, n° 29).

¹⁰⁶⁸ *Bati et autres c. Turquie*, requêtes nos 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 133.

¹⁰⁶⁹ *Bati et autres c. Turquie*, requêtes nos 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 133 ; voir aussi *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 1^{er} décembre 1996, §§ 97–98.

¹⁰⁷⁰ *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996, §§ 58–64 ; *Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, §§ 80–88 ; *Ilhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, §§ 84–88 ; *Naoumenko c. Ukraine*, requête n° 42023/98, 10 février 2004, §§ 111–130 (non-violation faute de preuves suffisantes) ; *Bati et autres c. Turquie*, requêtes nos 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, §§ 110–124 ; *Doganay c. Turquie*, requête n° 50125/99, 21 février 2006, §§ 26–33.

¹⁰⁷¹ Voir aussi DUTHEIL-WAROLIN, n° 190.

¹⁰⁷² BELDA, n° 671.

actes de torture, mais concernent plus généralement tout grief défendable de traitements contraires à l'article 3 de la Convention¹⁰⁷³. Néanmoins, des obligations accrues existent lorsque les violences alléguées ont été commises par des agentes de l'État¹⁰⁷⁴, le but étant de compenser partiellement, à travers ces obligations, la vulnérabilité particulière des victimes de ces formes de violence¹⁰⁷⁵.

D. Les enfants et jeunes

279 Nous avons vu que les enfants et les jeunes comptent parmi les premières personnes considérées comme étant vulnérables¹⁰⁷⁶. Entre 1996 et 2006, ce constat sera confirmé à de nombreuses reprises par la Cour (1), qui en déduira différentes conséquences juridiques (2).

1) Les facteurs de vulnérabilité

280 La vulnérabilité des enfants et des jeunes a été confirmée et concrétisée dans plusieurs arrêts rendus entre 1996 et 2003 concernant des maltraitements physiques et abus sexuels commis à l'encontre de personnes mineures¹⁰⁷⁷. Dans certaines affaires, les enfants sont relativement jeunes : dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*, par exemple, l'enfant battu par son beau-père avait neuf ans¹⁰⁷⁸ ; dans l'affaire *Z. et autres c. Royaume-Uni*, les maltraitements infligés aux enfants duraient de leur naissance jusqu'à l'âge de dix ou onze ans, moment auquel les autorités ont pris des mesures efficaces¹⁰⁷⁹. Dans d'autres, cependant,

¹⁰⁷³ À ce propos, voir BELDA, n^{os} 479, 647.

¹⁰⁷⁴ Voir aussi MEYER-LADEWIG/RENGER, n^o 29.

¹⁰⁷⁵ BELDA, n^o 671.

¹⁰⁷⁶ Voir *supra*, n^o 247 (vulnérabilité de tierces personnes) et n^o 250 (vulnérabilité des requérantes).

¹⁰⁷⁷ *Stubblings c. Royaume-Uni*, requêtes n^{os} 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996 ; *A. c. Royaume-Uni*, requête n^o 25599/94, 23 septembre 1998 ; *Stuart et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requête n^o 41903/98, 6 juillet 1999 ; *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n^o 29392/95, 10 mai 2001 ; *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*, requête n^o 38719/97, 10 octobre 2002 ; *G.G. c. Italie*, requête n^o 34574/97, 10 octobre 2002 ; *E. et autres c. Royaume-Uni*, requête n^o 33218/96, 26 novembre 2002 ; *Covezzi et Morselli c. Italie*, requête n^o 52763/99, 9 mai 2003 ; *M.C. c. Bulgarie*, requête n^o 39272/98, 4 décembre 2003.

¹⁰⁷⁸ *A. c. Royaume-Uni*, requête n^o 25599/94, 23 septembre 1998, § 21.

¹⁰⁷⁹ *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n^o 29392/95, 10 mai 2001, §§ 47–48.

il s'agit d'adolescentes¹⁰⁸⁰, voire de jeunes personnes majeures¹⁰⁸¹. Rappelons à cet égard qu'il ne faut pas concevoir la vulnérabilité comme binaire – vulnérable *versus* non-vulnérable – mais comme une échelle graduée¹⁰⁸². S'agissant des enfants, leur vulnérabilité décroît en principe avec l'âge, même si elle dépend aussi fortement des circonstances auxquelles les enfants se voient confrontées¹⁰⁸³.

La vulnérabilité des enfants est généralement traitée comme une évidence par la Cour, qui ne la justifie souvent que très peu¹⁰⁸⁴. La Cour n'est pas la seule à procéder de cette manière : en effet, la vulnérabilité des enfants, en raison même de leur âge, est généralement assumée¹⁰⁸⁵. Quelques indices se trouvent néanmoins dans la jurisprudence : la Cour cite en particulier la dépendance des enfants vis-à-vis des personnes adultes¹⁰⁸⁶ et le déséquilibre de pouvoirs entre adultes et enfants, qui fait par exemple qu'il est plus difficile pour une adolescente de se défendre contre des agressions sexuelles¹⁰⁸⁷. La Cour retient

281

¹⁰⁸⁰ Ainsi, dans l'arrêt *Stubbings c. Royaume-Uni*, requêtes nos 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996, § 64, où la requérante la plus âgée avait dix-sept ans au moment des dernières agressions sexuelles, ou dans l'arrêt *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 150, 183, concernant le double viol d'une adolescente de quatorze ans. HERI cite également l'affaire *Bati et autres c. Turquie*, requêtes nos 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, § 122, concernant des mauvais traitements infligés à des jeunes entre seize à dix-huit ans pendant leur garde à vue (HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 107–108). La version anglaise du jugement mentionne effectivement « the younger and more vulnerable applicants » ; or, une comparaison avec la version française montre que ce sont là des alternatives, la Cour se référant « au jeune âge de certains requérants » et à « la situation vulnérable » de la requérante enceinte. Au sujet de cette affaire, voir aussi *supra*, n° 262. Cela ne signifie de toute évidence pas que les requérantes adolescentes ne seraient pas vulnérables, seulement que la Cour ne l'a pas précisé de manière explicite dans cet arrêt.

¹⁰⁸¹ *Menecheva c. Russie*, requête n° 59261/00, 9 mars 2006, § 61 (concernant l'âge, mais aussi le genre de la requérante en tant que « femme confrontée à plusieurs policiers de sexe masculin »). À ce sujet, voir *supra*, n° 159.

¹⁰⁸² À ce propos, voir aussi *infra*, nos 308–316.

¹⁰⁸³ Le passage dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni* constitue un exemple typique : dans cet arrêt, la Cour justifie la vulnérabilité des enfants avec une référence aux arrêts *Stubbings c. Royaume-Uni* et *X. et Y. c. Pays-Bas* (*A. c. Royaume-Uni*, requête n° 25599/94, 23 septembre 1998, § 22). Or, le premier contient pour seule explication une référence au second qui, lui, ne mentionne pas le terme de vulnérabilité (cf. les arrêts *Stubbings c. Royaume-Uni*, requêtes nos 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996, § 64 et *X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80, 26 mars 1985). À propos de l'absence (relative) de justifications, voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 152.

¹⁰⁸⁴ CLARK, p. 193 ; PRASONG, nos 9, 279 ; TOBIN, p. 156.

¹⁰⁸⁵ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 51 ; voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 152. À cela s'ajoute la difficulté ou l'incapacité de se plaindre d'abus ou maltraitements (voir TIMMER, *Vulnerability*, p. 152).

¹⁰⁸⁶ *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 58–60, 164, 183. Dans cette affaire, la Cour reconnaît notamment la « vulnérabilité particulière des adolescents » et reproche aux autorités de ne pas avoir tenu compte des « facteurs psychologiques propres aux cas de viol de mineurs » (*idem*, § 183).

par ailleurs l'existence d'une Convention spécifique comme indice du besoin de protection accru, et donc de la vulnérabilité particulière des enfants¹⁰⁸⁸.

282

Ces éléments font écho à des facteurs de vulnérabilité soulevés par la littérature topique. Ainsi, nous avons indiqué plus haut que FINEMAN utilise le jeune âge comme exemple paradigmatique tant d'une « dépendance inévitable » que de la vulnérabilité qui en découle¹⁰⁸⁹. Cette dépendance est à la fois matérielle et émotionnelle, les *caregivers* – adultes responsables d'une enfant – ayant un impact profond sur le développement de celui-ci¹⁰⁹⁰. Elle est expliquée par l'« autonomie limitée [des enfants], leur développement physique et psychologique incomplet, leur immaturité émotionnelle et éducationnelle, tout autant de facteurs qui les rendent totalement ou partiellement dépendantes » des personnes adultes, en premier lieu des membres de leur famille¹⁰⁹¹. Ces éléments ont également pour effet que les expériences vécues par une enfant – surtout en bas âge – peuvent avoir des répercussions profondes et durables sur sa vie. Des violences subies pendant l'enfance, par exemple, peuvent laisser un impact profond et mener à des traumatismes difficiles à surmonter¹⁰⁹². Ces différents éléments sont résumés de manière concise par DIXON et NUSSBAUM qui citent la dépendance légale et matérielle d'une part, et une « vulnérabilité physique ou émotionnelle inhérente » d'autre part comme sources de la vulnérabilité particulière des enfants¹⁰⁹³. Enfin, précisons que l'insistance sur la vulnérabilité inhérente des enfants a également été critiquée puisqu'elle peut mener à nier, tout ou partie, l'agentivité des enfants et leur capacité d'autonomie¹⁰⁹⁴.

283

La jurisprudence fait également état d'éléments contextuels qui accentuent cette première vulnérabilité inhérente, créant des situations de vulnérabilité multiple ou composée¹⁰⁹⁵. Ainsi, dans l'affaire *Z. et autres c. Royaume-Uni*, la Cour souligne la vulnérabilité psychologique d'enfants ayant subi des violences

¹⁰⁸⁸ *A. c. Royaume-Uni*, requête n° 25599/94, 23 septembre 1998, § 22, citant la CDE. Pour le rôle de la vulnérabilité (entendue comme un besoin de protection accru) comme moteur dans l'adoption de la CDE, voir TOBIN, p. 156 ; voir aussi *supra*, n° 50.

¹⁰⁸⁹ Voir *supra*, n° 179.

¹⁰⁹⁰ MISZTAL, pp. 61–62 et les réf. cit.

¹⁰⁹¹ IPPOLITO, p. 25 ; voir aussi MISZTAL, pp. 61–62 ; TOBIN, pp. 163–166.

¹⁰⁹² DIXON/NUSSBAUM, p. 574.

¹⁰⁹³ DIXON/NUSSBAUM, p. 554 (notre traduction).

¹⁰⁹⁴ TOBIN, pp. 157–160, 167–175.

¹⁰⁹⁵ TIMMER, *Vulnerability*, p. 152.

domestiques et pour qui un traitement psychiatrique s'avère nécessaire¹⁰⁹⁶. Dans ce cas, l'âge et les traumatismes vécus sont deux facteurs de vulnérabilité qui se renforcent mutuellement¹⁰⁹⁷. Dans l'affaire *Aydin c. Turquie* précitée, la vulnérabilité situationnelle des personnes détenues et des victimes de torture s'additionne à celle, inhérente, des personnes mineures¹⁰⁹⁸. La Cour reconnaît par ailleurs l'interaction entre l'âge et le statut migratoire comme source de vulnérabilité « extrême » dans la célèbre affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*¹⁰⁹⁹. Celle-ci est plus spécifiquement due au jeune âge de la requérante, une enfant de cinq ans, et à sa situation de mineure non accompagnée¹¹⁰⁰.

Précisons enfin que la vulnérabilité apparaît également dans des affaires dans lesquelles les enfants ne sont pas les victimes, mais au contraire les auteurs d'un crime, comme dans les arrêts *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni* relatifs à deux garçons qui, âgés de dix ans, avaient enlevé et tué un enfant de deux ans¹¹⁰¹. L'une des questions qui se posaient était de savoir si le procès pénal, fortement publicisé, avait suffisamment tenu compte de la vulnérabilité des enfants et de leurs besoins particuliers, ce que la majorité des juges a affirmé¹¹⁰². Ces arrêts indiquent que c'est bien leur qualité d'enfants, et non pas leur position de victimes de violences ou d'abus, qui est la source principale de la vulnérabilité des requérantes dans l'ensemble des cas étudiés. Ceci permet également de souligner que la vulnérabilité des enfants ne doit en aucun cas être

284

¹⁰⁹⁶ *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001, § 128 ; voir aussi l'affaire *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 164, 183, 194, dans laquelle le jeune âge est un élément multipliant le traumatisme lié au viol vécu par la requérante.

¹⁰⁹⁷ Au sujet des traumatismes en tant que source de vulnérabilité, voir en particulier MISZTAL, pp. 95–114.

¹⁰⁹⁸ *Aydin c. Turquie* [GC], requête n° 23178/94, 25 septembre 1997, §§ 83–84.

¹⁰⁹⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006.

¹¹⁰⁰ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55.

¹¹⁰¹ *T. c. Royaume-Uni*, requête n° 24724/94, 16 décembre 1999, § 62 ; *V. c. Royaume-Uni*, requête n° 24888/94, 16 décembre 1999.

¹¹⁰² *T. c. Royaume-Uni*, requête n° 24724/94, 16 décembre 1999, § 62 ; *V. c. Royaume-Uni*, requête n° 24888/94, 16 décembre 1999, §§ 74–78.

conditionnée à leur innocence, réelle ou supposée¹¹⁰³ : une enfant ne doit pas être innocente ou apparaître comme telle pour être vulnérable¹¹⁰⁴.

2) Les conséquences de la vulnérabilité

285 La vulnérabilité particulière des personnes mineures est source d'obligations positives spécifiques. Déjà dans l'arrêt *Stubbings c. Royaume-Uni* de 1996, la Cour souligne que :

« [I]es enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée »¹¹⁰⁵.

286 Avec quelques variations terminologiques, cette affirmation se retrouve dans de nombreuses affaires relevant la plupart du temps de l'article 3 de la Convention¹¹⁰⁶. Elle signifie notamment que les États ont une obligation positive de prendre des mesures pour éviter que les personnes relevant de leur juridiction « ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers »¹¹⁰⁷. Si cette obligation vaut pour toutes les personnes, d'autres obligations peuvent venir s'ajouter en présence de personnes particulièrement vulnérables¹¹⁰⁸.

287 Dans des affaires de la période allant de 1995 à 2006, la Cour définit des obligations positives législatives, notamment le devoir d'ériger certains actes en infraction pénale¹¹⁰⁹ et d'assurer l'effectivité de cette législation, en évitant

¹¹⁰³ L'amalgame entre innocence et vulnérabilité est pourtant courant (HERRING, *Childhood*, pp. 22–23) ; voir aussi l'observation du juge REED dans son opinion concordante relative aux arrêts *T. c. Royaume-Uni*, requête n° 24724/94, 16 décembre 1999 et *V. c. Royaume-Uni*, requête n° 24888/94, 16 décembre 1999. Il y soutient que « [m]ême un enfant qui peut sembler dénué d'innocence ou de vulnérabilité n'a néanmoins pas encore atteint, sur le plan tant psychologique que physique, la maturité de l'âge adulte ». Cette formulation suppose que les deux enfants qui avaient commis, il est vrai, un assassinat extrêmement brutal ne seraient pas vulnérables.

HERRING, *Childhood*, p. 23.

¹¹⁰⁵ *Stubbings c. Royaume-Uni*, requêtes nos 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996, § 64.

¹¹⁰⁶ *A. c. Royaume-Uni*, requête n° 25599/94, 23 septembre 1998, § 22 ; *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001, § 73 ; *E. et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 33218/96, 26 novembre 2002, § 88 ; *Covezzi et Morselli c. Italie*, requête n° 52763/99, 9 mai 2003, § 103.

¹¹⁰⁷ *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001, § 73.

¹¹⁰⁸ Pour une analyse détaillée des obligations positives étatiques, à l'exemple des violences domestiques, voir *infra*, chapitre 8.

¹¹⁰⁹ *Stubbings c. Royaume-Uni*, requêtes nos 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996, § 64. En l'espèce, cette criminalisation existait, et la Cour a estimé que dès lors que les victimes disposaient d'une action pénale, la prescription de l'action civile n'était pas contraire à l'article 8 CEDH.

notamment de faire peser sur la victime un fardeau de la preuve excessif¹¹¹⁰. L'arrêt *M.C. c. Bulgarie* est instrumental dans cette évolution : la Cour se réfère à la vulnérabilité psychologique des personnes mineures pour conclure que la Convention commande « la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consenti, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique »¹¹¹¹. Si des réflexions quant à la vulnérabilité accrue de la requérante ont permis de cristalliser cette obligation, elle vaut de manière générale, peu importe l'âge de la victime¹¹¹². Pour justifier l'existence de ces obligations et leur lien avec la vulnérabilité, la Cour se réfère notamment à l'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* rendu dix ans auparavant, concernant une enfant de onze ans avec un handicap mental ayant subi des sévices sexuels¹¹¹³. Dans la mesure où cet arrêt n'avait pas utilisé le terme « vulnérable », il s'agit d'un exemple d'« explicitation » de la vulnérabilité, par la reformulation d'un raisonnement préexistant comparable¹¹¹⁴.

Les obligations positives découlant de la vulnérabilité des enfants ne se limitent pas uniquement au cadre légal, mais comprennent également des « mesures raisonnables pour empêcher de mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance »¹¹¹⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a constaté une violation due à l'inaction, pendant plus de quatre ans, des services sociaux, qui étaient pourtant informés de l'état de grave négligence dont souffraient les quatre enfants¹¹¹⁶. De la même

288

¹¹¹⁰ *A. c. Royaume-Uni*, requête n° 25599/94, 23 septembre 1998, § 24 ; voir aussi *infra*, n° 876. Nous avons analysé les obligations positives législatives ailleurs (ZIMMERMANN, *Legislating*, pp. 554–561). Pour une analyse détaillée des obligations positives législatives en lien avec les violences domestiques, voir *infra*, n°s 861–889.

¹¹¹¹ *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 166. À propos de cet arrêt, voir aussi *infra*, n°s 867–868.

¹¹¹² *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 166 ; voir aussi SjöHOLM, pp. 285–290 ainsi que les références citées *infra*, n°s 867–868.

¹¹¹³ *Stubbings c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996, §§ 61, 64 ; *A. c. Royaume-Uni*, requête n° 25599/94, 23 septembre 1998, § 22 (qui se réfère, de plus, à la CDE) ; *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 150.

¹¹¹⁴ Voir aussi DUTHEIL-WAROLIN, n° 92. À propos du phénomène d'explicitation, voir *supra*, n°s 81–82.

¹¹¹⁵ *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001, § 73 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 53. Pour une analyse approfondie de l'obligation de prendre des mesures positives de prévention et de protection, à l'exemple des violences domestiques, voir *infra*, n°s 900–958.

¹¹¹⁶ *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001, not. §§ 73–75 ; voir aussi l'arrêt *E. et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 33218/96, 26 novembre 2002, §§ 89–101, dans lequel la Cour conclut à une violation à cause de l'inactivité des services sociaux face aux abus sexuels et viols de trois sœurs par leur beau-père, malgré la condamnation pénale de celui-ci. À l'inverse, dans l'affaire *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*, requête n° 38719/97, 10 octobre 2002, §§ 109–114, la Cour estime qu'il n'y a pas d'éléments indiquant que les services sociaux avaient connaissance des abus commis ; partant, il n'y a pas eu violation des articles 3 ou 8 de la CEDH.

manière, dans l'affaire *Covezzi et Morselli c. Italie* portant sur des enfants impliqués dans des pratiques sataniques par leur famille, la Cour a jugé que l'action des services sociaux était justifiée par la vulnérabilité des enfants et la nécessité de les protéger de manière efficace¹¹¹⁷. Partant, l'éloignement et le placement des enfants ne constituaient pas une ingérence disproportionnée dans la vie des parents¹¹¹⁸.

289 L'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* précité donne des indications détaillées des obligations positives étatiques face à une mineure non accompagnée de cinq ans¹¹¹⁹. Dans cette affaire, la Cour consacre le principe que « l'extrême vulnérabilité » de la requérante en tant que mineure non accompagnée « prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »¹¹²⁰. Cette citation rappelle que les enfants migrantes doivent bénéficier de protections et droits en vertu de leur statut de mineures¹¹²¹. Sur la base de ce constat, l'arrêt détaille les obligations étatiques, aussi bien positives que négatives, en la matière.

290 La Cour juge notamment que la détention de la requérante pendant deux mois dans un centre pour adultes et inadapté aux enfants est contraire à la fois aux articles 3 et 5 de la Convention¹¹²². À cet égard, elle précise que les mesures prises par les autorités étaient insuffisantes. Elle estime notamment que « le fait que la [...] requérante ait pu bénéficier d'une assistance juridique, avoir un contact téléphonique quotidien avec sa mère ou son oncle et que les membres du personnel du centre ainsi que certaines personnes y résidant se soient occupés d'elle avec attention » ne représentaient que des « attentions

¹¹¹⁷ *Covezzi et Morselli c. Italie*, requête n° 52763/99, 9 mai 2003, not. § 103.

¹¹¹⁸ *Covezzi et Morselli c. Italie*, requête n° 52763/99, 9 mai 2003, not. §§ 106, 124, 131. La Cour a en revanche considéré que les parents n'avaient pas été suffisamment impliqués dans la procédure menant à la déchéance de leurs droits parentaux et a donc constaté une violation des droits procéduraux découlant de l'article 8 CEDH à cet égard (*idem*, §§ 132–139).

¹¹¹⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006 ; voir aussi *supra*, n° 283. Dans cette affaire, la première requérante est la mère et la seconde requérante la fille. Pour simplifier, nous parlons ici de « la requérante » en nous référant à la fille. Précisons toutefois que la Cour a également conclu à une violation des articles 3 et 8 CEDH dans le chef de la mère, en raison du refoulement de la fille vers la République démocratique du Congo et de l'absence de démarches en vue d'un regroupement familial de celle-ci avec sa mère vivant au Canada.

¹¹²⁰ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55.

¹¹²¹ TIMMER y voit même un glissement d'une « approche basée sur la souveraineté [étatique] » vers une « approche basée sur la vulnérabilité » (TIMMER, *Vulnerability*, p. 162 [notre traduction]).

¹¹²² *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, §§ 58, 103.

ponctuelles nettement insatisfaisantes », inadaptées aux « besoins d'un enfant de cinq ans »¹¹²³.

Dans cette affaire, la vulnérabilité de la requérante influe tant sur les obligations négatives que sur les obligations positives de l'État belge. Ainsi, alors que sa détention dans des conditions inappropriées relève de l'aspect négatif de l'article 3 CEDH, l'absence de mesures spécifiques de protection de la part des autorités belges tombe sous le coup des obligations positives¹¹²⁴. Pour ce qui est des obligations positives, nous pouvons déduire de cette affaire, comme le fait Nathanaël PÉTERMANN, que « face à des enfants migrants non accompagnés, un suivi personnalisé par les services sociaux doit être instauré. Les mineurs devraient pouvoir bénéficier d'un placement dans des familles d'accueil ou au moins dans des centres spécialisés pour enfants en détresse »¹¹²⁵. Enfin, dans son analyse relative à l'article 8 CEDH, la Cour souligne notamment que les autorités belges avaient une obligation positive de faciliter la réunification familiale d'une mineure non accompagnée, et qu'elles auraient en particulier dû entreprendre « des démarches approfondies auprès des autorités canadiennes visant à éclaircir la situation et à réunir les intéressées »¹¹²⁶.

Par ailleurs, l'obligation de tenir compte de la vulnérabilité particulière des enfants implique aussi des égards particuliers et aménagements procéduraux lorsque des enfants se trouvent en garde à vue, voire accusés d'une infraction pénale¹¹²⁷. À cet égard, l'opinion dissidente dans les affaires *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni* précitées est intéressante : les juges minoritaires y soutiennent que la condamnation des deux enfants à une peine privative de liberté d'une durée indéterminée était contraire à l'article 3 CEDH, considérant que « le problème réside dans l'imposition même d'une peine de durée indéterminée : l'incertitude et l'angoisse qu'elle suscite chez des personnes aussi vulnérables que des enfants ajoutent inévitablement un autre élément de

¹¹²³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 52.

¹¹²⁴ PÉTERMANN, pp. 253–254 ; VALETTE, pp. 110–112.

¹¹²⁵ PÉTERMANN, p. 253.

¹¹²⁶ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 82. Même si la vulnérabilité n'est pas explicitement mentionnée dans l'analyse de l'article 8 CEDH, elle joue un rôle important dans l'ensemble de l'arrêt.

¹¹²⁷ *Okkali c. Turquie*, requête n° 52067/99, 17 octobre 2006, § 70.

souffrance »¹¹²⁸. Cette opinion, bien que pas suivie par la majorité, donne déjà une première indication sur un aspect qui prend par la suite une ampleur considérable dans la jurisprudence : que la gravité d'une peine ou d'un traitement doit s'examiner à la lumière de la vulnérabilité particulière de certaines personnes, notamment des enfants, et que le seuil de gravité de l'article 3 CEDH sera donc plus facilement atteint lorsque la victime est une personne vulnérable¹¹²⁹. La jurisprudence ultérieure réaffirmera et développera davantage l'importance de la vulnérabilité dans le cadre de l'article 3 de la Convention¹¹³⁰.

E. Le mode de vie (semi-)itinerant

²⁹³ En 2001, dans cinq arrêts concernant le stationnement de caravanes, la Cour souligne la « vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité »¹¹³¹. La formulation fait clairement allusion à une composante collective, tout comme l'expression « groupe vulnérable » employée par la requérante et les sept juges dissidentes¹¹³². Ces affaires représentent la première fois où la Cour elle-même se réfère à la vulnérabilité dans une perspective collective, en lien avec un groupe de personnes¹¹³³. L'expression de « minorité vulnérable » avait déjà été employée par le juge REPIK dans une opinion dissidente relative à l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni*¹¹³⁴.

²⁹⁴ L'affaire *Buckley c. Royaume-Uni* était la première d'une longue série d'affaires concernant le stationnement de caravanes par des personnes s'identifiant

¹¹²⁸ *T. c. Royaume-Uni*, requête n° 24724/94, 16 décembre 1999, op. diss. PASTOR RIDRUEJO, RESS, MAKARCZYK, TULKENS, BUTKEVYCH, § 3 ; *V. c. Royaume-Uni*, requête n° 24888/94, 16 décembre 1999, op. diss. PASTOR RIDRUEJO, RESS, MAKARCZYK, TULKENS, BUTKEVYCH, § 3. Selon ces juges, la majorité de la Cour accorde trop d'importance à la durée réelle de la détention au moment du jugement (six ans), et pas assez à l'impact, sur les enfants condamnés, de l'incertitude quant à la durée réelle de leur détention. À propos de la détention à vie, voir également *infra*, note 1412.

¹¹²⁹ Voir aussi *Okkali c. Turquie*, requête n° 52067/99, 17 octobre 2006, § 70 ; *Sultan Öner et autres c. Turquie*, requête n° 73792/01, 17 octobre 2006, §§ 133–134.

¹¹³⁰ Voir *infra*, p. ex. n°s 311 (en lien avec l'âge), 352–361 (dans le contexte de la détention), 417 (en lien avec la stérilisation), 473 (dans le domaine de la migration).

¹¹³¹ *Beard c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24882/94, 18 janvier 2001, § 98 ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 96 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001, § 110 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001, § 103 ; *Lee c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25289/94, 18 janvier 2001, § 98.

¹¹³² *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 93, op. diss. PASTOR RIDRUEJO, BONELLO, TULKENS, STRÁŽNICKÁ, LORENZEN, FISCHBACH, CASADEVALL, § 1.

¹¹³³ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1063.

¹¹³⁴ *Buckley c. Royaume-Uni*, requête n° 20348/92, 25 septembre 1996, op. part. diss. REPIK.

comme nomades (« voyageurs »)¹¹³⁵ à dépasser le stade de la recevabilité¹¹³⁶. La requérante vivait dans une caravane stationnée sur son propre terrain, contrevenant aux règles internes en matière d'aménagement du territoire. Dans un premier temps, la Commission souscrit à l'argument de la requérante selon lequel la vie en caravane constituait un élément intrinsèque de son « mode de vie tzigane »¹¹³⁷. Pour la première fois, la Commission reconnaît que « le style de vie traditionnel d'une minorité est garanti sous l'article 8 CEDH à titre de < vie privée >, < vie familiale >, et < domicile > »¹¹³⁸. Elle conclut son raisonnement en constatant une violation du droit à une vie privée et familiale garantie par l'article 8 CEDH. La Cour, quant à elle, ne suit pas le raisonnement de la Commission jusqu'au bout¹¹³⁹. Tout en acceptant que la caravane, même illégalement établie, réponde à la définition de domicile, une majorité des juges reste insensible aux besoins spécifiques de la requérante en tant que membre d'une minorité, suivant la réticence traditionnelle de la Cour sur le terrain de la protection des minorités¹¹⁴⁰. Critiquant ce raisonnement, le juge REPIK souligne que la protection « d'une minorité aussi vulnérable que la minorité tzigane »

¹¹³⁵ L'expression anglaise « voyageurs » correspond à l'auto-identification des requérantes. L'expression « Gens du voyage », généralement considérée comme le pendant français et utilisée dans le cadre du Conseil de l'Europe (voir le glossaire de LIÉGEOIS, p. 11 et les réf. cit.), est, quant à elle, contestée. En Suisse, diverses associations de personnes concernées ont expressément demandé à ce que la Confédération renonce à l'appellation générique des « Gens du voyage » et se réfère en lieu et place aux Yéniches et aux Sinti et Manouches, appellations des minorités reconnues en Suisse. Cette demande a été accueillie favorablement (voir CONSEIL FÉDÉRAL, Quatrième rapport CCMN, n° 61). Dans les arrêts examinés, la Cour utilise l'expression « Tsiganes », qui est à la fois rejetée comme étant dépréciative par certaines et revendiquée par d'autres personnes concernées (GALIZIA, p. 2 ; LIÉGEOIS, p. 16 ; SAMBUC BLOISE, p. 8 ; pour plus de détails sur ces questions terminologiques, voir LIÉGEOIS, pp. 11–19 ; SAMBUC BLOISE, pp. 7–11). Dans ce qui suit, nous privilégierons le terme « nomades », qui nous paraissait le plus juste, après des discussions personnelles avec des membres de la communauté yéniche. Nous utilisons toutefois aussi le terme « tzigane » lorsqu'il se rapporte au raisonnement de la Cour, ainsi dans le contexte de l'anti-tsiganisme.

¹¹³⁶ Pour les affaires ayant échoué au stade de la recevabilité, voir not. *B. c. Royaume-Uni* (déc.) requête n° 10471/83, 9 décembre 1985 ; *F. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 11862/85, 18 juillet 1986 ; *Drake c. Royaume-Uni* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 11748/85, 9 mai 1988 ; *Lay c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 13341/87, 14 juillet 1988 ; *Jones c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 14837/89, 7 mai 1990 ; *P. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 14751/89, 12 décembre 1990 ; *Beckers c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 12344/86, 25 février 1991 ; *Smith c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 14455/88, 4 septembre 1991 ; *Smith et Forrest c. Royaume-Uni* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 19789/92, 8 janvier 1993 ; *Smith c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 18401/91, 6 mai 1993.

¹¹³⁷ *Buckley c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 20348/92, 11 janvier 1995, § 64 (« gypsy life-style » [notre traduction]).

¹¹³⁸ *Buckley c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 20348/92, 11 janvier 1995, § 64.

¹¹³⁹ *Buckley c. Royaume-Uni*, requête n° 20348/92, 25 septembre 1996, § 55.

¹¹⁴⁰ Voir p. ex. *G. et E. c. Royaume-Uni* (déc.), requêtes n°s 9278/81 et 9415/81, 3 octobre 1983 : tout en soulevant que le « mode de vie d'une minorité peut, en principe, bénéficier de la protection de la vie privée, de la vie familiale et du domicile », la Cour y précise que « la Convention ne reconnaît aucun droit spécifique aux minorités » (*idem*, pp. 30–31) ; voir aussi KOIVUROVA, pp. 1–37 ; VILLIGER, n° 868.

aurait dû inciter la Cour à procéder à un examen de la proportionnalité strict plutôt que d'accorder, comme elle l'a fait, une marge d'appréciation très étendue à l'État¹¹⁴¹.

295

Cinq ans plus tard, l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* et les quatre autres arrêts rendus le même jour reprennent cette idée de la vulnérabilité particulière des personnes appartenant à une minorité nomade et des obligations positives spécifiques qui en découlent¹¹⁴². Les cinq affaires peuvent être résumées comme suit : confrontées à un manque d'aires de séjour, les requérantes et leurs familles avaient acheté des terrains afin d'y stationner leurs caravanes. Elles ne réussirent toutefois pas à obtenir l'autorisation requise par le droit interne, les autorités britanniques accordant systématiquement la priorité à des considérations environnementales et d'aménagement du territoire¹¹⁴³. Dans ses arrêts, la Cour souligne que « la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »¹¹⁴⁴. Cette obligation vaut « tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers »¹¹⁴⁵. La Cour va jusqu'à reconnaître une « obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie »¹¹⁴⁶. Cette obligation se justifie notamment à l'aune du consensus européen

¹¹⁴¹ *Buckley c. Royaume-Uni*, requête n° 20348/92, 25 septembre 1996, op. part. diss. REPIK ; voir aussi BENOÎT-ROHMER, p. 1003.

¹¹⁴² *Beard c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24882/94, 18 janvier 2001 ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001 ; *Lee c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25289/94, 18 janvier 2001.

¹¹⁴³ Du point de vue de l'aménagement du territoire, ces terrains se trouvaient dans différentes zones, certaines en voie d'urbanisation, d'autres clairement agricoles, non que cela ait eu un impact sur le raisonnement des autorités britanniques. Pour une discussion plus détaillée de ces arrêts, voir ZIMMERMANN, Développement territorial, pp. 77–79.

¹¹⁴⁴ *Beard c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24882/94, 18 janvier 2001, § 98 ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 96 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001, § 110 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001, § 103 ; *Lee c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25289/94, 18 janvier 2001, § 98.

¹¹⁴⁵ *Beard c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24882/94, 18 janvier 2001, § 98 ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 96 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001, § 110 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001, § 103 ; *Lee c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25289/94, 18 janvier 2001, § 98. Notons encore que, contrairement à l'arrêt *Buckley*, la Cour ne se limite pas ici à constater une ingérence dans le droit au domicile de la requérante, mais reconnaît que son droit à une vie privée et familiale est également en jeu (*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 73 ; voir aussi ROSENBERG, pp. 1026–1027).

¹¹⁴⁶ *Beard c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24882/94, 18 janvier 2001, § 98 ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 96 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001, § 110 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001, § 103 ; *Lee c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25289/94, 18 janvier 2001, § 98.

émergeant tendant à « reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie », consensus qui se reflète entre autres dans la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales¹¹⁴⁷.

Néanmoins, la Cour estime en fin de compte que la question tombe dans la marge d'appréciation des États membres, qui est étendue dans le domaine des politiques d'aménagement du territoire¹¹⁴⁸. Tout en adoptant un raisonnement similaire à celui du juge REPIK dans l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni*, la majorité des juges refuse donc d'en tirer les mêmes conséquences, avec pour résultat que l'obligation positive découlant de l'article 8 reste théorique, en tout cas en ce qui concerne son éventuel contenu matériel¹¹⁴⁹. En particulier, elle n'impose aux États ni de créer des aires de stationnement¹¹⁵⁰, ni même d'accepter que les requérantes stationnent sur leurs propres terrains tant que la pénurie de places officielles perdure¹¹⁵¹.

L'obligation de *faciliter* le mode de vie (semi-)itinérant a donc eu, dans un premier temps, un caractère essentiellement procédural¹¹⁵², consistant notamment à exiger que l'ingérence ne se fasse qu'à la suite d'un processus décisionnel équitable dans lequel les spécificités des minorités nomades ont

¹¹⁴⁷ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, §§ 55–59, 93. Les mêmes références se trouvent également dans les quatre autres arrêts, aux formulations quasiment identiques.

¹¹⁴⁸ *Beard c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24882/94, 18 janvier 2001, § 115 ; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 92 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001, § 118 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001, § 111 ; *Lee c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25289/94, 18 janvier 2001, § 106 ; voir aussi ROSENBERG, not. p. 1027.

¹¹⁴⁹ SAMBUC BLOISE, p. 325. Le caractère limité de cette obligation matérielle est également apparent dans la décision de recevabilité *Gypsy Council et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 66336/01, 14 mai 2002. L'affaire concernait la suppression totale d'une foire traditionnelle tzigane pour des raisons d'ordre public. Bien qu'une telle foire relève incontestablement d'éléments tombant sous le concept du mode de vie traditionnel d'une minorité (SAMBUC BLOISE, pp. 306–307), la Cour ne se réfère pas à l'obligation positive de faciliter le mode de vie minoritaire de l'affaire *Chapman*. Loin de reconnaître une obligation positive particulière, son analyse de la liberté d'association (art. 11 CEDH) est au contraire particulièrement restrictive pour les requérantes (voir aussi MORAWA, Special Consideration, pp. 105–108).

¹¹⁵⁰ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 98 ; FARGET, Modes de vie, p. 187 (qui mentionne aussi l'absence d'obligations de résultat dans ce contexte).

¹¹⁵¹ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 98. Le Ministère de l'Environnement avait fait une recommandation dans ce sens à l'attention des autorités locales chargées de l'aménagement du territoire (*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 35).

¹¹⁵² BENOÎT-ROHMER, p. 1004 ; PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups, pp. 1076–1077.

dûment été prises en compte¹¹⁵³. De plus, le respect de cette obligation procédurale accessoire n'a pas été soumis à un contrôle très strict, la Cour se bornant pour l'essentiel à vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, laissant pour le surplus une large marge d'appréciation aux États¹¹⁵⁴. En conclusion, la Cour « a certes innové par rapport à l'arrêt Buckley en faisant découler de l'article 8 une obligation positive nouvelle protectrice des droits de la minorité tsigane, mais elle en a aussitôt ruiné l'application en exerçant un contrôle de proportionnalité, faisant la part trop belle à la marge d'appréciation des États dans le domaine de la protection de l'environnement »¹¹⁵⁵. Néanmoins, l'obligation positive procédurale n'est pas anodine et a réellement une portée propre, comme le montre l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni* rendu trois ans plus tard, où la Cour a estimé qu'un préavis de 28 jours et une procédure sommaire n'offraient pas une protection suffisante à une famille qui avait vécu, à une interruption près, pendant quatorze ans sur le même terrain¹¹⁵⁶.

298 Le résultat de l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* et des quatre arrêts apparentés a été vivement critiqué par les sept juges minoritaires, selon lesquels le principe d'une marge d'appréciation étendue dans le domaine de l'urbanisme devait céder le pas face à la protection des requérantes en tant que minorité vulnérable. Elles estimaient à cet égard que le consensus européen émergent était suffisamment concret et que l'article 8 de la Convention devait donc désormais être interprété comme imposant de protéger les Tsiganes, par des mesures

¹¹⁵³ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 92 (se référant notamment à l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, requête n° 20348/92, 25 septembre 1996, § 76) ; voir aussi PÉTERMANN, p. 53.

¹¹⁵⁴ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 92 ; BENOÎT-ROHMER, p. 1008.

¹¹⁵⁵ BENOÎT-ROHMER, p. 1004.

¹¹⁵⁶ *Connors c. Royaume-Uni*, requête n° 66746/01, 27 mai 2004, §§ 83–86. Il est intéressant de constater que le Royaume-Uni avait justifié sa loi, applicable spécialement à certaines aires de stationnement pour les gens du voyage, par la nécessité de permettre une rotation, et donc de faciliter le mode de vie nomade. La Cour constate toutefois que celle-ci ne déploie pas l'effet escompté faute d'une offre suffisante d'espaces de stationnement, et qu'elle péjore de façon significative la situation du nombre croissant de personnes ayant opté pour une vie plus sédentaire tout en maintenant certains éléments d'un mode de vie traditionnel, comme la vie en caravane (*Connors c. Royaume-Uni*, requête n° 66746/01, 27 mai 2004, §§ 90, 94–95 ; voir aussi SAMBUC BLOISE, pp. 302–303). Si certaines auteures interprètent cet arrêt comme élargissant les obligations positives reconnues dans l'arrêt *Chapman* (CAHN, pp. 7–8 ; SAMBUC BLOISE, pp. 324–342), il ne faut pas oublier que « Connors n'est pas un cas < difficile > » (FARGET, Modes de vie, p. 196) : en particulier, la résidence du requérant et de sa famille, sur une place de stationnement officielle, n'était pas en contradiction avec des politiques d'aménagement du territoire ou de protection de l'environnement.

concrètes, dans l'exercice effectif de leurs droits¹¹⁵⁷. De plus, elles estimaient qu'en s'abstenant de prendre des mesures positives pour améliorer leur situation, l'État défendeur empêchait non seulement l'exercice effectif du droit à une vie privée et familiale, mais encore « perpétu[ait] leur vulnérabilité due au fait qu'ils forment une minorité dont les besoins et les valeurs diffèrent de ceux du reste de la société »¹¹⁵⁸. S'agissant de l'exercice effectif du droit à une vie privée et familiale, le juge BONELLO a par ailleurs indiqué que le droit interne obligeait les autorités à créer des places de stationnement et offrir des capacités d'accueil suffisantes¹¹⁵⁹. Selon lui, tant que les autorités ne respectent pas cette obligation légale, elles ne peuvent pas se prévaloir de la législation d'aménagement du territoire pour interdire à la requérante de stationner une caravane sur son propre terrain. À cet égard, il a souligné, une fois de plus, la vulnérabilité particulière de la requérante, qui était « quasiment contraint[e] d'ignorer la loi pour être en mesure d'exercer [son] droit fondamental au respect de leur vie privée et familiale »¹¹⁶⁰.

Bien que la Cour ne se prononce pas en faveur des requérantes, ces cinq cas ont été considérés non seulement comme une avancée « décisive dans la protection de la communauté tsigane »¹¹⁶¹, mais encore comme une étape importante dans l'évolution jurisprudentielle relative à la vulnérabilité¹¹⁶². Il s'agit en effet de la première fois où la Cour a explicitement reconnu que certains groupes étaient particulièrement vulnérables et en a déduit une obligation positive de tenir compte de leurs besoins¹¹⁶³. La jurisprudence ultérieure a non seulement confirmé, mais aussi élargi cette obligation, comme l'analyse dans le chapitre suivant le montrera¹¹⁶⁴.

299

¹¹⁵⁷ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, op. diss. PASTOR RIDRUEJO, BONELLO, TULKENS, STRÁŽNICKÁ, LORENZEN, FISCHBACH, CASADEVALL, § 3.

¹¹⁵⁸ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, op. diss. PASTOR RIDRUEJO, BONELLO, TULKENS, STRÁŽNICKÁ, LORENZEN, FISCHBACH, CASADEVALL, § 3.

¹¹⁵⁹ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, op. sép. BONELLO.

¹¹⁶⁰ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, op. sép. BONELLO. Sur l'influence d'autres obligations internationales sur le contenu d'une obligation positive conventionnelle, voir aussi LAVRYSEN, Scope, pp. 180–181 ; SAMBUC BLOISE, pp. 332, 356–357.

¹¹⁶¹ BENOÎT-ROHMER, p. 1011.

¹¹⁶² NIFOSI-SUTTON, p. 220 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1063 ; ROUX-DEMARE, p. 37.

¹¹⁶³ BENOÎT-ROHMER, pp. 1003–1004.

¹¹⁶⁴ Voir *infra*, n^{os} 428–436.

III. Synthèse et appréciation

300 Ce chapitre retrace l'évolution de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour depuis ses origines. En remontant jusqu'à la première apparition de la notion, nous avons vu que celle-ci a d'abord servi à désigner non pas des requérantes, mais de tierces personnes. En effet, dans ces premières affaires, la vulnérabilité des jeunes a été utilisée comme justification pour restreindre le droit à la vie privée des requérants¹¹⁶⁵. Par la suite, toutefois, l'immense majorité des affaires ont traité de la vulnérabilité des requérantes. Néanmoins, les mentions de la vulnérabilité restent rares jusqu'en 1995 et concernent avant tout les enfants et les personnes en garde à vue.

301 Dès le milieu des années quatre-vingt-dix, les occurrences se multiplient et la Cour fait découler de plus en plus systématiquement des conséquences juridiques de la vulnérabilité particulière de certaines requérantes. Ainsi, la mention de vulnérabilité est systématique dans les affaires issues du sud-est de la Turquie. S'agissant des autres catégories examinées – les personnes détenues, les victimes de torture et les enfants –, la Cour soulève régulièrement, mais pas systématiquement, leur vulnérabilité. S'agissant de la terminologie, la Cour n'opère pas de distinction entre vulnérabilité inhérente et situationnelle. Il est vrai qu'elle se réfère parfois à la « position » ou « situation » vulnérable des personnes détenues ; la terminologie est toutefois fluctuante et ne représente ainsi pas une distinction délibérée entre vulnérabilité inhérente d'une part, et situationnelle d'autre part. Parallèlement, la jurisprudence introduit les expressions « minorité vulnérable » et « groupe vulnérable » dans une série d'affaires concernant le stationnement de caravanes par des nomades britanniques. Durant cette période, ce sont les seuls arrêts dans lesquels elle utilise une expression faisant référence à un aspect collectif.

302 Les arrêts abordés montrent par ailleurs que la Cour utilise la vulnérabilité de façon normative : sa reconnaissance entraîne des conséquences juridiques. Celles-ci se situent avant tout au niveau des obligations positives, la Cour reconnaissant des obligations positives tant procédurales que matérielles fondées sur la vulnérabilité. La Cour a également pris en compte la vulnérabilité dans l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH. Une autre

¹¹⁶⁵ La forme masculine est utilisée ici puisque les requérants, se plaignant de l'âge de consentement différent pour les relations sexuelles entre hommes, étaient forcément des hommes.

conséquence importante est le renversement du fardeau de la preuve quant aux mauvais traitements subis en détention. Cette conséquence, si elle découle clairement de la vulnérabilité des personnes détenues, reste spécifique au contexte de détention. Une autre conséquence juridique qui a été soulevée dans les affaires examinées ici – en particulier l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* – est celle de la réduction de la marge d'appréciation des États. La Cour y a toutefois renoncé, contrairement à ce qu'elle fera dans des affaires ultérieures.

Ainsi, à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, et de manière plus rapprochée à partir de l'an 2000, on assiste tant à la multiplication des occurrences qu'à l'explicitation du lien entre la vulnérabilité et ses conséquences juridiques. Ce lien est particulièrement apparent dans plusieurs arrêts phares auxquels la Cour continue à se référer à ce jour : on pense en particulier aux arrêts *Salman c. Turquie*, *M.C. c. Bulgarie* et *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*. L'ensemble de ces arrêts marquent ainsi l'émergence de la vulnérabilité en tant que notion-clé. Dans la littérature, il est parfois distingué entre l'émergence de la notion de vulnérabilité individuelle – située aux alentours de l'an 2000¹¹⁶⁶ – et celle de groupes vulnérables – rattachée spécifiquement à l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* et aux quatre autres arrêts rendus en 2001¹¹⁶⁷. Si le phénomène prend de l'ampleur à partir de ce moment-là, il s'agit encore de relativement peu d'affaires, que la jurisprudence est loin d'être systématique et les arrêts fournissent généralement peu d'explications au sujet de cette vulnérabilité. Ceci évoluera progressivement par la suite, comme le montrera le chapitre suivant.

¹¹⁶⁶ BESSON, *Vulnérabilité*, p. 65. Sans être aussi précise, TIMMER semble aussi situer l'émergence autour du début du 21^e siècle (voir TIMMER, *Vulnerability*, pp. 152–160 et les réf. cit).

¹¹⁶⁷ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1063.

CHAPITRE 4 : LA CONSOLIDATION ET LA DIVERSIFICATION DE LA JURISPRUDENCE

Dès 2007, les références à la vulnérabilité se multiplient. Plusieurs centaines d'arrêts consolident la jurisprudence antérieure, mais la diversifient également, s'agissant aussi bien des sujets qualifiés de vulnérables que des conséquences juridiques qui découlent de ce constat¹¹⁶⁸. Plusieurs arrêts phares enrichissent la jurisprudence au sujet de la notion de vulnérabilité, à commencer par l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* rendu en 2007¹¹⁶⁹. La Cour introduit également la notion de *groupes vulnérables*, dont les origines remontent aux affaires *Buckley c. Royaume-Uni* et *Chapman c. Royaume-Uni* abordées au chapitre précédent¹¹⁷⁰. Si ces éléments justifient que nous dédions un chapitre à part à la période allant de 2007 à 2021, la jurisprudence s'inscrit dans la continuité de celle que nous avons examinée au chapitre précédent, dont nous retrouverons les principaux aspects.

Proposant une étude panoramique de la jurisprudence plus récente, ce chapitre vise à démontrer la diversité des situations et à s'interroger sur la pertinence juridique de la reconnaissance de la vulnérabilité particulière. Pour ce faire, nous aborderons les principaux facteurs de vulnérabilité reconnus par la Cour, mais indiquerons aussi des contextes dans lesquels la Cour pourrait

¹¹⁶⁸ Entre le 1^{er} janvier 2007 et le 31 octobre 2021, nous avons ainsi recensé, après suppression des doublons, 396 décisions et 1695 arrêts, dont 101 arrêts de Grande Chambre, 1456 arrêts de chambre et 138 arrêts de comité, qui mentionnent les termes « vulnérable » ou « vulnérabilité » (ou leur équivalent en anglais) au moins une fois. En ne tenant compte que des affaires où la vulnérabilité apparaît dans la partie « En droit », faisant donc partie de la motivation juridique de la Cour, ces chiffres s'élevaient encore à 178 décisions et 666 arrêts (dont 51 de Grande Chambre, 544 de chambre et 71 de comité). Ces chiffres permettent de donner une indication de l'importance quantitative de la vulnérabilité, mais ne renseignent aucunement sur la place et le rôle de la vulnérabilité dans le raisonnement judiciaire. Aussi, la doctrine propose fréquemment des chiffres ne recensant que les affaires qui se seraient référées à la vulnérabilité de manière « pertinente » (voir en particulier AL TAMIMI, pp. 563–564 ; BESSON, *Vulnérabilité*, pp. 81–85), ce qui se traduit par des indications statistiques divergentes (à ce propos, voir en particulier la comparaison effectuée par BOITEUX-PICHERAL, pp. 10–11). Malgré leurs divergences, les différents avis doctrinaux s'accordent sur le fait que la vulnérabilité a pris de l'ampleur dans la jurisprudence au cours des douze dernières années, spécifiquement à partir de 2007, non seulement en termes absolus, mais aussi proportionnellement à la totalité des affaires rendues, même si son importance quantitative reste relativement modeste (AL TAMIMI, pp. 563–563 ; BOITEUX-PICHERAL, pp. 10–11 ; voir aussi, mentionnant moins spécifiquement l'année 2007, BESSON, pp. 81–84 ; HERI, pp. 188–191).

¹¹⁶⁹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 573235/00, 13 novembre 2007. Voir *infra*, n°s 404–411.

¹¹⁷⁰ Voir *supra*, n°s 293–299.

d'avantage se référer à la vulnérabilité ou en déduire davantage de conséquences juridiques. En revanche, ce chapitre ne prétend nullement être exhaustif, la jurisprudence étant bien trop abondante et variée pour cela. Par ailleurs, nous avons volontairement laissé de côté certains éléments que nous approfondirons dans les parties III et IV de cet ouvrage.

³⁰⁶ Le chapitre est structuré selon les divers facteurs de vulnérabilité reconnus par la Cour, à savoir l'âge (I), le handicap (II), la situation sous le contrôle de l'État (III), l'appartenance à la minorité rom (IV), l'appartenance à la minorité LGBTIQ (V), le contexte migratoire (VI) et la pauvreté (VII). Le regroupement par facteurs plutôt que par catégories de ces sections permet une analyse plus concise et, partant, une meilleure vue d'ensemble d'une jurisprudence très riche et diverse ; elle permet également d'explicitier les raisons derrière le constat de vulnérabilité et regrouper diverses « catégories » de personnes jugées vulnérables pour des raisons similaires.

I. L'âge

³⁰⁷ Dans la continuité de la jurisprudence examinée au chapitre précédent, la Cour a rendu de nombreux arrêts confirmant la vulnérabilité particulière des enfants, comme nous le verrons à l'aide de quelques exemples clés (A). En revanche, la Cour a été plus réticente à considérer l'âge avancé comme un facteur de vulnérabilité (B). Précisons encore que l'âge comme facteur de vulnérabilité vient souvent accentuer d'autres facteurs de vulnérabilité : ainsi, nous le retrouverons dans les sections ultérieures, traitant spécifiquement de la détention, de l'institutionnalisation, de l'appartenance à une minorité et de la migration.

A. Le jeune âge

³⁰⁸ La vulnérabilité particulière des enfants, déjà fermement établie dans la jurisprudence antérieure à 2006, a depuis lors été confirmée par de nombreux

arrêts¹¹⁷¹. Aujourd’hui, elle ne fait plus aucun doute, représentant même l’un des exemples paradigmatiques de vulnérabilité dans la jurisprudence¹¹⁷². Celle-ci ne renseigne pas pour autant sur les raisons de cette vulnérabilité. En effet, le plus souvent, la Cour affirme la vulnérabilité des enfants et personnes mineures comme une évidence qui se passe de justifications¹¹⁷³. Si cette nonchalance est assez typique du raisonnement de la Cour s’agissant de la vulnérabilité¹¹⁷⁴, elle peut également s’expliquer par la longue reconnaissance de la vulnérabilité des enfants sur le plan international¹¹⁷⁵. L’opinion concordante de la juge ZIEMELE dans l’affaire *O’Keeffe c. Irlande* permet d’illustrer ce point : la juge se réfère non seulement à la CDE, mais aussi à la Déclaration des droits de l’enfant de 1959 pour montrer à quel point l’idée que « l’enfant doit bénéficier d’une protection spéciale » et que « l’intérêt supérieur de l’enfant doit être la considération déterminante » n’est pas nouvelle, mais au contraire ancrée depuis longtemps dans le domaine des droits humains¹¹⁷⁶.

Nous avons déjà fait référence à divers éléments pouvant expliquer la vulnérabilité particulière des enfants, notamment leur dépendance vis-à-vis des personnes adultes, leur développement psychique et physique inachevé et le déséquilibre de pouvoir qui en découle vis-à-vis des personnes adultes¹¹⁷⁷. À ce sujet, la Cour souligne aussi parfois la vulnérabilité accrue d’enfants ayant vécu des traumatismes psychiques, ceci tout particulièrement dans des affaires

309

¹¹⁷¹ Voir, parmi une multitude d’exemples, *K.U. c. Finlande*, requête n° 2872/02, 2 décembre 2008, §§ 41, 46 ; *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/08, 12 novembre 2013, § 81 ; *O’Keeffe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, §§ 144–146 ; *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 176 ; *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 52–53, 109–110 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n° 47152/06, 23 mars 2016, § 199 ; *Khan c. France*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, §§ 49, 73–74 ; voir aussi les références citées *infra*, notes 1183–1190.

¹¹⁷² AL TAMIMI, p. 565 ; BESSON, Vulnérabilité, p. 69 ; BLONDEL, n° 64 ; HERT, Rights of the Vulnerable, pp. 106–121 ; PRASONG, n° 9 ; ROUX-DEMARE, p. 36 ; RUET, Vulnérabilité, p. 324 ; TIMMER, Vulnerability, p. 152.

¹¹⁷³ PRASONG, n° 9 ; RUET, Vulnérabilité, p. 324 ; TIMMER, Vulnerability, p. 152.

¹¹⁷⁴ Voir aussi BESSON, Vulnérabilité, p. 67.

¹¹⁷⁵ Cela ressort explicitement de *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 52–53, 109.

¹¹⁷⁶ *O’Keeffe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, op. conc. ZIEMELE, § 8 ; voir par ailleurs KADEM, p. 2, qui estime que la vulnérabilité des enfants joue un rôle catalyseur dans la consécration du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant.

¹¹⁷⁷ Voir *supra*, nos 281–282 ; voir aussi *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, § 50.

concernant le placement ou l'adoption d'enfants¹¹⁷⁸. Nous observons donc une certaine gradation dans la vulnérabilité des enfants ; un autre facteur pertinent dans ce contexte est l'âge, les plus jeunes étant particulièrement vulnérables¹¹⁷⁹. Néanmoins, la Cour n'a pas souscrit à l'argument selon lequel des adolescentes de 17 ans ne seraient pas vulnérables¹¹⁸⁰. Plus rarement, la Cour a également souligné la vulnérabilité de jeunes personnes majeures¹¹⁸¹. Il s'agit là d'une piste qui mériterait d'être explorée davantage. Dans le domaine migratoire, par exemple, il a été recommandé que les jeunes personnes majeures, qui sont d'autant plus vulnérables qu'elles ne bénéficient plus de la protection juridique accordée aux personnes mineures, puissent bénéficier d'une période de transition jusqu'à leurs vingt-cinq ans¹¹⁸².

310 Dans un grand nombre d'affaires, le jeune âge n'est pas le seul facteur de vulnérabilité. Ainsi, la jurisprudence fait état de la vulnérabilité accrue des enfants en situation de handicap¹¹⁸³ ; des enfants victimes de violences

¹¹⁷⁸ Voir p. ex. *Aune c. Norvège*, requête n° 52502/07, 28 octobre 2010, §§ 70–71 ; *Mohamed Hasan c. Norvège*, requête n° 27496/15, 26 avril 2018, §§ 158–159 ; *Pavel Shishkov c. Russie*, requête n° 78754/13, 2 mars 2021, § 93. La jurisprudence montre toutefois aussi que la vulnérabilité de l'enfant doit être évaluée dans chaque cas concret et ne peut pas constituer un prétexte pour limiter indûment les droits parentaux (voir p. ex. *Strand Lobben et autres c. Norvège* [GC], requête n° 37283/13, §§ 224–225).

¹¹⁷⁹ Voir p. ex. *Gutsanovi c. Bulgarie*, requête n° 34529/10, 15 octobre 2013, § 132 ; *Slavov et autres c. Bulgarie*, requête n° 58500/10, 10 novembre 2015, § 82 ; *A. c. Russie*, requête n° 37735/09, 12 novembre 2019, § 56 ; *Veronica Ciobanu c. République de Moldova*, requête n° 69829/11, 9 février 2021, § 39.

¹¹⁸⁰ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 109–110 (voir toutefois *idem*, op. part. diss. DE GAETANO, LEMMENS, MAHONEY, § 8) ; *Avdyukov et autres c. Russie*, requêtes nos 33373/07 et al., 3 mars 2020, § 131.

¹¹⁸¹ Voir en particulier *Knox c. Italie*, requête n° 76577/13, 24 janvier 2019, § 160. Dans un autre registre, signalons l'affaire *Saltinyté c. Lituanie*, dans lequel la Cour a jugé qu'une limite d'âge maximale de 35 ans pour être éligible à une aide au logement destinée aux « jeunes familles » était fondée sur des éléments objectifs et justifiée. Dans son argumentation, le gouvernement a expliqué que les familles en question faisaient partie de groupes « socialement vulnérables » (*Saltinyté c. Lituanie*, requête n° 32394/19, 26 octobre 2021, § 48).

¹¹⁸² COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2019)4 (à propos de la période de transition pour les jeunes adultes, sans mentionner spécifiquement l'âge de vingt-cinq ans) ; IPPOLITO, p. 36 et les réf. cit. En Suisse, voir p. ex. CDAS, MNA p. 39, en lien avec CDAS, Enfance et jeunesse, pp. 13–14 (traitant spécifiquement de la phase de dix-huit à vingt-cinq ans).

¹¹⁸³ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, § 67 ; *Sanlisoy c. Turquie* (déc.), requête n° 77023/12, 8 novembre 2016 ; voir aussi *infra*, nos 325–329, 336 ; *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, §§ 54, 63.

domestiques ou sexuelles¹¹⁸⁴ ; des enfants accusées d'une infraction pénale¹¹⁸⁵, détenues¹¹⁸⁶ ou qui se trouvent pour une autre raison sous le contrôle des autorités étatiques, par exemple dans une institution pour enfants en situation de handicap¹¹⁸⁷ ou dans une école¹¹⁸⁸ ; des enfants appartenant à une minorité, notamment la minorité rom¹¹⁸⁹, ou encore des enfants migrantes¹¹⁹⁰. Le point commun entre ces situations est qu'elles sont elles-mêmes déjà source de vulnérabilités ; dans ces affaires, la vulnérabilité inhérente due au jeune âge est donc cumulée à d'autres vulnérabilités, le plus souvent d'origine situationnelle

- ¹¹⁸⁴ *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012, §§ 71, 74, 81 ; *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/08, 12 novembre 2013, § 81 ; *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 176 ; *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, §§ 54–56, 73 ; *G.U. c. Turquie*, requête n° 16143/10, 18 octobre 2016, § 72 ; *M.P. c. Finlande*, requête n° 36487/12, 15 décembre 2016, § 52 ; *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, §§ 50, 63 ; *A. et B. c. Croatie*, requête n° 7144/15, 20 juin 2019, §§ 105–106, 111–112 ; *M.M.B. c. Slovaquie*, requête n° 6318/17, 26 novembre 2019, §§ 60–61, 65 ; *Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020, § 69 ; *N.Ç. c. Turquie*, requête n° 40591/11, 9 février 2021, § 100 ; *R.B. c. Estonie*, requête n° 22597/16, 22 juin 2021, § 84 ; *A.P. c. République de Moldova*, requête n° 41086/12, 26 octobre 2021, § 35 ; voir aussi *infra*, nos 782–784.
- ¹¹⁸⁵ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, §§ 54, 60 (ne citant la vulnérabilité qu'en lien avec le statut de personne accusée, mais soulignant les besoins particuliers du requérant en tant que mineur) ; *Süzer c. Turquie*, requête n° 13885/05, 23 avril 2013, §§ 74, 78 ; *Blokhin c. Russie*, requête n° 47152/06, 14 novembre 2013, §§ 195, 199 ; *Knox c. Italie*, requête n° 76577/13, 24 janvier 2019, §§ 130, 160 (une jeune majeure de vingt ans, allophone) ; voir aussi *infra*, n° 374.
- ¹¹⁸⁶ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 52–53, 73, 109–110 ; *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, §§ 72, 86 ; *Avidyukov et autres c. Russie*, requêtes nos 33373/07 et al., 3 mars 2020, § 131 ; voir aussi *infra*, n° 359.
- ¹¹⁸⁷ *Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n° 48609/06, 18 juin 2013, § 106 ; *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 53 ; *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020, § 80 ; *X. et autres c. Bulgarie* [GC], requête n° 22457/16, 2 février 2021, § 193 (voir déjà l'arrêt de Chambre *X. et autres c. Bulgarie*, requête n° 22457/16, 17 janvier 2019, § 82) ; voir aussi *infra*, nos 389–390, 655–662.
- ¹¹⁸⁸ *İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie*, requête n° 19986/06, 10 avril 2012, § 35 ; *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, §§ 144–146 ; voir aussi *infra*, nos 382–386.
- ¹¹⁸⁹ Cela concerne en particulier les affaires relatives à la ségrégation scolaire d'enfants roms, même si la Cour mentionne la vulnérabilité en lien avec leur appartenance à une minorité plutôt qu'avec leur statut d'enfants dans ces affaires (voir p. ex. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 573235/00, 13 novembre 2007, §§ 181–182 ; voir aussi *infra*, nos 404–411).
- ¹¹⁹⁰ *Muskhadzhijeva et autres c. Belgique*, requête n° 41442/07, 19 janvier 2010, §§ 55–56 ; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 86 ; *Popov c. France*, requêtes nos 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, § 91 ; *A.B. et autres c. France*, requête n° 11593/12, 12 juillet 2016, § 110 ; *A.M. et autres c. France*, requête n° 24587/12, 12 juillet 2016, § 47 ; *R.C. et V.C. c. France*, requête n° 76491/14, 12 juillet 2016, § 35 ; *R.K. et autres c. France*, requête n° 68264/14, 12 juillet 2016, § 67 ; *R.M. et autres c. France*, requête n° 33201/11, 12 juillet 2016, § 71 ; *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, requêtes nos 25792/13 et 28151/13, 22 novembre 2016, §§ 103, 113 ; *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, § 171 ; *Khan c. France*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, §§ 74, 92 ; *Sh.D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, §§ 56, 61 ; *M.D. c. France*, requête n° 50376/13, 10 octobre 2019, §§ 94, 101 ; *G.B. et autres c. Turquie*, requête n° 4633/15, 17 octobre 2019, §§ 101, 111, 134 ; *M.D. et A.P. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63 ; voir aussi *infra*, nos 481–484.

ou structurelle. Nous retrouverons ainsi la vulnérabilité particulière des enfants dans les sections suivantes traitant de ces situations.

311 En dépit de la diversité des situations, nous pouvons relever quelques points communs. En effet, en généralisant quelque peu, nous observons différentes conséquences juridiques découlant de la vulnérabilité particulière des enfants. Tout d'abord, celle-ci influe sur l'appréciation du seuil de gravité, de l'article 3 CEDH¹¹⁹¹, mais également de l'article 4 CEDH, comme le montrent plusieurs affaires liées au travail forcé de personnes mineures¹¹⁹². Ceci est dû au fait qu'une même situation est susceptible d'avoir un impact, psychologique notamment, bien plus important sur des enfants que sur des personnes adultes¹¹⁹³. Dans le contexte de l'article 5 CEDH, la vulnérabilité des personnes mineures peut rendre leur détention arbitraire¹¹⁹⁴. Plus généralement, les États ont une obligation positive transversale de tenir compte de la vulnérabilité particulière des enfants et de prendre des mesures afin de leur garantir une protection effective contre des atteintes à leur vie ou leur intégrité physique et psychique¹¹⁹⁵.

312 Par ailleurs, la vulnérabilité des enfants est un élément à prendre en compte dans la pesée des intérêts, qui peut notamment justifier une restriction de droits conventionnels de tierces personnes. Il peut par exemple s'agir d'une des restrictions aux droits parentaux, lorsque les autorités, au terme d'une pesée des intérêts, estiment que l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose à ce qu'elle soit

¹¹⁹¹ Les arrêts suivants sont une bonne illustration : il s'agit de jeunes enfants, âgés de quatre à neuf ans, ayant assisté à l'arrestation violente de leur parent, la Cour ayant conclu à une violation de l'article 3 CEDH dans chacun de ces cas (*Gutsanovi c. Bulgarie*, requête n° 34529/10, 15 octobre 2013, §§ 125–137 ; *Slavov et autres c. Bulgarie*, requête n° 58500/10, 10 novembre 2015, §§ 77–85 ; *A. c. Russie*, requête n° 37735/09, 12 novembre 2019, §§ 55–56, 66–69).

¹¹⁹² *Siliadin c. France*, requête n° 73316/01, 26 juillet 2005, §§ 118 ; *C.N. et V. c. France*, requête n° 67724/09, 11 octobre 2012, § 92.

¹¹⁹³ Voir p. ex. *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020, § 80.

¹¹⁹⁴ Voir p. ex. *Muskhadzhiveva et autres c. Belgique*, requête n° 41442/07, 19 janvier 2010, §§ 69–75 ; *Popov c. France*, requêtes n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, § 119 ; *A.B. et autres c. France*, requête n° 11593/12, 12 juillet 2016, § 123 ; *G.B. et autres c. Turquie*, requête n° 4633/15, 17 octobre 2019, § 151 ; voir aussi BERNARD, pp. 55–56 et *infra*, n° 484.

¹¹⁹⁵ Voir, parmi beaucoup d'autres, *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 176 ; *R.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 57077/16, 4 décembre 2018, § 55 ; *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, § 157.

réunie avec ses parents¹¹⁹⁶. La vulnérabilité des enfants exige également une protection particulière de leur vie privée dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives¹¹⁹⁷, ce qui peut justifier une restriction de la liberté d'expression de membres adultes de leur famille¹¹⁹⁸. De plus, la vulnérabilité peut justifier la restriction de droits de tierces personnes qui n'entrent pas dans le cadre familial. Pour illustration, la Cour a par exemple jugé que l'inscription du nom du requérant au fichier judiciaire recensant les infractions sexuelles pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine de privation de liberté ne constituait pas une violation de sa vie privée, étant justifiée par la vulnérabilité des enfants et la nécessité de leur garantir une protection efficace¹¹⁹⁹. En revanche, la Cour n'a pas suivi l'État russe qui a essayé à plusieurs reprises d'invoquer la vulnérabilité des enfants pour justifier une restriction discriminatoire de la liberté d'expression ou de la liberté d'association de personnes LGBTIQ¹²⁰⁰.

Comme nous l'avons indiqué précédemment¹²⁰¹, certaines auteures craignent que l'attention portée à la vulnérabilité des enfants concernant leur besoin de protection ne se fasse au détriment de la reconnaissance de leur autonomie¹²⁰². Pour contrer le risque d'une protection indûment paternaliste, il est crucial d'interpréter la Convention d'une manière qui tienne compte de la volonté et de

313

¹¹⁹⁶ *S.J.P. et E.S. c. Suède*, requête n° 8610/11, 28 août 2018, §§ 102, 109 ; *R.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 57077/16, 4 décembre 2018, § 55 ; *Strand Lobben et autres c. Norvège* [GC], requête n° 37283/13, 10 septembre 2019, §§ 206–208 ; *M.L. c. Norvège*, requête n° 64639/16, 22 décembre 2020, §§ 86–87 ; *Pavel Shishkov c. Russie*, requête n° 78754/13, 2 mars 2021, §§ 93–98. Toutefois, la Cour prend au sérieux les droits parentaux, et notamment le droit des parents à maintenir des contacts ou à être réunies avec leurs enfants (Cour EDH, Guide sur l'article 8, n°s 230, 291–292, 317, et les réf. cit.). Dans ce contexte, la Cour a notamment critiqué des procédures qui acceptaient trop facilement une limitation des droits parentaux sur la base de la vulnérabilité présumée d'enfants placées ou données en adoption (voir en particulier *Jansen c. Norvège*, requête n° 2822/16, 6 septembre 2018, §§ 101–104 ; *Strand Lobben et autres c. Norvège* [GC], requête n° 37283/13, 10 septembre 2019, §§ 205, 208 ; *Hernehult c. Norvège*, requête n° 14652/16, 10 février 2020, §§ 73–74 ; *M.L. c. Norvège*, requête n° 64639/16, 22 décembre 2020, §§ 87, 89).

¹¹⁹⁷ Voir p. ex. *B.Z. Ullstein GMBH c. Allemagne* (déc. [Comité]), requête n° 43231/16, 22 septembre 2020, §§ 27, 29.

¹¹⁹⁸ Voir *N.S. c. Croatie*, requête n° 36908/13, 10 septembre 2020, § 99, à propos d'une grand-mère condamnée pour avoir violé la confidentialité d'une procédure administrative déterminant le droit de garde de sa petite-fille. Néanmoins, tout en indiquant que la vulnérabilité de l'enfant est une considération pertinente dans ce contexte, la Cour conclut que la liberté d'expression de la grand-mère a été violée, notamment parce que les faits divulgués étaient déjà connus du public.

¹¹⁹⁹ *Gardel c. France*, requête n° 16428/5, 17 décembre 2009, §§ 63–71.

¹²⁰⁰ *Bayev c. Russie*, requêtes n°s 67667/09 et al., 20 juin 2017, § 79 ; voir aussi *Zhdanov et autres c. Russie*, requêtes n°s 12200/08 et al., 16 juillet 2019, § 129.

¹²⁰¹ Voir *supra*, n° 282.

¹²⁰² Pour cet argument, voir en particulier TOBIN, pp. 158–182 ; voir aussi HERRING, *Childhood*, p. 18 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 153.

la capacité d'autodétermination des enfants, en appliquant le principe des capacités évolutives consacré par la CDE¹²⁰³. En ce sens, l'arrêt *M. et M. c. Croatie* conclut à une violation de l'article 8 de la Convention parce que la requérante, alors âgée de douze ans, n'avait pas été entendue dans la procédure d'attribution du droit de garde. Cette affaire est un bon exemple d'encapacitation (« empowerment ») par le droit¹²⁰⁴.

314 À l'inverse, l'affaire *Mandet c. France* illustre une protection paternaliste problématique¹²⁰⁵. Au centre de cette affaire se trouvait un garçon né en 1996, reconnu en 1997 par l'ex-mari de sa mère qui se remaria en 2003 avec la mère. Lorsque le garçon avait huit ans, un autre homme, ancien compagnon de la mère, a intenté une action en paternité qui s'est terminée, sept ans plus tard, par la reconnaissance de ce lien et la rupture du lien de filiation avec le père social et légal, contre la volonté du garçon, de sa mère et de son premier père, les requérantes devant la Cour. La Cour a notamment précisé que :

« [L']obligation positive de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale des enfants et autres individus vulnérables que pose l'article 8 de la Convention [...] peut parfois exiger que les juridictions prennent des mesures que ceux-ci désapprouvent »¹²⁰⁶.

Cette affirmation l'amène à conclure qu'il :

« ressort des motifs des décisions des juridictions internes qu'elles ont dûment placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations. Ce faisant, sans pour autant condamner la volonté des premiers requérants de préserver la famille constituée après leur remariage, elles ont retenu que, même si le troisième requérant considérait le deuxième requérant comme son père et avait noué des liens affectifs très forts avec lui, son intérêt était avant tout de connaître la vérité sur ses origines »¹²⁰⁷.

315 Ce raisonnement est critiquable à plus d'un titre, comme le montre d'ailleurs l'opinion dissidente de la juge NUSSBERGER à laquelle nous souscrivons entièrement. Celle-ci souligne notamment que la majorité de la Cour confond le

¹²⁰³ Voir en particulier l'article 5 CDE.

¹²⁰⁴ *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 184.

¹²⁰⁵ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016.

¹²⁰⁶ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, § 49.

¹²⁰⁷ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, § 56.

droit de connaître ses origines avec la question des liens de filiation juridiques. S'agissant du droit de connaître ses origines, elle précise qu'il devrait s'agir d'un droit et non pas d'une obligation¹²⁰⁸. De plus, elle relève que, dans le cas d'espèce, le lien de filiation biologique n'avait jamais été établi, aucun test ADN n'ayant pu se faire, et que le lien de filiation consacré par les juridictions internes se basait donc sur la seule présomption de la paternité biologique¹²⁰⁹. Enfin, elle critique la manière dont l'intérêt supérieur de l'enfant a été mobilisé tant par les juridictions internes que par la Cour, « comme une formule stéréotypée pour défendre d'autres intérêts »¹²¹⁰. À ce sujet, elle souligne que les autorités ont fait fi de l'intérêt subjectif de l'enfant, qui avait clairement exprimé son opinion, à savoir qu'il considérait son père social comme son seul père¹²¹¹.

Au vu de cette situation, la conclusion de la majorité – qui a distingué l'affaire *Mandet c. France* de l'affaire *M. et M. c. Croatie*, en précisant que les autorités avaient fait tout leur possible pour impliquer le requérant dans la procédure¹²¹² – paraît illusoire. En effet, le droit d'être entendu de l'enfant doit également signifier une réelle prise en compte de sa volonté, au risque d'être une vaine promesse. En conclusion, plutôt que d'utiliser l'intérêt supérieur de l'enfant comme justification pour restreindre l'autonomie et la capacité d'autodétermination de l'enfant, la vraie question à se poser aurait été de savoir si le droit à une vie privée et familiale du père biologique devait prévaloir sur celui de l'enfant, au vu des circonstances de l'affaire¹²¹³.

316

B. L'âge avancé

La Cour a été plus réticente à reconnaître l'âge mûr ou avancé comme un facteur de vulnérabilité : seul un petit nombre d'affaires mentionnent la vulnérabilité

317

¹²⁰⁸ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, op. diss. NUSSBERGER, § 11.

¹²⁰⁹ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, op. diss. NUSSBERGER, § 12.

¹²¹⁰ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, op. diss. NUSSBERGER, § 7.

¹²¹¹ *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, op. diss. NUSSBERGER, § 9.

¹²¹² *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, § 55.

¹²¹³ Voir aussi *Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016, op. diss. NUSSBERGER, §§ 14–15. À notre sens, la rupture du lien de filiation légal et le changement du nom de famille constituent des ingérences injustifiées dans le droit à la vie privée et familiale du garçon, troisième requérant, ce d'autant plus qu'il n'existait plus aucun lien social entre ce dernier et l'ex-compagnon de la mère qui a mené l'action en paternité. Tout au plus aurait-on pu imaginer un droit de visite, ce qui aurait également permis de sauvegarder la relation juridique avec le père social, elle-même protégée par le droit à une vie privée et familiale (voir COUR EDH, Guide sur l'article 8, nos 246–249).

en lien avec une personne âgée. Ces affaires ont trait à la détention¹²¹⁴ ; aux violences policières¹²¹⁵ ; aux violences domestiques¹²¹⁶ et à la vie en institution¹²¹⁷. Nous nous limiterons ici à quelques réflexions générales par rapport à l'âge mûr ou avancé comme facteur de vulnérabilité.

318 La question centrale est de savoir si l'âge avancé peut à lui seul être considéré comme une source de vulnérabilité. Certaines affaires concernant des violences policières vont dans ce sens ; citons-en trois. La première concernait un homme de soixante-deux ans qui a fait l'objet de violences policières alors qu'il participait à un sommet altermondialiste en opposition au G-8. Il n'avait pas une santé fragile ; âgé de soixante-deux ans, il n'était d'ailleurs pas encore spécialement vieux. La Cour se réfère cependant à la vulnérabilité due à son âge pour conclure que la force usée contre lui était manifestement disproportionnée¹²¹⁸. L'âge sert ici à souligner le déséquilibre des forces entre la police d'un côté et les manifestantes de l'autre¹²¹⁹. Dans une deuxième affaire, la Cour s'est similairement référée à l'âge de la requérante, soixante-dix ans, pour juger que la force policière employée lors de son arrestation illicite était injustifiée et constituait donc une violation de l'article 3 CEDH¹²²⁰. La troisième affaire contient plus généralement une référence aux standards élaborés par le Comité pour la prévention de la torture, qui recommande d'éviter l'utilisation de pistolets *taser* à l'égard des personnes âgées¹²²¹.

319 Toutefois, dans la majorité des affaires, l'âge mûr ou avancé – par opposition au jeune âge – n'est pas considéré comme facteur de vulnérabilité à lui seul, mais en lien avec des problèmes de santé ou conditions médicales qui peuvent, eux,

¹²¹⁴ *Stoyan Mitev c. Bulgarie*, requête n° 60922/00, 7 janvier 2010, § 73 ; *Göthlin c. Suède*, requête n° 8307/11, 16 octobre 2014, § 63 ; *Giorgini c. Italie* (déc.), requête n° 20034/11, 1^{er} septembre 2015, § 57 ; *Khamtoku et Aksenchik c. Russie* [GC], requêtes nos 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017, § 40.

¹²¹⁵ *Vasylichuk c. Ukraine*, requête n° 24402/07, 13 juin 2013, op. part. diss. POWER-FORDE, § 2 ; *Cestaro c. Italie*, requête n° 6884/11, 7 avril 2015, § 180 ; *Znakovas c. Lituanie*, requête n° 32715/17, 19 novembre 2019, § 50 ; *Gremina c. Russie*, requête n° 17054/08, 26 mai 2020, § 90.

¹²¹⁶ *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 51 ; *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016, §§ 69, 71.

¹²¹⁷ *Watts c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 53586/09, 4 mai 2010, § 93 ; *Heinisch c. Allemagne*, requête n° 28274/08, 21 juillet 2011, § 71.

¹²¹⁸ *Cestaro c. Italie*, requête n° 6884/11, 7 avril 2015, § 180.

¹²¹⁹ *Cestaro c. Italie*, requête n° 6884/11, 7 avril 2015, §§ 180–182.

¹²²⁰ *Gremina c. Russie*, requête n° 17054/08, 26 mai 2020, § 90.

¹²²¹ *Znakovas c. Lituanie*, requête n° 32715/17, 19 novembre 2019, § 50.

être dus à l'âge ou exacerbés par l'âge¹²²². Dans l'arrêt *Göthlin c. Suède*, la Cour a même explicitement statué que le requérant, un détenu de soixante-sept ans, n'était pas particulièrement vulnérable, en l'absence de preuve quant à ses problèmes de santé allégués¹²²³. Contrairement aux enfants, les personnes d'un certain âge sont donc considérées comme vulnérables lorsque leur âge est à l'origine d'une constitution fragile, de problèmes de santé, ou d'un handicap. Ceci s'explique probablement par l'hétérogénéité des personnes âgées, y compris au niveau de leur santé physique et mentale, et les problèmes de délimitation qu'une telle approche poserait¹²²⁴.

Néanmoins, tant sur le plan international¹²²⁵ qu'eupéen¹²²⁶, on assiste depuis quelques années à une prise de conscience croissante concernant la vulnérabilité des personnes âgées¹²²⁷. Parmi les divers documents internationaux, mentionnons en particulier la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées¹²²⁸. Adoptée en 2014, la recommandation expose – sans toutefois mentionner le terme – la raison pour laquelle les personnes âgées doivent être considérées comme étant particulièrement vulnérables :

« [l]'âge constitue, seul ou combiné avec d'autres facteurs, y compris les perceptions et les attitudes, un obstacle à la pleine jouissance de leurs droits de l'homme et libertés fondamentales, et à leur pleine et effective participation à la société dans des conditions d'égalité »¹²²⁹.

¹²²² Voir p. ex. *Stoyan Mitev c. Bulgarie*, requête n° 60922/00, 7 janvier 2010, §§ 41 (le requérant, âgé de soixante-cinq ans au moment de sa mise en détention, avait de la difficulté à marcher et a subi plusieurs attaques cérébrales pendant sa détention avant de décéder en prison) ; *Giorgini c. Italie* (déc.), requête n° 20034/11, 1^{er} septembre 2015, §§ 19, 49 (la requérante, âgée de soixante-dix-sept ans et souffrant de maladies cardiovasculaires, de diabète et d'ostéoporose sévère).

¹²²³ *Göthlin c. Suède*, requête n° 8307/11, 16 octobre 2014, § 63 (le requérant avait allégué des problèmes de santé, mais n'avait pas apporté de preuves suffisantes) ; voir toutefois aussi *idem*, op. diss. POWER-FORDE, § 4.

¹²²⁴ CHERUBINI soulève la question, puis la laisse ouverte, en se concentrant plutôt sur différents facteurs de vulnérabilité reconnus en lien avec l'âge (CHERUBINI, p. 13). Elle cite en particulier : une fragilité physique et mentale, une perte de capacités ; une perte d'autonomie ; un isolement social et l'institutionnalisation (*idem*, pp. 14–17).

¹²²⁵ Voir p. ex. CEDEF, Recommandation générale n° 27 ; AGNU, A/66/173. Si l'ampleur de la préoccupation constitue un phénomène relativement récent, précisons que le Comité CEDEF a déjà fait allusion à l'interaction entre le genre et l'âge en 1991 (CEDEF, Recommandation générale n° 18).

¹²²⁶ COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(94)9 ; COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2009)6 ; COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2011)5 ; COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2014)2.

¹²²⁷ Voir aussi FREDMAN, *Age*, pp. 21–25.

¹²²⁸ COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec (2014)2, Annexe I, § I.2.

¹²²⁹ COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec (2014)2, Annexe I, § I.2.

321

La recommandation ne fait pas seulement état de diverses bonnes pratiques dans le but d'assurer la pleine jouissance des droits humains aux personnes âgées, mais enjoint également aux États d'en faire un suivi. L'intérêt pour les droits humains des personnes âgées au niveau du Conseil de l'Europe se retrouve également au niveau de l'Union européenne¹²³⁰. Cette évolution peut être vue comme indice d'une reconnaissance plus générale de la vulnérabilité liée à l'âge avancé. Ainsi, bien que variant d'une personne à l'autre, les personnes âgées présentent néanmoins, de manière générale, une vulnérabilité accrue vis-à-vis de certains facteurs de risque, notamment en ce qui concerne leur santé¹²³¹. À cela s'ajoute le risque de la discrimination en raison de l'âge qui peut constituer un obstacle à la pleine et égale jouissance des droits humains¹²³².

II. Le handicap physique ou mental et les maladies

322

Comme l'âge, le handicap – physique ou mental – et la maladie sont des facteurs de vulnérabilité transversaux, qui se cumulent avec d'autres facteurs, comme le fait d'être sous le contrôle des autorités¹²³³ ou de se retrouver dans un contexte migratoire¹²³⁴. Précisons d'emblée que nous regroupons ici maladies et handicaps parce que tous deux soulèvent les mêmes questions juridiques, en tout cas pour ce qui nous intéresse ici. Ceci ne remet pas en cause la conception sociale du handicap telle qu'elle a été consacrée par la CDPH et à laquelle nous adhérons entièrement¹²³⁵. Dans ce qui suit, nous ne traiterons toutefois pas de ces questions définitionnelles, mais nous nous concentrerons sur une série

¹²³⁰ FRA, Report 2018.

¹²³¹ Voir aussi MÉGRET, *Elderly*, pp. 4–5.

¹²³² FREDMAN, *Age*, pp. 35–65 ; KLEBER, *Discrimination multiple*, pp. 42, 91 ; MÉGRET, *Elderly*, pp. 14–17. Au sujet de la discrimination en raison de l'âge, citons l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, requête n° 17484/15, 25 juillet 2017. Dans cette affaire, la Cour a conclu à une violation des articles 8 et 14 CEDH en raison du traitement stéréotypé dont la requérante avait fait l'objet. Les tribunaux internes avaient notamment réduit son indemnité pour dommages-intérêts en raison d'une maladie gynécologique contractée à l'hôpital au motif qu'elle avait cinquante ans et qu'à cet âge, les relations sexuelles ne revêtraient plus autant d'importance (*idem*, § 49). À cela s'ajoutaient des considérations sexistes concernant son rôle à la maison (« s'occuper de son époux » [*idem*, § 50]). Si la majorité estime, à notre sens avec raison, que ce genre de traitement stéréotypé constitue une discrimination en raison du genre et de l'âge (*idem*, § 40), l'opinion des deux juges dissidents est intéressante : ceux-ci estiment en effet qu'un traitement stéréotypé ne peut constituer une discrimination que lorsqu'il vise un groupe particulièrement vulnérable de la société (*idem*, op. diss. RAVARANI, BOŠNJAK, § 12). Sans souscrire à leur interprétation, leur opinion dissidente montre l'intérêt de la notion de groupes vulnérables pour faciliter le constat de discrimination.

¹²³³ À ce propos, voir *infra*, n°s 354–356.

¹²³⁴ À ce sujet, voir en particulier MOTZ, *Persecution*, pp. 141–194 et les réf. cit.

¹²³⁵ Voir en particulier le Préambule, let. (e) et art. 1, 2^{ème} phrase CDPH ; voir aussi *supra*, n° 143.

d'arrêts phares dans la jurisprudence ayant traité la maladie ou le handicap comme facteurs de vulnérabilité. Nous examinerons successivement le handicap physique (A), le handicap mental ou psychique (B) et le VIH/sida, dont les spécificités justifient une analyse séparée (C), avant de conclure par une appréciation (D).

A. Le handicap physique

En dehors d'un contexte de détention, les droits des personnes en situation de handicap ont pendant longtemps joué un rôle très marginal dans la jurisprudence de la Cour¹²³⁶. La réticence traditionnelle de celle-ci dans le domaine du handicap physique s'explique notamment par l'important aspect socio-économique de ces droits¹²³⁷. Ainsi, même si « nulle cloison étanche ne sépare » [les droits économiques et sociaux] du domaine de la Convention¹²³⁸, le domaine du handicap physique montre les limites de la « socialisation » de la Convention par le biais des obligations positives¹²³⁹. Cette réticence est particulièrement apparente dans des affaires portant sur l'accès physique à des bâtiments ou infrastructures¹²⁴⁰. 323

La situation est cependant en train d'évoluer. L'arrêt *Glor c. Suisse* constituait 324 une première étape importante, reconnaissant que le handicap entre dans les motifs prohibés par l'article 14 CEDH (« toute autre situation ») et concluant pour la première fois¹²⁴¹ à une violation de cet article en lien avec un handicap physique¹²⁴². Cette affaire représente également la première fois où la Cour cite la CDPH¹²⁴³. La Cour n'y mentionne pas la vulnérabilité ; pour cela, il faudra

¹²³⁶ Voir en particulier O'CONNOR, pp. 178–189 ; voir aussi KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 397.

¹²³⁷ MADELEINE, nos 470, 870–875 ; O'CONNOR, p. 180 ; FÖR BJÖRGVINGSSON, pp. 141–142.

¹²³⁸ *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

¹²³⁹ MADELEINE, nos 470, 870–875 ; FÖR BJÖRGVINGSSON, pp. 152–153. Au sujet de la notion de « socialisation » de la Convention, voir *supra*, nos 220–221, 223.

¹²⁴⁰ Voir en particulier *Botta c. Italie*, requête n° 21439/93, 24 février 1998 (accès à des bains publics pour une personne en situation de handicap physique) ; *Marzari c. Italie* (déc.), requête n° 36448/97, 4 mai 1999 (logement d'une personne en situation de handicap physique) ; *Zehnalová et Zehnal c. République tchèque* (déc.), requête n° 38621/97, 14 mai 2009 (accès à des bâtiments ouverts au public), dont l'approche a été confirmée plus récemment par la décision *Glaisen c. Suisse* (déc.), requête n° 40477/13, 25 juin 2019 (accès à un cinéma pour une personne en fauteuil roulant).

¹²⁴¹ BRODERICK, *Road to Equality*, p. 317 ; FREDMAN, *Emerging*, p. 299 ; voir aussi KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 397.

¹²⁴² *Glor c. Suisse*, requête n° 13444/04, 30 avril 2009, § 80.

¹²⁴³ *Glor c. Suisse*, requête n° 13444/04, 30 avril 2009, § 53 ; voir aussi BRODERICK, *Road to Equality*, p. 316.

attendre l'arrêt *Kiyutin c. Russie* rendu en 2011, traitant sous l'angle du handicap d'une personne porteuse du VIH, un cas de figure que nous examinerons plus loin¹²⁴⁴.

325 Plus récemment, la Cour a rendu des arrêts importants au sujet des droits parentaux¹²⁴⁵ ; de l'accès à des prestations sociales¹²⁴⁶ et du droit à l'éducation des personnes en situation de handicap. Dans ce dernier domaine en particulier, plusieurs arrêts abordant la question des aménagements raisonnables représentent une avancée considérable¹²⁴⁷. Ainsi, dans l'affaire *Çam c. Turquie*, la Cour conclut à une violation de l'article 2 du Protocole n° 1 en lien avec l'article 14 de la Convention parce que la requérante, non voyante, s'était vu refuser l'inscription à un conservatoire de musique alors même qu'elle avait réussi l'examen d'entrée¹²⁴⁸. À ce propos, la Cour estime que :

« l'article 14 de la Convention doit être lu à la lumière des exigences de ces textes [notamment la CDPH] au regard des aménagements raisonnables – entendus comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportée, en fonction des besoins dans une situation donnée » – que les personnes en situation de handicap sont en droit d'attendre, aux fins de se voir assurer « la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » [art. 2 CDPH]. De tels aménagements raisonnables permettent de corriger des inégalités factuelles qui, ne pouvant être justifiées, constituent une discrimination »¹²⁴⁹.

326 Tout en précisant qu'il appartient aux autorités nationales de définir les moyens adaptés pour « répondre aux besoins éducatifs des enfants en situation de handicap », la Cour souligne l'évolution, sur le plan international, des droits des personnes en situation de handicap, le consensus émergent quant aux

¹²⁴⁴ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011 ; voir *infra*, n°s 337–346.

¹²⁴⁵ Voir p. ex. *Kacper Nowakowski c. Pologne*, requête n° 32407/13, 10 janvier 2017.

¹²⁴⁶ Pour deux exemples concernant des enfants en situation de handicap tant physique que mental, voir *infra*, n° 336.

¹²⁴⁷ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016 ; *Enver Şahin c. Turquie*, requête n° 23065/12, 30 janvier 2018 ; *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020. La notion d'aménagement raisonnable n'est apparue que très récemment dans la jurisprudence de la Cour, et n'y est pas fréquente (voir aussi KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 397).

¹²⁴⁸ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, §§ 45–57, 62.

¹²⁴⁹ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, § 65. Au sujet de l'obligation positive de corriger des inégalités factuelles, voir en particulier *Thlimmenos c. Grèce* [GC], requête n° 34369/97, 6 avril 2000, §§ 44, 47 ; *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007, § 175 ; à ce propos, voir aussi *infra*, n°s 404–411.

normes à atteindre en la matière et l'importance de garantir des droits concrets et effectifs comme facteurs limitant la marge d'appréciation nationale¹²⁵⁰. Celle-ci est encore davantage réduite par « la vulnérabilité particulière » des enfants en situation de handicap, qui « ne peut être ignorée »¹²⁵¹. La Cour en déduit que le refus d'aménagement raisonnable constitue une discrimination fondée sur le handicap¹²⁵². Un raisonnement très similaire se trouve dans l'arrêt *Enver Şahin c. Turquie* portant sur l'accès physique aux infrastructures universitaires d'un étudiant paralysé des membres inférieurs après un accident¹²⁵³. Appliquant le même raisonnement que dans l'affaire *Çam* précitée, la Cour conclut également à une violation des articles 2 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention ; elle déclare par ailleurs applicable l'article 8 de la Convention, mais renonce finalement à l'examiner¹²⁵⁴.

Ces deux affaires représentent une avancée remarquable pour la jurisprudence de la Cour, en raison de la prise en compte détaillée de la CDPH et de leur reconnaissance de l'importance des aménagements raisonnables, non seulement pour garantir le droit à l'éducation, mais aussi pour la définition même de l'interdiction des discriminations¹²⁵⁵. Ce faisant, elles représentent un pas important vers l'égalité substantielle. À ce propos, il est utile de rappeler le modèle de l'égalité substantielle élaboré par FREDMAN¹²⁵⁶ et adopté depuis lors par le Comité des droits des personnes handicapées¹²⁵⁷. Celui-ci comporte quatre dimensions visant respectivement à compenser des désavantages matériels, à reconnaître des stéréotypes, préjugés et violences, à faciliter la participation et à « accommoder la différence, y compris à travers le changement structurel »¹²⁵⁸. En reconnaissant l'absence d'aménagements raisonnables comme une violation de l'interdiction des discriminations, ces deux arrêts s'inscrivent dans la quatrième dimension de l'égalité substantielle, à savoir sa

¹²⁵⁰ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, §§ 64–65.

¹²⁵¹ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, § 66.

¹²⁵² *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, § 67.

¹²⁵³ *Enver Şahin c. Turquie*, requête n° 23065/12, 30 janvier 2018, § 31.

¹²⁵⁴ *Enver Şahin c. Turquie*, requête n° 23065/12, 30 janvier 2018, §§ 63–79.

¹²⁵⁵ Voir aussi CDPH, Observation générale n° 6, § 18 (c) ; pour une analyse, voir BRODERICK, *Accessibility*, pp. 403–404.

¹²⁵⁶ FREDMAN, *Dichotomy*, pp. 111–118 ; FREDMAN, *Revisited*, pp. 727–734. À ce propos, voir aussi *supra*, n° 50.

¹²⁵⁷ Voir en particulier CDPH, Observation générale n° 6, § 11.

¹²⁵⁸ FREDMAN, *Emerging*, p. 274. La dernière dimension résume la dimension transformatrice de l'égalité, que FREDMAN a distinguée de l'égalité substantielle dans des publications antérieures, et qu'elle a désormais intégrée dans son concept d'égalité substantielle (FREDMAN, *Dichotomy*, pp. 111–118 ; FREDMAN, *Emerging*, p. 274 ; FREDMAN, *Revisited*, pp. 727–734) ; voir aussi *supra*, n° 50.

dimension transformatrice¹²⁵⁹. Celle-ci se trouve encore accentuée par l'importance que la Cour accorde à l'éducation inclusive, en précisant que celle-ci a été « reconnue comme le moyen le plus approprié pour garantir [l]es principes fondamentaux » d'universalité et non-discrimination dans le domaine de l'éducation¹²⁶⁰.

328 La portée de ces deux affaires est dans un premier temps restée incertaine, en raison notamment de plusieurs jugements procédant à une application restrictive de ces principes. Il s'agit d'une part de l'arrêt de comité *Stoian c. Roumanie* relatif à un garçon quadriplégique qui n'avait pas pu bénéficier d'un enseignement adéquat, l'école n'ayant pas pris des dispositions pour lui garantir l'accès aux salles de classe ni pour lui permettre de satisfaire à ses besoins essentiels¹²⁶¹. La Cour conclut, de manière plutôt décevante, que le fait d'exiger que l'État prenne d'autres mesures lui aurait imposé un fardeau excessif et aurait empiété sur sa marge d'appréciation¹²⁶². Relevons d'autre part deux affaires portant également sur des questions d'éducation inclusive, cette fois-ci en lien avec un handicap non pas physique, mais psychique¹²⁶³. Si l'affaire *Sanlısoy c. Turquie* concerne le refus d'admission du requérant dans une école privée, l'affaire *Dupin c. France* soulève des questions plus délicates, portant sur le refus des autorités de scolariser un garçon autiste dans l'école ordinaire¹²⁶⁴. De manière regrettable, la Cour a jugé manifestement mal fondée cette requête¹²⁶⁵.

329 Dans un second temps, toutefois, l'arrêt *G.L. c. Italie* est venu confirmer aussi bien le raisonnement que les conclusions des arrêts *Enver Şahin c. Turquie* et *Çam c. Turquie*¹²⁶⁶. La requérante dans cette affaire était une enfant autiste non verbale née en 2004. Pendant ses deux premières années d'école primaire de 2010 à 2012, elle n'avait pas pu bénéficier de l'assistance spécialisée à laquelle elle avait droit

¹²⁵⁹ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, pp. 298–300.

¹²⁶⁰ *Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016, § 64 ; voir aussi *Enver Şahin c. Turquie*, requête n° 23065/12, 30 janvier 2018, § 62.

¹²⁶¹ *Stoian c. Roumanie* [Comité], requête n° 289/14, 25 juin 2019, § 109.

¹²⁶² *Stoian c. Roumanie* [Comité], requête n° 289/14, 25 juin 2019, § 110 ; pour une analyse, voir en particulier COJOCARIU, *Stoian*.

¹²⁶³ *Sanlısoy c. Turquie* (déc.), requête n° 77023/12, 8 novembre 2016 ; *Dupin c. France* (déc. [Comité]), requête n° 2282/17, 18 décembre 2018 ; voir déjà *Kalkanlı c. Turquie*, requête n° 2600/04, 13 janvier 2009.

¹²⁶⁴ *Sanlısoy c. Turquie* (déc.), requête n° 77023/12, 8 novembre 2016, §§ 64–70 ; *Dupin c. France* (déc. [Comité]), requête n° 2282/17, 18 décembre 2018, §§ 28–33.

¹²⁶⁵ *Dupin c. France* (déc. [Comité]), requête n° 2282/17, 18 décembre 2018, § 33. Pour une appréciation critique de la décision *Dupin c. France* précitée, voir LIEVENS/SPINOV.

¹²⁶⁶ *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020.

en vertu du droit interne, ses parents se voyant contraintes de payer une assistance spécialisée privée¹²⁶⁷. Dans cette affaire, la Cour estime que les autorités « n’ont pas cherché à déterminer les véritables besoins de la requérante et les solutions susceptibles d’y répondre » et n’ont pas su lui permettre de fréquenter l’école primaire « dans des conditions équivalentes dans la mesure du possible à celles dont bénéficiaient les autres enfants »¹²⁶⁸. Si le cadre légal interne, qui consacrait le principe de l’école inclusive, n’était pas anodin¹²⁶⁹, il n’en reste pas moins que l’arrêt consolide plusieurs principes primordiaux. Retenons en particulier la marge d’appréciation nettement réduite lorsqu’une restriction des droits fondamentaux vise une « catégorie de la population particulièrement vulnérable »¹²⁷⁰ et le fait que l’article 14 CEDH comporte « l’obligation pour les États d’assurer « des aménagements raisonnables » à même de corriger les inégalités factuelles qui, ne pouvant être justifiées, constitueraient une discrimination »¹²⁷¹. À ce propos, la Cour réitère également la pertinence de la CDPH pour interpréter la portée de l’article 14 CEDH¹²⁷².

B. Le handicap mental ou psychique

Nous observons deux tendances s’agissant du handicap mental ou psychique, expression que nous utilisons ici pour nous référer à l’ensemble du spectre des handicaps, maladies et troubles d’ordre mental, psychique ou cognitif. D’une part, en continuité avec la jurisprudence présentée au chapitre 3, la Cour envisage le handicap mental ou psychique dans une perspective individuelle, comme une source de vulnérabilité inhérente aggravant d’autres vulnérabilités : c’est notamment le cas lorsqu’elle se réfère à « l’incapacité [...] de se plaindre » de certaines personnes qui oblige les autorités à faire preuve d’une vigilance accrue¹²⁷³. D’autre part, la Cour envisage également le handicap mental ou psychique dans une perspective collective et structurelle, en qualifiant les

330

¹²⁶⁷ *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, §§ 5–16.

¹²⁶⁸ *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, § 70.

¹²⁶⁹ *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, §§ 64, 68.

¹²⁷⁰ *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, § 54. Ce principe trouve son origine dans l’arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* que nous examinerons ci-après (n°s 330–333).

¹²⁷¹ *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, § 34.

¹²⁷² *G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020, §§ 62, 69.

¹²⁷³ Voir p. ex. *M.B. c. Roumanie*, requête n° 43982/06, 3 novembre 2011, § 52 ; *Ketreb c. France*, requête n° 38447/09, 19 juillet 2012, § 109 ; *Murray c. Pays-Bas* [GC], requête n° 10511/10, 26 avril 2016, § 106 ; *Stepanian c. Roumanie*, requête n° 60103/11, 14 juin 2016, § 60 ; *Gömi c. Turquie*, requête n° 38704/11, 19 février 2019, § 61 ; voir aussi *infra*, n°s 509, 718–720.

personnes concernées de « groupe particulièrement vulnérable » de la société¹²⁷⁴. Cette approche trouve ses origines dans l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*¹²⁷⁵ qui constitue sans doute l'un des arrêts-clés ayant consacré le concept de vulnérabilité dans la jurisprudence¹²⁷⁶ et mérite d'être analysé plus en détail.

331 Dans l'affaire *Alajos Kiss c. Hongrie*, le requérant s'est plaint avec succès d'une violation de ses droits politiques tels que garantis par l'article 3 du Protocole n° 1. Diagnostiqué d'une psychose maniacodépressive, le requérant avait été placé sous tutelle partielle en raison de difficultés de s'occuper convenablement de questions financières. Or, selon le droit hongrois en vigueur à l'époque, une telle décision entraînait la perte automatique du droit de vote. La Cour juge que pareille privation constitue une violation du droit de vote garanti par l'article 3 du Protocole n° 1¹²⁷⁷.

332 Pour parvenir à cette conclusion, la Cour souligne tout d'abord que les personnes en situation de handicap mental ou psychique constituent un « groupe particulièrement vulnérable de la société »¹²⁷⁸. Cette vulnérabilité est le résultat « d'une discrimination considérable par le passé » et s'explique par le « fait que ces groupes ont fait l'objet par le passé de traitements défavorables aux conséquences durables, qui ont abouti à leur exclusion de la société »¹²⁷⁹. Une telle exclusion peut notamment découler, comme c'était le cas pour M. Kiss, d'une « législation appliquée à tous les individus de manière stéréotypée sans possibilité d'évaluer de manière individualisée leurs capacités et de leurs besoins »¹²⁸⁰. La reconnaissance de cette vulnérabilité entraîne des conséquences juridiques : elle résulte notamment en une réduction de la marge d'appréciation

¹²⁷⁴ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

¹²⁷⁵ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010.

¹²⁷⁶ Voir aussi ARNARDÓTTIR, *Differences*, p. 653 ; ARNARDÓTTIR, *Magnifying*, p. 346 ; ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, pp. 158–159 ; FREDMAN, *Emerging*, p. 299 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1066 ; TIMMER, *Stereotyping*, p. 713.

¹²⁷⁷ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, §§ 41–44. Précisons que selon la jurisprudence de la Cour, en particulier les arrêts *Strøbye et Rosenlind c. Danemark* et *Caamaño Valle c. Espagne*, ce n'est que la privation automatique ou généralisée des droits politiques, sans examen individualisé respectant les garanties procédurales, qui contrevient à l'article 3 du Protocole n° 1 (*Strøbye et Rosenlind c. Danemark*, requêtes nos 25802/18 et 27338/18, 2 février 2021, §§ 113–114) ; *Caamaño Valle c. Espagne*, requête n° 43564/17, 11 mai 2021, §§ 60–61). Cette jurisprudence contraste avec les exigences de la CDPH, en particulier son article 29 garantissant le droit à participer à la vie politique.

¹²⁷⁸ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

¹²⁷⁹ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

¹²⁸⁰ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

nationale. En effet, s'agissant des droits de personnes appartenant à un groupe particulièrement vulnérable de la société, l'État « doit avoir des raisons très puissantes pour imposer les restrictions en question »¹²⁸¹.

Ce raisonnement rappelle les motifs suspects de discrimination ; la Cour se réfère d'ailleurs explicitement à des arrêts ayant conclu à une discrimination en raison du genre, de la « race » ou de l'orientation sexuelle¹²⁸². Néanmoins, l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* analyse la restriction des droits politiques du requérant sous l'angle du seul article 3 du Protocole n° 1¹²⁸³. Malgré l'absence d'analyse sous l'angle de l'interdiction des discriminations, le raisonnement de la Cour s'inscrit dans une perspective d'égalité substantielle¹²⁸⁴, en participant à en tout cas deux de ses dimensions¹²⁸⁵. Premièrement, la Cour reconnaît pour la première fois explicitement les stéréotypes attachés aux handicaps mentaux et psychiques¹²⁸⁶, ce qui lui permet de critiquer des exclusions catégoriques du droit de vote, en mettant en lumière l'absence de justification objective¹²⁸⁷. Deuxièmement, par son objet même – l'exclusion des droits politiques –, l'affaire concerne également la dimension participative de l'égalité¹²⁸⁸. Ainsi, l'arrêt montre aussi que les deux sont étroitement liés, la conception stéréotypée des handicaps mentaux et psychiques ayant justement mené à l'exclusion sociale et politique du requérant¹²⁸⁹.

Par la suite, la Cour a appliqué le raisonnement de l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* – et la formulation relative aux groupes particulièrement vulnérables de la société – à d'autres groupes, notamment les personnes porteuses du VIH¹²⁹⁰ et les personnes roms¹²⁹¹, cette fois-ci sous l'angle de l'article 14 de la Convention.

¹²⁸¹ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

¹²⁸² *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

¹²⁸³ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, §§ 41–44.

¹²⁸⁴ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, p. 300.

¹²⁸⁵ FREDMAN, *Emerging*, p. 300 (citant également la dimension distributive).

¹²⁸⁶ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, p. 300 ; TIMMER, *Stereotyping*, p. 713.

¹²⁸⁷ TIMMER, *Judging*, pp. 245, 280. L'arrêt montre donc que la reconnaissance de la vulnérabilité particulière peut-être un outil pour thématiser des stéréotypes et contrebalancer leur impact négatif ; rappelons toutefois que nous avons vu que la vulnérabilité peut à son tour être source d'une attitude stéréotypée ou stigmatisante (voir *supra*, n°s 154–159). À notre sens, ce risque existe surtout lorsque la vulnérabilité est utilisée comme une étiquette sans que les raisons sous-jacentes soient explicitées.

¹²⁸⁸ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, p. 300.

¹²⁸⁹ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, p. 300.

¹²⁹⁰ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, § 63 ; *Novruk et autres c. Russie*, requêtes n°s 31039/11 et al., 15 mars 2016, § 100 ; voir aussi *infra*, n°s 337–346.

¹²⁹¹ *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013, §§ 109, 128 ; voir aussi *infra*, n°s 404–411.

Elle l'a également confirmé dans d'autres arrêts concernant des personnes ayant des handicaps mentaux ou psychiques¹²⁹². Ces arrêts concernent les sujets les plus divers ; ils analysent parfois, mais de loin pas toujours, la question de l'interdiction des discriminations¹²⁹³. Leur point commun est la marge d'appréciation étroite des États due au fait que les requérantes appartiennent à un groupe particulièrement vulnérable de la société¹²⁹⁴. La vulnérabilité est plus généralement un aspect dont la Cour tient compte dans la pesée des intérêts, précisant par ailleurs qu'elle peut donner lieu à des obligations positives spécifiques¹²⁹⁵.

335

Appliquant les principes établis dans l'arrêt *Alajos Kiss*, la Cour a par exemple estimé que le fait de restreindre les droits parentaux des requérantes en raison de leur handicap, sans évaluation individuelle de leurs capacités et sans garanties procédurales adéquates, violait leur droit à une vie privée et familiale¹²⁹⁶ et, parfois, l'interdiction des discriminations¹²⁹⁷. Elle a par ailleurs conclu à des violations des articles 6 ou 8 de la Convention en raison de l'absence de garanties suffisantes dans la procédure tendant à priver une requérante de

¹²⁹² *Zagidulina c. Russie*, requête n° 11737/06, 2 mai 2013, § 52 (moins détaillé) ; *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, § 73 ; *A.N. c. Lituanie*, requête n° 17280/08, 31 mai 2016, § 125 ; *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], requête n° 53080/13, 13 décembre 2016, § 123 (moins détaillé) ; *A.-M.V. c. Finlande*, requête n° 53251/13, 23 mars 2017, § 73 ; *Cînta c. Roumanie*, requête n° 3891/19, 18 février 2020, § 41.

¹²⁹³ À titre d'illustration, voir les affaires suivantes, concernant toutes deux des prestations sociales en lien avec le handicap : *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, §§ 66–100 (concluant à une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 en lien avec l'article 14 CEDH) ; *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], requête n° 53080/13, 13 décembre 2016, §§ 112–127 (examinant la question sous l'angle du seul article 1^{er} du Protocole n° 1).

¹²⁹⁴ *Zagidulina c. Russie*, requête n° 11737/06, 2 mai 2013, § 52 ; *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, § 73 ; *A.N. c. Lituanie*, requête n° 17280/08, 31 mai 2016, § 125 ; *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], requête n° 53080/13, 13 décembre 2016, § 123 (moins détaillé) ; *A.-M.V. c. Finlande*, requête n° 53251/13, 23 mars 2017, § 73 ; *Cînta c. Roumanie*, requête n° 3891/19, 18 février 2020, § 41.

¹²⁹⁵ Voir p. ex. *A.-M.V. c. Finlande*, requête n° 53251/13, 23 mars 2017, § 90.

¹²⁹⁶ *Kocherov et Sergeyeva c. Russie*, requête n° 16899/13, 29 mars 2016, §§ 96–121 ; *Cînta c. Roumanie*, requête n° 3891/19, 18 février 2020, §§ 41, 57 ; *a contrario*, voir *S.S. c. Slovaquie*, requête n° 40938/16, 30 octobre 2018, §§ 96–103 ; voir également *X. c. Croatie*, requête n° 11223/04, 17 juillet 2008, § 53. La vulnérabilité doit également être prise en compte dans l'évaluation des aptitudes parentales lorsqu'elle ne trouve pas son origine dans un handicap : voir p. ex. en lien avec la situation précaire d'une requérante migrante et victime de traite, l'arrêt *A.I. c. Italie*, requête n° 70896/17, 1^{er} avril 2021, §§ 102–104.

¹²⁹⁷ *Cînta c. Roumanie*, requête n° 3891/19, 18 février 2020, §§ 74–81 ; voir aussi *Kocherov et Sergeyeva c. Russie*, requête n° 16899/13, 29 mars 2016, op. diss. KELLER, insistant en particulier sur l'approche stéréotypée du handicap dans la décision des autorités internes.

sa capacité juridique¹²⁹⁸ ; à cet égard, il est notamment établi que l'intéressée doit pouvoir contester elle-même la décision et participer à la procédure¹²⁹⁹. En revanche, la Cour a estimé que la décision refusant de donner suite aux souhaits d'une personne privée de capacité juridique quant à son lieu de résidence était conforme à la Convention. Tout en rappelant la marge d'appréciation étroite s'agissant des personnes appartenant à des groupes vulnérables de la société, la Cour a estimé que les autorités avaient trouvé un juste équilibre entre les intérêts en cause, n'accordant qu'un poids limité au droit à l'autodétermination du requérant¹³⁰⁰.

La thématique des prestations sociales est particulièrement intéressante du point de vue de la marge d'appréciation nationale. En effet, les États bénéficient traditionnellement d'une marge d'appréciation large s'agissant de décisions de politique économique et sociale¹³⁰¹. Néanmoins, même dans ce domaine, la Cour s'est référée à l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* pour rappeler que la marge d'appréciation est considérablement plus étroite s'agissant de restrictions affectant un groupe particulièrement vulnérable de la société¹³⁰². Partant, la Cour a par exemple conclu à une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 concernant des requérantes qui avaient perdu tout ou partie de leurs prestations d'invalidité à la suite d'un changement des critères d'octroi¹³⁰³. Dans l'affaire *Guberina c. Croatie*, la Cour a conclu à une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 CEDH parce que le père d'un garçon en situation de handicap n'avait pas pu bénéficier d'une remise fiscale sur l'achat d'une

336

¹²⁹⁸ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 153–154 ; *A.N. c. Lituanie*, requête n° 17280/08, 31 mai 2016, § 125 ; *Shakulina et autres c. Russie*, requêtes n°s 24688/05 et al., 5 juin 2018, §§ 61–65 ; voir aussi *Chtoukatourov c. Russie*, requête n° 44009/05, 27 mars 2008, §§ 90–96 ; *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, requête n° 36500/05, 13 septembre 2009, §§ 144–145.

¹²⁹⁹ *A.N. c. Lituanie*, requête n° 17280/08, 31 mai 2016, §§ 126–128 ; *Shakulina et autres c. Russie*, requêtes n°s 24688/05 et al., 5 juin 2018, § 59 ; voir déjà *Chtoukatourov c. Russie*, requête n° 44009/05, 27 mars 2008, § 91.

¹³⁰⁰ *A.-M.V. c. Finlande*, requête n° 53251/13, 23 mars 2017, §§ 73–90. Malgré son issue, l'affaire montre que le droit à l'autodétermination est un aspect important de l'article 8 CEDH et doit être pris en compte dans la pesée des intérêts (voir aussi *Ever c. Allemagne*, requête n° 17895/14, 28 mai 2020, § 82).

¹³⁰¹ *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, § 73 ; *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], requête n° 53080/13, 13 décembre 2016, § 113 ; *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, requête n° 65550/13, 11 décembre 2018, § 94.

¹³⁰² *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, § 73 ; moins explicitement, *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], requête n° 53080/13, 13 décembre 2016, § 123 et *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, requête n° 65550/13, 11 décembre 2018, § 100 ; *Kovács c. Hongrie* [Comité], requête n° 25294/15, 7 octobre 2021, §§ 25, 28–29.

¹³⁰³ *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], requête n° 53080/13, 13 décembre 2016, §§ 119–126 ; *Lengyel c. Hongrie*, requête n° 8271/15, 18 juillet 2017, § 22 ; *Kovács c. Hongrie* [Comité], requête n° 25294/15, 7 octobre 2021, §§ 26–30.

maison¹³⁰⁴. En considérant que celle-ci ne faisait pas partie des infrastructures de base exonérées d'impôt, les autorités avaient en effet méconnu la situation du père et de son enfant, et notamment l'importance d'un ascenseur ou accès à plain-pied pour l'enfant qui se déplaçait en fauteuil roulant¹³⁰⁵. La Cour conclut que les autorités avaient outrepassé leur marge d'appréciation, réduite non seulement par la vulnérabilité des requérants, mais aussi par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁰⁶. L'arrêt *Guberina* est également remarquable pour une autre raison : la Cour y accepte que le statut de parent d'un enfant en situation de handicap constitue une « autre situation » au sens de l'interdiction des discriminations¹³⁰⁷. Ce faisant, elle reconnaît et atténue la vulnérabilité secondaire ou dérivée des *care-takers*, répondant ainsi à une demande formulée par les éthiques du *care*¹³⁰⁸.

C. Les personnes porteuses du VIH

337 Dans la foulée de l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* précité, la Cour a appliqué le même raisonnement à propos de la vulnérabilité au cas d'un homme à qui les autorités russes avaient refusé un permis de séjour en raison de sa séropositivité¹³⁰⁹. Le requérant, de nationalité ouzbèke, vivait depuis sept ans en Russie. Il était marié à une ressortissante russe et le couple avait une enfant. En raison de sa situation familiale, le requérant aurait eu droit à un permis de séjour selon le droit interne s'il n'avait pas été séropositif. Sa situation relève donc de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, permettant à la Cour de l'analyser sous l'angle de l'interdiction de la discrimination (article 14 CEDH) en lien avec ce dernier¹³¹⁰.

¹³⁰⁴ *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, § 99.

¹³⁰⁵ *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, §§ 88–99.

¹³⁰⁶ *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, § 73.

¹³⁰⁷ *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016, §§ 76–79 ; voir aussi *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, requête n° 65550/13, 11 décembre 2018, § 96.

¹³⁰⁸ Voir *supra*, n°s 145–146. En contraste, voir l'affaire *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, requête n° 65550/13, 11 décembre 2018, §§ 95–113, dans laquelle la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 CEDH en lien avec l'article 14 CEDH par rapport à une mère et une fille, toutes deux de nationalité suisse, qui avaient perdu l'assurance-invalidité de la fille en raison de leur déménagement au Brésil, où la mère souhaitait s'installer avec son nouvel époux. Précisons toutefois que l'analyse concernait l'article 8 CEDH, la Suisse n'ayant pas ratifié le Protocole n° 1.

¹³⁰⁹ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011.

¹³¹⁰ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, §§ 53–55 (pour le champ d'application de l'article 8 CEDH) et *idem*, §§ 56–74 (pour l'analyse sous l'angle de l'article 14 CEDH).

La Cour juge en premier lieu que la séropositivité entre dans les motifs énumérés à l'article 14 CEDH, à savoir sur l'interdiction des discriminations sur « toute autre situation »¹³¹¹. Pour ce faire, elle se base notamment sur diverses recommandations du Conseil des droits de l'homme de l'ONU ainsi que sur l'Observation générale n° 20 du CDESC qui affirment que l'expression « toute autre situation », commune à divers instruments de protection des droits humains¹³¹², devait être interprétée comme englobant les problèmes de santé, y compris la séropositivité¹³¹³. Elle en conclut que la séropositivité fait partie des motifs de discrimination de l'article 14 de la Convention, « en tant que handicap ou au même titre qu'un handicap »¹³¹⁴. 338

Se pose ensuite la question de savoir si l'exclusion du droit de séjour fondé sur la séropositivité pouvait être considérée comme objectivement et raisonnablement justifiée. C'est dans ce contexte que la vulnérabilité entre en ligne de compte : reprenant quasiment mot pour mot son raisonnement dans l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, la Cour estime que la marge d'appréciation de l'État défendeur « se trouve singulièrement réduite » lorsqu'une « restriction des droits fondamentaux s'applique à des groupes particulièrement vulnérables de la société, qui ont souffert d'une discrimination considérable par le passé », dont font partie les personnes porteuses du VIH¹³¹⁵. Partant, l'État devrait avoir des « raisons particulièrement impérieuses » pour justifier une distinction de traitement fondée sur ce critère¹³¹⁶. Or, l'État défendeur n'en a pas avancé. Sa justification – prévenir la transmission du VIH – reposait au contraire sur une vision simplifiée et potentiellement stéréotypisante que les personnes porteuses du VIH seraient susceptibles d'adopter des comportements à risque, par ailleurs pénalement réprimés en droit russe¹³¹⁷. 339

La portée de l'affaire *Kiyutin c. Russie* dépasse la seule situation des personnes vivant avec le VIH/sida : la Cour s'y est également référée dans d'autres contextes concernant une discrimination fondée sur l'état de santé d'une 340

¹³¹¹ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, § 56–58.

¹³¹² Voir en particulier art. 2 PIDCP ; art. 2 PIDESC ; voir aussi art. 2 CDE.

¹³¹³ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, §§ 28–35 ; parmi les documents cités par la Cour, voir en particulier CDESC, Observation générale n° 20, § 33.

¹³¹⁴ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, § 57.

¹³¹⁵ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, § 63. La vulnérabilité érige donc en quelque sorte le motif de « tout autre statut » en motif suspect pour lequel l'analyse est particulièrement exigeante (voir aussi ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, pp. 155, 164–166).

¹³¹⁶ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, §§ 63, 65.

¹³¹⁷ *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, § 68.

personne, y compris son éventuel handicap, pour confirmer que celui-ci relevait de l'article 14 CEDH¹³¹⁸ ou pour confirmer que celui-ci puisse constituer une source de vulnérabilité¹³¹⁹. L'arrêt a par ailleurs permis d'expliciter une évolution déjà amorcée dans l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, à savoir la reformulation de motifs suspects de discrimination – le genre, l'orientation sexuelle, la « race » ou l'ethnicité – en référence à la vulnérabilité¹³²⁰.

341 Concernant plus spécifiquement les personnes porteuses du VIH/sida, la Cour continue à se fonder sur les principes établis dans l'arrêt *Kiyutin c. Russie*. Plusieurs affaires concernent des personnes auxquelles la Russie avait refusé l'entrée ou dont elle avait révoqué l'autorisation de séjour. Dans l'affaire *Gablishvili c. Russie*, la Cour s'est bornée à constater que la révocation automatique de l'autorisation de séjour du requérant, qui vivait en Russie avec sa famille depuis douze ans, sur la seule base de sa séropositivité et sans pesée des intérêts, était contraire à l'article 8 CEDH¹³²¹. Tout en citant l'affaire *Kiyutin c. Russie*, la Cour ne mentionne pas la vulnérabilité et estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'article 14 CEDH¹³²².

342 Ces éléments reviennent cependant dans l'arrêt *Novruk et autres c. Russie*¹³²³. Celui-ci se distingue des deux arrêts précités par le fait qu'il concernait non pas des personnes vivant en Russie, mais le refus de délivrer des autorisations à des personnes souhaitant rejoindre respectivement leur épouse, partenaire de même genre¹³²⁴ et fils¹³²⁵. Cela suffit pour permettre à la Cour d'examiner l'interdiction des discriminations en lien avec le droit à une vie privée et familiale¹³²⁶. Dans son analyse, elle rappelle les conclusions de l'affaire *Kiyutin c. Russie* quant à la stigmatisation dont sont victimes les personnes porteuses du VIH et leur situation particulièrement vulnérable ainsi qu'au fait qu'une interdiction d'entrée ne pouvait se justifier par des considérations de santé

¹³¹⁸ Voir p. ex. *Abdyusheva et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 58502/11 et al., 26 novembre 2019, § 136 ; *Cînta c. Roumanie*, requête n^o 3891/19, 18 février 2020, § 66.

¹³¹⁹ *Guberina c. Croatie*, requête n^o 23682/13, 22 mars 2016, § 73 ; voir aussi ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, pp. 162–163.

¹³²⁰ *Kiyutin c. Russie*, requête n^o 2700/10, 10 mars 2011, § 63, en référence à *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n^o 38832/06, 20 mai 2010, § 42 ; voir aussi ARNARDÓTTIR, *Difference*, p. 653.

¹³²¹ *Gablishvili c. Russie*, requête n^o 39428/12, 26 juin 2014, § 60.

¹³²² *Gablishvili c. Russie*, requête n^o 39428/12, 26 juin 2014, §§ 53, 62–64.

¹³²³ *Novruk et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 31039/11 et al., 15 mars 2016.

¹³²⁴ Dans cet ouvrage, et à moins qu'il s'agisse de citations, nous privilégions la notion de genre à celle de sexe, pour reconnaître le caractère socialement et juridiquement construit de ce concept.

¹³²⁵ *Novruk et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 31039/11 et al., 15 mars 2016, §§ 81–89.

¹³²⁶ *Novruk et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 31039/11 et al., 15 mars 2016, §§ 89–92.

publique¹³²⁷. À ce propos, elle fait également état d'une diminution globale des restrictions d'immigration basée sur la séropositivité, la Russie étant le seul État membre du Conseil de l'Europe à en connaître¹³²⁸. Elle en conclut que la législation russe, excluant automatiquement du droit de séjour « un groupe entier d'individus vulnérables » sans permettre une pesée des intérêts avec leur droit à une vie privée et familiale n'est pas conforme à la Convention¹³²⁹.

La Cour a par ailleurs confirmé et étendu le raisonnement de l'arrêt *Kiyutin c. Russie* dans l'affaire *I.B. c. Grèce*¹³³⁰. Celle-ci concernait un employé d'une fabrique de bijoux licencié en raison de pressions exercées par ses collègues après qu'elles avaient appris qu'il était séropositif. L'employeuse avait d'abord essayé de rassurer ses salariées, notamment avec l'aide d'un médecin invité sur place pour expliquer les modes de transmission limités du VIH et l'absence de risque sur le lieu de travail, mais a fini par céder à la pression¹³³¹. Contrairement aux affaires précitées, l'arrêt *I.B. c. Grèce* opposait donc, à l'origine, des parties privées. Partant, il se posait la question de l'étendue des obligations positives¹³³².

Dans l'arrêt *I.B. c. Grèce*, la Cour rappelle ses conclusions de l'affaire *Kiyutin c. Russie* quant au fait que les personnes porteuses du VIH, étant souvent stigmatisées et marginalisées, constituent un groupe particulièrement vulnérable de la société¹³³³. À cet égard, elle précise que les personnes porteuses du VIH font face à de nombreux problèmes d'ordre « médical mais aussi professionnel, social, personnel et psychologique, [y compris] des préjugés parfois enracinés même parmi les personnes les plus instruites »¹³³⁴. Partant, la Cour confirme le caractère étroit de la marge d'appréciation des États en la matière¹³³⁵. S'agissant des obligations positives des États, elle constate « une nette tendance [...] à protéger ces personnes contre toute discrimination sur [le] lieu de travail », y compris dans le cadre de relations de travail privées¹³³⁶. Si certains États du Conseil de l'Europe offrent des protections spécifiques aux

¹³²⁷ *Novruk et autres c. Russie*, requêtes nos 31039/11 et al., 15 mars 2016, §§ 100, 102.

¹³²⁸ *Novruk et autres c. Russie*, requêtes nos 31039/11 et al., 15 mars 2016, §§ 101, 111.

¹³²⁹ *Novruk et autres c. Russie*, requêtes nos 31039/11 et al., 15 mars 2016, §§ 108–110.

¹³³⁰ *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013.

¹³³¹ *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, §§ 7–10, 18.

¹³³² *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, §§ 57, 59.

¹³³³ *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, §§ 79–81.

¹³³⁴ *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, § 80.

¹³³⁵ *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, § 81.

¹³³⁶ *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, § 83.

personnes porteuses du VIH/sida contre des discriminations sur le lieu de travail, dans d'autres États, une telle protection découle de dispositions générales en matière d'interdiction des discriminations, aussi dans le cadre de relations de travail privées¹³³⁷.

345 Or, en l'espèce, le problème n'est pas tant la législation grecque que l'absence de pesée des intérêts soigneuse de la part des autorités judiciaires. En effet, contrairement à l'instance inférieure, la Cour de cassation grecque n'a pas procédé à une mise en balance de tous les intérêts en jeu, mais a rapidement accepté que le licenciement répondait à un besoin manifeste de l'employeuse, se fondant notamment « sur une prémisse manifestement inexacte, à savoir le caractère < contagieux > de la maladie de l'intéressé »¹³³⁸. C'est ce raisonnement judiciaire stéréotypé et incomplet, empêchant la Cour de cassation d'examiner en détail l'existence d'une discrimination, qui amène la Cour à conclure à une violation de l'article 14 en lien avec l'article 8 de la Convention¹³³⁹.

346 En soulignant l'importance de la stigmatisation et ses effets préjudiciables, y compris, potentiellement, une marginalisation socio-économique des personnes concernées, ces arrêts s'inscrivent dans la dimension de reconnaissance de l'égalité substantielle, mais touchent également à son aspect redistributif¹³⁴⁰. Précisons encore que la Cour a également su faire la différence lorsque la gestion d'une situation particulière ne révélait pas une attitude stéréotypisante ou stigmatisante de la part des autorités, comme l'illustre l'affaire *Y. c. Turquie*¹³⁴¹. Dans celle-ci, la Cour a jugé que le fait de communiquer la séropositivité d'un patient hospitalisé à l'ensemble de l'hôpital n'était pas manifestement disproportionné au but légitime poursuivi¹³⁴². Si on peut se demander si cette communication était réellement nécessaire, l'affaire n'indique pas que le patient aurait été désavantagé en raison de sa séropositivité, et il semble dès lors justifié de déclarer ses griefs mal fondés, comme la Cour l'a fait¹³⁴³.

1337 *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, §§ 82–84.

1338 *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, § 88.

1339 *I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013, §§ 86–91.

1340 FREDMAN, *Emerging*, pp. 299–300 ; voir aussi BRODERICK, *Road to Equality*, p. 332.

1341 *Y. c. Turquie* (déc.), requête n° 648/10, 17 février 2015.

1342 *Y. c. Turquie* (déc.), requête n° 648/10, 17 février 2015, §§ 68, 70–84.

1343 *Y. c. Turquie* (déc.), requête n° 648/10, 17 février 2015, §§ 70–84.

D. Appréciation

Plusieurs des affaires abordées dans cette section – en particulier les arrêts *Alajos Kiss c. Hongrie* et *Kiyutin c. Russie* – font partie des arrêts phares de la notion de groupes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour¹³⁴⁴. Ce sont également des arrêts où la Cour a adopté une position forte relative à l'interdiction des discriminations. Les deux sont liés : en effet, c'est la reconnaissance de la vulnérabilité particulière de certains groupes qui permet de mettre en lumière des dynamiques de stigmatisation et d'exclusion, et de thématiser celles-ci sous le prisme de l'interdiction des discriminations. À cet égard, nous avons fait référence au modèle de l'égalité substantielle proposé par FREDMAN, qui propose quatre dimensions. Nous avons vu que les arrêts examinés ici s'inscrivent, à des degrés variables, dans ces dimensions, qui sont la compensation de désavantages matériels et socio-économiques, la reconnaissance, qui vise à lutter contre des stigmatisations et stéréotypes, la participation et pleine inclusion dans la société et la réalisation d'aménagements permettant cette inclusion et visant des transformations structurelles plus profondes.

Les affaires précitées montrent également que le principe de non-discrimination constitue un outil important permettant de réaliser, en tout cas jusqu'à un certain point, cette égalité substantielle ou inclusive. C'est le cas lorsque la Cour reconnaît que l'exclusion systématique du droit de vote des personnes sous tutelle ou le refus en bloc des autorisations de séjour aux personnes porteuses du VIH sont fondés sur une conception stigmatisante et, partant, discriminatoire. Il en va de même lorsqu'elle conclut que le refus d'aménagement raisonnable pour des étudiantes en situation de handicap constitue une discrimination. La reconnaissance de la vulnérabilité particulière favorise le constat de discrimination à plus d'un titre. Elle permet de mettre en lumière les dynamiques problématiques – désavantage, stigmatisation, exclusion – ; elle justifie également un contrôle européen strict, en limitant la marge d'appréciation des États en la matière.

¹³⁴⁴ Voir aussi BESSON, *Vulnérabilité*, pp. 69–70 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1080–1082 ; RUET, *Vulnérabilité*, pp. 226–230.

III. Le contrôle de l'État

349 Le contrôle de l'État – le fait d'être « aux mains de l'État » est un facteur de vulnérabilité récurrent dans la jurisprudence¹³⁴⁵. Il concerne avant tout les personnes détenues (A), mais également les personnes accusées (B), les membres des forces armées (C) et les personnes qui se trouvent pour une autre raison sous la responsabilité de l'état, qu'il s'agisse d'enfants à l'école, de personnes âgées en établissement ou d'autres personnes vivant en institution (D). Nous élargirons ensuite l'analyse, en évoquant d'autres situations qui se caractérisent par un déséquilibre de pouvoir (E). En guise de conclusion, nous évoquerons les traits communs entre les différentes situations sous le contrôle de l'État (F).

A. Les personnes privées de liberté

350 Comme nous l'avons vu dans le chapitre 3, les personnes privées de liberté font partie des personnes que la Cour a désignées à la fois très tôt et très régulièrement comme étant vulnérables¹³⁴⁶. La jurisprudence plus récente s'inscrit dans la continuité des arrêts examinés plus haut. Elle réaffirme notamment la vulnérabilité des personnes détenues, précise les obligations positives étatiques en la matière et renforce le contrôle européen s'agissant des conditions matérielles de détention¹³⁴⁷. La jurisprudence relative aux personnes détenues est non seulement abondante, elle est également très casuistique¹³⁴⁸ ; nous nous contenterons donc ici d'énoncer quelques principes importants en lien avec la vulnérabilité¹³⁴⁹. Nous approfondirons ensuite des aspects liés à l'effectivité du droit de recours individuel en vertu de l'article 34 CEDH dans le chapitre 5¹³⁵⁰.

¹³⁴⁵ AL TAMIMI, pp. 564–565 ; HERI, Rights of the Vulnerable, p. 105 ; PASTRE-BELDA, Géométrie variable, pp. 596–600 ; ROUX-DEMARE, p. 37.

¹³⁴⁶ Voir *supra*, n^{os} 250–254, 261–265.

¹³⁴⁷ COUR EDH, Prisoners' rights, n^{os} 13–71, 27–39 ; HERI, Rights of the Vulnerable, pp. 126–143 ; PASTRE-BELDA, Géométrie variable, pp. 595–616 ; SUDRE, Droit européen et international, n^{os} 322–326 ; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, pp. 126–130.

¹³⁴⁸ Pour un aperçu, voir en particulier COUR EDH, Prisoners' rights.

¹³⁴⁹ Pour une analyse plus détaillée sous l'angle de l'article 3 CEDH, voir BLONDEL, n^{os} 421–423, 538–555 ; HERI, Rights of the Vulnerable, pp. 126–143.

¹³⁵⁰ Voir *infra*, n^{os} 537–552, 558–564.

Dans la lignée de sa jurisprudence examinée plus haut, la Cour réaffirme régulièrement que « les personnes privées de liberté sont dans une position vulnérable et [que] les autorités ont le devoir de les protéger »¹³⁵¹. De la même manière, la Cour a également réitéré que « les personnes en garde en vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités [...] ont le devoir de les protéger »¹³⁵². Ainsi, « l'État est responsable de toute personne en détention, car celle-ci est entièrement aux mains de ses fonctionnaires »¹³⁵³. Dans ce qui suit, l'expression « personne détenue » doit être comprise au sens large, incluant toute personne privée de liberté, qu'elles purgent une peine ou qu'elles soient en garde à vue ou en détention provisoire. Elle comprend également les personnes ayant un handicap mental ou psychique grave qui sont internées dans un établissement spécialisé en vertu de l'article 5 par. 1 let. e CEDH¹³⁵⁴. Ces personnes partagent non seulement leur vulnérabilité due au fait qu'elles sont sous le contrôle exclusif de l'État ; les principes applicables sont également comparables¹³⁵⁵.

Cette vulnérabilité se traduit d'abord par une obligation de ne pas infliger de mauvais traitements. Dans ce contexte, tout usage de la force qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement des personnes détenues est prohibé par l'article 3 CEDH¹³⁵⁶. Lorsqu'elle évalue si la force était strictement nécessaire ou non, la Cour tient notamment compte de la vulnérabilité particulière de certaines requérantes, due par exemple à leur âge¹³⁵⁷ ou encore à

¹³⁵¹ Voir, parmi d'autres, *Enache c. Roumanie*, requête n° 10662/06, 1^{er} avril 2014, § 49 ; *Milić et Nikezić c. Monténégro*, requêtes nos 54999/10 et 10609/11, 28 avril 2015, § 80 ; *Bamouhammad c. Belgique*, requête n° 47687/13, 17 février 2015, § 118 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 143 (en français ou anglais, selon les cas). En français, la formulation la plus courante est que « les détenus sont en situation de vulnérabilité et [les] autorités ont le devoir de les protéger » (voir p. ex. *Renolde c. France*, requête n° 5608/05, 16 octobre 2008, § 83 ; *A.Ş. c. Turquie*, requête n° 58271/10, 13 septembre 2016, § 66 ; *Jeanty c. Belgique*, requête n° 82284/17, 31 mars 2020, § 98 ; *S.F. c. Suisse*, requête n° 23405/16, 30 juin 2020, § 79).

¹³⁵² *Iambor c. Roumanie* (n° 1), requête n° 64536/01, 24 juin 2008, § 160 ; *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 83 ; *Portu Juanenea et Sarasola Yarzabal c. Espagne*, requête n° 1653/13, 13 février 2018, § 73 ; *Bădoiu c. Roumanie*, requête n° 5365/16, 25 juin 2019, § 39 ; *Badalyan c. Azerbaïdjan*, requête n° 51295/11, 22 juillet 2021, § 38.

¹³⁵³ *Georgi Dimitrov c. Bulgarie*, requête n° 31365/02, 15 janvier 2009, § 51 ; voir aussi *Oshurko c. Ukraine*, requête n° 33108/05, 8 septembre 2011, § 69 ; *Alberti c. Italie*, requête n° 15397/11, 24 juin 2014, § 42.

¹³⁵⁴ Voir p. ex. *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019 ; voir aussi HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 129, 144.

¹³⁵⁵ HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 126 ; VERMEULEN/BATTJES, p. 410 et les réf. cit.

¹³⁵⁶ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 88 ; *Boukrourou et autres c. France*, requête n° 30059/15, 16 novembre 2017, § 80 ; *A.P. c. Slovaquie*, requête n° 10465/17, 28 janvier 2020, § 52 ; *Pranjić-M-Lukić c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 4938/16, 2 juin 2020, §§ 74, 80 ; *Stevan Petrović c. Serbie*, requêtes nos 6097/16 et 28999/19, 20 avril 2021, § 118.

¹³⁵⁷ Voir *infra*, nos 358–361.

un handicap mental¹³⁵⁸. Par ailleurs, et comme nous l'avons déjà vu, la vulnérabilité entraîne un renversement du fardeau de la preuve, les autorités devant prouver qu'elles ne sont pas responsables d'éventuelles blessures survenues pendant la détention, l'obligation positive d'enquête étant renforcée en cas de décès¹³⁵⁹. Ce renversement du fardeau de la preuve reste valable pour des personnes détenues évacuées pendant un incendie, qui restent sous le contrôle des autorités¹³⁶⁰. À cela s'ajoutent diverses obligations de protection. L'État doit notamment assurer des conditions de détention compatibles avec la dignité humaine, eu égard toutefois au « niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure » et aux « exigences pratiques de l'emprisonnement »¹³⁶¹. Toutefois, tout problème concernant les conditions de détention n'atteint pas forcément le seuil de gravité de l'article 3 CEDH ; la Cour a également parfois analysé certains aspects au regard du seul article 8 CEDH¹³⁶². L'État est par ailleurs tenu de protéger les personnes détenues

¹³⁵⁸ *Pranjić-M-Lukić c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 4938/16, 2 juin 2020, §§ 74, 80.

¹³⁵⁹ *Karsakova c. Russie*, requête n° 1157/10, 27 novembre 2014, § 48 ; *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 83 ; *Mustafayev c. Azerbaïdjan*, requête n° 47095/09, 4 mai 2017, §§ 53–54 ; *Tiziano Pennino c. Italie*, requête n° 21759/15, 12 octobre 2017, § 45 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 143 ; *A.P. c. Slovaquie*, requête n° 10465/17, 28 janvier 2020, § 52 ; *Cantaragiu c. République de Moldova*, requête n° 13013/11, 24 mars 2020, § 45 ; *Gayeva c. Russie* [Comité], requête n° 688/11, 23 juin 2020, § 53 ; *Kamińska et autres c. Pologne* [Comité], requête n° 4006/17, 3 septembre 2020, § 57 ; *Labshin c. Azerbaïdjan*, requête n° 13527/18, 20 mai 2021, § 93. À ce propos, voir aussi MAČKIC, pp. 176–180 ; TULKENS/DUBOIS-HAMDI, p. 80.

¹³⁶⁰ *Starenkyy et autres c. Ukraine* [Comité], requête no 71848/13, 24 juin 2021, §§ 106, 113.

¹³⁶¹ *Idalov c. Russie* [GC], requête n° 5826/03, 22 mai 2012, § 93 ; *Patranin c. Russie*, requête n° 12983/14, 23 juillet 2015, § 67 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n° 47152/06, 23 mars 2016, § 138 ; *Muršić c. Croatie* [GC], requête n° 7334/13, 20 octobre 2016, § 99 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 143 (en français ou en anglais, selon les cas) ; voir aussi VERMEULEN/BATTJES, p. 409.

¹³⁶² Voir p. ex. l'affaire *Szafrański c. Pologne*, requête n° 17249/12, 15 décembre 2015, §§ 23–28, 37–40 concernant la séparation insuffisante entre cellule de prison et sanitaires, dans laquelle la Cour a uniquement conclu à une violation de l'article 8 CEDH (à ce propos, voir aussi HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 127–128). On peut également citer la jurisprudence au sujet du surpeuplement carcéral, riche et variée, dans laquelle on discerne différentes approches (pour un résumé, voir *Muršić c. Croatie* [GC], requête n° 7334/13, 20 octobre 2016, §§ 91–141). Désormais, on peut affirmer qu'un espace personnel inférieur à 3 m² fait naître une forte présomption de violation de l'article 3 CEDH, réfutable uniquement si l'État défendeur prouve qu'il ne s'agissait que de périodes courtes et occasionnelles, que la personne disposait d'une liberté de circulation suffisante en dehors de sa cellule et qu'il n'y avait aucune autre circonstance aggravante (*Muršić c. Croatie* [GC], requête n° 7334/13, 20 octobre 2016, §§ 137–138 ; *J.M.B. et autres c. France*, requêtes n°s 9671/15 et al., 30 janvier 2020, §§ 255–257, 280 ; *Sukachov c. Ukraine*, requête n° 14057/17, 30 janvier 2020, § 86). Lorsque la personne détenue dispose d'un espace personnel entre 3 m² et 4 m², le manque d'espace reste un facteur important dans l'appréciation, mais des circonstances aggravantes doivent être présentes, comme l'absence d'aération suffisante ou de lumière naturelle, l'insuffisance des sanitaires ou l'absence de chauffage suffisant (*Muršić c. Croatie* [GC], requête n° 7334/13, 20 octobre 2016, § 139 ; *Rezmiveš et autres c. Roumanie*, requêtes n°s 61467/12 et al, 25 avril 2017, § 78). Voir aussi COUR EDH, *Prisoners' rights*, n°s 13–14 et les réf. cit. ; BIGLER/GONIN, n°s 132–134 et les réf. cit.

contre leurs codétenues¹³⁶³ comme contre elles-mêmes, notamment en cas de risque d'automutilation ou de suicide¹³⁶⁴. Ces obligations sont toutefois sujettes à l'existence d'un risque réel et immédiat dont les autorités avaient ou devaient avoir connaissance¹³⁶⁵, ce qui les limite considérablement, selon l'interprétation qui en est faite¹³⁶⁶. Rappelons toutefois que l'État est tenu d'enquêter de manière prompte et effective sur toute situation potentiellement contraire aux articles 2 et 3 CEDH, y compris en l'absence de plainte formelle¹³⁶⁷. Par ailleurs, la Cour a souligné qu'il fallait tenir compte, en évaluant l'existence d'un risque réel et immédiat, de la vulnérabilité particulière d'une personne détenue¹³⁶⁸. Ainsi, le personnel ne pouvait se contenter de l'explication d'une personne mineure, détenue pour la première fois et placée dans une cellule avec cinq adultes, qui indiquait « être glissée », mais devait au contraire tenir compte de sa peur d'éventuelles représailles¹³⁶⁹.

Si la Cour énonce régulièrement la vulnérabilité de toute personne détenue, 353
il n'en reste pas moins que de nombreux arrêts mentionnant la vulnérabilité concernent des personnes détenues dont la vulnérabilité est accrue en raison d'autres facteurs. La Cour reconnaît par exemple que les personnes détenues au

¹³⁶³ *Preminyin c. Russie*, requête n° 44973/04, 10 février 2011, §§ 82–91 ; *Gjini c. Serbie*, requête n° 1128/16, 15 janvier 2019, §§ 72–98 ; *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, § 46 ; voir aussi COUR EDH, Prisoners' rights, nos 193–197 ; PÉTERMANN, pp. 210–214.

¹³⁶⁴ *De Donder et De Clippel c. Belgique*, requête n° 8595/06, 6 décembre 2011, §§ 68–71 ; *Ketreb c. France*, requête n° 38447/09, 19 juillet 2012, §§ 75–99 ; *Jeanty c. Belgique*, requête n° 82284/17, 31 mars 2020, § 98 ; *Citraro et Molino c. Italie* [Comité], requête n° 50988/13, 4 juin 2020, § 75 ; *S.F. c. Suisse*, requête n° 23405/16, 30 juin 2020, §§ 77–99 ; *Chevalier c. France* [Comité], requête n° 44392/19, 18 mars 2021, § 30. Voir aussi, en hôpital psychiatrique, *Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], requête n° 78103/14, 31 janvier 2019, §§ 108–115 ; voir aussi BIGLER, nos 167–170 ; PÉTERMANN, pp. 205–210.

¹³⁶⁵ À propos du critère du risque réel et immédiat, voir aussi *infra*, nos 903–905 (pour une présentation du « test Osman » à l'origine de ce critère) et nos 906–958 (pour une analyse approfondie du « test Osman » en lien avec les violences domestiques).

¹³⁶⁶ L'affaire *Fernandes de Oliveira c. Portugal* permet d'illustrer ce point : dans cette affaire concernant un patient interné dans un hôpital psychiatrique qui s'est suicidé, la majorité de la Grande Chambre a nié l'existence d'un tel risque, concluant par ailleurs que les autorités avaient pris toutes les mesures raisonnables pour surveiller le patient (*Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], requête n° 78103/14, 31 janvier 2019, §§ 108–124 ; pour une critique, voir *idem*, op. part. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE et HARUTYUNYAN, §§ 19–27). Or, dans la même affaire, la Chambre était parvenue à la conclusion inverse (*Fernandes de Oliveira c. Portugal*, requête n° 78103/14, 28 mars 2017, §§ 65–76). Pour une application très stricte, voir *S.F. c. Suisse*, requête n° 23405/16, 30 juin 2020, §§ 77–99.

¹³⁶⁷ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 114–134 ; *Tekin et Arslan c. Belgique*, requête n° 37795/13, 5 septembre 2017, §§ 82–85 ; *Tsuruyev et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 8372/07 et al., 8 juin 2021, § 69.

¹³⁶⁸ *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, §§ 39–40, 43.

¹³⁶⁹ *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, § 44.

secret sont particulièrement vulnérables aux mauvais traitements¹³⁷⁰. La Cour a également reconnu d'autres catégories de personnes détenues qui sont particulièrement vulnérables à la violence de leurs codétenues, voire du personnel pénitentiaire, comme les personnes condamnées pour violences sexuelles¹³⁷¹, des Serbes ayant été condamnés pour crimes de guerre dans une prison à population très majoritairement bosniaque¹³⁷² ou des ex-policiers¹³⁷³. Ces exemples montrent également que les obligations de protection existent indépendamment de la question de savoir si la personne est elle-même à l'origine du risque ou pas¹³⁷⁴. Ils indiquent par ailleurs l'importance du risque de subir des atteintes aux droits humains en tant qu'élément constitutif de la vulnérabilité¹³⁷⁵.

354 Une jurisprudence particulièrement abondante traite des personnes détenues malades ou en situation de handicap¹³⁷⁶. La Cour souligne notamment la « vulnérabilité face aux difficultés de la détention » des personnes malades ou en situation de handicap, qui entraîne l'obligation de fournir les soins requis¹³⁷⁷. Celle-ci comporte plusieurs volets : évaluer si une personne est capable de purger sa peine, la détention pouvant être incompatible avec la dignité humaine d'une personne très malade ou en situation de handicap grave ; administrer les soins médicaux appropriés avec diligence et adapter, si nécessaire, les conditions de détention à l'état de santé¹³⁷⁸. Pour être considérés comme appropriés, les soins médicaux doivent être d'un niveau comparable aux soins

¹³⁷⁰ *Fartushin c. Russie*, requête n° 38887/09, 8 octobre 2015, § 53 ; *Golubyatnikov et Zhuchkov c. Russie*, requêtes n°s 49869/06 et 44822/06, 9 octobre 2018, § 83 ; *Grigoryev c. Russie* [Comité], requête n° 52673/07, 5 octobre 2019, § 53 ; *Minibayev c. Russie* [Comité], requête n° 68793/3, 3 décembre 2019, §§ 81, 92 ; *Gonzalez Etayo c. Espagne* [Comité], requête no 20690/17, 19 janvier 2021, § 62.

¹³⁷¹ *D.F. c. Lituanie*, requête n° 11160/07, 29 octobre 2013, §§ 81–87. En l'espèce, le requérant était doublement vulnérable à la violence de la part de ses codétenues, ayant de plus collaboré avec la police (*idem*, § 92 ; voir aussi *J.C. c. Lituanie*, requête n° 23893/06, 17 avril 2012, § 87).

¹³⁷² *Rodić et autres c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 22893/05, 27 mai 2008, §§ 68–73.

¹³⁷³ *Ilgizh Khalikov c. Russie*, requête n° 48724/15, 15 janvier 2019, § 38.

¹³⁷⁴ Voir aussi HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 137–138.

¹³⁷⁵ À propos de la notion de risque, voir aussi *supra*, n°s 165–175.

¹³⁷⁶ Voir, parmi beaucoup d'autres, *Plesó c. Hongrie*, requête n° 41242/08, 2 octobre 2012 ; *Z.H. c. Hongrie*, requête n° 28973/11, 8 novembre 2012 ; *Claes c. Belgique*, requête n° 43418/09, 10 janvier 2013 ; *Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015 ; voir aussi BLONDEL, n°s 421–423.

¹³⁷⁷ *Zarzycki c. Pologne*, requête n° 15351/03, 12 mars 2013, § 125 (notre traduction) ; *Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015, § 53. Au sujet de l'obligation de prodiguer des soins médicaux en détention, voir aussi BELDA, n°s 159–170 ; PÉTERMANN, pp. 213–214, 255–258 ; VILLIGER, n°s 344–350.

¹³⁷⁸ *Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015, §§ 47–48 ; voir aussi VERMEULEN/BATTJES, pp. 413–415.

disponibles pour la population en général¹³⁷⁹. Si un traitement approprié ne peut être dispensé sur le lieu de détention, un transfert dans une autre institution, voire une hospitalisation s'impose¹³⁸⁰.

S'agissant des personnes détenues en situation de handicap physique, la Cour se réfère notamment à la vulnérabilité pour insister sur le fait que les autorités pénitentiaires ne peuvent pas s'exonérer de leurs obligations en rendant une personne détenue dépendante de l'assistance de ses codétenues¹³⁸¹. Une telle situation est contraire à l'article 3 CEDH, non seulement parce qu'elle met en danger la satisfaction des besoins élémentaires de la personne détenue en situation de handicap, mais aussi parce qu'elle risque de la stigmatiser¹³⁸², la « place dans une position d'infériorité vis-à-vis des autres détenus » et peut être humiliante et source d'angoisse¹³⁸³. Ainsi, elle est contraire à l'article 3 CEDH, même en l'absence d'une quelconque intention humiliante de la part du personnel pénitentiaire¹³⁸⁴. 355

Concernant les personnes détenues en situation de handicap mental ou psychique, la Cour insiste sur les sentiments de stress, d'infériorité et d'angoisse qui risquent d'être exacerbés par la situation de détention¹³⁸⁵. Ainsi, la Cour estime « que les détenus atteints de troubles mentaux sont plus vulnérables que les détenus ordinaires, et que certaines exigences de la vie carcérale les exposent davantage à un danger pour leur santé, renforcent le risque qu'ils se sentent en situation d'infériorité, et sont forcément source de stress et d'angoisse »¹³⁸⁶. Partant, il faut tenir compte de leur vulnérabilité particulière pour déterminer 356

¹³⁷⁹ *Blokhin c. Russie*, requête n° 47152/06, 23 mars 2016, § 137 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 147.

¹³⁸⁰ *Dorneanu c. Roumanie*, requête n° 55089/13, 28 novembre 2017, §§ 95–100 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 148.

¹³⁸¹ *Grimailovs c. Lituanie*, requête n° 6087/03, 25 juin 2013, § 161 ; *Semikhvostov c. Russie*, requête n° 2689/12, 6 février 2014, § 84 ; *Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015, § 62 ; *Butrin c. Russie*, requête n° 16179/14, 22 mars 2016, § 63 ; *Topekhin c. Russie*, requête n° 78774/13, 10 mai 2016, § 85 ; *Potoroc c. Roumanie*, requête n° 37772/17, 2 juin 2020, §§ 77–81 ; *Epure c. Roumanie*, requête n° 73731/17, 11 mai 2021, § 81.

¹³⁸² *Semikhvostov c. Russie*, requête n° 2689/12, 6 février 2014, §§ 80, 85.

¹³⁸³ *Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015, § 62.

¹³⁸⁴ *Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015, § 63 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 141 ; voir aussi COUR EDH, *Prisoners' rights*, n° 9 ; HERT, *Rights of the Vulnerable*, pp. 133–134. La jurisprudence n'est cependant pas toujours cohérente sur ce point (voir p. ex. *Ostrowski c. Pologne* [déc.], requête n° 26945/07, 1^{er} septembre 2015, § 75 ; voir aussi HERT, *Rights of the Vulnerable*, p. 133).

¹³⁸⁵ *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 145.

¹³⁸⁶ *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 145.

si un traitement est compatible avec les exigences de l'article 3 CEDH¹³⁸⁷. De plus, les problèmes de santé mentale constituent un des facteurs principaux dans l'évaluation d'un risque de suicide¹³⁸⁸. Précisons par ailleurs que l'internement de personnes en situation de handicap mental ou psychique n'est possible qu'à des conditions restrictives, et l'absence de thérapie adéquate soulève un problème à la fois sous l'angle de l'article 3 CEDH et de l'article 5 par. 1 let. e CEDH¹³⁸⁹.

357 Du point de vue du fardeau de la preuve, il appartient à l'État de prouver qu'il a administré des soins appropriés et pris les mesures requises pour adapter la détention aux conditions de santé de la personne détenue¹³⁹⁰. S'il est vrai que les allégations doivent être suffisamment détaillées et crédibles¹³⁹¹, la Cour a précisé, s'agissant des personnes en situation de handicap mental ou psychique, qu'il faut tenir compte de leur éventuelle « incapacité à se plaindre de manière cohérente, voire à se plaindre tout court, du traitement qui leur est réservé et de ses effets », ce qui se traduit par une obligation de vigilance accrue de la part des autorités¹³⁹².

358 La Cour a par ailleurs relevé la vulnérabilité particulière des personnes mineures lorsqu'elles sont détenues par les forces de l'ordre, voire se trouvent en détention¹³⁹³. À ce propos, la Cour a notamment souligné que, lors de tout contact avec des personnes mineures, la police est tenue d'exercer ses fonctions en tenant dûment compte de la vulnérabilité inhérente à leur jeune âge¹³⁹⁴. La vulnérabilité influe également sur l'appréciation du seuil de gravité de l'article

¹³⁸⁷ Voir p. ex. *Bureš c. République tchèque*, requête n° 37679/08, 18 octobre 2012, § 85 ; *Pranjić-M-Lukić c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 4938/16, 2 juin 2020, § 74.

¹³⁸⁸ *Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], requête n° 78103/14, 31 janvier 2019, § 115 et les réf. cit.

¹³⁸⁹ Voir p. ex. *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, §§ 193–211 ; voir aussi *infra*, n° 389.

¹³⁹⁰ *Z.H. c. Hongrie*, requête n° 28973/11, 8 novembre 2012, § 31 ; *Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014, § 90 ; *Savinov c. Ukraine*, requête n° 5212/13, 22 octobre 2015, § 50 ; *Sergey Antonov c. Ukraine*, requête n° 40512/13, 22 octobre 2015, § 86 ; *Strazimiri c. Albanie*, requête n° 34602/16, 21 janvier 2020, §§ 108–111.

¹³⁹¹ Voir p. ex. *Krivolapov c. Ukraine*, requête n° 5406/07, 2 octobre 2018, §§ 75–78.

¹³⁹² *Murray c. Pays-Bas* [GC], requête n° 10511/10, 26 avril 2016, § 106 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 145 ; *Strazimiri c. Albanie*, requête n° 34602/16, 21 janvier 2020, § 110 ; *Epure c. Roumanie*, requête n° 73731/17, 11 mai 2021, §§ 54–55 ; voir aussi *supra*, n° 268, et *infra*, nos 510, 718–720, 729–731.

¹³⁹³ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 109–110 ; *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, §§ 86, 91 ; *A.P. c. Slovaquie*, requête n° 10465/17, 28 janvier 2020, § 62.

¹³⁹⁴ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 109 ; *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, § 86 ; *A.P. c. Slovaquie*, requête n° 10465/17, 28 janvier 2020, § 62 ; *Avdyukov et autres c. Russie*, requêtes nos 33373/07 et al., 3 mars 2020, § 131.

3 CEDH, dans la mesure où « un mauvais traitement est susceptible d'avoir un impact – psychologique en particulier – plus important sur un mineur »¹³⁹⁵. Ainsi, la Cour a par exemple souligné la minorité d'un des deux requérants, âgé de dix-sept ans au moment des faits, pour conclure que des gifles que la police avait assénées à lui et son frère, un jeune majeur, atteignaient le seuil de gravité de l'article 3 CEDH¹³⁹⁶. Dans ce contexte, la Cour a notamment souligné qu'un :

« comportement de leur part à l'égard de mineurs peut, du seul fait qu'il s'agit de mineurs, être incompatible avec les exigences de l'article 3 de la Convention alors même qu'il pourrait passer pour acceptable s'il visait des adultes »¹³⁹⁷.

Dans un autre cas, la Cour a conclu à une violation de l'article 3 CEDH par rapport à un mineur qui était resté menotté en sous-vêtements au commissariat pendant environ deux heures et ensuite placé dans une cellule avec des adultes¹³⁹⁸. Elle a jugé que le fait de laisser le mineur en sous-vêtements, alors même qu'il était dans un endroit relativement protégé et à l'abri, était problématique au regard de l'article 3 de la Convention¹³⁹⁹. De plus, il avait été placé dans une cellule avec des adultes pour trois¹⁴⁰⁰. Précisons à cet égard que la Cour a jugé plus généralement que le fait de détenir une personne mineure avec des adultes soulevait des problèmes de compatibilité avec l'article 3 CEDH¹⁴⁰¹. Nous reviendrons encore sur certaines questions liées à la détention des personnes mineures s'agissant des jeunes personnes migrantes¹⁴⁰².

359

¹³⁹⁵ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 109 ; voir aussi *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, § 86 ; *Avdyukov et autres c. Russie*, requêtes n°s 33373/07 et al., 3 mars 2020, § 131 (mauvais traitements qualifiés de torture en référence à la vulnérabilité du requérant, âgé de dix-sept ans au moment des faits).

¹³⁹⁶ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 109–110 ; voir aussi *idem*, op. part. diss. De GAETANO, LEMMENS et MAHONEY, § 8, qui critiquent le poids que la majorité accorde à la vulnérabilité du requérant. Pour des états de fait comparables, voir aussi *Adam c. Slovaquie*, requête n° 68066/12, 26 juillet 2016, § 60 (non-violation) ; *A.P. c. Slovaquie*, requête n° 10465/17, 28 janvier 2020, §§ 62–63 (violation).

¹³⁹⁷ *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 110 ; voir aussi *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, § 86. En contraste, la Cour a souligné qu'un requérant majeur n'était pas particulièrement vulnérable, mise à part la vulnérabilité inhérente à sa détention, pour conclure que son menottage n'était pas contraire à l'article 3 CEDH (*Yuriy Koval c. Ukraine* [Comité], requête n° 35121/09, 23 janvier 2020, § 119).

¹³⁹⁸ *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, §§ 84–95.

¹³⁹⁹ *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, § 91.

¹⁴⁰⁰ *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, §§ 92–95.

¹⁴⁰¹ *Güveç c. Turquie*, requête n° 70337/01, 20 janvier 2009, §§ 82–99 ; voir aussi, avec des nuances, *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, § 43 ; voir aussi COUR EDH, *Prisoners' rights*, n°s 222–232 et les réf. cit.

¹⁴⁰² Voir *infra*, n°s 481–484.

360 En lien avec les personnes d'un certain âge, il s'est posé la question de savoir si leur maintien en détention était compatible avec la Convention. Dans des affaires relatives à la détention d'un homme âgé de soixante-six ans¹⁴⁰³, d'une femme âgée de soixante-dix-sept ans¹⁴⁰⁴ et d'une femme âgée de soixante-dix-huit ans¹⁴⁰⁵, la Cour a considéré que :

« the applicant's advanced age and medical condition might have made him more vulnerable than the average detainee and that his detention may have exacerbated to a certain extent his feelings of distress, anguish and fear »¹⁴⁰⁶.

361 Cette reconnaissance de la vulnérabilité particulière des détenues âgées fait suite à des arrêts plus anciens où la Cour ne s'était pas référée à la vulnérabilité, mais avait estimé que, « dans certaines conditions, le maintien en détention pour une période prolongée d'une personne d'un âge avancé pourrait poser problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention »¹⁴⁰⁷. Or, la jurisprudence montre que l'âge avancé en lui-même ne suffit pas – la Cour a d'ailleurs explicitement précisé qu'« aucune disposition de la Convention n'interdit en tant que telle la détention au-delà d'un certain âge »¹⁴⁰⁸. Ainsi, l'élément déterminant est non pas l'âge avancé d'une personne, mais son état de santé¹⁴⁰⁹. Ce constat est confirmé par un autre cas de détention, dans lequel la Cour a estimé, s'agissant d'un homme âgé de soixante-sept ans au moment des faits, qu'il n'existait aucune évidence que le requérant aurait été « particulièrement vulnérable ou autrement inapte à la détention »¹⁴¹⁰. Précisons encore que certains ordres juridiques internes exemptent les personnes d'un certain âge de

¹⁴⁰³ *Stoyan Mitev c. Bulgarie*, requête n° 60922/00, 7 janvier 2010.

¹⁴⁰⁴ *Giorgini c. Italie* (déc.), requête n° 20034/11, 1^{er} septembre 2015.

¹⁴⁰⁵ *Dłużewska c. Pologne* [Comité], requête n° 39873/18, 15 avril 2021.

¹⁴⁰⁶ *Stoyan Mitev c. Bulgarie*, requête n° 60922/00, 7 janvier 2010, § 73 ; *Giorgini c. Italie* (déc.), requête n° 20034/11, 1^{er} septembre 2015, § 57 ; *Dłużewska c. Pologne* [Comité], requête n° 39873/18, 15 avril 2021, § 60. Dans les deux premiers cas, la Cour a cependant jugé que la détention était compatible avec la Convention, notamment parce que les autorités avaient agi rapidement et mis en place un traitement médical adapté ; le troisième a été déclaré manifestement mal fondé.

¹⁴⁰⁷ *Papon c. France* (n° 1) (déc.), requête n° 64666/01, 7 juin 2001, c) ; voir aussi *Farbtuhs c. Lituanie*, requête n° 4672/02, 2 décembre 2004, § 61 (où la Cour cite, par rapport à un détenu de soixante-dix-neuf ans, « son âge, [...] son infirmité et [...] son état de santé »).

¹⁴⁰⁸ *Papon c. France* (n° 1) (déc.), requête n° 64666/01, 7 juin 2001, c).

¹⁴⁰⁹ BLONDEL, n°s 73–74, qui contraste cette position avec celle adoptée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; COUR EDH, Prisoners' rights, n°s 121–123.

¹⁴¹⁰ *Göthlin c. Suède*, requête n° 8307/11, 16 octobre 2014, § 63 (notre traduction).

la peine de réclusion à perpétuité au nom de leur vulnérabilité¹⁴¹¹. Or, un fonctionnement par catégories s'accommode mal avec les exigences de la Convention, qui oblige les autorités à examiner les circonstances concrètes du chaque cas d'espèce¹⁴¹².

B. Les personnes accusées

En 2008, dans l'arrêt *Salduz c. Turquie*, la Cour a reconnu pour la première fois la vulnérabilité spécifique des personnes accusées en début de procédure¹⁴¹³. Ce constat, confirmé maintes fois depuis lors¹⁴¹⁴, se trouve toutefois nuancé dans la jurisprudence plus récente, qui a aussi sensiblement restreint la portée de l'arrêt *Salduz c. Turquie*¹⁴¹⁵. Celui-ci reste cependant essentiel pour comprendre la vulnérabilité des personnes accusées et son lien avec le droit de bénéficier de l'assistance d'une avocate¹⁴¹⁶. Pour cette raison, nous l'examinerons ici, avant de préciser les modifications apportées par la jurisprudence ultérieure, en nous

362

¹⁴¹¹ Voir en particulier *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie* [GC], requêtes nos 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017, §§ 45–48. Outre la question de l'âge, l'affaire traite également de la question de la vulnérabilité des femmes, qui sont, avec les personnes mineures, la troisième catégorie exemptée de la réclusion à perpétuité. Cette exemption est hautement problématique puisque le gouvernement la justifie par des conceptions stéréotypées des femmes comme étant vulnérables *par nature*, et des références tout aussi stéréotypées à la « fonction reproductive » (*idem*, §§ 46–47) des femmes. Nous ne pouvons que regretter que la majorité de la Grande Chambre ait évité de traiter en détail des arguments problématiques avancés par le gouvernement russe (voir aussi *idem*, op. part. diss. SICILIANOS, MØSE, LUBARDA, MOUROU-VIKSTRØM et KUCSKO-STADLMAYER, §§ 2–21).

¹⁴¹² Une autre question, que nous ne traiterons pas ici, est celle de savoir si la réclusion à perpétuité est elle-même compatible avec la Convention (pour une analyse, voir *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie* [GC], requêtes nos 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 25–49 et les réf. cit). Précisons à cet égard que, selon la jurisprudence constante, les peines incompressibles sont incompatibles avec la Convention, qui exige un réexamen périodique de la situation. À ce propos, cf. en particulier l'arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 66069/09 et al., 9 juillet 2013 (dans lequel la Cour a conclu à une violation), avec l'arrêt *Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 57592/08, 17 janvier 2017 (dans lequel la Cour a jugé que le cadre législatif et jurisprudentiel interne était désormais conforme à la Convention).

¹⁴¹³ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 54 ; voir aussi AL TAMIMI, p. 568 ; TIMMER, *Vulnerability* pp. 156–157. À propos de l'importance de cet arrêt, voir aussi OGORODOVA/SPRONKEN, p. 191.

¹⁴¹⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres, *Martin c. Estonie*, requête n° 35985/09, 20 mai 2013, § 79 ; *Dvorski c. Croatie* [GC], requête n° 25703/11, 20 octobre 2015, § 77 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n° 47152/06, 23 mars 2016, § 198 ; *Truten c. Ukraine*, requête n° 18041/08, 23 juin 2016, § 67 ; *Dudka c. Ukraine*, requête n° 55912/09, 4 décembre 2018, § 98.

¹⁴¹⁵ Voir en particulier les arrêts de Grande Chambre *Sakhnovski c. Russie* [GC], requête n° 21272/03, 2 novembre 2010 ; *Dvorski c. Croatie* [GC], requête n° 25703/11, 20 octobre 2015 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n° 47152/06, 23 mars 2016 ; *Ibrahim c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018.

¹⁴¹⁶ La garantie d'accès à une avocate s'inscrit dans un ensemble de garanties procédurales (pour une analyse systématique, voir BEERNAERT/KRENC).

concentrant sur l'arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* qui a redéfini les critères applicables en la matière¹⁴¹⁷.

363 Précisons au préalable que, d'après la jurisprudence constante, l'expression de « personne accusée » a une portée autonome en droit conventionnel et englobe non seulement les personnes formellement inculpées d'une infraction pénale selon la procédure prévue par le droit interne, mais aussi les personnes arrêtées, interrogées ou fouillées par la police lorsqu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale¹⁴¹⁸. C'est vrai également lorsqu'une personne traitée comme témoin est en réalité soupçonnée d'avoir commis une infraction¹⁴¹⁹.

364 L'affaire *Salduz c. Turquie* concerne un jeune homme soupçonné d'avoir participé à une manifestation illégale de soutien au Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) et d'avoir accroché illégalement une banderole¹⁴²⁰. Interrogé sans assistance légale, il fut condamné à trente mois de prison sur la base de sa déposition. L'absence d'avocate lors de l'interrogatoire était conforme à la législation turque en vigueur, qui conférait aux personnes en garde à vue le droit d'accéder à une avocate, mais restreignait ce droit pour les infractions relevant de la sûreté de l'État. Loin de constituer une exception, la législation turque correspondait à cet égard à celle de nombreux autres États du Conseil de l'Europe. En effet, avant l'arrêt *Salduz c. Turquie*, de nombreux États ne prévoyaient pas de droit à être assistée par une avocate lors des interrogatoires policiers¹⁴²¹.

¹⁴¹⁷ Voir aussi BEERNAERT/KRENC, n° 628 ; CELIKSOY, pp. 230–244 ; PIVATY, p. 63.

¹⁴¹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1468 ; COUR EDH, Guide sur l'article 6 (volet pénal), n°s 11–21 et les réf. cit. ; voir déjà *Deweer c. Belgique*, requête n° 6903/75, 27 février 1989, § 42 ; plus récemment, voir *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, § 118 et les réf. cit. Précisons au passage que le caractère « pénal » d'une infraction constitue également une notion autonome de droit conventionnel (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n°s 1469–1478). À cet égard, l'arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, requêtes n°s 5100/71 et al., 8 juin 1976, §§ 82–83, établit trois critères qui restent d'actualité : la qualification en droit interne ; la nature de l'infraction et la sévérité de la peine que la personne concernée risque d'encourir (COUR EDH, Guide sur l'article 6 [volet pénal], n°s 17–22 et les réf. cit. ; voir aussi *Blokhin c. Russie* [GC], requête n° 47152/06, 23 mars 2016, §§ 179–180, citant en détail le raisonnement de l'arrêt de Chambre confirmant qu'il s'agissait bel et bien d'une accusation à caractère pénal en l'occurrence, notamment en raison de la « sanction » reçue – trente jours dans un établissement « éducatif » à caractère punitif – alors même que le requérant, âgé de douze ans, n'avait pas atteint encore l'âge de la responsabilité pénale).

¹⁴¹⁹ Voir p. ex. *Deweer c. Belgique*, requête n° 6903/75, 27 février 1989, § 44 ; *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n°s 50541/08 et al., 13 septembre 2016, *Kalëa c. Lettonie*, requête n° 22059/08, 5 octobre 2017, § 38.

¹⁴²⁰ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008.

¹⁴²¹ GIANNOULOPOULOS, pp. 109–112, et les réf. cit. ; SUMMERS, pp. 150–151, et les réf. cit.

Dans son analyse, la Cour souligne l'importance cruciale de la phase d'enquête pour l'ensemble de la procédure et la « situation particulièrement vulnérable » dans laquelle se trouve la personne accusée à ce stade de la procédure¹⁴²². Comme l'explique TIMMER, l'arrêt *Salduz c. Turquie* constitue un excellent exemple de « raisonnement en termes de vulnérabilité »¹⁴²³. En effet, en accord avec la théorie de FINEMAN exposée plus haut, l'arrêt identifie d'abord les sources de vulnérabilité principales, avant d'exiger que l'État réponde et remédie à cette vulnérabilité¹⁴²⁴. S'agissant des sources de vulnérabilité, celle-ci provient notamment du déséquilibre de pouvoir entre la personne accusée et les autorités, qui est encore amplifié par la complexification croissante des règles régissant la procédure pénale, surtout celles relatives à la collecte et l'utilisation des preuves¹⁴²⁵, et du risque d'auto-incrimination qui va de pair¹⁴²⁶. Elle est également liée au risque de mauvais traitements que courent les personnes accusées en garde à vue¹⁴²⁷. M. *Salduz* était, de plus, mineur¹⁴²⁸, ce qui n'invalide pas la portée générale du constat de vulnérabilité dans cet arrêt¹⁴²⁹. La Cour ne propose pas un remède proprement dit à cette vulnérabilité, qui est inévitable dans une certaine mesure, mais elle consacre un moyen de la « compenser » : le droit à l'assistance légale¹⁴³⁰. Ainsi, la Cour souligne que :

« [d]ans la plupart des cas, cette vulnérabilité particulière ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même »¹⁴³¹.

¹⁴²² *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, §§ 54–55.

¹⁴²³ TIMMER, *Vulnerability*, pp. 156–157 (notre traduction).

¹⁴²⁴ TIMMER, *Vulnerability*, pp. 156–157 ; voir aussi *supra*, n°s 198, 205, à propos du concept de l'« État proactif » élaboré par FINEMAN.

¹⁴²⁵ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 54 ; *Zayev c. Russie*, requête n° 36552/05, 16 avril 2015, § 86 ; *Ayetullah Ay c. Turquie*, requêtes n°s 29084/07 et 1191/08, 27 octobre 2020, § 131.

¹⁴²⁶ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 54 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, §§ 125–129.

¹⁴²⁷ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 54.

¹⁴²⁸ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 60.

¹⁴²⁹ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 54.

¹⁴³⁰ La Cour met en valeur cette fonction lorsqu'elle considère que le rôle de l'avocate est celui d'un « chien de garde » (*Ayetullah Ay c. Turquie*, requêtes n°s 29084/07 et 1191/08, 27 octobre 2020, § 135).

¹⁴³¹ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 54 (nous soulignons). Cette formule a été reprise maintes fois par la suite (voir, parmi d'autres exemples, *Süzer c. Turquie*, requête n° 13885/05, 23 avril 2013, § 74 ; *Navone et autres c. Monaco*, requêtes n°s 62880/11 et al., 24 octobre 2013, § 74 ; *Tikhonov c. Ukraine*, requête n° 17969/09, 10 décembre 2015, § 44 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n° 47152/06, 23 mars 2016, § 198) ; *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 77587/12 et 74603/12, 16 février 2021, § 195.

366 Elle en conclut que la restriction du droit à l'assistance légale de M. Salduz constituait une violation du droit à une procédure équitable (art. 6 par. 1 CEDH) et du droit à être assistée par une avocate (art. 6 par. 3 let. c CEDH)¹⁴³².

367 L'arrêt *Salduz* est remarquable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il affirme l'importance cruciale de l'assistance légale pour la protection contre le risque d'auto-incrimination¹⁴³³. Ensuite, sur cette base, la Cour confirme l'applicabilité de la garantie d'accès à une avocate en vertu de l'article 6 par. 1 et par. 3 de la Convention aux phases précédant la procédure de jugement proprement dite, même avant l'existence d'une accusation formelle¹⁴³⁴. Par ailleurs, l'arrêt érige le droit d'accès à une avocate en véritable règle, non sujette à une pesée des intérêts¹⁴³⁵. L'arrêt *Salduz c. Turquie* reconnaît pour seule exception la présence de « raisons impérieuses » justifiant la restriction de l'accès à une avocate¹⁴³⁶. L'existence de celles-ci doit être évaluée à la lumière du cas d'espèce ; des restrictions systématiques par voie législative ne sont donc pas admissibles, faute de permettre un examen individualisé des circonstances du cas d'espèce¹⁴³⁷. Enfin, la Cour considère que même en présence de raisons impérieuses, elle doit s'assurer que l'équité globale du procès n'a pas été compromise¹⁴³⁸.

368 L'arrêt *Salduz* a connu un retentissement considérable, à la fois sur le plan jurisprudentiel et législatif¹⁴³⁹. En effet, « condamnant [...] les régimes dérogatoires de garde à vue »¹⁴⁴⁰, il a contraint bon nombre d'États à modifier

¹⁴³² *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 63.

¹⁴³³ SUDRE ET AL., p. 429, mentionnant un « lien indissociable ».

¹⁴³⁴ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 50 ; SUDRE ET AL., p. 429.

¹⁴³⁵ BEERNAERT/KRENC, n° 628 ; CELIKSOY, p. 232 ; GIANNOULOPOULOS, p. 105 ; JACKSON, pp. 1000–1001.

¹⁴³⁶ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 50 ; voir aussi VILLIGER, n° 591.

¹⁴³⁷ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, §§ 61–62.

¹⁴³⁸ *Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008, § 55.

¹⁴³⁹ Pour un aperçu des réformes législatives initiées par l'arrêt *Salduz*, voir BEERNAERT/CHARRIÈRE-BOURNAZEL/JEANERET, p. 262 ; GIANNOULOPOULOS, pp. 103–129 ; SUDRE ET AL., pp. 431–432 ; pour un regard plus critique et des résistances jurisprudentielles dans certains pays, voir JACKSON, pp. 987–1018.

¹⁴⁴⁰ SUDRE ET AL., p. 431.

leurs lois régissant la procédure pénale¹⁴⁴¹. Il a également donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour, surnommés « jurisprudence *Salduz* »¹⁴⁴². Ces arrêts ont permis de consolider et préciser à la fois la vulnérabilité des personnes accusées et les conséquences qui en découlent.

S'agissant des facteurs de vulnérabilité, la Cour ajoute le « stress dû à [une telle] situation », ce d'autant plus que la peine encourue est élevée¹⁴⁴³. Il ressort également d'arrêts ultérieurs que, découlant du fait même de l'accusation pénale, la vulnérabilité des personnes accusées n'est pas conditionnée à une privation de liberté – garde à vue ou détention provisoire¹⁴⁴⁴. Il n'en reste pas moins que la question du droit de se faire assister et représenter par une avocate¹⁴⁴⁵ se pose avec une acuité particulière pour les personnes privées de liberté¹⁴⁴⁶. Celles-ci sont en effet doublement vulnérables, du fait de leur situation de personne accusée et de leur privation de liberté ; outre le risque d'auto-incrimination, elles courent également le risque de subir des traitements inhumains ou dégradants¹⁴⁴⁷.

369

¹⁴⁴¹ À titre d'exemple, nous pouvons citer la loi belge adoptée le 13 août 2011, explicitement surnommée « Loi Salduz » (de son nom complet, la « Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté », Recueil n° 2011-08-13/13). Sur le plan européen, l'arrêt *Salduz c. Turquie* a également inspiré la Directive 2013/48/UE (voir OGORODOVA/SPRONKEN, pp.192–193, ainsi que PRIVATY, pp. 62–70, qui comparent également la directive aux exigences de la jurisprudence de la Cour). En Suisse, le Code de procédure pénale unifié a introduit des droits étendus relatifs à l'« avocat de la première heure », anticipant ainsi en quelque sorte la jurisprudence *Salduz* (BEERNAERT/CHARRIÈRE-BOURNAZEL/JEANNERET, p. 262 ; MICHOD, p. 324). La position pour une fois avant-gardiste du Conseil fédéral s'explique par les critiques que la Suisse avait reçues de la part de diverses instances internationales, dont notamment le Comité des droits de l'homme de l'ONU, le Comité contre la torture des Nations Unies et le Comité du Conseil de l'Europe pour la prévention de la torture (voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la procédure pénale, FF 2005 1057, 1173).

¹⁴⁴² OGORODOVA/SPRONKEN, p. 191. Par la suite, toutefois, la portée de cette jurisprudence a été sensiblement réduite (voir *infra*, n°s 371–375).

¹⁴⁴³ *Zayev c. Russie*, requête n° 36552/05, 16 avril 2015, § 86 ; *Ushakov et Ushakova*, requête n° 10705/12, 18 juin 2015, § 102 ; *Sadkov c. Ukraine*, requête n° 21987/05, 6 juillet 2017, § 121.

¹⁴⁴⁴ Voir en particulier *Sirghi c. Roumanie*, requête n° 19181/09, 24 mai 2016, §§ 41, 43. À ce propos, voir également GIANNULOPOULOS, p. 120 ; PRIVATY, p. 70 (note 41).

¹⁴⁴⁵ En dépit du libellé de l'article, qui parle de l'*assistance* d'une avocate, l'article 6 par. 3 let. c CEDH comprend également le droit de se faire *représenter* par une avocate (BEERNAERT/KRENC, n° 622).

¹⁴⁴⁶ Ce lien ressort explicitement de l'expression anglaise « custodial legal assistance » (voir p. ex. GIANNULOPOULOS, *passim* ; PRIVATY, *passim*).

¹⁴⁴⁷ Voir p. ex. *Sadkov c. Ukraine*, requête n° 21987/05, 6 juillet 2017, § 121. S'agissant de la vulnérabilité particulière des personnes accusées détenues, voir en particulier *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, op. diss. SAJÓ, LAZAROVA-TRAJKOVSKA, VUČINIĆ, TURKOVIĆ (« L'une des pires situations de vulnérabilité auxquelles un individu puisse être confronté dans un procès »).

Au niveau des obligations étatiques, la Cour a eu l'occasion de préciser que l'accès à une avocate doit exister « dès le moment [du] placement en garde à vue ou en détention provisoire »¹⁴⁴⁸, même si aucun interrogatoire n'a encore eu lieu¹⁴⁴⁹. Elle a par ailleurs jugé qu'une personne qui s'est rendue au poste de police de son plein gré, et n'est donc pas détenue, doit également bénéficier de l'assistance d'une avocate lorsqu'elle est interrogée tout en étant soupçonnée d'une infraction pénale¹⁴⁵⁰. Le contraire constituerait une réponse insuffisante à la vulnérabilité des personnes accusées, mais ne tiendrait pas non plus compte du fait que la présence « volontaire » au poste de police ne l'est pas toujours, et qu'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction peut subir des pressions considérables dans ce contexte¹⁴⁵¹. Dans l'arrêt *Dayanan c. Turquie*, la Cour précise par ailleurs la portée du droit à être assistée par une avocate, en stipulant que celui-ci inclut « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention »¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁸ *Dayanan c. Turquie*, requête n° 7377/03, 13 octobre 2009, § 31.

¹⁴⁴⁹ *Adamkiewicz c. Pologne*, requête n° 54729/00, 2 mars 2010, § 84.

¹⁴⁵⁰ *Sirghi c. Roumanie*, requête n° 19181/09, 24 mai 2016, §§ 41, 43–44 ; COUR EDH, Guide sur l'article 6 (volet pénal), n° 397. Dans l'affaire *Sirghi c. Roumanie*, la Cour distingue les interrogatoires d'actions tendant à la simple collecte d'informations ou encore de contrôles routiers sans restriction de la liberté de mouvement du requérant, se référant notamment à l'arrêt *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, requête n° 39660/02, 18 février 2010. Ce renvoi est intéressant : en effet, l'affaire *Aleksandr Zaichenko* avait été citée par BEERNAERT/CHARRIÈRE-BOURNAZEL/JEANNERET, pp. 245–246, comme indication qu'un interrogatoire fait en dehors d'un contexte de détention ne donnerait pas un droit à l'assistance légale. L'affaire *Sirghi c. Roumanie* permet de nuancer ce constat et de conclure qu'un tel droit existe lorsqu'une personne suspecte est interrogée par la police, à moins qu'il s'agisse d'un simple contrôle routier ou d'une collecte d'informations non contraignante (*Sršen c. Croatie*, requête n° 30305/13, 22 janvier 2019, §§ 45–45). Or, la limite peut être floue (voir aussi *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, requête n° 39660/02, 18 février 2010, op. diss. SPIELMANN). Il est d'autant plus important de ne pas interpréter de manière trop restrictive les situations donnant lieu à un droit de se faire assister par une avocate. Ainsi, le critère pertinent devrait, à notre sens, être celui de l'existence d'une accusation pénale au sens de la Convention, et non pas celui d'une éventuelle privation de liberté (voir aussi *Goran Kovačević c. Croatie*, requête n° 34804/14, 12 avril 2018, § 69).

¹⁴⁵¹ GIANNIOLOPOULOS, p. 120 ; PIVATY, p. 70 (note 41).

¹⁴⁵² *Dayanan c. Turquie*, requête n° 7377/03, 13 octobre 2009, § 32. Si cet arrêt n'a pas eu tout à fait l'effet escompté (PIVATY, p. 64), la Cour continue à s'y référer et à souligner que le droit à l'assistance légale, pour être effectif, doit permettre à la personne accusée « d'obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil » (*A.T. c. Luxembourg*, requête n° 330460/13, 9 avril 2015, § 64 ; *Dvorski c. Croatie* [GC], requête n° 25703/11, 20 octobre 2015, §§ 78, 108 ; *Sirghi c. Roumanie*, requête n° 19181/09, 24 mai 2016, § 41 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, op. diss. SERGHIDES, § 29 ; *idem*, op. diss. SAJÓ, LAZAROVA-TRAJKOVSKA, VUČINIĆ, TURKOVIĆ ; *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 77587/12 et 74603/12, 16 février 2021, § 195).

Par la suite, toutefois, la jurisprudence a considérablement réduit la portée des principes énoncés dans l'arrêt *Salduz c. Turquie*, notamment dans une série d'arrêts de Grande Chambre. Ainsi, depuis l'arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, la Cour procède à un examen en deux étapes pour déterminer si une restriction au droit d'accès à une avocate est compatible avec la Convention¹⁴⁵³. Dans un premier temps, elle détermine si les autorités disposaient de *raisons impérieuses* justifiant la restriction et si celle-ci est suffisamment encadrée par le droit interne. Dans un second temps, elle évalue l'équité globale du procès pénal. L'absence de raisons impérieuses n'implique donc pas – plus¹⁴⁵⁴ – automatiquement violation de l'article 6 par. 1 et 3 de la Convention ; elle fait toutefois naître une présomption de manque d'équité de la procédure, mettant le fardeau de la preuve à charge de l'État défendeur¹⁴⁵⁵. Celui-ci doit alors démontrer que la restriction n'a pas porté une atteinte irrémédiable à l'équité globale de la procédure¹⁴⁵⁶. La Cour a tout de même souligné qu'à défaut de raisons impérieuses, elle « doit évaluer l'équité du procès en opérant un contrôle très strict »¹⁴⁵⁷. Cet examen en deux temps est désormais fermement établi dans la jurisprudence¹⁴⁵⁸ ; la Cour l'a même appliqué à des restrictions au droit d'accès à une avocate découlant directement de la loi¹⁴⁵⁹.

L'arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* représente non seulement l'origine de ce test en deux étapes¹⁴⁶⁰, mais également la première fois depuis *Salduz c. Turquie* où la Cour a effectivement reconnu l'existence de raisons impérieuses pour restreindre l'accès à une avocate¹⁴⁶¹. Les requérants dans cette affaire

¹⁴⁵³ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016, §§ 258–274 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, § 120 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, § 150.

¹⁴⁵⁴ Voir aussi BEERNAERT/KRENC, n° 628.

¹⁴⁵⁵ *Ibrahim c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016, §§ 262, 273 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, § 132.

¹⁴⁵⁶ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016, §§ 262–265 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, § 118 ; *Dimitar Mitev c. Bulgarie*, requête n° 34779/09, 8 mars 2018, §§ 64–71.

¹⁴⁵⁷ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 265 ; *Brus c. Belgique*, requête n° 18779/15, 14 septembre 2021, § 29.

¹⁴⁵⁸ Voir, parmi beaucoup d'autres, *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, §§ 112–120 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, §§ 123–130 ; voir aussi BEERNAERT/KRENC, n° 628 et les réf. cit.

¹⁴⁵⁹ *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, §§ 160–168 ; *Bloise c. France*, requête n° 30828/13, 11 juillet 2019, § 56.

¹⁴⁶⁰ PIVATY, p. 63 (note 7) ; la Cour a appliqué un test similaire dans l'arrêt *Dvorski c. Croatie*, à la différence fondamentale qu'il s'agissait du *choix* de l'avocate, le requérant ayant contesté l'avocat proposé par le gouvernement (*Dvorski c. Croatie* [GC], requête n° 25703/11, 20 octobre 2015, §§ 83–111).

¹⁴⁶¹ SUDRE ET AL., p. 437.

étaient tous soupçonnés d'avoir participé à une tentative d'attentat dans le métro de Londres en 2005, deux semaines après ceux ayant conduit à la mort de 52 personnes. La situation des trois premiers requérants peut se résumer comme suit : détenus en garde à vue, leur demande d'assistance légale fut retardée entre quatre et huit heures, temps pendant lequel ils furent interrogés entre huit minutes et trois heures et demie. La majorité de la Grande Chambre estime que « le gouvernement défendeur a démontré de façon convaincante l'existence d'un besoin urgent de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique » et conclut à l'existence de raisons impérieuses¹⁴⁶². Il est intéressant de noter que ce constat a été fortement contredit par une minorité de juges, qui souligne notamment que rien ne prouve que le recours à une avocate de permanence aurait retardé les interrogatoires¹⁴⁶³. À cet égard, l'une des opinions dissidentes soulève que, tout en statuant qu'il était « hors de question d'atténuer les droits tenant à l'équité du procès au seul motif que les personnes concernées [étaie]nt soupçonnées d'être mêlées à des actes de terrorisme », la majorité s'écarte elle-même de ce « noble principe affiché » en diluant les garanties issues de sa jurisprudence antérieure¹⁴⁶⁴.

373 En revanche, la Cour conclut à une violation du droit d'accéder à une avocate dans le chef du quatrième requérant¹⁴⁶⁵, interrogé d'abord comme témoin. Dans son cas, la police avait sciemment choisi de ne pas l'informer du fait qu'il était devenu suspect au cours de l'interrogatoire, allant jusqu'à lui assurer qu'il ne risquait rien. La Cour conclut à l'absence de raisons impérieuses justifiant un tel comportement. En application de la jurisprudence *Salduz c. Turquie*, cet élément aurait suffi à conclure à une violation de l'article 6 de la Convention¹⁴⁶⁶. Or, la Cour a préféré examiner si l'équité globale du procès avait été compromise. En l'espèce, elle juge que c'était le cas et conclut à une violation de la

¹⁴⁶² *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 259.

¹⁴⁶³ Voir en particulier *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, op. diss. SAJÓ, LAFFRANQUE, § 24.

¹⁴⁶⁴ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, op. diss. SAJÓ, LAFFRANQUE, § 2. VILLIGER souligne également la situation extraordinaire à l'origine de l'arrêt *Ibrahim*, mais considère que celle-ci justifiait l'analyse plus restrictive dans l'arrêt *Ibrahim*. VILLIGER doute que cet arrêt ait réellement changé de manière durable les critères de l'arrêt *Salduz c. Turquie*, se référant en particulier à l'arrêt *Beuze c. Belgique* (VILLIGER, n^o 593). Or, s'il est vrai que l'arrêt *Beuze c. Belgique* se réfère extensivement à l'arrêt *Salduz*, il n'applique pas moins l'examen en deux étapes consacré par l'arrêt *Ibrahim* (voir *Beuze c. Belgique* [GC], requête n^o 71409/10, 9 novembre 2018, §§ 144–150).

¹⁴⁶⁵ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 311.

¹⁴⁶⁶ Voir aussi BEERNAERT/KRENC, n^o 628.

Convention¹⁴⁶⁷. Néanmoins, en examinant « l'équité globale » de la procédure même en l'absence de raisons impérieuses, la Cour restreint de manière significative le droit d'accès à une avocate. Pour illustration, la Cour a jugé dans diverses affaires que des aveux faits en l'absence d'une avocate ne constituaient pas un élément central de l'accusation et ne compromettaient donc pas l'équité globale du procès¹⁴⁶⁸.

L'interprétation plus restrictive de la Cour se reflète également dans la manière dont elle conçoit la vulnérabilité. D'une part, la Cour continue à rappeler la vulnérabilité des « accusés en début de procédure »¹⁴⁶⁹ ou en tout cas des « suspects en garde à vue »¹⁴⁷⁰ et à préciser que « l'accès à bref délai à un avocat constitue un *contrepois important* à la vulnérabilité des suspects »¹⁴⁷¹ et donc une garantie procédurale essentielle¹⁴⁷². Cet accès protège les personnes accusées contre les risques de coercition et de mauvais traitement¹⁴⁷³, contribue à la prévention d'erreurs judiciaires et permet plus généralement de réaliser « l'égalité des armes entre l'accusé et les autorités d'enquête ou de

374

¹⁴⁶⁷ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, §§ 301–311.

¹⁴⁶⁸ Voir p. ex. *Artur Parkhomenko c. Ukraine*, requête n^o 40464/05, 16 février 2017, § 87 ; *Zherdev c. Ukraine*, requête n^o 34015/07, 27 avril 2017, § 169 ; *Farrugia c. Malte*, requête n^o 63041/13, 4 juin 2019, § 118 ; *Bloise c. France*, requête n^o 30828/13, 11 juillet 2019, § 56 ; voir aussi *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n^o 21980/04, 12 mai 2017 (aveux recueillis en présence d'un avocat, mais sans avoir pu s'entretenir avec lui au préalable, et rétractés par la suite).

¹⁴⁶⁹ Voir, parmi d'autres, *Martin c. Estonie*, requête n^o 35985/09, 20 mai 2013, § 79 ; *Dvorski c. Croatie* [GC], requête n^o 25703/11, 20 octobre 2015, § 77 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n^o 47152/06, 23 mars 2016, § 198 ; *Truten c. Ukraine*, requête n^o 18041/08, 23 juin 2016, § 67 ; *Dudka c. Ukraine*, requête n^o 55912/09, 4 décembre 2018, § 98.

¹⁴⁷⁰ Voir, parmi d'autres, *Ibrahim c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 255 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n^o 21980/04, 12 mai 2017, § 112 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n^o 71409/10, 9 novembre 2018, § 126 ; *Sršen c. Croatie*, requête n^o 30305/13, 22 janvier 2019, § 38.

¹⁴⁷¹ Cette formulation se trouve par exemple dans les arrêts suivants (sans mise en évidence) : *Ibrahim c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 255 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n^o 21980/04, 12 mai 2017, § 112 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n^o 71409/10, 9 novembre 2018, § 126 ; *Sršen c. Croatie*, requête n^o 30305/13, 22 janvier 2019, § 38 (notre traduction) ; *Ruşen Bayar c. Turquie*, requête n^o 25253/08, 19 février 2019, § 134 ; *Hasáliková c. Slovaquie*, requête n^o 39654/15, 24 juin 2021, § 56 (notre traduction).

¹⁴⁷² *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, requête n^o 42310/04, 21 avril 2011, § 262 ; *Blokhin c. Russie* [GC], requête n^o 47152/06, 23 mars 2016, § 158 ; *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 255.

¹⁴⁷³ *Zayev c. Russie*, requête n^o 36552/05, 16 avril 2015, § 86 (affaire dans laquelle la Cour se réfère également aux recommandations du CPT) ; *Sadkov c. Ukraine*, requête n^o 21987/05, 6 juillet 2017, § 121.

poursuite »¹⁴⁷⁴. D'autre part, et de manière quelque peu paradoxale, il arrive aussi fréquemment que la Cour soulève que rien « [n']indiquerait que le requérant aurait été dans un état de vulnérabilité particulière plus important que celui dans lequel se trouvent généralement les personnes interrogées par des enquêteurs »¹⁴⁷⁵. Cette formulation s'explique par le fait que la vulnérabilité accrue d'une personne accusée figure parmi les dix critères que la Cour a établis pour évaluer l'équité globale de la procédure¹⁴⁷⁶. Or, celle-ci est conçue de manière plutôt étroite, et est notamment liée à l'« âge et [aux] capacités mentales » d'une requérante¹⁴⁷⁷. Cette conception étroite est regrettable, dans la mesure où une vulnérabilité accrue pourrait aussi découler d'éléments circonstanciels, tels que le caractère secret d'une détention ou sa durée¹⁴⁷⁸.

375 Plus généralement, la question de la vulnérabilité accrue d'une partie seulement des personnes accusées ne devrait pas cacher la vulnérabilité importante de toute personne accusée, due, nous l'avons vu, au risque d'auto-incrimination et de mauvais traitement. Celle-ci constitue, à notre sens, un argument important pour exiger l'existence de *raisons impérieuses* pour restreindre l'accès à une avocate.

¹⁴⁷⁴ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 253 ; *Sadkov c. Ukraine*, requête n° 21987/05, 6 juillet 2017, § 121. C'est aussi cet élément de l'égalité des armes qui permet, à certaines conditions, de restreindre le droit d'une personne accusée de renoncer à se faire représenter par une avocate. À ce sujet, voir en particulier *Correia de Matos c. Portugal* [GC], requête n° 56402/12, 4 avril 2018, §§ 145, 159.

¹⁴⁷⁵ *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, § 168 ; voir aussi *Farrugia c. Malte*, requête n° 63041/13, 4 juin 2019, § 110 ; *Bloise c. France*, requête n° 30828/13, 11 juillet 2019, § 51 ; *Soltani c. France*, requête n° 45287/11, 5 décembre 2019, § 29.

¹⁴⁷⁶ *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes nos 50541/08 et al., 13 septembre 2016, § 274 ; *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, § 139 ; *Severini c. Saint-Marin* (déc.), requête n° 13510/14, 30 mai 2017, § 23 ; *Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, § 120 ; *Beuze c. Belgique* [GC], requête n° 71409/10, 9 novembre 2018, § 150.

¹⁴⁷⁷ Pour un cas d'application, voir *Zherdev c. Ukraine*, requête n° 34015/07, 27 avril 2017, §§ 139, 163. Précisons toutefois que même la portée de la vulnérabilité due aux capacités mentales reste très incertaine, comme le montre l'affaire *Hasáliková c. Slovaquie*, requête n° 39654/15, 24 juin 2021. Si l'affaire concerne en premier lieu d'autres garanties procédurales dont nous ne traitons pas ici, comme le droit d'être informée des accusations portées contre elle et le droit d'être défendue par une avocate de son choix, elle fait néanmoins état d'une interprétation très restrictive de la vulnérabilité. La Cour souligne par exemple que la requérante est majeure et qu'elle n'est pas atteinte d'un trouble ou d'une maladie mentale, deux arguments qui ne semblent *a priori* pas pertinents. En effet, la requérante a allégué et étayé l'existence d'un handicap intellectuel, un élément qui permettrait en lui-même d'expliquer qu'elle avait certaines difficultés à comprendre sa situation et qu'elle aurait eu besoin d'une assistance particulière (voir aussi *Hasáliková c. Slovaquie*, requête n° 39654/15, 24 juin 2021, op. diss. TURKOVIC, SCHEMBRI ORLAND).

¹⁴⁷⁸ C'est ce que considère le juge SERGHIDES dans son opinion dissidente relative à l'arrêt *Simeonovi c. Bulgarie*, s'agissant *in casu* d'une détention de trois jours sans accès à une avocate (*Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017, op. diss. SERGHIDES, §§ 70, 101). Rappelons par ailleurs que la Cour reconnaît la détention secrète comme facteur de vulnérabilité dans le contexte de l'article 3 CEDH (voir *supra*, n° 353).

C. Les personnes conscrites

La Cour a reconnu à plusieurs reprises la vulnérabilité particulière des personnes conscrites¹⁴⁷⁹. Celle-ci s'explique par la similarité de leur situation avec celle des personnes détenues : les deux sont « entièrement aux mains de l'État »¹⁴⁸⁰. L'élément de conscription est important dans ce contexte : il signifie que les individus concernés n'ont pas choisi de se retrouver dans cette situation, à l'instar des personnes détenues. La vulnérabilité est toutefois aussi liée à la jeunesse et à l'inexpérience de ces recrues, ainsi qu'au fait qu'elles se trouvent tout en bas de l'échelle hiérarchique des forces armées¹⁴⁸¹.

Le parallèle avec la détention ne s'arrête pas aux sources de la vulnérabilité, mais s'étend également aux conséquences de celle-ci. Il en existe deux principales. La première regroupe des obligations positives de prévention et protection accrues. Ainsi, les États sont notamment tenus de mettre en place un système permettant d'exclure des forces armées des personnes pour qui le service militaire serait une charge trop lourde en raison de leur santé mentale ou physique¹⁴⁸². Ils doivent également s'assurer que le service militaire n'expose personne à une « détresse ou à des souffrances d'une intensité dépassant le niveau inévitable de difficultés inhérentes à la discipline militaire »¹⁴⁸³. Elles incluent l'obligation de prendre des mesures préventives pour lutter contre des

¹⁴⁷⁹ *Denis Vasilyev c. Russie*, requête n° 32704/04, 17 décembre 2009, § 115 ; *Kayankin c. Russie*, requête n° 24427/02, 11 février 2010, § 86 ; *Premiininy c. Russie*, requête n° 44973/04, 10 février 2011, § 73 ; *Marina Alekseyeva c. Russie*, requête n° 22490/05, 19 décembre 2013, §§ 120–121 ; *Placi c. Italie*, requête n° 48754/11, 21 janvier 2014, § 49 ; *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, § 54 ; *Metin Gültekin et autres c. Turquie*, requête n° 17081/06, 6 octobre 2015, §§ 32–34 ; *Muradyan c. Arménie*, requête n° 11275/07, 2 novembre 2016, § 133. Dans d'autres affaires, la Cour compare la situation des recrues à celle des personnes détenues sans mentionner explicitement la vulnérabilité (*Mosendz c. Ukraine*, requête n° 52013/08, 17 janvier 2013, § 92 ; *Peredventsevy c. Russie*, requête n° 39583/05, 24 avril 2014, § 93).

¹⁴⁸⁰ *Marina Alekseyeva c. Russie*, requête n° 22490/05, 19 décembre 2013, § 121 ; *Metin Gültekin et autres c. Turquie*, requête n° 17081/06, 6 octobre 2015, § 33 ; *Boychenko c. Russie*, requête n° 8663/08, 12 octobre 2021, § 77.

¹⁴⁸¹ Voir p. ex. COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2010)4, § 10 ; voir aussi, *a contrario*, *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, § 54.

¹⁴⁸² *Placi c. Italie*, requête n° 48754/11, 21 janvier 2014, § 50.

¹⁴⁸³ *Placi c. Italie*, requête n° 48754/11, 21 janvier 2014, § 51 (notre traduction) ; à propos des tests psychologiques visant la prévention de risques, voir aussi *Boychenko c. Russie*, requête n° 8663/08, 12 octobre 2021, §§ 94–96.

suicides¹⁴⁸⁴, de mener une enquête prompte et effective en cas de décès¹⁴⁸⁵, ou encore de prendre en considération l'effet de punitions sur des recrues à l'état mental particulièrement fragile¹⁴⁸⁶.

378 La seconde conséquence a trait aux obligations d'enquête et au fardeau de la preuve. Comme pour les personnes détenues, les « évènements impliquant l'armée sont connus exclusivement, ou en tout cas de manière prépondérante, de la part des autorités »¹⁴⁸⁷. Partant, l'État est « tenu de rendre compte des blessures ou décès survenus dans l'armée » : en d'autres termes, il a non seulement l'obligation de mener une enquête effective en cas d'allégation raisonnable de situations contraires aux articles 2 ou 3 de la Convention, mais il supporte également le fardeau de la preuve¹⁴⁸⁸. Ces éléments concernent en principe toute personne membre des forces armées, qui se trouve, par définition, sous le « contrôle exclusif des autorités » ; la Cour semble toutefois être plus exigeante quant aux obligations d'enquête lorsque la personne concernée est particulièrement vulnérable.

379 Les personnes conscrites constituent un exemple intéressant de vulnérabilité particulière. En effet, comme l'explique HERI, la vulnérabilité mène ici à un « changement de perspective » : plutôt que de se contenter de l'idée stéréotypée du « soldat fort », l'analyse de la Cour tient compte de la situation spécifique des jeunes personnes astreintes au service militaire, montrant une « réelle compréhension » de leurs circonstances¹⁴⁸⁹ et renforçant les obligations positives de l'État à leur égard. Or, l'« archétype du soldat fort »¹⁴⁹⁰ n'est pas pour autant absent de la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Reilly c. Irlande*, la Cour met en perspective la situation du requérant, soldat dans l'armée irlandaise, avec celle de jeunes recrues pour estimer qu'il n'était pas

¹⁴⁸⁴ *Preminyin c. Russie*, requête n° 44973/04, 10 février 2011, §§ 120–121 ; *Mosendz c. Ukraine*, requête n° 52013/08, 17 janvier 2013, §§ 91–92, 96–114 ; *Perevedentsev c. Russie*, requête n° 39583/05, 24 avril 2014, §§ 93–94, 99–101 ; *Boychenko c. Russie*, requête n° 8663/08, 12 octobre 2021, § 80.

¹⁴⁸⁵ *Preminyin c. Russie*, requête n° 44973/04, 10 février 2011, §§ 122–126, 131–132 ; *Mosendz c. Ukraine*, requête n° 52013/08, 17 janvier 2013, §§ 93–114 ; *Marina Alekseyeva c. Russie*, requête n° 22490/05, 19 décembre 2013, §§ 119–134 ; *Perevedentsev c. Russie*, requête n° 39583/05, 24 avril 2014, §§ 102–124 ; *Muradyan c. Arménie*, requête n° 11275/07, 24 novembre 2016, §§ 137–154 ; *Boychenko c. Russie*, requête n° 8663/08, 12 octobre 2021, §§ 81–84.

¹⁴⁸⁶ *Placi c. Italie*, requête n° 48754/11, 21 janvier 2014, §§ 57–60.

¹⁴⁸⁷ *Marina Alekseyeva c. Russie*, requête n° 22490/05, 19 décembre 2013, § 121 (notre traduction).

¹⁴⁸⁸ *Marina Alekseyeva c. Russie*, requête n° 22490/05, 19 décembre 2013, § 121.

¹⁴⁸⁹ HERI, Rights of the Vulnerable, p. 144 (notre traduction).

¹⁴⁹⁰ HERI, Rights of the Vulnerable, p. 144 (notre traduction).

particulièrement vulnérable¹⁴⁹¹. Partant, la Cour conclut qu'il n'existait en l'occurrence aucune obligation positive renforcée de protéger le requérant contre les abus sexuels qu'il subissait de la part de son supérieur hiérarchique¹⁴⁹².

S'il paraît justifié de distinguer la situation des personnes conscrites et celle d'autres membres des forces armées, le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Reilly c. Irlande* déçoit par sa conception trop étroite de la vulnérabilité. La Cour souligne que le requérant est un « soldat professionnel expérimenté avec plusieurs années d'expérience », passant sous le silence qu'il n'avait que vingt-trois ans au moment des faits. Elle précise aussi que le requérant était « marié avec une famille » et qu'il était « un homme physiquement fort qui avait participé à des compétitions de boxe internationales »¹⁴⁹³. C'est négliger le fonctionnement des abus sexuels qui, en l'occurrence, n'avaient rien à voir avec la force physique du requérant et tout avec la différence hiérarchique (en plus de la différence d'âge) entre lui et son abuseur : le premier, simple soldat ; le second, sergent-major-chef et occupant donc le grade le plus élevé de sous-officier¹⁴⁹⁴. Par ailleurs, la Cour aurait dû tenir compte de l'abus prolongé – une situation ayant duré plusieurs années – comme facteur de vulnérabilité supplémentaire¹⁴⁹⁵. En conclusion, nous estimons que la Cour aurait dû prendre plus au sérieux son propre constat, à savoir que tout « personnel militaire dans une position subordonnée peut se trouver dans une situation vulnérable »¹⁴⁹⁶, ce qui aurait évité un raisonnement trop stéréotypé, et lui aurait permis une analyse plus nuancée de la situation concrète du requérant.

380

¹⁴⁹¹ *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, § 54. La décision distingue par ailleurs la situation du requérant de celle d'enfants ayant été maltraités, en référence notamment à l'arrêt *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, rendu quelques mois auparavant.

¹⁴⁹² *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, §§ 59–60.

¹⁴⁹³ *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, § 54.

¹⁴⁹⁴ *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, §§ 2–4. Le sergent-major-chef avait pour fonction d'assurer la discipline et l'obéissance dans les rangs inférieurs.

¹⁴⁹⁵ Concernant la violation de droits humains comme source de la vulnérabilité, voir HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 148–158 (« vulnerability due to victimization »). En revanche, il nous paraît effectivement justifié de considérer, avec la Cour, que le fait de pouvoir quitter le camp militaire chaque soir – le requérant habitant en dehors – est une source de résilience pour le requérant, limitant quelque peu l'emprise de ses supérieurs et diminuant ainsi sa vulnérabilité (*Reilly c. Irlande* [déc.], requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, § 40).

¹⁴⁹⁶ *Reilly c. Irlande* (déc.), requête n° 51083/09, 23 septembre 2014, § 54.

D. Les autres situations sous le contrôle de l'État

381 La Cour a également reconnu comme source de vulnérabilité d'autres situations dans lesquelles des personnes se trouvent sous le contrôle ou en tout cas la responsabilité de l'État. Parmi ces situations, nous aborderons brièvement le cas des enfants à l'école ou en foyer (1), des personnes âgées vivant en institution (2) et des personnes en situation de handicap vivant en foyer (3).

1) Les enfants à l'école ou en foyer

382 Si les enfants constituent, en tant que tels, une catégorie de personnes particulièrement vulnérables¹⁴⁹⁷, des questions spécifiques peuvent se poser lorsque les enfants se trouvent dans une institution gérée par l'État ou dont l'État a la responsabilité¹⁴⁹⁸. Outre les enfants en détention¹⁴⁹⁹, cela concerne notamment l'école et des institutions pour enfants en situation de handicap ou dans des orphelinats¹⁵⁰⁰. Nous nous concentrons ici sur le cas de l'école, dans lequel l'aspect du *contrôle* de l'État est peut-être moins évident que pour les enfants vivant dans une institution étatique. S'agissant de l'école, la Cour a précisé que :

« the State's duty to safeguard the right to life is also applicable to school authorities, who carry an obligation to protect the health and well-being of pupils, in particular young children who are especially vulnerable and are under the exclusive control of the authorities »¹⁵⁰¹.

383 Ce passage figure dans l'affaire *İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie* portant sur le décès d'un jeune garçon dans une tempête de neige alors qu'il

¹⁴⁹⁷ Voir *supra*, nos 280–284, 308–316.

¹⁴⁹⁸ À ce propos, « l'État ne saurait être exonéré de son obligation positive de protéger un enfant simplement à raison du choix opéré par celui-ci parmi les options éducatives autorisées par l'État : école nationale, école payante ou enseignement à domicile » (*O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, § 151).

¹⁴⁹⁹ Voir *supra*, n° 359.

¹⁵⁰⁰ Au sujet d'abus commis et de défaut de soins adéquats dans des orphelinats ou institutions pour enfants en situation de handicap, voir p. ex. *Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n° 48609/06, 18 juin 2013, § 106 ; *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 53 ; *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020, § 80 ; *X. et autres c. Bulgarie* [GC], requête n° 22457/16, 2 février 2021, § 193 ; voir aussi *infra*, nos 654–662, en lien avec la recevabilité. Au-delà des enfants vivant en institution, il pourrait également s'agir d'autres situations où des enfants sont « confiés aux soins de l'État », comme dans l'affaire d'une fille tuée lors d'une rencontre avec son père organisée par une autorité publique (*Penati c. Italie*, requête n° 44166/15, 11 mai 2021, op. sép. FELICI, § 14).

¹⁵⁰¹ *İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie*, requête n° 19986/06, 10 avril 2012, § 35.

rentrait à pied sur son chemin d'école de quatre kilomètres, le service de bus scolaire opéré par la municipalité n'ayant pas été informé de la fermeture anticipée de l'école. Tout en soulignant que le choix des mesures pour remplir leurs obligations positives tombe dans la marge d'appréciation des États, la Cour estime que les autorités n'ont pas pris toutes les mesures raisonnables pour protéger la vie du jeune garçon ; de plus, l'enquête qui a suivi le décès n'a pas été effective¹⁵⁰².

Ces obligations étatiques ne sont toutefois pas illimitées, comme le montre la décision *Ercankan c. Turquie*, dans laquelle la Cour a estimé, à juste titre selon nous, que l'école ne pouvait être tenue pour responsable du décès d'un jeune adolescent qui s'était noyé dans une rivière pendant les heures de cours du seul fait qu'elle n'avait pas immédiatement informé ses parents de son absence¹⁵⁰³. À ce propos, la Cour précise qu'une telle obligation ne pourrait exister qu'en cas d'une « vulnérabilité particulièrement élevée »¹⁵⁰⁴. 384

La vulnérabilité des enfants a également joué un rôle central dans l'affaire *O'Keefe c. Irlande* portant sur des abus sexuels commis par un prêtre dans une école gérée par l'Église catholique¹⁵⁰⁵. La Cour y souligne que : 385

« l'obligation positive de protection prend un relief tout particulier dans le cadre d'un service public aussi important que l'enseignement primaire, les autorités scolaires étant tenues de protéger la santé et le bien-être des élèves et, en particulier, des jeunes enfants qui sont particulièrement vulnérables et qui se trouvent sous le contrôle exclusif de ces autorités »¹⁵⁰⁶.

Ces éléments permettent notamment à la Cour d'insister sur l'obligation positive de mettre en place un système de surveillance et un mécanisme de plainte efficaces pour les écoles opérées par l'Église¹⁵⁰⁷. À cet égard, la Cour précise également que tant la vulnérabilité particulière des enfants – et, plus 386

¹⁵⁰² *Ilbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie*, requête n° 19986/06, 10 avril 2012, §§ 40–48 ; la Cour conclut donc à une violation de l'article 2 CEDH.

¹⁵⁰³ *Ercankan c. Turquie* (déc.), requête n° 44312/12, 15 mai 2018 ; pour un autre cas indiquant les limites de ces obligations étatiques dans le cas d'un jeune homme poignardé devant les portes de l'école, voir *Kayak c. Turquie*, requête n° 60444/08, 10 juillet 2012.

¹⁵⁰⁴ *Ercankan c. Turquie* (déc.), requête n° 44312/12, 15 mai 2018, § 50 (notre traduction). À propos des obligations variables en fonction de la vulnérabilité des enfants, décroissant à mesure qu'elles grandissent, voir aussi *Veronica Ciobanu c. République de Moldova*, requête n° 69829/11, 9 février 2021, § 39.

¹⁵⁰⁵ *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014.

¹⁵⁰⁶ *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, § 145 ; voir aussi *X. et autres c. Bulgarie* [GC], requête n° 22457/16, 2 février 2021, § 180.

¹⁵⁰⁷ *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, §§ 153–169.

spécifiquement, le risque d'abus sexuels dans des écoles gérées par l'Église catholique – que l'existence d'obligations positives pour protéger les enfants étaient déjà établies et connues des autorités au moment des faits, en 1974¹⁵⁰⁸.

2) Les personnes âgées vivant en institution

387 Dans l'arrêt *Heinisch c. Allemagne*, la Cour a reconnu la vulnérabilité des personnes âgées vivant en institution¹⁵⁰⁹. La requérante était non pas une personne âgée, mais une infirmière licenciée à la suite de l'action pénale engagée contre son employeur, auquel elle reprochait des carences dans l'administration de soins institutionnels. Devant la Cour, elle se plaignait d'une violation de sa liberté d'expression. La Cour lui donne raison, soulignant notamment que :

« [d]ans des sociétés dont une part toujours plus importante de la population âgée fait l'objet d'une prise en charge institutionnelle, la divulgation d'informations sur la qualité et les insuffisances de cette prise en charge revêt une importance capitale pour la prévention des abus en raison de la vulnérabilité particulière des patients concernés, qui ne sont pas toujours en mesure de signaler eux-mêmes les dysfonctionnements pouvant affecter les soins qui leur sont prodigués »¹⁵¹⁰.

388 En l'occurrence, la Cour a pris en compte la vulnérabilité des personnes âgées en institution dans le cadre de sa pesée des intérêts dans le cadre de la restriction à la liberté d'expression de la requérante¹⁵¹¹. Or, la reconnaissance de la vulnérabilité des personnes âgées en institution a une portée bien plus large. Elle pourrait notamment entraîner la reconnaissance d'obligations positives particulières pesant sur l'État dans ce contexte, par exemple s'agissant de la supervision des conditions de prise en charge. Elle pourrait également influencer sur l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention. En analogie avec les personnes détenues, on pourrait se demander si la situation des

¹⁵⁰⁸ *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, §§ 161–162 (se référant à des rapports relatifs à cette problématique) et *idem*, §§ 147–148 (citant en particulier l'affaire *X. et Y. c. Pays-Bas* au sujet des obligations positives en la matière ; à ce propos, voir aussi *supra*, n°s 281, 287).

¹⁵⁰⁹ *Heinisch c. Allemagne*, requête n° 28274/08, 21 juillet 2011, § 71.

¹⁵¹⁰ *Heinisch c. Allemagne*, requête n° 28274/08, 21 juillet 2011, § 71.

¹⁵¹¹ *Heinisch c. Allemagne*, requête n° 28274/08, 21 juillet 2011, § 71. Ce n'est pas le seul arrêt où la vulnérabilité de tierces personnes entre en ligne de compte dans la pesée des intérêts pour appuyer la liberté d'expression de la requérante. Pour un autre exemple, voir *Szurovecz c. Hongrie*, requête n° 15428/16, 8 octobre 2019, § 61, soulignant le rôle crucial de « chien de garde » (« watchdog ») de la presse pour obliger l'État à rendre des comptes sur le traitement des requérantes d'asile, groupe particulièrement vulnérable, et l'effectivité de leurs droits humains.

patientes d'établissements médico-sociaux n'appellerait pas un renversement du fardeau de la preuve en cas d'allégations de maltraitance. Enfin, en présence de personnes présentant une vulnérabilité extrême, étant par exemple non seulement âgées, mais aussi incapables de discernement et sans proches, il faut se demander si une tierce personne ou une association pourrait agir en défense de leurs intérêts¹⁵¹². Il dépasserait le cadre de la présente étude d'examiner en détail la situation des personnes âgées en institution¹⁵¹³ ; précisons toutefois que la reconnaissance de leur vulnérabilité particulière par la Cour n'est pas surprenante, puisqu'elle s'inscrit dans le cadre plus général de la reconnaissance croissante de la vulnérabilité des personnes en institution. En effet, il existe de nombreux parallèles entre les personnes âgées vivant dans un établissement médico-social et les personnes en situation de handicap physique ou mental vivant dans une institution spécialisée¹⁵¹⁴.

3) Les personnes en situation de handicap internées ou vivant en foyer

Nous avons déjà indiqué que les personnes placées ou internées contre leur volonté sont, du fait de leur privation de liberté, dans une position particulièrement vulnérable¹⁵¹⁵. Cette vulnérabilité est accentuée par leur handicap mental ou psychique¹⁵¹⁶. Celui-ci entraîne par ailleurs un besoin de protection particulier et fait aussi que seules des « raisons très fortes » peuvent justifier une restriction à leurs droits¹⁵¹⁷. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'internement de personnes ayant de graves troubles mentaux n'est possible qu'à des conditions restrictives : le trouble doit être objectivement établi, persistant et suffisamment grave ou dangereux pour justifier une privation de liberté¹⁵¹⁸. Par ailleurs, l'absence de conditions adaptées et de thérapie adéquate

389

¹⁵¹² À ce propos, voir *infra*, n^{os} 629–687.

¹⁵¹³ À propos de la situation juridique des personnes âgées en établissement médico-social en Suisse, voir CHERUBINI, n^{os} 11–33 (concernant également la vulnérabilité des personnes âgées plus généralement) et *idem*, n^{os} 34–74 (en lien avec la CEDH).

¹⁵¹⁴ Dans le même sens, voir CHERUBINI, n^{os} 32–33, 41 ; HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 145.

¹⁵¹⁵ À ce propos, voir *supra*, n^{os} 261–265, 350–361 et *infra*, n^{os} 397–398.

¹⁵¹⁶ Voir *supra*, n^{os} 353–355.

¹⁵¹⁷ *Zagidulina c. Russie*, requête n^o 11737/06, 2 mai 2013, §§ 52–53 ; *Ruslan Makarov c. Russie*, requête n^o 19129/13, 11 octobre 2016, § 20 ; *X. c. Russie*, requête n^o 3150/15, 20 février 2018, § 32 ; *D.R. c. Lituanie*, requête n^o 691/15, 26 juin 2018, § 88.

¹⁵¹⁸ Voir déjà *Winterwerp c. Pays-Bas*, requête n^o 6301/73, 24 octobre 1979, § 39 ; *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n^o 36760/06, 17 janvier 2012, § 145 ; *Ruslan Makarov c. Russie*, requête n^o 19129/13, 11 octobre 2016, § 21 ; *Rooman c. Belgique* [GC], requête n^o 18052/11, 31 janvier 2019, § 192.

soulève non seulement un problème sous l'angle de l'article 3 CEDH, mais rend également la détention contraire à l'article 5 par. 1 let. e CEDH¹⁵¹⁹. Outre ces conditions matérielles, la Cour a également insisté sur la nécessité de mettre en place des garanties procédurales, et notamment la possibilité, pour l'intéressée, de contester la légalité du placement¹⁵²⁰.

390 Plus généralement, même en cas de placement volontaire, les personnes vivant en foyer se trouvent sous le contrôle et la responsabilité des autorités et sont, à ce titre, dans une situation particulièrement vulnérable. À cet égard, la Cour a par ailleurs précisé « qu'un malade mental est particulièrement vulnérable, même lorsqu'il consent à son traitement »¹⁵²¹. S'agissant des enfants placés en foyer, nous analyserons plusieurs affaires sous l'angle de la recevabilité dans la partie suivante¹⁵²².

E. Le déséquilibre de pouvoir plus généralement

391 Au-delà de situations où l'État exerce directement un contrôle sur une personne, la vulnérabilité peut également résulter d'un déséquilibre de pouvoir face à l'État. Nous avons vu plus haut que l'idée de la vulnérabilité de l'individu – de chaque individu – face à l'État peut être considérée comme étant, du moins implicitement, à l'origine même des droits humains¹⁵²³. À cette vulnérabilité universelle peuvent s'ajouter des facteurs de vulnérabilité particulière, lorsqu'une personne se trouve dans un déséquilibre particulièrement prononcé et court, de ce fait, un risque accru de subir une atteinte à ses droits¹⁵²⁴.

392 À ce propos, la Cour a par exemple relevé la vulnérabilité structurelle des personnes ayant perdu leur statut légal en Slovénie après 1991, connues sous l'appellation d'« effacées » (*izbrisani*) et qui, de ce fait, se sont retrouvées dans une situation de « vulnérabilité et insécurité juridique » pendant plusieurs

1519 *Rooman c. Belgique* [GC], requête n° 18052/11, 31 janvier 2019, §§ 193–211.

1520 *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/6, 17 janvier 2012, §§ 171–177 ; *M.S. c. Croatie* (n° 2), requête n° 75450/12, 19 février 2015, § 152 ; *Stefan Stankov c. Bulgarie*, requête n° 25820/07, 17 mars 2015, §§ 149–152 ; voir aussi *infra*, n° 718.

1521 *Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], requête n° 78103/14, 31 janvier 2019, § 124.

1522 Voir *infra*, n°s 653–662.

1523 Voir *supra*, n°s 36–37.

1524 À propos du déséquilibre de pouvoir comme facteur de vulnérabilité particulière, voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, pp. 156–158.

années¹⁵²⁵. En dehors de ce cas spécifique, la Cour n'a que rarement considéré que l'absence de statut légal pouvait constituer une source de vulnérabilité¹⁵²⁶.

Par ailleurs, nous avons relevé dans le chapitre précédent que la Cour a reconnu la vulnérabilité particulière des victimes de torture et de mauvais traitements de la part d'agentes de l'État, due notamment aux séquelles graves de tels actes, entraînant un sentiment « d'impuissance [...] face aux représentants de l'État »¹⁵²⁷. Ce constat fait désormais l'objet d'une jurisprudence constante¹⁵²⁸. Cette vulnérabilité résulte en une capacité amoindrie de se plaindre, un élément dont les autorités doivent tenir compte et qui influe sur leurs obligations d'enquête¹⁵²⁹. La Cour a également pris en considération cet élément lors de l'examen de la recevabilité d'une requête¹⁵³⁰. Si la situation des victimes de mauvais traitements de la part d'agentes de l'État est particulière, précisons encore que la Cour a également reconnu la vulnérabilité particulière d'autres victimes de mauvais traitements, en particulier celle des victimes de violences domestiques¹⁵³¹. Comme nous le verrons par la suite, les violences domestiques, bien qu'opposant des personnes privées, se caractérisent également par un déséquilibre de pouvoir entre l'auteur et la victime des violences¹⁵³².

393

¹⁵²⁵ *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], requête n° 26868/06, 26 juin 2012, §§ 299–304 ; à ce propos, voir aussi *infra*, note 2526.

¹⁵²⁶ Les affaires *Chowdury et autres c. Grèce* et *Zoletić et autres c. Azerbaïdjan* concernant des personnes victimes de travail forcé dans des champs de fraises et sur des chantiers, respectivement, constituent de rares exceptions (*Chowdury et autres c. Grèce*, requête n° 21884/15, 30 mars 2017, § 97 ; *Zoletić et autres c. Azerbaïdjan*, requête n° 20116/12, 7 octobre 2021, §§ 149, 166–167). À l'inverse, la Cour n'a par exemple pas constaté la vulnérabilité des requérantes, trois migrantes en situation irrégulière, dans l'affaire *J.R. et autres c. Grèce* (*J.R. et autres c. Grèce*, requête n° 22696/16, 25 janvier 2018, p. ex. § 108).

¹⁵²⁷ Voir *supra*, n° 274 et les réf. cit.

¹⁵²⁸ *Gisayev c. Russie*, requête n° 14811/04, 20 janvier 2011, § 116 ; *Stanimirović c. Serbie*, requête n° 26088/06, 18 octobre 2011, § 39 ; *Buzilo c. République de Moldova*, requête n° 52643/07, 21 février 2012, § 29 ; *Otašević c. Serbie*, requête n° 32198/07, 5 février 2013, § 30 ; *Eduard Popa c. République de Moldova*, requête n° 17008/07, 12 février 2013, § 46 ; *Đekić et autres c. Serbie*, requête n° 32277/07, 29 avril 2014, § 32 ; *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 275 ; *Bulgaru c. République de Moldova*, requête n° 35840/09, 30 septembre 2014, § 17 ; *Krsmanović c. Serbie*, requête n° 19796/14, 19 décembre 2017, § 73 ; *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, § 49.

¹⁵²⁹ Voir p. ex. *Krsmanović c. Serbie*, requête n° 19796/14, 19 décembre 2017, §§ 73–75.

¹⁵³⁰ Voir en particulier *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 275 ; à ce propos, voir aussi *infra*, nos 733–741.

¹⁵³¹ À ce propos, voir *infra*, n° 773 et les réf. cit.

¹⁵³² À ce propos, voir *infra*, n° 802 et les réf. cit.

394 En outre, la Cour a relevé la vulnérabilité des journalistes politiques défendant les droits humains¹⁵³³ et, formulée de manière plus générale, de personnes exprimant des « opinions impopulaires »¹⁵³⁴. En pratique, cette seconde formulation concerne surtout des personnes ayant participé à des manifestations en faveur des droits des personnes LGBTIQ, en particulier des marches de fiertés¹⁵³⁵ ; d'autres cas de figure sont toutefois imaginables. Précisons à ce propos que la formule complète est « personnes dont les opinions sont impopulaires ou *qui appartiennent à des minorités* »¹⁵³⁶ ; la même réflexion pourrait donc s'appliquer à d'autres minorités. Elle pourrait notamment justifier une utilisation plus systématique de la vulnérabilité à propos de personnes appartenant à des minorités ethniques ou religieuses. Dans une des rares affaires concernant une minorité religieuse dans laquelle la Cour s'est référée à la vulnérabilité, elle a notamment précisé que les requérantes, appartenant aux Témoins de Jéhova en Géorgie, étaient :

« in an extremely vulnerable situation ; they were attacked by private individuals and when they sought assistance from the State, they encountered further aggression from the very authorities which were supposed to protect them »¹⁵³⁷.

395 Cet extrait le montre : dans ces cas, le déséquilibre de pouvoir est double. Il existe d'abord vis-à-vis de la population majoritaire ; d'ailleurs, les atteintes à l'intégrité physique provenaient en l'espèce de personnes privées¹⁵³⁸. Ce déséquilibre est ensuite renforcé par l'absence de protection étatique lorsque l'État manque à ses obligations¹⁵³⁹. Face à cette vulnérabilité, le rôle de l'État en tant que garant de la pluralité et tolérance est primordial¹⁵⁴⁰.

396 Enfin, s'agissant du déséquilibre de pouvoir, il paraît important de mentionner la question de la traite des êtres humains. Comme nous l'avons vu précédemment, celle-ci se caractérise par un acte – par exemple, le recrutement ou l'hébergement –, un moyen de commission de l'acte, dont font partie l'abus

¹⁵³³ Voir p. ex. *Gazeta Ukraina-Tsentr c. Ukraine*, requête n° 16695/04, 15 juillet 2010, § 51 ; à ce propos, voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 158.

¹⁵³⁴ *Bączkowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06, 3 mai 2007, § 64 ; *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 108 (en français et en anglais).

¹⁵³⁵ Voir *infra*, n°s 454, 458.

¹⁵³⁶ *Bączkowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06, 3 mai 2007, § 64 (nous soulignons).

¹⁵³⁷ *Begheluri et autres c. Géorgie*, requête n° 28490/02, 7 octobre 2014, § 113.

¹⁵³⁸ *Begheluri et autres c. Géorgie*, requête n° 28490/02, 7 octobre 2014, § 113.

¹⁵³⁹ *Begheluri et autres c. Géorgie*, requête n° 28490/02, 7 octobre 2014, § 113.

¹⁵⁴⁰ À ce sujet, voir *infra*, n°s 453–460.

d'une situation de vulnérabilité et l'abus d'autorité, et le but d'exploiter la victime¹⁵⁴¹. La traite s'inscrit, par définition, dans un contexte caractérisé par un déséquilibre de pouvoir entre les perpétratrices et les victimes¹⁵⁴². La même chose vaut pour d'autres formes d'esclavage, servitude ou de travail forcé¹⁵⁴³. Au cours des dernières années, la Cour a rendu un nombre croissant d'arrêts traitant de ces questions. La vulnérabilité y apparaît régulièrement, mais souvent en lien avec la procédure interne ou le droit international et européen pertinent¹⁵⁴⁴.

F. Appréciation

Les affaires abordées dans la présente section relèvent de contextes très différents : nous avons examiné successivement les personnes privées de liberté, les personnes accusées, les personnes conscrites et d'autres personnes placées sous la responsabilité des autorités, que ce soit dans un contexte scolaire ou institutionnel. En dépit des nombreuses différences entre ces situations, ces personnes partagent le fait d'être sous le contrôle de l'État, en tout cas davantage que le reste de la population. D'autres situations de personnes « sous le contrôle de l'État » sont imaginables et ont été occasionnellement reconnues, comme les personnes blessées dans une zone où ont lieu des opérations de sécurité¹⁵⁴⁵.

397

¹⁵⁴¹ Voir *supra*, nos 60–64.

¹⁵⁴² Voir p. ex. *Rantsev c. Chypre et Russie*, requête n° 25965/04, 7 janvier 2010, § 281 ; *S.M. c. Croatie*, requête n° 60561/14, 25 juin 2020, §§ 280–285.

¹⁵⁴³ Voir p. ex. *Chowdury et autres c. Grèce*, requête n° 21884/15, 30 mars 2017, § 96 ; *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, requêtes nos 77587/12 et 74603/12, 16 février 2021, § 149 ; *Zoletic et autres c. Azerbaïdjan*, requête n° 20116/12, 7 octobre 2021, §§ 149, 166–167.

¹⁵⁴⁴ Voir en particulier *Rantsev c. Chypre et Russie*, requête n° 25965/04, 7 janvier 2010, §§ 100, 150, 154, 165 ; *C.N. et V. c. France*, requête n° 67724/09, 11 octobre 2012, §§ 37, 46–47 ; *C.N. c. Royaume-Uni*, requête n° 4239/08, 13 novembre 2012, §§ 37, 40 ; *L.E. c. Grèce*, requête n° 71545/12, 21 janvier 2016, §§ 22, 37, 43 ; *J. et autres c. Autriche*, requête n° 58216/12, 17 janvier 2017, §§ 48, 66 et *idem*, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, TSOTSORIA, § 17. La Cour soulève explicitement la vulnérabilité particulière des requérantes dans les affaires *Siliadin c. France*, requête 73316/01, 26 juillet 2005, §§ 126, 143 (personne mineure) ; *Chowdury et autres c. Grèce*, requête n° 21884/15, 30 mars 2017, § 97 (personnes migrantes en situation irrégulière), *S.M. c. Croatie*, requête n° 60561/14, 25 juin 2020, § 329 (jeune femme ayant connu divers problèmes familiaux) ; *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, requêtes nos 77587/12 et 74603/12, 16 février 2021, § 149 (mineures victimes de traite) ; *Zoletic et autres c. Azerbaïdjan*, requête n° 20116/12, 7 octobre 2021, §§ 149, 166–167 (personnes migrantes victimes de traite humaine et de travail forcé).

¹⁵⁴⁵ *Rupa c. Roumanie* (n° 1), requête n° 58478/00, 16 décembre 2008, §§ 97–99 ; voir aussi RUET, Vulnérabilité, p. 325.

398 La Cour a reconnu diverses obligations étatiques visant à compenser cette vulnérabilité. Celles-ci se situent à la fois sur le terrain des obligations négatives et positives. Par exemple, s'agissant des personnes privées de liberté, le recours à la force sera plus facilement jugé disproportionné, ce d'autant plus lorsque la vulnérabilité d'une personne détenue est encore accrue par d'autres facteurs, comme son jeune âge. Du point de vue des obligations positives, nous avons en particulier relevé celle de garantir des conditions de détention conformes à la dignité humaine, ce qui comprend des soins médicaux adaptés. De plus, la vulnérabilité a également des conséquences procédurales, notamment s'agissant du fardeau de la preuve quant aux mauvais traitements.

399 Après les personnes privées de liberté, nous avons examiné la situation des personnes accusées en début de procédure. Leur vulnérabilité découle avant tout du risque d'auto-incrimination et des pressions qu'elles peuvent subir ; d'autres facteurs, comme un risque de subir des mauvais traitements, s'ajoutent lorsque la personne accusée est aussi privée de liberté. À ce propos, la Cour parle parfois spécifiquement de la « vulnérabilité des suspects en garde à vue »¹⁵⁴⁶. La vulnérabilité des personnes accusées est étroitement liée au droit d'être assistée et représentée par une avocate, que la Cour reconnaît explicitement comme le meilleur, et parfois le seul, moyen de compenser cette vulnérabilité.

400 S'agissant des personnes conscrites, leur vulnérabilité entraîne avant tout des obligations positives de prévention, notamment en cas de risque de suicide. Ensuite, nous avons examiné la situation de personnes placées sous la responsabilité de l'État, en traitant plus particulièrement des enfants scolarisés ou en institution, des personnes âgées en foyer, et des personnes en situation de handicap vivant en institution. À ce propos, l'exemple des enfants montre particulièrement bien l'interaction de plusieurs facteurs de vulnérabilité et les obligations positives accrues qui en découlent.

401 Enfin, nous avons élargi notre analyse à d'autres situations caractérisées par un déséquilibre de pouvoir, que ce soit face à l'État ou entre personnes privées. À ce propos, nous avons notamment évoqué les situations respectives des personnes au statut légal précaire ; des victimes de torture ou de mauvais traitements, que ce soit de la part de l'État ou dans un contexte privé ; des

¹⁵⁴⁶ Voir *supra*, n° 374.

personnes défendant des opinions « impopulaires » ou minorisées et des victimes de traite des êtres humains ou de travail forcé, ce qui nous a permis de voir la diversité des situations dans lesquelles un déséquilibre de pouvoir peut constituer un facteur de vulnérabilité.

Si, dans toutes ces circonstances, l'État a des obligations positives accrues par rapport aux personnes qui ne se trouvent pas sous son contrôle ou dans une autre position vulnérable, celles-ci sont loin d'être illimitées. Dans le contexte des obligations positives horizontales, en particulier, la Cour se base sur le « test Osman » pour déterminer si les autorités ont manqué à leurs obligations positives : ce test fera l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 8¹⁵⁴⁷. 402

IV. L'appartenance à la minorité rom

Les personnes roms constituent un exemple paradigmatique de groupe vulnérable, comme la Cour l'a confirmé dans divers contextes¹⁵⁴⁸. Dans ce qui suit, nous examinerons quatre domaines, dont au moins trois ont joué un rôle-clé dans l'émergence de la notion de groupe vulnérable. Il s'agit de la ségrégation scolaire d'enfants roms (A) ; de la stérilisation forcée de femmes roms (B) ; de violences policières et privées (C) et de questions liées au domicile (D). Pour conclure, nous apprécierons les parallèles entre ces affaires (E). 403

A. La ségrégation scolaire d'enfants roms

En 2007, la Grande Chambre a rendu son premier arrêt au sujet de la ségrégation scolaire d'enfants roms. La requête dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque* regroupait dix-huit mineures d'origine rom qui avaient été placées dans des écoles spéciales destinées à des enfants en situation de handicap mental¹⁵⁴⁹. Or, selon les requérantes, ce placement fut effectué sur la base de tests basés sur la langue et l'environnement culturel tchèques, ayant pour effet qu'environ 50 % 404

¹⁵⁴⁷ Voir *infra*, nos 900–958.

¹⁵⁴⁸ Voir aussi ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, pp. 161–162 ; FREDMAN, *Emerging*, pp. 288–289 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1065–1070 ; RUET, *Vulnérabilité*, pp. 326–327.

¹⁵⁴⁹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, §§ 1, 15–22.

des enfants roms furent placées dans de telles écoles, contre seulement 1.8 % d'enfants non roms¹⁵⁵⁰.

405 Dans cet arrêt devenu célèbre, la Cour accepte pour la première fois l'existence d'une discrimination indirecte¹⁵⁵¹. Elle parvient à ce constat en précisant qu'une discrimination indirecte, de par sa nature, ne présuppose pas d'intention discriminatoire : il peut s'agir d'une pratique neutre en apparence, mais qui touche de manière disproportionnée certains groupes de la population – en l'occurrence, les enfants d'origine rom¹⁵⁵². Il se pose dès lors la question du fardeau de la preuve. À cet égard, la Cour accepte que les données statistiques suffisamment fiables puissent constituer un « commencement de preuve », ayant pour effet de renverser le fardeau de la preuve : il appartiendra ensuite au gouvernement défendeur soit de contester les données, soit de démontrer que la différence de traitement était basée sur une justification objective et raisonnable¹⁵⁵³. En l'occurrence, les statistiques présentées par les requérantes n'ont pas été contestées par le gouvernement défendeur. Tout en acceptant que celles-ci puissent « ne pas être entièrement fiables », la Cour précise que la disproportion d'élèves roms fréquentant des écoles spéciales ressort de diverses sources, se référant en particulier aux rapports de la République tchèque dans le cadre de la procédure de suivi de la Convention-cadre sur les minorités nationales¹⁵⁵⁴.

406 La différence de traitement étant suffisamment établie, la Cour examine l'existence d'une justification objective et raisonnable. À ce sujet, la Cour relève que les tests effectués ont été critiqués par divers organismes internationaux, notamment la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) et le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, les autorités tchèques ayant elles-mêmes reconnu que les tests « étaient conçus pour la population majoritaire » et résultaient en un placement disproportionné

¹⁵⁵⁰ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, §§ 18, 190.

¹⁵⁵¹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, §§ 185–210 ; voir aussi ARNARDÓTTIR, *Difference*, p. 657 ; FREDMAN, *Emerging*, p. 279 ; KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 140. S'agissant du droit antidiscriminatoire, l'arrêt *D.H.* représente ainsi l'étape-clé suivante après l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* [GC], requête n° 34369/7, 6 avril 2000, dans lequel la Cour reconnaît pour la première fois qu'un traitement égal formel pouvait représenter une assimilation injustifiée et ainsi être constitutif d'une discrimination (*idem*, § 44) (voir FREDMAN, *Emerging*, p. 279 ; KLEBER, *Discrimination multiple*, pp. 386–387 ; O'CONNELL, *Cinderella*, p. 220).

¹⁵⁵² *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, §§ 180, 184, 194.

¹⁵⁵³ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 188.

¹⁵⁵⁴ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, §§ 190–193.

d'enfants roms « doués d'une intelligence moyenne ou supérieure à la moyenne » dans des classes spéciales pour enfants en situation de handicap mental¹⁵⁵⁵. Le caractère potentiellement inadapté de ces tests est aggravé par la ségrégation ethnique qu'ils engendrent et le niveau inférieur de l'enseignement prodigué par les écoles « spéciales », fréquentées majoritairement par des enfants roms¹⁵⁵⁶. Partant, ces tests ne constituent pas de justification objective et raisonnable pour le traitement différent des enfants roms¹⁵⁵⁷. Enfin, la Cour juge que le consentement parental ne constitue pas non plus une justification objective¹⁵⁵⁸. Au vu de tous ces éléments, la Cour conclut à une violation des articles 2 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention¹⁵⁵⁹.

Par la suite, la Cour a confirmé ce raisonnement dans une série d'affaires traitant de la ségrégation scolaire d'enfants roms, concluant systématiquement à une violation des articles 2 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention¹⁵⁶⁰. Les situations diffèrent quelque peu ; dans l'affaire *Oršuš et autres c. Croatie*, par exemple, la discrimination découlait du placement des requérantes dans une école spécialisée au motif qu'elles n'avaient pas une maîtrise suffisante de la langue croate, une mesure appliquée uniquement à des enfants roms¹⁵⁶¹. La vulnérabilité se retrouve en filigrane dans tous ces arrêts¹⁵⁶². Dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, la Cour consacre la formulation suivante :

407

¹⁵⁵⁵ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 200. La scolarisation d'enfants en situation de handicap dans des écoles spécialisées peut, elle aussi, être problématique : à ce propos, voir les développements à propos de l'école inclusive *supra*, nos 325–329.

¹⁵⁵⁶ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 198.

¹⁵⁵⁷ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 201.

¹⁵⁵⁸ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, §§ 202–204.

¹⁵⁵⁹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 210.

¹⁵⁶⁰ *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008 ; *Oršuš et autres c. Croatie*, requête n° 15766/03, 16 mars 2010 ; *Sampani et autres c. Grèce*, requête n° 59608/09, 11 décembre 2012 ; *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013 ; *Lavida et autres c. Grèce*, requête n° 7973/10, 30 mai 2013 ; voir aussi *infra*, nos 707–711, au sujet de la décision d'irrecevabilité *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n° 53461/15, 21 novembre 2017.

¹⁵⁶¹ *Oršuš et autres c. Croatie*, requête n° 15766/03, 16 mars 2010, § 153. Ainsi, dans cette affaire, des indications statistiques n'étaient pas nécessaires.

¹⁵⁶² *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008, §§ 72, 86 ; *Oršuš et autres c. Croatie*, requête n° 15766/03, 16 mars 2010, §§ 147–148 ; *Sampani et autres c. Grèce*, requête n° 59608/09, 11 décembre 2012, § 76 ; *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013, §§ 102, 110, 128 ; *Lavida et autres c. Grèce*, requête n° 7973/10, 30 mai 2013, § 62.

« du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier [...] »¹⁵⁶³.

408

Cette formulation le montre : la vulnérabilité des personnes roms présente un caractère structurel et résulte du traitement défavorable, des préjudices et de stigmatisation dont elles ont fait l'objet, et de l'exclusion – ou en tout cas la marginalisation sociale – qui va de pair¹⁵⁶⁴. Celle-ci se traduit à son tour en un désavantage matériel, qui constitue en elle-même une source de vulnérabilité¹⁵⁶⁵. La reconnaissance de cette vulnérabilité entraîne des obligations positives. En effet, se référant aux arrêts *Chapman c. Royaume-Uni* et *Connors c. Royaume-Uni* que nous avons analysés plus haut¹⁵⁶⁶, la Cour rappelle que la « vulnérabilité des Roms/Tsiganes [...] implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »¹⁵⁶⁷. Le « besoin [de] protection spéciale »¹⁵⁶⁸ est d'autant plus important que les droits d'enfants mineurs sont en cause¹⁵⁶⁹. Ainsi, la vulnérabilité entraîne une obligation positive de tenir compte des besoins particuliers des enfants roms, à la fois dans le cadre législatif et lors de la prise de décisions individuelles¹⁵⁷⁰. Dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, cela signifie avant tout reconnaître l'effet disproportionné sur les enfants roms de tests neutres en apparence¹⁵⁷¹ et entourer la scolarisation d'enfants roms de garanties procédurales

¹⁵⁶³ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 182 ; voir aussi *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008, § 72 ; *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013, § 102 (en anglais).

¹⁵⁶⁴ Voir aussi LAVRYSEN, *Poverty*, p. 320 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1065–1067.

¹⁵⁶⁵ BESSON, *Vulnérabilité*, p. 71 ; PERONI/TIMMER, pp. 1065–1067. Ces secondes classent l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque* dans la catégorie de la vulnérabilité due à une absence de reconnaissance (« misrecognition »), faisant référence à l'aspect de stigmatisation ou de stéréotypisation, par opposition à d'autres affaires, notamment l'affaire *Yordanova et autres c. Bulgarie*, dans laquelle la vulnérabilité est principalement d'origine socio-économique (PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1065–1070 ; à propos de l'affaire *Yordanova*, voir *infra*, n°s 429–430).

¹⁵⁶⁶ Voir *supra*, n°s 293–299. Ces arrêts ne concernaient toutefois pas des personnes roms, mais des nomades britanniques.

¹⁵⁶⁷ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 181.

¹⁵⁶⁸ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 182.

¹⁵⁶⁹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 182 ; voir aussi ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, p. 164.

¹⁵⁷⁰ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 181 ; *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013, § 102.

¹⁵⁷¹ Voir *supra*, n°s 404–406 ; voir aussi PASTRE-BELDA, *Dimension*, p. 195.

suffisantes¹⁵⁷². Dans les affaires qui ont suivi, la Cour a consolidé, mais aussi étendu la portée de cette obligation positive¹⁵⁷³.

Ainsi, il découle de la jurisprudence que les États ont une obligation positive de prendre des mesures afin de garantir une scolarisation aussi complète que possible des enfants roms dans des conditions satisfaisantes¹⁵⁷⁴. Le placement d'enfants roms dans des écoles spéciales peut être exceptionnellement conforme à la Convention et son Protocole n° 1¹⁵⁷⁵ pour autant qu'il soit temporaire¹⁵⁷⁶, fait en vue de leur faciliter l'intégration dans le cursus scolaire ordinaire et entouré de garanties procédurales suffisantes¹⁵⁷⁷. Un tel placement doit par ailleurs s'analyser à la lumière de la longue histoire de placements abusifs d'enfants d'origine rom dans des écoles spéciales¹⁵⁷⁸. À ce propos, les États ont également l'obligation de « prendre des mesures afin d'éviter que des injustices passées se perpétuent »¹⁵⁷⁹. Cette seconde obligation inclut des mesures visant à compenser des inégalités factuelles, y compris des mesures facilitant l'inscription à l'école, par exemple lorsque certains documents administratifs font défaut¹⁵⁸⁰ ainsi que la prise de mesures antiségrégationnistes effectives¹⁵⁸¹. Si les États bénéficient généralement d'une marge d'appréciation large dans le domaine de l'éducation, celle-ci s'en trouve restreinte en raison de la vulnérabilité particulière des enfants roms ; la Cour se réfère à ce propos à son arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, que nous avons examiné précédemment¹⁵⁸².

Ainsi, les obligations dégagées par la jurisprudence s'inscrivent dans plusieurs des dimensions de l'égalité substantielle évoquées plus haut¹⁵⁸³. Visant à compenser les effets néfastes de la stéréotypisation et marginalisation, les mesures tendant à la déségrégation s'inscrivent aussi bien dans le volet matériel de l'égalité substantielle que dans le volet de la reconnaissance. Elles

¹⁵⁷² *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 207.

¹⁵⁷³ Voir aussi KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 14 ; PASTRE-BELDA, *Dimension*, p. 195.

¹⁵⁷⁴ *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], requête n° 15766/03, 16 mars 2010, §§ 177, 180.

¹⁵⁷⁵ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 204.

¹⁵⁷⁶ *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], requête n° 15766/03, 16 mars 2010, § 157.

¹⁵⁷⁷ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 207 ; *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], requête n° 15766/03, 16 mars 2010, §§ 182–184.

¹⁵⁷⁸ *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], requête n° 15766/03, 16 mars 2010, § 115.

¹⁵⁷⁹ *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013, § 116 (notre traduction) ; voir également *idem*, § 127.

¹⁵⁸⁰ *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008, § 86.

¹⁵⁸¹ *Lavida et autres c. Grèce*, requête n° 7973/10, 30 mai 2013, § 73.

¹⁵⁸² *Horváth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013, § 127 ; voir *supra*, n°s 330–336.

¹⁵⁸³ Voir *supra*, n° 50.

ont par ailleurs une visée transformatrice tendant vers des changements structurels profonds et durables¹⁵⁸⁴.

411 Si la vulnérabilité a ainsi permis à la Cour de renforcer le droit à la scolarisation et l'égalité factuelle des enfants roms, la vulnérabilité est également à l'origine d'un raisonnement paternaliste de la Cour¹⁵⁸⁵. Lorsqu'elle examine les justifications potentielles des différences de traitement, elle juge, à propos du consentement parental, que « les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, [n'étaient pas] capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement »¹⁵⁸⁶. Cette formulation, guidée par une vision stéréotypée des parents roms, est pour le moins maladroite. Dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, elle a d'ailleurs été critiquée par le juge dissident BORREGO BORREGO, qui a rappelé que ce type d'attitude avait, par le passé, permis de justifier des actes comme l'enlèvement d'enfants roms à leurs parents et leur placement abusif¹⁵⁸⁷. La Cour aurait simplement pu se borner à constater que, dans l'absolu, des parents ne peuvent renoncer valablement au droit de leurs enfants de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale¹⁵⁸⁸. Elle aurait également pu conclure, sans se référer aux prétendues incapacités des parents d'origine rom, que le consentement ne fut en l'espèce ni libre ni entouré des garanties procédurales nécessaires. À ce propos, il n'est pas non plus anodin que certains parents aient exprimé des craintes que leurs enfants se voient stigmatisées, voire attaquées, dans l'école ordinaire¹⁵⁸⁹.

B. La stérilisation forcée

412 En parallèle aux affaires concernant la ségrégation scolaire, la Cour a eu à juger plusieurs affaires traitant de la stérilisation forcée de femmes roms. Les requêtes

¹⁵⁸⁴ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, p. 288.

¹⁵⁸⁵ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1072–1073.

¹⁵⁸⁶ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 203 ; *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008, § 94.

¹⁵⁸⁷ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, op. diss. BORREGO BORREGO, §§ 13–14.

¹⁵⁸⁸ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 204 ; *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008, § 95.

¹⁵⁸⁹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57326/00, 13 novembre 2007, § 203 ; *Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008, § 94.

dirigées principalement à l'encontre de la Slovaquie¹⁵⁹⁰, plus rarement de la République tchèque¹⁵⁹¹ et de la Hongrie¹⁵⁹² sont largement comparables : elles concernent des femmes d'origine rom¹⁵⁹³ qui ont été stérilisées à la suite d'un accouchement, sans leur consentement libre et éclairé. Dans plusieurs cas, le personnel médical avait fait signer un formulaire attestant du consentement à la patiente, soit juste avant, soit juste après l'accouchement, parfois encore sous l'effet de sédatifs, avec des explications généralement fausses, par exemple qu'il s'agissait d'un formulaire que toute personne subissant une césarienne devait signer¹⁵⁹⁴.

Selon la Cour, ces faits sont constitutifs d'une violation tant de l'article 3 que de l'article 8 de la Convention. S'agissant du premier, la Cour rappelle que la « stérilisation constitue une atteinte majeure à la capacité d'une personne à procréer »¹⁵⁹⁵ et donc une grave atteinte à l'intégrité physique¹⁵⁹⁶. Si elle peut être pratiquée de manière légitime à la demande d'une personne, elle requiert impérativement un consentement libre et éclairé. Or, dans les cas d'espèce, un tel consentement fait clairement défaut. À cet égard, la Cour souligne aussi que la stérilisation « n'est pas généralement considérée comme une intervention chirurgicale de nature à sauver la vie de la patiente »¹⁵⁹⁷. Des complications qui pourraient se produire en cas de nouvelle grossesse, un argument avancé dans plusieurs affaires, ne justifient nullement de faire abstraction du consentement libre et éclairé de l'intéressée, dans la mesure où il n'existe aucune urgence d'agir dans l'immédiat et qu'un tel risque pourrait également être évité par des moyens moins incisifs¹⁵⁹⁸.

413

¹⁵⁹⁰ *K.H. et autres c. Slovaquie*, requête n° 32881/04, 28 avril 2009 ; *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012.

¹⁵⁹¹ *R.K. c. République tchèque* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 7883/08, 27 novembre 2012.

¹⁵⁹² *G.H. c. Hongrie* (déc.), requête n° 54041/14, 9 juin 2015 (perte de la qualité de victime parce que les tribunaux internes avaient reconnu une violation en raison du défaut de consentement écrit).

¹⁵⁹³ La requérante à l'origine de l'affaire *G.H. c. Hongrie* n'était pas elle-même d'origine rom, mais mariée à un homme d'origine rom dont elle portait le nom de famille (*G.H. c. Hongrie* [déc.], requête n° 54041/14, 9 juin 2015, § 8).

¹⁵⁹⁴ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 35 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 76 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, §§ 12, 25 ; voir aussi KLEBER, *Discrimination multiple*, p. 133 ; RUBIO-MARÍN/MÖSCHEL, pp. 895–896.

¹⁵⁹⁵ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 106.

¹⁵⁹⁶ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 116.

¹⁵⁹⁷ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 110.

¹⁵⁹⁸ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 110 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 74 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 122.

414 Nous avons vu précédemment que le droit à l'autonomie des patientes dans leurs relations avec le personnel médical et donc l'obligation d'obtenir un consentement libre et éclairé est consacré par divers instruments internationaux, dont la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, ratifiée par la Slovaquie au moment des faits, et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme¹⁵⁹⁹. C'est à ces instruments que la Cour se réfère dans son arrêt *V.C. c. Slovaquie*, afin de souligner l'importance de l'autonomie des patientes¹⁶⁰⁰ et de critiquer la « manière paternaliste » dont a agi le personnel de l'hôpital, ne laissant à la patiente aucun choix réel¹⁶⁰¹. Le reproche de paternalisme, justifié à notre sens, est d'autant plus remarquable que la Cour elle-même n'est pas toujours exempte d'un certain paternalisme vis-à-vis de personnes en situation de vulnérabilité, comme le montrent les arrêts traitant de la ségrégation scolaire¹⁶⁰².

415 Outre le droit à l'intégrité physique et psychique, la Cour a également constaté des manquements aux obligations positives découlant du droit à la vie privée et familiale. Ainsi, l'État slovaque n'avait pas « mis en place de garanties effectives destinées à protéger la santé reproductive des femmes roms en particulier »¹⁶⁰³, qui pourraient par exemple consister en une période de réflexion après un consentement à une stérilisation. La Cour a également analysé sous l'angle des obligations positives l'obligation de garantir l'accès aux dossiers médicaux¹⁶⁰⁴. Le fait d'analyser l'article 8 en plus de l'article 3 de la Convention a par ailleurs permis à la Cour de souligner l'effet de la stérilisation sur la vie familiale des requérantes. En effet, plusieurs d'entre elles indiquaient des difficultés dans leur couple en raison de leur stérilité¹⁶⁰⁵.

416 La vulnérabilité apparaît dans la plupart de ces affaires ; elle remplit notamment deux fonctions. Premièrement, la Cour considère que la vulnérabilité des requérantes en tant que membres de la minorité rom fait naître des obligations positives particulières dans le contexte de l'article 8 de la

¹⁵⁹⁹ Voir *supra*, nos 65–69.

¹⁶⁰⁰ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, §§ 108, 115.

¹⁶⁰¹ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 114.

¹⁶⁰² Voir *supra*, nos 404–411.

¹⁶⁰³ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 145 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 97 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 144.

¹⁶⁰⁴ *K.H. et autres c. Slovaquie*, requête n° 32881/04, 28 avril 2009, §§ 46–58.

¹⁶⁰⁵ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 118 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 68.

Convention, en particulier des garanties procédurales nécessaires afin de sauvegarder le droit effectif à une vie privée et familiale¹⁶⁰⁶. La Cour accepte que ces garanties – par exemple, un temps de réflexion de 72 heures après la signature d’un formulaire de consentement – revêtent une importance particulière pour les femmes roms, qui « courent un risque particulier » de stérilisation forcée¹⁶⁰⁷.

Deuxièmement, dans l’affaire *I.G. et autres c. Slovaquie*, la Cour tient compte de l’appartenance des requérantes à « un groupe vulnérable de la population » afin de conclure que le traitement subi atteignait le seuil de gravité de l’article 3 de la Convention¹⁶⁰⁸. Un autre facteur que la Cour relève – sans se référer à la vulnérabilité – est l’âge d’une des requérantes, mineure au moment des faits¹⁶⁰⁹. Ce ne sont toutefois que deux éléments qui ne semblent pas décisifs en l’occurrence, la « nature de l’intervention [et] ses circonstances »¹⁶¹⁰ étant à notre sens à elles seules suffisantes pour conclure à une atteinte à la dignité humaine et une violation du droit à l’intégrité physique et psychique¹⁶¹¹. Précisons que la Cour ne fait pas état d’une vulnérabilité situationnelle liée à l’accouchement – le fait d’être en travail d’accouchement, mais aussi sous médicaments – dans ces affaires, contrairement à d’autres affaires liées à la procréation. La Cour a notamment jugé dans plusieurs affaires polonaises relatives au droit à l’avortement qu’une femme enceinte venant d’apprendre la malformation grave de son fœtus était vulnérable et que, par conséquent, « les médecins [étaient] quasiment toujours en situation d’imposer leur avis »¹⁶¹².

¹⁶⁰⁶ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, §§ 145, 154 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, §§ 97–98 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 166.

¹⁶⁰⁷ *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 96 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 143 (notre traduction).

¹⁶⁰⁸ *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 123 (notre traduction).

¹⁶⁰⁹ *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 123.

¹⁶¹⁰ *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 123 (notre traduction).

¹⁶¹¹ Voir aussi *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 112, 119.

¹⁶¹² *Tysięc c. Pologne*, requête n° 5410/3, 20 mars 2007, § 85 ; voir aussi *R.R. c. Pologne*, requête n° 27617/04, 26 mai 2011, §§ 159, 209 ; à propos de la vulnérabilité à la suite d’un accouchement, voir aussi *Dupate c. Lettonie* [Comité], requête n° 18068/11, 19 novembre 2020, § 61 ; *Naltakyan c. Russie*, requête n° 54366/08, 20 avril 2021, § 183.

418 En revanche, la Cour ne conclut à l'existence d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention dans aucune de ces affaires¹⁶¹³. Au contraire, elle précise que :

« [I]es documents dont dispose la Cour indiquent que la pratique consistant à stériliser des femmes sans qu'elles aient au préalable donné leur consentement éclairé *touche des personnes vulnérables appartenant à différents groupes ethniques* »¹⁶¹⁴.

419 Ce raisonnement contredit l'analyse sous l'angle de l'article 8, dans laquelle la Cour a constaté que les femmes roms couraient un risque particulier de stérilisation forcée¹⁶¹⁵. Il surprend d'autant plus à la lumière de l'approche de l'arrêt de Grande Chambre *D.H. et autres c. République tchèque*¹⁶¹⁶. En effet, nous estimons que la Cour disposait d'éléments suffisants pour conclure à l'existence d'une discrimination au moins indirecte. Nous pouvons en particulier relever les éléments suivants : l'inscription « patiente d'origine rom » à la rubrique « antécédents médicaux » du dossier médical¹⁶¹⁷, l'existence avérée d'attitudes négatives à l'égard de femmes roms, les pratiques incitant les femmes roms à la stérilisation pendant la période communiste ou encore diverses plaintes de femmes roms laissant penser que les pratiques de stérilisations forcées les touchent particulièrement, autant d'éléments soulignés par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, l'ECRI et le Comité CEDEF et auxquels la Cour se réfère¹⁶¹⁸. Ces éléments devraient constituer un « commencement de preuve », charge ensuite au gouvernement défendeur de prouver que la pratique était fondée sur des raisons objectives sans lien avec l'appartenance ethnique de la patiente¹⁶¹⁹. De plus, nous avons déjà relevé que

¹⁶¹³ Pour une analyse, voir en particulier *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, §§ 169–180.

¹⁶¹⁴ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 177 (nous soulignons) ; voir aussi *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 96 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 143.

¹⁶¹⁵ *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 96 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 143 ; à ce propos, voir aussi *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 146 et les réf. cit.

¹⁶¹⁶ Voir *supra*, nos 404–411.

¹⁶¹⁷ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 17. L'existence d'une telle inscription – *a priori* injustifiée, d'autant plus qu'elle n'a pas mené à une « attention particulière » aux besoins de la patiente, comme l'avaient prétendu les autorités nationales – peut même être considérée comme un indice pour une intention discriminatoire de la part du personnel médical et donc une discrimination directe.

¹⁶¹⁸ *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, §§ 146–148.

¹⁶¹⁹ Voir également *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, op. diss. MIJOVIĆ ; MAČKIĆ, pp. 213–220.

la Cour elle-même avait accepté l'existence d'un risque particulier pour les femmes roms dans son analyse du droit à une vie privée et familiale¹⁶²⁰. L'analyse de la Cour sous l'angle de l'article 14 CEDH est d'autant plus décevante que ces affaires lui auraient donné l'opportunité de reconnaître une discrimination intersectionnelle, liée à la fois à l'origine ethnique et au genre des requérantes¹⁶²¹.

À titre d'illustration, citons l'affaire *B.S. c. Espagne*, dans laquelle la Cour a relevé la vulnérabilité particulière de la requérante en tant que « femme africaine exerçant la prostitution »¹⁶²². Cette formulation peut être vue comme une reconnaissance des sources de vulnérabilité multiples et de leur interaction, en d'autres termes, comme une analyse intersectionnelle de la vulnérabilité particulière de la requérante. Elle a permis à la Cour de conclure à une violation de l'article 14 CEDH en lien avec l'article 3 CEDH, les autorités n'ayant pas enquêté sur les motifs discriminatoires des contrôles policiers répétés et des violences que la requérante alléguait avoir subis. Une approche similaire aurait permis à la Cour de constater une discrimination multiple en raison du genre et de l'origine ethnique dans les affaires relatives à la stérilisation des femmes roms que nous venons d'analyser¹⁶²³.

420

C. Les violences policières et privées

Les violences policières et privées à motivation raciste ou discriminatoire sont une autre thématique importante pour les personnes roms. Dans la mesure où la « violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine »¹⁶²⁴, on pourrait s'attendre à ce que les références à la vulnérabilité abondent. Or, de manière surprenante, la vulnérabilité est relativement absente de la

421

¹⁶²⁰ *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 63 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, § 143 (notre traduction) ; voir aussi RUBIO-MARÍN/MÖSCHEL, pp. 898–899.

¹⁶²¹ Les requérantes elles-mêmes avaient soutenu être discriminées à double titre : en tant que membres de la minorité rom et en tant que femmes, soulignant par là le caractère intersectionnel de la discrimination subie (voir *V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, § 169 ; *N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012, § 111 ; *I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012, §§ 160–161) ; voir aussi KLEBER, *Discrimination multiple*, pp. 133–135 ; RUBIO-MARÍN/MÖSCHEL, pp. 890, 897–898, qui analysent comment l'aspect de la discrimination raciale ou ethnique a pris le dessus sur l'élément de violence à l'égard des femmes dans ces affaires.

¹⁶²² *B.S. c. Espagne*, requête n° 47159/08, 24 juillet 2012, § 71 ; pour une analyse critique de cet arrêt, voir ESTRADA-TANCK, pp. 234–235.

¹⁶²³ Voir aussi YOSHIDA, pp. 201–203.

¹⁶²⁴ *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n°s 43577/98 et 435779/98, 6 juillet 2005, § 145.

jurisprudence topique, à quelques exceptions près¹⁶²⁵. Cette absence va de pair avec des exigences sévères quant à la discrimination en la matière.

422 Ainsi, la Cour a jugé dès 2000 qu'une intention discriminatoire devait être établie « au-delà de tout doute raisonnable » pour constater une violation de l'article 14 CEDH¹⁶²⁶. Ce raisonnement, confirmé par la suite, a été critiqué par le juge BONELLO, qui précise que :

«[I]a Cour a reconnu fréquemment et régulièrement que des membres de minorités vulnérables avaient été tués ou soumis à des traitements effroyables contraires à l'article 3 ; mais pas une fois elle n'a estimé que ces faits étaient liés à leur spécificité ethnique. Kurdes, Noirs, musulmans, Roms et autres sont encore et encore tués, torturés ou estropiés, mais la Cour ne peut se convaincre que leurs race, couleur, nationalité ou lieu d'origine aient quelque chose à y voir. Des infortunes s'abattent ponctuellement sur des groupes minoritaires déshérités, mais seulement du fait de coïncidences propices »¹⁶²⁷.

423 Une critique similaire est régulièrement exprimée par l'ERRC qui soulève, dans ses tierces interventions, la difficulté pour des « victimes vulnérables se plaignant d'actes de violence raciale » de remplir cette exigence de preuve élevée et invite la Cour à analyser la question des violences anti-rom sous l'angle de la discrimination structurelle¹⁶²⁸. En dépit de cela, la Cour a maintenu le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », qui doit également porter sur l'existence d'une intention discriminatoire¹⁶²⁹. Elle n'a pas non plus été prête à renverser le fardeau de la preuve pour le faire peser sur l'État défendeur, comme c'est le cas dans un contexte de détention. À notre sens, le critère qui a mené à ce renversement dans le cadre de la détention – à savoir que

¹⁶²⁵ Voir aussi MÖSCHEL, p. 504 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1070.

¹⁶²⁶ *Velikova c. Bulgarie*, requête n° 41488/98, 18 mai 2000, §§ 70, 94 ; *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n°s 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005, § 147 ; *M.B. et autres c. Slovaquie*, requête n° 45322/17, 1^{er} avril 2021, §§ 69–71 ; pour les origines et une analyse de ce critère, voir MAČKIĆ, pp. 140–157.

¹⁶²⁷ *Angelova c. Bulgarie*, requête n° 38361/97, 13 juin 2002, op. part. diss. BONELLO, § 3.

¹⁶²⁸ *Balázs c. Hongrie*, requête n° 15529/12, 20 octobre 2015, §§ 44–46 ; *R.B. c. Hongrie*, requête n° 64602/12, 12 avril 2016, §§ 75–77 ; *M.F. c. Hongrie*, requête n° 45855/12, 31 octobre 2017, § 64.

¹⁶²⁹ *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n°s 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005, §§ 147, 157 ; *M.B. et autres c. Slovaquie*, requête n° 45322/17, 1^{er} avril 2021, §§ 69–71 ; voir aussi MAČKIĆ, pp. 140–157.

les preuves sont largement détenues par les autorités¹⁶³⁰ – justifierait qu'on l'étende aux violences policières. Ce raisonnement se justifierait d'autant plus à la lumière du déséquilibre de pouvoir entre les forces de l'ordre et les membres d'une minorité vulnérable.

Parmi les affaires dans lesquelles la Cour a conclu à une violation de l'article 14 CEDH en lien avec le volet substantiel et non pas seulement procédural de l'article 3 CEDH, citons l'affaire *Burlyya et autres c. Ukraine*¹⁶³¹. Celle-ci portait sur des violences commises par des personnes privées, mais tolérées par l'État. Plusieurs centaines de personnes avaient saccagé les domiciles des requérantes et détruit leurs possessions, en présence de la police¹⁶³². La destruction était précédée d'une assemblée villageoise qui avait décidé de l'expulsion de toutes les habitantes roms ; les requérantes ont d'ailleurs été prévenues par les autorités qu'un « pogrom » allait avoir lieu. Dans cette affaire, la Cour conclut à une violation de l'article 14 CEDH en lien avec le volet substantiel de l'article 3 CEDH. Or, il est difficile d'imaginer des crimes de haine plus explicites : ainsi, l'affaire ne modifie en rien l'exigence élevée de la Cour à cet égard¹⁶³³. Cette affaire fait aussi partie des rares dans ce domaine où la Cour se réfère à la vulnérabilité. Celle-ci apparaît dans l'analyse du seuil de gravité de l'article 3 CEDH, parallèlement aux « sentiments de peur, angoisse, impuissance et infériorité » ressentis par les requérantes¹⁶³⁴. Cette analyse permet à la Cour de conclure à l'existence d'une atteinte à la dignité et, partant, d'un traitement dégradant même dans le chef des requérantes qui n'avaient pas été présentes sur les lieux pendant le saccage : leur décision de quitter leurs domiciles n'avait pas été libre, mais avait constitué le seul moyen de se protéger, d'autant plus qu'elles ne pouvaient compter sur aucune protection de la part des autorités¹⁶³⁵.

Si la Cour a maintenu ses exigences élevées concernant la preuve du caractère discriminatoire de violences, une évolution a eu lieu sur le plan procédural.

¹⁶³⁰ Pour reprendre les termes de la Cour, il s'agit de circonstances dans lesquelles « les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités » (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n^{os} 43577/98 et 435779/98, 6 juillet 2005, § 159).

¹⁶³¹ *Burlyya et autres c. Ukraine*, requête n^o 3289/10, 6 novembre 2018.

¹⁶³² *Burlyya et autres c. Ukraine*, requête n^o 3289/10, 6 novembre 2018, §§ 12, 27.

¹⁶³³ Pour une critique des exigences particulièrement élevées dans le domaine des discriminations raciales, voir MÖSCHEL, pp. 488–500 ; RUBIO-MARÍN/MÖSCHEL, pp. 888–899.

¹⁶³⁴ *Burlyya et autres c. Ukraine*, requête n^o 3289/10, 6 novembre 2018, § 134. À ce propos, la Cour conclut uniquement à une violation des articles 8 et 14 CEDH par rapport aux requérantes qui, absentes au moment des faits, n'avaient appris la destruction des maisons que par la suite (*idem*, §§ 164–170).

¹⁶³⁵ *Burlyya et autres c. Ukraine*, requête n^o 3289/10, 6 novembre 2018, § 134.

Ainsi, à partir de l'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* rendu en 2005, la Cour reconnaît de manière systématique que les autorités ont une obligation positive d'enquêter sur l'existence de mobiles racistes ou haineux en présence d'indices concrets¹⁶³⁶. Dégagée d'abord en lien avec des violences policières¹⁶³⁷, cette obligation existe également en cas de violences privées¹⁶³⁸. L'obligation d'enquêter sur l'existence d'éventuels motifs racistes ou haineux découle tant des volets procéduraux des articles 2 ou 3 de la Convention que d'une combinaison de ces articles avec l'interdiction de la discrimination¹⁶³⁹. La Cour a déduit une obligation d'enquête similaire de l'article 8 CEDH en présence de violences verbales¹⁶⁴⁰ ou dans le cas de manifestations ouvertement antisémites, incluant des slogans et discours incitant à la haine¹⁶⁴¹.

426 Cette obligation est justifiée par la « nécessité de réaffirmer en permanence la condamnation, par la société, du racisme et de la haine ethnique et de préserver la confiance des minorités dans la capacité des autorités à les protéger de la menace de violences racistes »¹⁶⁴². Dans l'affaire *Balázs c. Hongrie*, la Cour tisse le lien avec la vulnérabilité, en rappelant que les « roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable », qui a « besoin d'une protection spéciale »¹⁶⁴³ ; elle en déduit que « s'agissant d'infractions commises au détriment des membres de groupes particulièrement vulnérables, une enquête rigoureuse est nécessaire »¹⁶⁴⁴. Au-delà de la confiance des minorités, la Cour a également insisté sur la portée de la lutte antiraciste pour la société dans son ensemble, en précisant notamment que :

¹⁶³⁶ HARRIS ET AL., pp. 793–796 ; SCHLÜTER, pp. 420–442.

¹⁶³⁷ *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n^{os} 43577/98 et 435779/98, 6 juillet 2005, §§ 160–168 ; voir aussi MAČKIĆ, pp. 58–65 ; MÖSCHEL, pp. 484–485.

¹⁶³⁸ BREMS, Procedural protection, p. 144 ; HARRIS ET AL., pp. 795–796 ; MAČKIĆ, p. 67 ; MÖSCHEL, pp. 489–493.

¹⁶³⁹ *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n^{os} 43577/98 et 435779/98, 6 juillet 2005, § 161 ; *Balázs c. Hongrie*, requête n^o 15529/12, 20 octobre 2015, § 54 ; *M.B. et autres c. Slovaquie*, requête n^o 45322/17, 1^{er} avril 2021, §§ 84–89 (analyse uniquement sous l'angle de l'article 3 CEDH) ; voir aussi ARNARDÓTTIR, Burden, pp. 27–29 ; MAČKIĆ, p. 66–82 ; MÖSCHEL, pp. 484–493 et les réf. cit. Cette obligation n'est bien sûr pas limitée aux violences anti-rom ; pour une application dans le contexte des violences LGBTIQ-phobes, voir infra, n^{os} 453–460.

¹⁶⁴⁰ *R.B. c. Hongrie*, requête n^o 64602/12, 12 avril 2016, §§ 78–91.

¹⁶⁴¹ *Király et Dömötör c. Hongrie*, requête n^o 10851/13, 17 janvier 2017, §§ 76–82.

¹⁶⁴² *Natchova et autres c. Bulgarie*, requêtes n^{os} 43577/98 et 435779/98, 26 février 2004, § 157, repris dans *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes n^{os} 43577/98 et 435779/98, 6 juillet 2005, § 160 ; voir aussi *Sakir c. Grèce*, requête n^o 48475/09, 24 mars 2016, § 64, au sujet d'un migrant ayant subi des violences à caractère potentiellement raciste.

¹⁶⁴³ *Balázs c. Hongrie*, requête n^o 15529/12, 20 octobre 2015, § 53 (notre traduction).

¹⁶⁴⁴ *Balázs c. Hongrie*, requête n^o 15529/12, 20 octobre 2015, § 53 (notre traduction).

« [r]acist violence is a particular affront to human dignity and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism and racist violence, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of its enrichment »¹⁶⁴⁵.

Cette affirmation met en lumière la relation entre la dimension de reconnaissance de l'égalité substantielle – la lutte contre les stéréotypes et la stigmatisation – et sa visée transformatrice – le fait de construire une société qui « accommode » la diversité, mais plus encore, la valorise¹⁶⁴⁶. 427

D. Le domicile et le logement

Dans la continuité de l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* étudié au chapitre 3¹⁶⁴⁷, la Cour a rendu plusieurs arrêts consacrés à la vie itinérante et à la protection du domicile de personnes roms. Dans ce contexte, elle réaffirme l'obligation positive de tenir compte des besoins spécifiques des requérantes en tant que membres d'une minorité vulnérable¹⁶⁴⁸. Partant, elle a conclu à la violation de l'article 8 CEDH dans plusieurs affaires relatives à l'expulsion d'aires de stationnement¹⁶⁴⁹. Cependant, s'agissant du stationnement de caravanes en zone agricole, elle a maintenu sa position exprimée dans l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, à savoir que l'État bénéficie d'une marge d'appréciation étendue¹⁶⁵⁰. 428

Les arrêts *Yordanova et autres c. Bulgarie* et *Winterstein et autres c. France* ont permis de concrétiser et d'étendre les obligations étatiques en la matière¹⁶⁵¹. Les deux affaires portent sur l'expulsion des requérantes de terrains où elles avaient 429

¹⁶⁴⁵ *M.B. et autres c. Slovaquie*, requête n° 45322/17, 1^{er} avril 2021, § 103.

¹⁶⁴⁶ À propos du concept d'égalité substantielle et de sa dimension transformatrice, voir *supra*, n° 50.

¹⁶⁴⁷ Voir *supra*, nos 193–196.

¹⁶⁴⁸ *Connors c. Royaume-Uni*, requête n° 66746/01, 27 mai 2004, § 84 ; *Stenegry et Adam c. France* (déc.), requête n° 40987/05, 22 mai 2007, § 1 ; *Buckland c. Royaume-Uni*, requête n° 40060/08, 18 septembre 2012, § 28.

¹⁶⁴⁹ *Connors c. Royaume-Uni*, requête n° 66746/01, 27 mai 2004, § 84 ; *Buckland c. Royaume-Uni*, requête n° 40060/08, 18 septembre 2012, § 28.

¹⁶⁵⁰ *Wells c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 37794/05, 16 janvier 2007, § 1 ; *Stenegry et Adam c. France* (déc.), requête n° 40987/05, 22 mai 2007, § 2 (concernant principalement le refus des autorités de raccorder les requérantes au réseau d'eau et d'électricité).

¹⁶⁵¹ *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012 ; *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013.

habité pendant plusieurs années, voire plusieurs décennies. Dans l'affaire *Yordanova*, il s'agissait d'un campement non autorisé toléré par les autorités pendant plusieurs décennies¹⁶⁵². Dans l'affaire *Winterstein*, les requérantes avaient vécu durant plusieurs années dans des caravanes stationnées sur un terrain dont elles étaient propriétaires ou locataires, contrevenant aux règles d'aménagement du territoire¹⁶⁵³. Dans les deux cas, la Cour a jugé l'expulsion disproportionnée, eu égard notamment à la longue durée de présence des requérantes sur les terrains respectifs et compte tenu de la vulnérabilité particulière des requérantes en tant que membres d'une minorité¹⁶⁵⁴. Si elle continue d'affirmer que la marge d'appréciation nationale est étendue s'agissant des politiques d'aménagement du territoire et environnementales, l'arrêt *Winterstein* relativise cette affirmation, en citant le caractère intime d'un droit et son importance pour l'identité d'une personne comme facteurs restreignant cette marge¹⁶⁵⁵. La vie itinérante – ou la vie en caravane, pour les personnes s'étant sédentarisées – fait justement partie des éléments constitutifs d'une identité¹⁶⁵⁶. Ces arrêts confirment la pertinence de la vulnérabilité comme élément dont la Cour tient compte dans la pesée des intérêts, et consolident l'obligation positive procédurale amorcée par les arrêts *Chapman*, à savoir que les États doivent eux-mêmes prendre en compte la vulnérabilité lors de leur évaluation sous l'angle de l'article 8 par. 2 CEDH¹⁶⁵⁷.

430 Néanmoins, l'évolution la plus remarquable des arrêts *Yordanova* et *Winterstein* se situe au niveau des obligations positives. En effet, ceux-ci permettent de cristalliser une véritable obligation de relogement. À cet égard, la Cour évoque plusieurs textes internationaux qui « insistent sur la nécessité, en

¹⁶⁵² *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, § 131.

¹⁶⁵³ *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 96.

¹⁶⁵⁴ *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, §§ 121, 131–133 ; *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, §§ 152, 159–160.

¹⁶⁵⁵ *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 148. L'importance du droit en question joue en lui-même un rôle considérable. Ainsi, dans l'arrêt *Winterstein*, la Cour souligne que « la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile » (*Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 155), ajoutant dans des affaires ultérieures que ceci est vrai « indépendamment de la question de savoir si les requérantes appartiennent à un groupe particulièrement vulnérable ou non » (*Kaminskas c. Lituanie*, requête n° 44817/18, 4 août 2020, § 57 [nous traduisons]).

¹⁶⁵⁶ *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 142. Signalons au passage la décision d'irrecevabilité *Horie c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 31845/10, 1^{er} février 2011, dans laquelle la Cour considère, de manière passablement essentialisante, que le mode de vie nomade ne faisait pas partie de l'identité de la requérante, qui n'appartenait pas à la minorité des gens de voyage (voir aussi PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1071 ; à propos du risque d'essentialisation, voir *supra*, n^{os} 157–159).

¹⁶⁵⁷ Voir *supra*, n^{os} 408, 428.

cas d'expulsions forcées de Roms et gens du voyage, de leur fournir un relogement, sauf en cas de force majeure »¹⁶⁵⁸. Dans l'arrêt *Yordanova*, la Cour accepte même que, dans certains cas exceptionnels, il puisse découler de l'article 8 CEDH « une obligation de fournir des abris aux personnes particulièrement vulnérables »¹⁶⁵⁹. Tout en se référant à l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, qui avait reconnu la stigmatisation des personnes roms comme facteur principal de leur vulnérabilité¹⁶⁶⁰, l'arrêt *Yordanova* met ainsi en avant le désavantage socio-économique comme facteur de vulnérabilité et reconnaît que les États ont, dans certaines circonstances, une obligation d'y répondre¹⁶⁶¹. Celle-ci reste toutefois exceptionnelle, la Cour rappelant explicitement que l'article 8 CEDH ne garantit pas un droit à un logement¹⁶⁶². Enfin, la Cour précise explicitement qu'on ne peut reprocher aux requérantes d'avoir refusé un logement social au motif qu'il ne correspondait pas à leur mode de vie¹⁶⁶³.

L'arrêt *Bagdonavicius et autres c. Russie*¹⁶⁶⁴ reprend et réaffirme ces obligations. 431
Les trente-trois requérantes à l'origine de cette affaire se sont plaintes de la destruction de leurs maisons et de leur expulsion d'un village où elles ou des membres de leur famille vivaient de longue date, certaines depuis 1956¹⁶⁶⁵. Rappelant ses conclusions dans les affaires précitées, la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention, non seulement en raison de l'absence de garanties procédurales suffisantes entourant la décision et les modalités de l'expulsion, mais aussi de l'absence de toute tentative de relogement, en consultation avec les intéressées¹⁶⁶⁶.

En revanche, la Cour rejette le grief tiré de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 432
comme manifestement mal fondé et n'examine par l'interdiction des

¹⁶⁵⁸ *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 159, se référant en particulier à APCE, Résolution 1740(2010) ; COMITÉ DES MINISTRES, Rec(2005)4 ; CDESC, Observation générale n° 7. Voir aussi *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, §§ 73, 74 et 83.

¹⁶⁵⁹ *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, § 130.

¹⁶⁶⁰ Voir *supra*, n° 408.

¹⁶⁶¹ *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, §§ 129–131 ; voir aussi LAVRYSEN, *Poverty*, p. 320 ; PASTRE-BELDA, *Dimension*, pp. 193–194 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1067–1068.

¹⁶⁶² *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, § 130 ; voir aussi *infra*, n° 467, 469, s'agissant de requérantes d'asile contraintes à vivre dans la rue.

¹⁶⁶³ *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, § 131 ; *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 163 ; voir déjà *Stenegry et Adam c. France* (déc.), requête n° 40987/05, 22 mai 2007, § 2.

¹⁶⁶⁴ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n° 19841/06, 11 octobre 2016.

¹⁶⁶⁵ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n° 19841/06, 11 octobre 2016, §§ 10, 101.

¹⁶⁶⁶ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n° 19841/06, 11 octobre 2016, §§ 99–108.

discriminations, ce qui est regrettable à notre sens. Concernant l'interdiction des discriminations, la juge KELLER soulève notamment l'approche excessivement formaliste des autorités russes lorsque certaines des requérantes ont essayé, en vain, de régulariser leurs constructions et le contexte de marginalisation et d'exclusion sociale des personnes roms en Russie¹⁶⁶⁷. Elle estime que ces deux éléments suffisaient à faire naître une présomption de discrimination, citant pour le surplus des éléments plus concrets, comme l'approche stéréotypée des autorités russes qui avaient, lors de plusieurs prises de position publiques, fait l'amalgame entre les habitantes roms et la criminalité dans la région et le fait que les deux seules maisons non rasées appartenaient apparemment à des familles non roms¹⁶⁶⁸. Nous estimons que ces mêmes éléments auraient dû amener la Cour à conclure, en plus des articles 8 et 14 CEDH, à une violation des articles 1^{er} du Protocole n° 1 et 14 CEDH pris ensemble¹⁶⁶⁹.

433 L'arrêt *Hirtu et autres c. France*, dans lequel la Cour a également conclu à une violation de l'article 8 CEDH, se distingue des précédentes par la courte durée – moins de six mois – pendant laquelle les requérantes avaient stationné sur le terrain avant d'en être expulsées¹⁶⁷⁰. La Cour en déduit que le campement ne peut être considéré comme domicile¹⁶⁷¹. Si cela n'est guère étonnant au vu de la jurisprudence, il s'agit néanmoins d'une occasion manquée d'interpréter la Convention en tenant pleinement compte de la vulnérabilité des requérantes et en « accord[ant] une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »¹⁶⁷² ; celle-ci ne porte toutefois guère à conséquence, puisque la Cour conclut à une ingérence dans la vie privée et familiale des requérantes¹⁶⁷³. À ce propos, la Cour réaffirme que les autorités internes doivent prendre en considération « l'appartenance des requérants à un groupe socialement défavorisé et leurs besoins particuliers » dans leur examen de proportionnalité, s'agissant à la fois de la nécessité d'une mesure d'expulsion en cas d'occupation illégale et des modalités de l'expulsion lorsque celle-ci se révèle nécessaire¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁶⁷ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n° 19841/06, 11 octobre 2016, op. diss. KELLER, §§ 3–4.

¹⁶⁶⁸ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n° 19841/06, 11 octobre 2016, op. diss. KELLER, §§ 5–9.

¹⁶⁶⁹ En effet, pour conclure que le grief sous l'article 1^{er} du Protocole n° 1 est manifestement mal fondé, la Cour prend en considération l'absence de document attestant la possession des requérantes : or, il existe à tout le moins une présomption que l'attitude discriminatoire des autorités a empêché les requérantes de régulariser leurs habitations.

¹⁶⁷⁰ *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, § 65.

¹⁶⁷¹ *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, § 65.

¹⁶⁷² *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, § 70.

¹⁶⁷³ *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, §§ 65–66.

¹⁶⁷⁴ *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, §§ 71–76.

En l'espèce, un examen de la proportionnalité a seulement eu lieu en instance d'appel, soit dix-huit mois après l'évacuation, raison pour laquelle la Cour conclut également à une violation de l'article 13 CEDH¹⁶⁷⁵.

En dernier lieu, citons l'affaire *Hudorovič et autres c. Slovénie*¹⁶⁷⁶. À son origine se trouvent deux requêtes soumises par plusieurs personnes roms qui se plaignaient de l'absence de services publics élémentaires, notamment l'accès à l'eau potable et aux eaux usées, leur campement ne bénéficiant pas de raccordements, ce qu'elles estimaient être dû à une attitude discriminatoire des autorités¹⁶⁷⁷. Ainsi, « [l]a considération essentielle dans l'appréciation de la Cour concerne la portée de l'obligation positive qui incombe à l'État de fournir l'accès aux services publics, en particulier à un groupe socialement défavorisé »¹⁶⁷⁸. Il est remarquable que la Cour ait déclaré recevable la requête ; d'ailleurs, la Cour laisse ouverte la question de l'applicabilité des articles 8 et 14 CEDH¹⁶⁷⁹. Sur le fond, l'arrêt présente un tableau contrasté. S'agissant de l'accès à l'eau potable, d'abord, la Cour reconnaît que celui-ci pourrait entrer le cadre de l'article 8 CEDH, mais pose des conditions extrêmement restrictives, au point qu'il sera difficile, voire impossible, de les remplir :

« [t]he Court makes clear that access to safe drinking water is not, as such, a right protected by Article 8 of the Convention. However, the Court must be mindful of the fact that without water the human person cannot survive. A persistent and long-standing lack of access to safe drinking water can therefore, by its very nature, have adverse consequences for health and human dignity effectively eroding the core of private life and the enjoyment of a home within the meaning of Article 8. Therefore, when these stringent conditions are fulfilled, the Court is unable to exclude that a convincing allegation may trigger the State's positive obligations under that provision »¹⁶⁸⁰.

Ensuite, concernant la situation spécifique des requérantes, la Cour réaffirme la situation vulnérable des personnes roms et l'obligation positive de tenir

¹⁶⁷⁵ *Hirt et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, §§ 74, 85–91.

¹⁶⁷⁶ *Hudorovič et autres c. Slovénie*, requêtes n°s 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020.

¹⁶⁷⁷ *Hudorovič et autres c. Slovénie*, requêtes n°s 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, §§ 119–122.

¹⁶⁷⁸ *Hudorovič et autres c. Slovénie*, requêtes n°s 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, § 143 (notre traduction).

¹⁶⁷⁹ *Hudorovič et autres c. Slovénie*, requêtes n°s 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, §§ 159, 162.

¹⁶⁸⁰ *Hudorovič et autres c. Slovénie*, requêtes n°s 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, § 116.

compte de leurs besoins particuliers¹⁶⁸¹. Elle reconnaît également que la législation slovène, qui met les frais du raccordement individuel à charge des propriétaires et limite celui-ci aux bâtiments autorisés, pourrait avoir un impact disproportionné sur les membres de la communauté rom, dont une partie substantielle vit dans des campements non autorisés par le droit interne¹⁶⁸². Toutefois, en l'espèce, la Cour estime que les autorités avaient pris des mesures suffisantes pour atténuer ces risques. À ce propos, elle souligne notamment les efforts de régularisation de campements roms entrepris par les autorités slovènes¹⁶⁸³. Tout en concédant qu'il n'est pas clair si les requérantes avaient des perspectives réalistes de relogement ou régularisation, elle déduit du fait qu'elles bénéficient de l'aide sociale qu'elles vivaient dans le campement de leur propre choix¹⁶⁸⁴. À ce propos, la Cour réaffirme également la marge d'appréciation étendue s'agissant des questions de logement¹⁶⁸⁵.

436 La Cour accepte donc, en définitive, l'argument du gouvernement selon lequel le caractère illicite du campement empêchait sa viabilisation. Ce raisonnement est critiqué, à juste titre selon nous, par les deux juges dissidents¹⁶⁸⁶. Soulignant en particulier l'importance de garantir des droits « pratiques et effectifs », les juges critiquent l'approche formaliste de la Cour, précisant en particulier que la situation des requérantes ne différerait pas réellement de situations où la Cour a conclu à une violation de l'article 8 CEDH, par exemple parce qu'un cimetière ou une mine avait contaminé l'eau¹⁶⁸⁷. Les juges dissidents précisent par ailleurs que la situation précaire de bon nombre de campements roms renforce à son tour la stigmatisation de cette communauté¹⁶⁸⁸. Ces propos indiquent aussi le lien étroit entre deux dimensions de l'égalité substantielle : la reconnaissance, visant à combattre les stéréotypes

¹⁶⁸¹ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, § 142.

¹⁶⁸² *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, §§ 143, 147.

¹⁶⁸³ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, §§ 148–151.

¹⁶⁸⁴ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, §§ 147–152, 158.

¹⁶⁸⁵ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, § 158. À ce propos, voir aussi VILLIGER, n^o 877.

¹⁶⁸⁶ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, op. diss. PAVLI, KÜRIS.

¹⁶⁸⁷ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, op. diss. PAVLI, KÜRIS, §§ 11–17. La majorité se réfère en particulier aux arrêts *Dubetska et autres c. Ukraine*, requête n^o 30499/03, 10 février 2011 et *Dzemyuk c. Ukraine*, requête n^o 42488/02, 4 septembre 2014 (*Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, § 113).

¹⁶⁸⁸ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes n^{os} 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, op. diss. PAVLI, KÜRIS, § 14.

et la stigmatisation, et des aspects matériels de l'égalité¹⁶⁸⁹. Il est d'autant plus regrettable que ni la majorité ni les juges dissidents n'aient saisi l'occasion d'analyser la question de l'accès à l'eau sous l'angle de l'interdiction des discriminations¹⁶⁹⁰.

E. Appréciation

Dans ce qui précède, nous avons examiné la jurisprudence de la Cour relative aux personnes roms dans quatre domaines : la ségrégation scolaire, la stérilisation forcée, les violences policières et privées et des questions liées au domicile et au logement, notamment l'expulsion de zones de stationnement ou d'habitation. Ce choix reflète l'importance de ces thématiques, aussi bien pour la thématique que pour la notion de vulnérabilité ; il y aurait évidemment d'autres domaines à aborder. Pour n'en citer qu'un exemple, la Cour a tenu compte de l'origine rom des requérantes dans plusieurs affaires concernant le placement et l'adoption d'enfants, un élément qui, selon elle, aurait dû peser plus dans la pesée des intérêts effectuée par les autorités internes¹⁶⁹¹.

Dans les arrêts portant sur la ségrégation scolaire, dont le premier a été rendu en 2007, la Cour qualifie de manière systématique les personnes roms de groupe particulièrement vulnérable. La reconnaissance de cette vulnérabilité facilite le constat de discrimination à plusieurs égards. Elle permet d'expliquer la *ratio legis* derrière les motifs suspects de discrimination, et souligner davantage leur importance. Elle opère également une gradation à l'intérieur des motifs suspects, en soulignant le contrôle particulièrement strict – et la marge d'appréciation étroite – lorsque des mesures concernent un groupe particulièrement vulnérable. Le raisonnement de ces arrêts est le même que celui que nous avons vu plus haut en lien avec le handicap : la vulnérabilité est une manière, pour la Cour, de reconnaître la stigmatisation et le désavantage socio-économique qui va de pair, et d'obliger les États, à travers l'interdiction des discriminations, d'en compenser les résultats les plus préjudiciables. Cette jurisprudence comporte également une dimension transformatrice : ainsi, dès

¹⁶⁸⁹ À propos des quatre dimensions de l'égalité substantielle, voir *supra*, n° 50.

¹⁶⁹⁰ *Hudorovič et autres c. Slovaquie*, requêtes nos 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020, §§ 160–162 ; *idem*, op. diss. PAVLI/KÜRIS, §§ 20–21.

¹⁶⁹¹ *Jansen c. Norvège*, requête n° 2822/16, 6 septembre 2018, §§ 101–104 ; *Hernehult c. Norvège*, requête n° 14652/16, 10 février 2020, §§ 73–74.

l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, la Cour reconnaît que les États ont une obligation de prendre des mesures afin de corriger des inégalités factuelles.

439 Les autres domaines que nous avons examinés ici ne soulèvent pas moins des questions d'égalité substantielle, mais ces aspects sont moins présents dans le raisonnement judiciaire. Ainsi, de manière plutôt surprenante, la Cour n'a conclu à une violation de l'article 14 CEDH dans aucune des affaires relatives à la stérilisation forcée que nous avons examinées. À ce propos, elle a insisté, de manière excessive à notre sens, sur l'absence d'intention discriminatoire de la part des médecins et, sur le plan statistique, sur le fait que les stérilisations concernaient également des femmes d'autres ethnicités. Ce faisant, elle n'a pas accordé un poids suffisant ni aux stigmatisations passées et présentes dont font l'objet les personnes roms, ni à la situation spécifique des femmes roms.

440 S'agissant des violences policières et privées, la jurisprudence a consolidé, au cours des dernières années, l'obligation positive d'enquêter sur l'existence de motivations racistes ou discriminatoires. En revanche, la Cour ne reconnaît que rarement une violation substantielle de l'article 14 CEDH. Ceci est notamment dû aux exigences élevées que la Cour maintient en matière de preuve, exigeant une preuve « au-delà de tout doute raisonnable » et refusant de procéder à un renversement du fardeau de la preuve, malgré la présence d'indices clairs quant au caractère structurel de ces violences.

441 Dans les arrêts concernant le domicile et notamment l'expulsion de personnes roms soit d'aires de stationnement, soit de leurs habitations, la Cour a reconnu des obligations positives procédurales : les États doivent notamment procéder à une pesée des intérêts qui tienne compte de la vulnérabilité particulière des intéressées et envisager des solutions alternatives. La Cour a également reconnu, dans certains cas, une obligation de relogement. En revanche, elle ne s'est référée à l'interdiction des discriminations que dans des cas rares, extrêmes – nous pensons en particulier à l'affaire *Bagdonavicius c. Russie*. Le fait de thématiser davantage le rôle d'attitudes stigmatisantes aurait permis de reconnaître plus largement l'existence de discriminations contraires à l'article 14 CEDH. Cela éviterait également une attitude trop restrictive de la Cour de

peur d'une « socialisation » trop poussée de la Convention, comme c'était le cas dans l'affaire *Hudorovič et autres c. Slovénie*¹⁶⁹².

V. Les personnes LGBTIQ

Dans un article publié en 2013, PERONI et TIMMER citent les personnes LGBT[IQ] 442 comme étant un exemple d'un groupe qui « aurait facilement pu entrer dans la notion groupes vulnérables », en appliquant les critères que la Cour a utilisés dans d'autres affaires, tout particulièrement les questions de stéréotypisation, de stigmatisation et d'exclusion sociale¹⁶⁹³. À ce moment, la Cour ne s'était encore jamais référée à la notion de groupe vulnérable en lien avec l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, seulement – dans quelques rares affaires – aux sentiments de vulnérabilité de certaines personnes, envisagés de manière individuelle. Depuis lors, toutefois, on observe une évolution dans la jurisprudence : non seulement les affaires traitant de l'identité de genre (A) ou de l'orientation sexuelle (B) se sont multipliées, mais la Cour a aussi introduit la notion de groupe vulnérable par rapport à la communauté LGBTIQ prise dans son ensemble (C).

A. L'identité de genre

La première mention de la vulnérabilité remonte à l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁶⁹⁴. Datant de 2002, cette affaire appartient chronologiquement à la période examinée au chapitre 3 ; nous l'examinons ici pour regrouper les rares arrêts reliant vulnérabilité et identité de genre. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'on : 443

« a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »¹⁶⁹⁵.

Si le langage utilisé par la Cour peut être critiqué – le fait de qualifier la 444 dysphorie de genre de situation « anormale » est altérisant, voire

¹⁶⁹² À propos de la notion de socialisation de la Convention, voir *supra*, n^{os} 220–221.

¹⁶⁹³ PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1070.

¹⁶⁹⁴ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n^o 28957/95, 11 juillet 2002.

¹⁶⁹⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n^o 28957/95, 11 juillet 2002, § 77.

stigmatisant¹⁶⁹⁶ –, il n'en reste pas moins que l'affaire marque un tournant décisif dans la jurisprudence de la Cour. La Cour y affirme sans équivoque le droit d'une personne trans* ayant suivi des opérations de réassignation sexuelle de voir son identité de genre juridiquement reconnue¹⁶⁹⁷. Contrairement aux arrêts précédents¹⁶⁹⁸, la marge nationale d'appréciation est considérablement réduite, se limitant à la manière dont la reconnaissance juridique est mise en œuvre¹⁶⁹⁹. Les raisons menant à cette réduction sont multiples : l'évolution des mœurs et des connaissances médicales, mais aussi le caractère intime et l'importance du droit en question, soulignée par la référence aux sentiments de vulnérabilité de la requérante¹⁷⁰⁰. Tenant compte de l'ensemble de ces éléments, la Cour conclut à une violation des articles 8 et 12 de la Convention¹⁷⁰¹. Le même jour, la Cour a rendu un second arrêt au raisonnement quasiment identique, qui contient la même référence à la vulnérabilité¹⁷⁰².

445 Par la suite, la Cour a rendu divers arrêts renforçant les droits des personnes trans*, sans toutefois se référer à la vulnérabilité. Parmi d'autres exemples, relevons les affaires suivantes dans lesquelles la Cour a conclu à une violation de l'article 8 CEDH : l'arrêt *Grant c. Royaume-Uni*, parce que la requérante n'a pas pu bénéficier de l'âge de la retraite à soixante ans au même titre que les femmes cisgenres, alors même qu'elle avait réussi à modifier son genre inscrit à l'état civil¹⁷⁰³ ; l'arrêt *Schlumpf c. Suisse*, en raison de l'application formaliste d'un délai d'attente de deux ans pour qu'une opération soit prise en charge par l'assurance-maladie, sans tenir compte de la situation spécifique de la requérante¹⁷⁰⁴ ; l'arrêt *Y.Y. c. Turquie*, à cause de l'impossibilité pour le requérant

¹⁶⁹⁶ À propos des risques d'altérisation et de stigmatisation en lien avec la vulnérabilité, voir *supra*, nos 154–159. Le langage de la Cour en matière de transidentité a fait l'objet de critiques, inspirant certaines à proposer une réécriture de jugement (voir CARRON/MIRANDA, pp. 341–370).

¹⁶⁹⁷ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 93.

¹⁶⁹⁸ À commencer par l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n° 9532/81, 17 octobre 1986, la Cour a rendu plusieurs arrêts concluant à la non-violation des articles 8, 12 et 14 CEDH. Le seul arrêt précédant l'arrêt *Christine Goodwin* où la Cour a conclu à une violation de l'article 8 CEDH est l'arrêt *B. c. France*, requête n° 13343/87, 25 mars 1992, explicitement distingué des affaires britanniques en raison de la difficulté, en droit français, de changer de prénom et d'éliminer la mention du genre des documents (p. ex. relevés de salaire, attestations de sécurité sociale, etc.) (*idem*, §§ 51–63).

¹⁶⁹⁹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 93.

¹⁷⁰⁰ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 77.

¹⁷⁰¹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 28957/95, 11 juillet 2002, §§ 93, 104.

¹⁷⁰² *I. c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25680/94, 11 juillet 2002, § 57.

¹⁷⁰³ *Grant c. Royaume-Uni*, requête n° 32570/03, 23 mai 2006, §§ 39–44.

¹⁷⁰⁴ *Schlumpf c. Suisse*, requête n° 29002/06, 8 janvier 2009, §§ 105–116.

d'accéder à une opération de réassignation sexuelle¹⁷⁰⁵ ou encore l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, dans lequel la Cour a précisé que le fait d'exiger une opération irréversible avant de procéder à un changement du genre légalement reconnu (inscrit à l'état civil) était contraire à l'article 8 CEDH¹⁷⁰⁶.

Tous ces arrêts ne mentionnent pas la notion de vulnérabilité, indiquant que celle-ci ne constitue pas un élément indispensable du raisonnement de la Cour par rapport à l'identité de genre. Cependant, on peut supposer que la vulnérabilité reste une considération implicite, à travers notamment la référence à l'arrêt fondateur *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*. De plus, la notion réapparaît dans plusieurs arrêts récents : mentionnée par les juges dissidentes dans l'affaire de Grande Chambre *Hämäläinen c. Finlande*¹⁷⁰⁷, elle réintègre le raisonnement de la Cour dans plusieurs affaires portant sur le refus de changer le genre légalement reconnu (inscrit à l'état civil) ou de changer le prénom, en ayant recours à des formulations comparables à celle inaugurée par l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁷⁰⁸.

Au-delà de la conception individuelle de la vulnérabilité prévalant dans ces arrêts, plusieurs éléments indiquent la possibilité d'une évolution vers une compréhension plus structurelle de la vulnérabilité des personnes trans*. En effet, la Cour a parfois demandé aux parties si les personnes trans* devaient être considérées comme un « groupe vulnérable », se référant à l'arrêt *Horváth et Kiss c. Hongrie*¹⁷⁰⁹. Une telle approche pourrait constituer une avancée significative pour la protection des droits des personnes trans*, facilitant notamment le

¹⁷⁰⁵ *Y.Y. c. Turquie*, requête n° 14793/08, 10 mars 2015, §§ 100–122 (l'opération était conditionnée au fait de démontrer l'incapacité de procréer, ce que la Cour a jugé contraire à l'art. 8 CEDH) ; voir aussi *L. c. Lituanie*, requête n° 27527/03, 11 septembre 2007 (inaccessibilité dans les faits d'une opération de réassignation, faute d'une législation de mise en œuvre efficace).

¹⁷⁰⁶ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, requêtes n°s 79885/12 et al., 6 avril 2017, §§ 116–135.

¹⁷⁰⁷ *Hämäläinen c. Finlande* [GC], requête n° 37359/09, 16 juillet 2014.

¹⁷⁰⁸ *S.V. c. Italie*, requête n° 55216/08, 14 octobre 2018, § 72 ; *Y.T. c. Bulgarie*, requête n° 41701/16, 9 juillet 2020, § 72 ; *X. et Y. c. Roumanie*, requêtes n°s 2145/16 et 20607/16, 19 janvier 2021, § 165 (pour ces deux derniers, la formulation a évolué, la Cour se référant désormais à une « situation troublante », et non plus « anormale »).

¹⁷⁰⁹ *A.M. et autres c. Russie*, requête n° 47220/19, affaire communiquée au gouvernement russe le 29 novembre 2019, Questions aux Parties. De manière regrettable, l'arrêt lui-même ne fait pas mention de la vulnérabilité, sous aucune forme. Il conclut cependant que la restriction des droits parentaux de la requérante viole les articles 8 et 14 CEDH. Voir aussi *R.L. c. Russie*, requêtes n°s 36253/13 et 52516/13, communiquées au gouvernement russe le 19 octobre 2017, qui ont toutefois été rayées du rôle faute de réponse de la part des requérants (*R.L. c. Russie* [déc. (rayée du rôle)], requête n° 36253/13, 11 juin 2020 ; *R.O. c. Russie* [déc. (rayée du rôle)], requête n° 52516/13).

constat d'une discrimination contraire à l'article 14 CEDH, qui a souvent été invoquée en vain par les requérantes¹⁷¹⁰.

B. L'orientation sexuelle

448 Au cours des dix dernières années, la Cour a rendu un nombre considérable d'arrêts portant sur l'orientation sexuelle et la tendance est croissante. Ceux-ci concernent des domaines aussi divers que la conclusion ou la reconnaissance d'une union civile ou du mariage¹⁷¹¹, l'accès à l'adoption et à la procréation médicalement assistée¹⁷¹² et la protection des droits parentaux plus généralement¹⁷¹³, l'allocation de pensions ou de rentes¹⁷¹⁴, la liberté d'expression¹⁷¹⁵, les mauvais traitements en détention¹⁷¹⁶ ou encore le principe du non-refoulement¹⁷¹⁷.

449 À ce propos, on constate une évolution considérable dans la jurisprudence. Par exemple, si la Cour continue d'affirmer que la Convention ne garantit pas un droit au mariage pour les couples de même genre¹⁷¹⁸, elle considère désormais qu'il est contraire à l'article 8, voire aux articles 8 et 14 de la

¹⁷¹⁰ Voir toutefois l'arrêt *A.M. et autres c. Russie*, requête n° 47220/19, 6 juillet 2021, §§ 72–81, concluant que la restriction des droits parentaux de la requérante, une femme trans*, était discriminatoire.

¹⁷¹¹ *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04, 24 juin 2010 ; *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], requêtes n°s 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013 ; *Hämäläinen c. Finlande* [GC], requête n° 37359/09, 16 juillet 2014 ; *Oliari et autres c. Italie*, requêtes n°s 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015 ; *Chapin et Charpentier c. France*, requête n° 40183/07, 9 juin 2016 ; *Orlandi et autres c. Italie*, requêtes n°s 26431/12 et al., 14 décembre 2017.

¹⁷¹² *E.B. c. France* [GC], requête n° 43546/02, 22 janvier 2008 ; *Gas et Dubois c. France*, requête n° 25951/07, 15 mars 2012 ; *X. et autres c. Autriche*, requête n° 19010/07, 19 février 2013 ; *Charron et Merle-Montet c. France* (déc.), requête n° 22612/15, 16 janvier 2018.

¹⁷¹³ *X. c. Pologne*, requête n° 20741/10, 16 septembre 2021, §§ 66–70, 81–98. Pour une analyse de l'évolution européenne en matière de droits parentaux pour les couples de même genre, voir p. ex. RAGONE/VOLPE, pp. 375–416.

¹⁷¹⁴ *Manenc c. France* (déc.), requête n° 66686/09, 21 septembre 2010 ; *Aldeguer Tomás c. Espagne*, requête n° 35214/09, 14 juin 2016.

¹⁷¹⁵ *Mladina D.D. Ljubljana c. Slovénie*, requête n° 20981/10, 17 avril 2014 ; *Sousa Goucha c. Portugal*, requête n° 70434/12, 22 mars 2016 ; *Kaas GL c. Turquie*, requête n° 4982/07, 22 novembre 2016.

¹⁷¹⁶ *Stasi c. France*, requête n° 25001/07, 20 octobre 2011 ; *Zontul c. Grèce*, requête n° 12294/07, 17 janvier 2012 ; *X. c. Turquie*, requête n° 24626/09, 9 octobre 2012 ; *O.M. c. Hongrie*, requête n° 9912/15, 5 juillet 2016.

¹⁷¹⁷ *M.K.N. c. Suède*, requête n° 72413/10, 27 juin 2013 ; *M.E. c. Suède* [GC], requête n° 71398/12, 8 avril 2015. Voir en particulier, réfutant en particulier l'exigence de discrétion, *I.K. c. Suisse* (déc.), requête n° 21417/17, 19 décembre 2017, § 24 et *B. et C. c. Suisse*, requêtes n°s 889/19 et 43987/16, 17 novembre 2020, § 46.

¹⁷¹⁸ *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04, 24 juin 2010, § 108 ; *Hämäläinen c. Finlande* [GC], requête n° 37359/09, 16 juillet 2014, § 71 ; *Chapin et Charpentier c. France*, requête n° 40183/07, 9 juin 2016, § 48.

Convention, de ne pas offrir la possibilité d'une union civile aux couples de même genre¹⁷¹⁹. Par ailleurs, nous pouvons déduire de la jurisprudence que les distinctions entre couples hétérosexuels non mariés et couples de même genre non mariés ne sont plus admissibles, qu'il s'agisse du regroupement familial¹⁷²⁰ ou de l'adoption coparentale¹⁷²¹. Précisons toutefois que la Cour n'est pas allée jusqu'à reconnaître un droit à l'adoption coparentale¹⁷²². En dépit de son évolution considérable au cours des dernières années, la jurisprudence n'a donc pas pleinement adopté une vision transformative de l'égalité¹⁷²³, ce que la Cour justifie par l'absence d'un consensus européen en la matière et la marge d'appréciation des États¹⁷²⁴.

Cependant, contrairement à d'autres domaines caractérisés par une interprétation dynamique tendant vers une protection croissante des droits humains¹⁷²⁵, la vulnérabilité est relativement absente de la jurisprudence au sujet de l'orientation sexuelle, sous réserve des arrêts abordés dans la prochaine section¹⁷²⁶. Elle apparaît notamment en lien avec la détention¹⁷²⁷ et, dans certains cas, est uniquement expliquée par celle-ci¹⁷²⁸ et, parfois, en lien avec l'asile¹⁷²⁹.

La Cour a toutefois reconnu, au cours des dernières années, que l'orientation sexuelle était un motif de discrimination suspect faisant l'objet d'une protection particulière sous l'angle de l'article 14 CEDH, entraînant une réduction de la marge d'appréciation nationale et, à ce titre, elle s'est référée à la

¹⁷¹⁹ *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], requêtes n^{os} 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013, §§ 70–74 ; *Orlandi et autres c. Italie*, requêtes n^{os} 26431/12 et al., 14 décembre 2017, §§ 204–211.

¹⁷²⁰ *Pajić c. Croatie*, requête n^o 68453/13, 23 février 2016, § 84 ; voir également *Taddeucci et McCall c. Italie*, requête n^o 51362/09, 30 juin 2016, où la Cour conclut à une discrimination en comparant la situation des requérants, un couple de deux hommes, à la situation d'un couple hétérosexuel marié en raison du fait qu'ils n'avaient pas eu la possibilité de se marier (*idem*, §§ 82–84).

¹⁷²¹ *X. et autres c. Autriche*, requête n^o 19010/07, 19 février 2013, §§ 112–153.

¹⁷²² *X. et autres c. Autriche*, requête n^o 19010/07, 19 février 2013, §§ 105–106, 133–136.

¹⁷²³ Voir aussi FREDMAN, *Emerging*, pp. 294–297.

¹⁷²⁴ Voir p. ex. *Hämäläinen c. Finlande* [GC], requête n^o 37359/09, 16 juillet 2014, §§ 64, 74–75.

¹⁷²⁵ Au sujet de l'interprétation dynamique ou évolutive, voir *supra*, n^{os} 217–218.

¹⁷²⁶ À propos de la réticence de la Cour de considérer que les personnes LGBTIQ constituent un groupe vulnérable, voir aussi HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 177 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1070.

¹⁷²⁷ *Stasi c. France*, requête n^o 25001/07, 20 octobre 2011, § 78 ; *Zontul c. Grèce*, requête n^o 12294/07, 17 janvier 2012, § 88 ; *X. c. Turquie*, requête n^o 24626/09, 9 octobre 2012, § 57 ; *O.M. c. Hongrie*, requête n^o 9912/15, 5 juillet 2016.

¹⁷²⁸ *Stasi c. France*, requête n^o 25001/07, 20 octobre 2011, § 78 ; *Zontul c. Grèce*, requête n^o 12294/07, 17 janvier 2012, § 88.

¹⁷²⁹ Voir en particulier *O.M. c. Hongrie*, requête n^o 9912/15, 5 juillet 2016, § 53.

vulnérabilité¹⁷³⁰. Nous retrouvons donc ici le rôle de la vulnérabilité consistant à ériger certains critères en motifs suspects ou à renforcer le caractère suspect d'un motif de discrimination¹⁷³¹. Son approche diffère toutefois de l'analyse sociohistorique dans des affaires comme *Alajos Kiss c. Hongrie*, *Kiyutin c. Russie* ou *Horoáth et Kiss c. Hongrie*, dans lesquelles la vulnérabilité était due à la stigmatisation et discrimination de longue date dont avaient fait l'objet certains groupes¹⁷³². En effet, en lien avec l'orientation sexuelle, la Cour insiste généralement sur le caractère intime de ce critère, estimant que « lorsque la distinction en cause porte sur ce domaine intime et vulnérable de la vie privée d'un individu, il faut avancer devant la Cour des motifs particulièrement puissants pour justifier la mesure litigieuse »¹⁷³³.

452 La distinction n'est toutefois pas aussi nette qu'il n'y paraît au premier abord. D'une part, les arrêts *Alajos Kiss* et *Kiyutin c. Russie* citent expressément l'orientation sexuelle comme facteur de vulnérabilité collective en raison de la stigmatisation passée et de l'exclusion sociale qui en résulte¹⁷³⁴. D'autre part, dans plusieurs arrêts récents relatifs à la liberté d'association et de réunion, mais aussi à l'intégrité physique et psychique de personnes appartenant à la communauté LGBTIQ, la Cour a également adopté une approche plus collective, comme nous le verrons dans la section suivante.

C. La communauté LGBTIQ

453 Les arrêts examinés dans les deux sections précédentes envisageant la vulnérabilité dans une perspective plutôt individuelle, si tant est qu'ils la mentionnent. Or, au cours des dernières années, la Cour a également commencé à envisager les personnes LGBTIQ dans une optique collective et à se référer à

¹⁷³⁰ *X. c. Turquie*, requête n° 24626/09, 9 octobre 2012, § 57 ; voir aussi *Kozak c. Pologne*, requête n° 13102/02, 2 mars 2010, § 92 ; *Alekseyev c. Russie*, requêtes n°s 4916/07 et al., 21 octobre 2010, § 108 ; *Genderdoc-M c. République de Moldova*, requête n° 9106/06, 12 juin 2021, § 51. Pour une appréciation en lien avec la vulnérabilité, voir ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, p. 163.

¹⁷³¹ Voir aussi ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, pp. 169–171.

¹⁷³² Voir *supra*, n°s 330–336, 337–346, 404–411.

¹⁷³³ *Alekseyev c. Russie*, requêtes n°s 4916/07 et al., 21 octobre 2010, § 108 ; *X. c. Turquie*, requête n° 24626/09, 9 octobre 2012, § 57 ; voir aussi *Kozak c. Pologne*, requête n° 13102/02, 2 mars 2010, § 92 ; *Genderdoc-M c. République de Moldova*, requête n° 9106/06, 12 juin 2021, § 51. Pour une appréciation en lien avec la vulnérabilité, voir ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, p. 163.

¹⁷³⁴ *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42 ; *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 11 mars 2011, § 63. Voir aussi *supra*, n°s 81–82, à propos du phénomène d'« exploitation » de la vulnérabilité.

la notion de groupe vulnérable¹⁷³⁵. C'est notamment le cas dans plusieurs arrêts concernant des actes et discours LGBTIQ-phobes.

L'arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* est crucial à cet égard¹⁷³⁶. La Cour y conclut à une violation des articles 3 et 11 en lien avec l'article 14 CEDH, les autorités ayant failli à leur obligation positive de protéger les manifestantes contre des attaques verbales et physiques LGBTIQ-phobes et, après les événements, avaient manqué à leur obligation de mener une enquête effective¹⁷³⁷. À ce propos, la Cour se réfère aux attitudes négatives, voire hostiles prévalant à l'égard des personnes LGBTIQ en Géorgie pour conclure que celles-ci se trouvent dans une « position précaire » et constituent une « communauté vulnérable »¹⁷³⁸. À ce propos, la Cour insiste sur le rôle de l'État en tant que « garant principal des principes de pluralisme, de tolérance et d'ouverture d'esprit »¹⁷³⁹. Ce rôle fonde l'obligation positive de prendre des mesures pour sauvegarder ces valeurs, y compris dans les relations horizontales¹⁷⁴⁰. S'agissant des personnes LGBTIQ, la Cour avait déjà souligné l'importance de ce rôle dans l'arrêt *Bączkowski et autres c. Pologne* rendu en 2007 concernant le refus d'autorisation d'organiser une marche des fiertés¹⁷⁴¹. La version anglaise du jugement précise d'ailleurs que :

« [t]his obligation is of particular importance for persons holding unpopular views or belonging to minorities, because they are more vulnerable to victimisation »¹⁷⁴².

Si l'affaire *Bączkowski et autres c. Pologne* concernait principalement une obligation négative¹⁷⁴³, l'arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* montre l'importance

¹⁷³⁵ Voir aussi ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, p. 163.

¹⁷³⁶ *Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015.

¹⁷³⁷ *Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015, §§ 68–81, 91–100. La Cour conclut à une violation des articles 3 et 14 ainsi que 11 et 14 CEDH.

¹⁷³⁸ *Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015, § 68, 72 (notre traduction).

¹⁷³⁹ *Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015, § 94 (notre traduction) ; voir aussi *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 106 ; *Lilliendahl et autres c. Islande* (déc.), requête n° 29297/218, 12 mai 2020, § 28 ; *Berkman c. Russie*, requête n° 46712/15, 1^{er} décembre 2020, § 46.

¹⁷⁴⁰ *Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015, § 94 ; voir aussi HARRIS ET AL., pp. 638, 695–696 ; à propos de l'obligation positive de garantir la diversité, voir en particulier LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 94–98.

¹⁷⁴¹ *Bączkowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06, 3 mai 2007, § 64.

¹⁷⁴² *Bączkowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06, 3 mai 2007, § 64. En français, cette référence à la vulnérabilité a été traduite par le fait d'être « plus exposé[e] aux brimades » (*idem*, § 64). À propos de ce facteur de vulnérabilité, voir aussi *supra*, n° 392 ; *infra*, note 1752 et les réf. cit. ; TIMMER, *Vulnerability*, pp. 157–158.

¹⁷⁴³ Voir aussi HARRIS ET AL., pp. 690–691.

pratique d'obligations positives dans ce domaine¹⁷⁴⁴. Des affaires ultérieures ont permis de préciser l'étendue de ces obligations.

456 Tel est le cas de l'affaire *Zhdanov et autres c. Russie*¹⁷⁴⁵. *A priori*, il y était plutôt question d'obligations négatives, l'affaire traitant du refus des autorités d'enregistrer les associations de défense des droits des personnes LGBTIQ. Or, la Cour y détaille la portée de l'obligation positive de promouvoir la pluralité et la tolérance, en précisant que :

« [t]he emergence of tensions is one of the unavoidable consequences of pluralism, that is to say the free discussion of all political ideas. Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, *but to ensure that the competing groups tolerate each other.* [...] It follows that it was the duty of the Russian authorities *to take reasonable and appropriate measures to enable the applicant organisations to carry out their activities without having to fear that they would be subjected to physical violence by their opponents [...]* for instance making public statements to advocate, without any ambiguity, a tolerant, conciliatory stance, as well as to warn potential aggressors of possible sanctions »¹⁷⁴⁶.

457 La Cour en conclut que l'atteinte à la liberté d'association des quatre requérants n'était pas justifiée¹⁷⁴⁷. De plus, la Cour a conclu à une violation de l'interdiction des discriminations, précisant que la marge d'appréciation des États était étroite en la matière et que toute différence basée uniquement sur l'orientation sexuelle était incompatible avec la Convention¹⁷⁴⁸.

458 D'autres affaires ont permis de préciser les obligations positives d'enquête¹⁷⁴⁹. C'est par exemple le cas de l'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie*¹⁷⁵⁰. Celle-ci porte notamment sur le refus des autorités de poursuivre les auteurs de graves commentaires homophobes sur les réseaux sociaux, visant à la fois les requérants – un jeune couple gay – et la communauté LGBTIQ

¹⁷⁴⁴ Voir aussi HARRIS ET AL., pp. 686–687.

¹⁷⁴⁵ *Zhdanov et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 12200/08 et al., 16 juillet 2019.

¹⁷⁴⁶ *Zhdanov et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 12200/08 et al., 16 juillet 2019, §§ 163–164 (nous soulignons).

¹⁷⁴⁷ *Zhdanov et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 12200/08 et al., 16 juillet 2019, § 165.

¹⁷⁴⁸ *Zhdanov et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 12200/08 et al., 16 juillet 2019, § 179 et les réf. cit.

¹⁷⁴⁹ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n^o 12060/12, 12 avril 2016 ; *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n^o 41288/15, 14 janvier 2020 ; *Berkman c. Russie*, requête n^o 46712/15, 1^{er} décembre 2020 ; *X. et Y. c. Roumanie*, requêtes n^{os} 2145/16 et 20607/16, 19 janvier 2021.

¹⁷⁵⁰ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n^o 41288/15, 14 janvier 2020. Cette affaire soulève également des questions liées à la recevabilité (à ce propos, voir *infra*, n^{os} 712–713).

dans son ensemble¹⁷⁵¹. La Cour y réaffirme l'importance des obligations positives pour les personnes appartenant à des minorités ou défendant des opinions impopulaires¹⁷⁵². Elle réitère également l'importance de l'interdiction de discriminations et la marge d'appréciation étroite des États en la matière¹⁷⁵³. En l'espèce, elle estime que les autorités, en minimisant sans cesse la gravité des commentaires, ont fait preuve de la même attitude négative et stigmatisante que les personnes à l'origine des commentaires haineux sur les réseaux sociaux¹⁷⁵⁴. Elle en conclut à une violation de l'interdiction des discriminations¹⁷⁵⁵.

L'absence d'enquête effective se trouve également au cœur de l'affaire *M.C. et A.C. c. Roumanie*. Celle-ci portait sur des attaques physiques et verbales LGBTIQ-phobes, cette fois-ci non pas lors d'une marche des fiertés, mais directement à la suite de celle-ci¹⁷⁵⁶. Dans cette affaire, le défilé lui-même avait bénéficié d'une protection par la police ; les attaques ont eu lieu par la suite. Les requérantes se plaignaient notamment de l'insuffisance de l'enquête menée par les autorités¹⁷⁵⁷. Deux éléments sont à relever en particulier : premièrement, la Cour estime que les attaques dont les requérantes ont été victimes visaient directement leur identité, générant des sentiments de peur, d'angoisse et d'incertitude incompatibles avec la dignité humaine, atteignant ainsi le seuil de gravité de l'article 3 CEDH¹⁷⁵⁸. À ce propos, la Cour souligne également la « situation précaire » de la communauté LGBT en Lituanie¹⁷⁵⁹. Deuxièmement, la Cour rappelle que « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection effective de l'État » et que celle-ci s'étend à l'effectivité

¹⁷⁵¹ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, §§ 6–20, 119–130.

¹⁷⁵² *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 108. La formulation des « personnes dont les opinions sont impopulaires ou qui appartiennent à des minorités » figure dans divers arrêts concernant la communauté LGBTIQ, en particulier *Bączkowski et autres c. Pologne*, requête n° 1543/06, 3 mai 2007, § 64 (voir *supra*, n° 454) ; *Alekseyev c. Russie*, requêtes n°s 4916/07 et al., 21 octobre 2010, § 70 ; *Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015, § 94 ; *Zhdanov et autres c. Russie*, requêtes n°s 12200/08 et al., 16 juillet 2019, § 127 ; *Berkman c. Russie*, requête n° 46712/15, 1^{er} décembre 2020, § 46.

¹⁷⁵³ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 114.

¹⁷⁵⁴ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 129.

¹⁷⁵⁵ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, §§ 125–129.

¹⁷⁵⁶ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016.

¹⁷⁵⁷ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, §§ 82–88 ; pour l'appréciation de la Cour, voir *idem*, §§ 120–126.

¹⁷⁵⁸ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, § 119. Voir toutefois l'affaire *Association Accept et autres c. Roumanie*, requête n° 19237/16, 1^{er} juin 2021, § 57, dans laquelle la Cour a estimé que le seuil de gravité n'était pas atteint. À notre sens, cette conclusion témoigne d'une prise en compte insuffisante du contexte LGBTIQ-phobe dans lequel les événements se déroulaient, et d'une focalisation excessive sur l'absence de violence physique.

¹⁷⁵⁹ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, § 118 (notre traduction).

de l'enquête pénale¹⁷⁶⁰. En l'espèce, celle-ci n'avait pas été effective. À ce propos, la Cour estime notamment que :

« [t]he necessity of conducting a meaningful inquiry into the possibility of discrimination motivating the attack was indispensable given the hostility against the LGBTI community in the respondent State [...] »¹⁷⁶¹.

460 En l'espèce, les autorités avaient manqué à leurs obligations d'enquête, l'enquête s'étant révélée lente et ineffective à plusieurs égards. Un élément décisif était que les autorités avaient aussi négligé d'examiner les motifs LGBTIQ-phobes derrière les attaques physiques et verbales dont les requérantes ont été victimes¹⁷⁶². À cet égard, la Cour précise que la prise en compte de tels motifs est essentielle, même si le droit interne de l'époque ne connaissait pas une infraction spécifique concernant le discours de haine¹⁷⁶³. Selon la Cour, ceci est nécessaire pour montrer que les autorités ne cautionnent pas de telles violences ; il s'agit également d'un pas important vers une protection plus efficace lors de manifestations futures¹⁷⁶⁴. L'arrêt montre qu'une discrimination ne présuppose pas forcément une attitude discriminatoire ou hostile de la part des autorités, mais peut découler d'un manquement aux obligations positives de promouvoir la tolérance¹⁷⁶⁵. La position de principe de la Cour est d'autant plus importante face à l'évolution récente dans plusieurs pays du Conseil de l'Europe qui tendent à institutionnaliser l'intolérance¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶⁰ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, §§ 114–115 (notre traduction).

¹⁷⁶¹ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, § 124.

¹⁷⁶² *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, § 124.

¹⁷⁶³ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, § 124.

¹⁷⁶⁴ *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, § 124.

¹⁷⁶⁵ Voir aussi *Berkman c. Russie*, requête n° 46712/15, 1^{er} décembre 2020, §§ 46, 53.

¹⁷⁶⁶ Voir p. ex. l'évolution législative en Russie visant à interdire la « promotion » de l'homosexualité à l'origine de l'affaire *Bayev et autres c. Russie*, requêtes nos 67667/09 et al., 20 juin 2017 (à propos de cet arrêt, voir *supra*, n° 246) ou encore la création de « zones sans lgbt » en Pologne, couvrant en 2020 un tiers du territoire national (<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20191212IPR68923/parliament-strongly-condemns-lgbti-free-zones-in-poland> [31.10.2021]). Cette situation a amené le Parlement européen à adopter une résolution déclarant l'Union européenne une « zone de liberté pour les personnes LGBTIQ » (PARLEMENT EUROPÉEN, [2021/2557(RSP)]). Par la suite, plusieurs régions polonaises sont revenues en arrière, mais un projet de loi nationale a été proposé en septembre 2021. Intitulée « Stop LGBT », la loi consisterait, entre autres, à interdire les marches des fiertés (pour suivre l'évolution en Pologne, voir <https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Poland-Anti-LGBT-Timeline.pdf> [31.10.2021]).

VI. Le contexte migratoire

La vulnérabilité apparaît également dans la jurisprudence en lien avec la thématique de la migration. Dans ce qui suit, nous distinguerons deux cas de figure en fonction des conséquences de cette vulnérabilité, qui peut être un obstacle au refoulement ou au renvoi d'une personne (A) comme elle peut influencer sur l'appréciation du seuil de gravité et les obligations positives existantes en matière de conditions d'accueil (B). 461

A. La vulnérabilité comme obstacle au refoulement ou au renvoi

D'après une jurisprudence constante inaugurée en 1989, une personne ne peut être refoulée vers un État lorsqu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y sera soumise à des actes contraires à l'article 3 de la Convention¹⁷⁶⁷. Si ce principe de non-refoulement¹⁷⁶⁸ paraît simple, son application soulève de nombreuses questions, les difficultés principales étant de définir un tel risque et d'établir son existence¹⁷⁶⁹. L'appartenance à un groupe vulnérable peut notamment influencer sur l'appréciation de l'existence d'un risque de mauvais traitements (1). Par ailleurs, la Cour a parfois pris en compte la vulnérabilité particulière des requérantes pour déterminer si le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention était atteint (2). Ces deux aspects interagissent et ne se prêtent pas à une distinction nette ; les deux catégories proposées ici visent donc avant tout à faciliter la compréhension des arrêts examinés. 462

¹⁷⁶⁷ *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, 7 juillet 1989, § 111, dans le contexte d'une extradition, dont l'applicabilité au domaine de l'asile a été confirmée par l'arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède*, requête n° 15576/89, 20 mars 1991 ; voir aussi DE WECK, pp. 18–20 ; voir aussi DE WECK, pp. 21–33 (pour un aperçu statistique) et pp. 130–450 (pour une analyse détaillée).

¹⁷⁶⁸ Pour des analyses approfondies du principe de non-refoulement, voir en particulier DE WECK et WOUTERS. Pour une analyse du principe de non-refoulement en lien avec la question de la preuve, voir LE FORT.

¹⁷⁶⁹ À propos de la définition du risque, voir DE WECK, pp. 137–231 ; LE FORT, n°s 97–430 ; WOUTERS, pp. 246–265 ; pour la question de la preuve, voir DE WECK, pp. 232–450 ; LE FORT, n°s 133–687 ; WOUTERS, pp. 265–307.

1) L'appartenance à un groupe vulnérable et l'appréciation du risque

463 Pour bénéficier de la protection contre le refoulement garantie par l'article 3 CEDH, une personne doit établir qu'il existe des « motifs sérieux et avérés » de croire qu'elle « courra un risque réel » de traitements contraires à cet article dans le pays de destination¹⁷⁷⁰. En principe, le risque doit être individualisé¹⁷⁷¹. Or, la Cour a parfois assoupli cette exigence en se basant sur la vulnérabilité¹⁷⁷². Ainsi, dans certains cas, elle a jugé que l'appartenance à un groupe vulnérable suffisait pour considérer que la personne courait un risque avéré de traitements ou peines contraires à l'article 3 de la Convention, la dispensant de prouver un risque individualisé¹⁷⁷³. Pour cela, il faut que la requérante appartienne à un « groupe systématiquement exposé à une pratique de mauvais traitements »¹⁷⁷⁴. Elle utilise cette expression de manière interchangeable avec celle des « groupes particulièrement vulnérables »¹⁷⁷⁵. Partant, il est ici question d'une vulnérabilité qualifiée, qui concerne les groupes « dont les membres sont systématiquement sujets à des traitements contraires à l'article 3 [CEDH] »¹⁷⁷⁶. Cette formulation indique le caractère exceptionnel de ce cas de figure, qui n'est en réalité que rarement réalisé¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁰ *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, 7 juillet 1989, § 91 ; *Saadi c. Italie* [GC], requête n° 37201/06, 28 février 2008, § 125 ; *F.G. c. Suède* [GC], requête n° 43611/11, 23 mars 2016, § 110 ; *Ilias et Ahmed c. Hongrie* [GC], requête n° 47287/15, 21 novembre 2019, § 126 ; voir aussi DE WECK, p. 252 ; LE FORT, n° 500 ; MEYER-LADEWIG/LEHNERT, nos 70–76.

¹⁷⁷¹ MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 70 ; WOUTERS, pp. 247–248 ; pour une illustration, voir *F.G. c. Suède* [GC], requête n° 43611/11, 23 mars 2016, §§ 116, 127 ; voir toutefois *infra*, note 1786, pour une exception. Le fardeau de preuve est supporté par les requérantes ; la Cour s'est toutefois référée à la vulnérabilité des requérantes d'asile pour souligner que l'État doit apprécier d'office les faits dont il dispose et qui pourraient indiquer un risque de traitement contraire à l'article 3 CEDH (*D. c. Bulgarie*, requête n° 29447/17, 20 juillet 2021, §§ 112–113 ; *M.D. et autres c. Russie*, requêtes nos 71321/17 et al., 14 septembre 2021, § 97).

¹⁷⁷² Voir aussi DE WECK, pp. 310–317 ; KAMBER, p. 251 ; MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 72.

¹⁷⁷³ Pour les origines de cette jurisprudence, voir notamment *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, requête n° 1948/04, 11 janvier 2007, §§ 140, 146. Voir aussi *Saadi c. Italie* [GC], requête n° 37201/06, 28 février 2008, § 132 ; *NA. c. Royaume-Uni*, requête n° 25904/07, 17 juillet 2008, §§ 66, 116, 117, qui ne mentionnent toutefois pas la vulnérabilité.

¹⁷⁷⁴ *Saadi c. Italie* [GC], requête n° 37201/06, 28 février 2008, § 132 ; *NA. c. Royaume-Uni*, requête n° 25904/07, 17 juillet 2008, § 116 ; *Makhmudzhan Ergashev c. Russie*, requête n° 49747/11, 16 octobre 2012, § 68 ; *F.G. c. Suède* [GC], requête n° 43611/11, 23 mars 2016, § 127 (en anglais ou français, selon les affaires).

¹⁷⁷⁵ Voir p. ex. *Kadirzhanov et Mamashev c. Russie*, requêtes nos 42351/13 et 47823/13, 17 juillet 2014, § 92 ; *Khamrakulov c. Russie*, requête n° 68894/13, 16 avril 2015, § 66 (notre traduction).

¹⁷⁷⁶ *Kadirzhanov et Mamashev c. Russie*, requêtes nos 42351/13 et 47823/13, 17 juillet 2014, § 92 ; *Khamrakulov c. Russie*, requête n° 68894/13, 16 avril 2015, § 66 (notre traduction).

¹⁷⁷⁷ DE WECK, p. 316 ; LE FORT, n° 119 ; WOUTERS, p. 254.

En effet, cette jurisprudence trouve surtout application en lien avec le retour d'Ouzbèkes ethniques vers le Kirghizstan¹⁷⁷⁸ et avec le retour de personnes condamnées pour des crimes politiques ou religieux en Ouzbékistan¹⁷⁷⁹ ou au Tadjikistan¹⁷⁸⁰. Dans ces cas, la Cour accepte que les requérantes fassent partie d'un groupe particulièrement vulnérable, sujet de manière systématique à des traitements inhumains et dégradants, voire des actes de torture, et qu'il ne soit donc pas nécessaire d'apporter des éléments additionnels attestant d'un risque plus personnalisé de mauvais traitement¹⁷⁸¹. La Cour a appliqué un raisonnement similaire concernant « toute personne placée en détention au

¹⁷⁷⁸ Voir p. ex. *Gayratbek Salıyev c. Russie*, requête n° 39093/13, 17 avril 2014, § 62 ; *Kadirzhanov et Mamashev c. Russie*, requêtes nos 42351/13 et 47823/13, 17 juillet 2014, § 92 ; *Mamadaliyev c. Russie*, requête n° 5614/13, 24 juillet 2014, § 62 ; *Nabid Abdullayev c. Russie*, requête n° 8474/14, 15 octobre 2015, § 65 ; *Turgunov c. Russie*, requête n° 15590/14, 22 octobre 2015, § 51 ; *Tadzhibayev c. Russie*, requête n° 17724/14, 1^{er} décembre 2015, § 43 ; *R. c. Russie*, requête n° 11916/15, 26 janvier 2016, § 56 ; *U.N. c. Russie*, requête n° 14348/15, 26 juillet 2016, § 40 ; voir toutefois *T.K. et S.R. c. Russie*, requêtes nos 28492/15 et 49975/15, 19 novembre 2019, § 88 (affaire renvoyée devant la Grande Chambre par décision du 15 avril 2020).

¹⁷⁷⁹ *Mamazhonov c. Russie*, requête n° 17239/13, 23 octobre 2014, § 141 ; *Eshonkulov c. Russie*, requête n° 68900/13, 15 janvier 2015, § 34–35 ; *Khalikov c. Russie*, requête n° 66373/13, 26 février 2015, §§ 42–44 ; *Mukhitdinov c. Russie*, requête n° 20999/14, 21 mai 2015, § 45 ; *I.U. c. Russie* [Comité], requête n° 48917/15, 10 janvier 2017, § 26 ; *Khamidkariyev c. Russie*, requête n° 42332/14, 26 janvier 2017, § 142 ; *T.M. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 31189/15 et al., 7 novembre 2017, § 19 ; *A.N. et autres c. Russie*, requêtes nos 61689/16 et al., 23 octobre 2018, § 17 (concernant un ressortissant tadjik et trois ressortissants ouzbeks) ; *B.U. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 59609/17 et al., 22 janvier 2019, § 17 (concernant deux ressortissants tadjiks et un ressortissant ouzbek) ; *U.A. c. Russie* [Comité], requête n° 12018/16, 22 janvier 2019, § 26 ; *S.S. et B.Z. c. Russie* [Comité], requêtes nos 35332/17 et 79223/17, 11 juin 2019, § 17 (concernant un ressortissant ouzbek et un ressortissant tadjik) ; *S.S. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 2236/16 et al., 25 juin 2019 (deux ressortissants ouzbeks et un ressortissant tadjik) ; *R.R. et A.R. c. Russie* [Comité], requêtes nos 67485/17 et 24014/18, 8 octobre 2019, §§ 17–20 (concernant un ressortissant ouzbek et un ressortissant tadjik) ; *S.B. et S.Z. c. Russie*, requêtes nos 65122/17 et 13280/18, 8 octobre 2019, §§ 26–30 (concernant un ressortissant ouzbek et un ressortissant tadjik) ; *N.M. c. Russie* [Comité], requête n° 29343/18, 2 décembre 2019, § 15 (concernant un ressortissant kazakh recherché par les autorités ouzbèkes) ; *Yusupov c. Russie*, requête n° 30227/18, 1^{er} décembre 2020, § 50 (à propos d'un ressortissant ouzbek) ; *A.K. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 38042/18 et al., 18 mai 2021, §§ 41–43 (concernant deux ressortissants ouzbeks et un ressortissant tadjik). Voir aussi, *a contrario*, l'affaire *B.T. c. Russie* (déc.), requête n° 40755/16, 5 décembre 2017, §§ 25–28, considérant que le requérant, recherché pour trafic de drogues, n'appartenait justement pas à un groupe vulnérable.

¹⁷⁸⁰ *K.I. c. Russie*, requête n° 58182/14, 7 novembre 2017, § 36 ; *A.N. et autres c. Russie*, requêtes nos 61689/16 et al., 23 octobre 2018, § 17 (concernant un ressortissant tadjik et trois ressortissants ouzbeks) ; *B.U. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 59609/17 et al., 22 janvier 2019, § 17 (concernant deux ressortissants tadjiks et un ressortissant ouzbek) ; *S.S. et B.Z. c. Russie*, requêtes nos 35332/17 et 79223/17, 11 juin 2019, § 17 (concernant un ressortissant ouzbek et un ressortissant tadjik) ; *S.S. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 2236/16 et al., 25 juin 2019 (deux ressortissants ouzbeks et un ressortissant tadjik), § 17 ; *R.R. et A.R. c. Russie* [Comité], requêtes nos 67485/17 et 24014/18, 8 octobre 2019, §§ 17–20 (concernant un ressortissant ouzbek et un ressortissant tadjik) ; *S.B. et S.Z. c. Russie*, requêtes nos 65122/17 et 13280/18, 8 octobre 2019, §§ 26–30 (concernant un ressortissant ouzbek et un ressortissant tadjik).

¹⁷⁸¹ Voir les affaires citées *supra*, notes 1778, 1779 et 1780 ; voir aussi *E.H. c. France*, requête n° 39126/18, 22 juillet 2021, § 133.

Turkménistan »¹⁷⁸². Précisons encore que ce constat de vulnérabilité, étroitement liée à la situation (géo-)politique d'un pays ou d'une région, est régulièrement réexaminé¹⁷⁸³. À ce propos, signalons qu'une affaire est actuellement pendante devant la Grande Chambre dans laquelle la Chambre avait jugé que les « Ouzbèkes ethniques risquant l'extradition au Kirghizstan ne constituent plus un groupe particulièrement vulnérable »¹⁷⁸⁴, citant des rapports et décisions de plusieurs organes onusiens à l'appui¹⁷⁸⁵.

465 En dehors de ces circonstances exceptionnelles – et des cas, très rares, où la Cour a accepté que la situation générale dans un pays fût insoutenable au point où tout renvoi vers ce pays entraînerait une violation de l'article 3 de la Convention¹⁷⁸⁶ –, la Cour a été bien plus réticente à reconnaître l'appartenance à un groupe vulnérable comme élément déclenchant la protection de l'article 3 de la Convention. Cette position ressort clairement d'une série d'affaires dirigées contre la Suède et concernant le renvoi de membres de la minorité chrétienne vers l'Iraq¹⁷⁸⁷. Tout en acceptant que les « requérants, en tant que chrétiens, appartiennent à une minorité vulnérable »¹⁷⁸⁸, la Cour n'est pas convaincue que leur situation soit telle qu'on puisse considérer que leur seule

¹⁷⁸² *Allanazarova c. Russie*, requête n° 46721/14, 14 février 2017, § 73. En principe, toutefois, la Cour rejette des requêtes concernant des personnes condamnées pour des crimes de droit commun (voir p. ex. *Bakoyev c. Russie*, requête n° 30225/11, 5 février 2013, § 107 ; voir aussi DE WECK, pp. 311–312 et les réf. cit.).

¹⁷⁸³ Voir p. ex. *I.U. c. Russie* [Comité], requête n° 48917/15, 10 janvier 2017, § 35 ; *Allanazarova c. Russie*, requête n° 46721/14, 14 février 2017, § 73.

¹⁷⁸⁴ *T.K. et S.R. c. Russie*, requêtes n°s 28492/15 et 49975/15, 19 novembre 2019, § 88 (affaire renvoyée devant la Grande Chambre par décision du 15 avril 2020) (notre traduction).

¹⁷⁸⁵ *T.K. et S.R. c. Russie*, requêtes n°s 28492/15 et 49975/15, 19 novembre 2019, §§ 39–54. À propos des sources auxquelles la Cour se réfère pour établir la situation dans un pays donné, voir aussi DE WECK, pp. 317–326.

¹⁷⁸⁶ L'arrêt phare à cet égard est *Sufi et Elmi c. Belgique*, requêtes n°s 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011, § 250, dans lequel la Cour a conclu que « la violence à Mogadishu est d'une intensité telle que toute personne dans la ville, à part peut-être celles qui sont exceptionnellement bien connectées à des acteurs puissants », y courrait un risque réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention » (notre traduction). La possibilité d'une violence généralisée suffisamment importante pour atteindre le seuil de gravité de l'article 3 CEDH avait déjà été évoquée dans *NA. C. Belgique*, requête n° 25904/07, 17 juillet 2008, § 115 (voir aussi DE WECK, pp. 301–307). Concernant la situation à Mogadishu, précisons toutefois que la Cour a revu sa qualification peu après l'arrêt *Sufi et Elmi* précité (voir en particulier *K.A.B. c. Suède*, requête n° 886/11, 5 septembre 2013, §§ 86–91 ; voir aussi DE WECK, pp. 305–306). Voir aussi *M.D. et autres c. Russie*, requêtes n°s 71321/17 et al., 14 septembre 2021 (l'expulsion vers la Syrie serait contraire à l'article 3 CEDH).

¹⁷⁸⁷ *A.G.A.M. c. Suède*, requête n° 71680/10, 27 juin 2013 ; *D.N.M. c. Suède*, requête n° 28379/11, 27 juin 2013 ; *M.K.N. c. Suède*, requête n° 72413/10, 27 juin 2013 ; *M.Y.H. et autres c. Suède*, requête n° 50859/10, 27 juin 2013 ; *N.A.N.S. c. Suède*, requête n° 68411/10, 27 juin 2013 ; *N.M.B. c. Suède*, requête n° 68335/10, 27 juin 2013 ; *N.M.Y. et autres c. Suède*, requête n° 72686/10, 27 juin 2013.

¹⁷⁸⁸ *M.Y.H. et autres c. Suède*, requête n° 50859/10, 27 juin 2013, § 73 (notre traduction).

appartenance à ce groupe les soumette à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention¹⁷⁸⁹. En l'espèce, la Cour a laissé la question ouverte, jugeant qu'il existait une possibilité de relocation interne dans le Kurdistan iraquien¹⁷⁹⁰. De la même manière, la Cour a jugé que la situation des Sikhs en Afghanistan était difficile, mais que ce groupe n'était pas exposé à des mauvais traitements systématiques ; partant, les requérantes auraient dû démontrer des « éléments distinctifs » indiquant un risque individualisé¹⁷⁹¹. Elle a adopté une approche similairement restrictive dans le cas d'un militant sahraoui¹⁷⁹².

En conclusion, nous pouvons retenir que dans l'immense majorité des cas, la seule appartenance à un groupe vulnérable – même sujet à des discriminations et à un risque de traitements contraires à l'article 3 CEDH dans l'État de destination – ne suffit généralement pas, en l'absence d'éléments plus concrets montrant un risque spécifique et individuel, pour empêcher un renvoi¹⁷⁹³. En d'autres termes, la jurisprudence permettant un allègement du fardeau de la preuve en raison de l'appartenance à un groupe particulièrement vulnérable ne s'applique que dans des cas qui sont exceptionnels, à tel point que les membres du groupe remplissent très probablement aussi le critère du risque individualisé.

2) La vulnérabilité en lien avec l'expérience migratoire

Dans l'arrêt de Grande Chambre *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour a jugé, pour la première fois, que les requérantes d'asile constituaient « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable »¹⁷⁹⁴, sans que ce constat dépende d'autres facteurs comme l'âge ou l'appartenance à une minorité¹⁷⁹⁵. L'affaire concernait un ressortissant afghan qui avait déposé une demande

¹⁷⁸⁹ *M.Y.H. et autres c. Suède*, requête n° 50859/10, 27 juin 2013, §§ 61, 73.

¹⁷⁹⁰ *M.Y.H. et autres c. Suède*, requête n° 50859/10, 27 juin 2013, §§ 62–67 ; pour une critique, voir *idem*, op. diss. POWER-FORDE, ZUPANČIČ.

¹⁷⁹¹ *A.S.N. et autres c. Pays-Bas*, requêtes nos 68377/17 et 530/18, 25 février 2020, §§ 107–112.

¹⁷⁹² *E.H. c. France*, requête n° 39126/18, 22 juillet 2021, § 120–123, 146.

¹⁷⁹³ À titre d'illustration, voir l'arrêt *A.A. c. Belgique*, requête n° 18039/11, 15 janvier 2015, dans lequel la Cour considère que « l'appartenance du requérant à une minorité ethnique victime de persécutions répétées constitue un premier facteur de risque » (*idem*, § 58 [nous soulignons]). En l'espèce, le requérant avait également été interrogé, et potentiellement maltraité, par les autorités soudanaises pour son engagement politique (*idem*, § 59) ; il existait donc également un risque individuel, et la Cour en a conclu que son renvoi serait contraire à l'article 3 CEDH (*idem*, §§ 60–62).

¹⁷⁹⁴ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, § 251.

¹⁷⁹⁵ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, §§ 232, 251.

d'asile en Grèce, puis en Belgique, qui l'a ensuite refoulé vers la Grèce à nouveau. La Cour identifie plusieurs facteurs donnant lieu à la vulnérabilité du requérant, principalement son statut de demandeur d'asile, le plaçant dans une dépendance complète vis-à-vis des autorités, notamment en raison de l'interdiction d'exercer une activité lucrative, ainsi que son parcours migratoire, comprenant potentiellement des expériences traumatisantes¹⁷⁹⁶. Si la formulation de la Cour – la « vulnérabilité [...] inhérente à [l]a qualité de demandeur d'asile » est générale, la vulnérabilité résulte également, dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, de la situation spécifique en Grèce, où le requérant s'est trouvé, comme de nombreuses autres requérantes d'asile, dans le dénuement matériel complet pendant des périodes prolongées¹⁷⁹⁷. Si l'affaire est parfois citée comme faisant partie des rares occasions où la Cour a reconnu l'extrême pauvreté comme facteur de vulnérabilité¹⁷⁹⁸, il s'agit tout de même d'une pauvreté très spécifique, car directement attribuable à l'État.

468 Précisons enfin que la qualification des requérantes d'asile comme groupe vulnérable n'a pas fait l'unanimité parmi les juges : le juge SAJÓ l'a fortement critiquée, en soulignant notamment le manque d'homogénéité de cette catégorie de personnes « si tant est qu'elle constitue un groupe »¹⁷⁹⁹. Il a également considéré que, contrairement aux autres groupes identifiés par la jurisprudence, les requérantes d'asile n'auraient pas été victimes « de traitements défavorables aux conséquences durables aboutissant à leur exclusion de la société »¹⁸⁰⁰. Or, cette vision est trop restrictive, car elle ne prend pas en considération les facteurs de vulnérabilité réels identifiés par la Cour ; elle montre également une approche problématique selon laquelle les autres groupes vulnérables – par exemple, les personnes roms ou les personnes en situation de handicap mental – seraient « homogènes », ce qui est réducteur et essentialisant¹⁸⁰¹.

469 L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* est novateur pour plusieurs raisons. Il s'agit non seulement de la première reconnaissance par la Cour de la vulnérabilité des

¹⁷⁹⁶ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, § 232 ; voir aussi PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1069.

¹⁷⁹⁷ Voir aussi PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1069.

¹⁷⁹⁸ Voir p. ex. LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 319–320 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1069 (citant également *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012. À propos de cet arrêt, voir *supra*, n°s 429–430).

¹⁷⁹⁹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, op. part. diss. SAJÓ.

¹⁸⁰⁰ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, op. part. diss. SAJÓ.

¹⁸⁰¹ À propos du risque d'essentialisation, voir *supra*, n°s 157–159.

requérantes d'asile¹⁸⁰², mais aussi de la première fois où la Cour a estimé qu'une situation de dénuement matériel extrême était, à elle seule, constitutive d'une violation de l'article 3 de la Convention, s'inscrivant dans le volet matériel de l'égalité substantielle¹⁸⁰³. De plus, dans cet arrêt, la Cour a pour la première fois jugé qu'un transfert en application du régime d'asile européen commun pouvait être contraire aux exigences conventionnelles obligeant ainsi les États partis à nuancer – dans certaines circonstances – le principe de confiance mutuelle inhérent au régime d'asile européen commun¹⁸⁰⁴. En effet, la Cour a conclu à une violation de la Convention à l'égard tant de la Grèce que de la Belgique : estimant que les défaillances du système d'asile grec et la situation précaire qui en découlait pour les requérantes d'asile étaient notoires, elle a jugé que les autorités belges auraient dû savoir que le requérant courait un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH en cas de renvoi vers ce pays¹⁸⁰⁵.

L'arrêt a eu des répercussions importantes, notamment la suspension de transferts « Dublin » vers la Grèce¹⁸⁰⁶. Cependant, sa portée a été sensiblement réduite par la jurisprudence ultérieure. La Cour a notamment insisté, à de nombreuses reprises, sur le caractère exceptionnel de la situation en Grèce : ainsi, elle a souligné dans des arrêts impliquant des renvois vers l'Italie, la Hongrie ou Malte que les conditions de vie des requérantes d'asile ne résultaient pas d'une « défaillance systémique » du système d'asile, n'atteignant ainsi pas le seuil de gravité pour que tout renvoi soit incompatible avec l'article 3

470

¹⁸⁰² PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1068.

¹⁸⁰³ ESTRADA-TANCK, pp. 226–227 ; LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 319–320 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1068–1069. À propos de l'égalité substantielle, voir *supra*, n° 50.

¹⁸⁰⁴ L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* se situe ainsi dans l'évolution de deux affaires plus anciennes, dans lesquelles la Cour a confirmé l'application du principe de non-refoulement dans le cadre de renvois « Dublin » (*T.I. c. Belgique* [déc.], requête n° 43844/98, 7 mars 2000, partie A.2 ; *K.R.S. c. Belgique* [déc.], requête n° 32733/08, 2 décembre 2008, partie B).

¹⁸⁰⁵ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, §§ 341–368. Voir, par contraste, *Sharifi c. Belgique*, requête n° 60104/08, 5 décembre 2013, §§ 32–39 et *Safai c. Belgique*, requête n° 44689/09, 7 mai 2014, §§ 44–51, qui concernaient des renvois vers la Grèce effectués en 2008 et 2009 (donc antérieurs aux faits de l'affaire *M.S.S.* précitée, même si les jugements ont été rendus après l'arrêt *M.S.S.*). Dans des deux arrêts, la Cour a jugé que les autorités autrichiennes devaient être au courant de certaines déficiences dans le système d'asile grec, mais qu'elles ne disposaient pas forcément des informations nécessaires pour conclure que celles-ci étaient suffisamment graves pour dépasser le seuil de l'article 3 CEDH.

¹⁸⁰⁶ À la suite de l'arrêt *M.S.S. c. Grèce* précité, puis de l'arrêt *M.S. et M.E.*, C-411 et C-493/10, 21 décembre 2011, de la CJUE, les transferts « Dublin » vers la Grèce ont été suspendus. Une reprise graduelle a été recommandée en 2016, mais reste contestée (voir https://asylumineurope.org/reports/country/greece/asylum-procedure/procedures/dublin/#_ftn46 [31.10.2021] ; à propos du suivi de l'arrêt *M.S.S.* au sein du Conseil de l'Europe, voir <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECApno%22:%5B%2230696%22%5D%7D> [31.10.2021]).

CEDH¹⁸⁰⁷. La portée de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* est par ailleurs très limitée s'agissant de renvois dans des pays tiers, à savoir en dehors du régime d'asile européen commun¹⁸⁰⁸.

⁴⁷¹ La jurisprudence ultérieure a également relativisé le poids du constat de vulnérabilité. Si la Cour continue à rappeler la vulnérabilité des requérantes d'asile, ce rappel ne porte que rarement à conséquence¹⁸⁰⁹. Il arrive même que la Cour, tout en soulignant la vulnérabilité de toutes les requérantes d'asile dans son rappel des principes applicables, nie ensuite cette même vulnérabilité dans le cas d'espèce : c'est notamment le cas lorsque la requête provient d'un « jeune

¹⁸⁰⁷ Voir p. ex. *Mohammed Hussein c. Pays-Bas et Belgique* (déc.), requête n° 27725/10, 2 avril 2013 (transfert vers l'Belgique) ; *Mohammed c. Belgique* (déc.), requête n° 2283/12, 6 juin 2013 (transfert vers la Hongrie ; violation du droit à un recours effectif, mais pas de violation en raison du transfert) ; *Abubeker c. Belgique et Belgique* (déc.), requête n° 73874/11, 18 juin 2013 (transfert vers l'Belgique) ; *Halimi c. Belgique et Belgique* (déc.), requête n° 53852/11, 18 juin 2013 (transfert vers l'Belgique) ; *Mohammadi c. Belgique* (déc.), requête n° 71932/12, 3 juillet 2014 (transfert vers la Hongrie) ; *A.M.E. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 51428/10, 13 janvier 2015 (transfert vers l'Belgique) ; *Ojei c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 64724/10, 14 mars 2017, § 39 (transfert vers Malte) ; *H. et autres c. Suisse* (déc.), requête n° 67981/16, 15 mai 2018, § 19 (transfert vers l'Belgique).

¹⁸⁰⁸ Pourtant, dans l'affaire *Sufi et Elmi c. Belgique* concernant l'expulsion de deux hommes vers la Somalie, la Cour avait explicitement choisi de suivre l'approche adoptée dans l'arrêt *M.S.S.* et non pas celle, plus restrictive, adoptée dans l'affaire *N. c. Belgique* [GC], requête n° 26565/05, 27 mai 2008. Cette approche l'avait conduite à déterminer la capacité des requérants, en cas de renvoi, de « satisfaire leurs besoins les plus essentiels en matière de nourriture, hygiène et hébergement » (*Sufi et Elmi c. Belgique*, requêtes n°s 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011, § 283 [notre traduction]) ; au vu de la situation humanitaire déplorable en Somalie, elle a conclu que l'expulsion constituerait une violation de l'article 3 CEDH. Cette affaire est toutefois restée exceptionnelle. Deux éléments principaux limitent l'applicabilité de l'approche suivie dans *M.S.S.* à des cas hors Dublin. D'une part, la Cour insiste sur le fait que la situation déplorable doit être directement imputable à l'État et non pas résulter d'une « pauvreté ou d'un manque de ressources pour faire face à un phénomène naturel » (voir déjà *Sufi et Elmi c. Belgique*, requêtes n°s 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011, § 282 et *S.H.H. c. Belgique*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013, § 77 [notre traduction]), un élément explicitement jugé non pertinent dans le contexte « Dublin » (*Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, § 104). Pour une critique de ce critère, voir MOTZ, *Persecution*, pp. 188–191 ; STOYANOVA, *Non-Refoulement*, p. 598. D'autre part, la Cour prend en compte de manière sélective les obligations positives résultant du droit international, européen et interne dans l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH, comme cela se voit dans l'affaire *S.H.H. c. Belgique*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013, § 90, dans laquelle la Cour considère qu'elle ne peut suivre l'approche *M.S.S.* dans un cas d'expulsion d'une personne en situation de handicap vers l'Afghanistan, notamment parce que, contrairement à la Grèce, l'Afghanistan n'avait pas d'obligations positives particulières de prise en charge. Ce raisonnement est critiquable à deux égards : premièrement, seules les obligations de l'État expulsant, par définition partie à la CEDH, devraient être pertinentes pour évaluer le seuil de gravité de l'article 3 CEDH ; et deuxièmement, même à considérer qu'il s'agit là d'un élément pertinent, la Cour a failli de prendre en compte que l'Afghanistan avait, lui aussi, des obligations découlant du droit international, avant tout de la CDPH. Sur ce dernier point, voir en particulier MOTZ, *Persecution*, pp. 190–193.

¹⁸⁰⁹ Voir p. ex. *S.H.H. c. Belgique*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013, § 76 ; *A.S. c. Suisse*, requête n° 39350/13, 30 juin 2015, § 29 ; *B.G. et autres c. France*, requête n° 63141/13, 10 septembre 2020, §§ 78–80, 88 ; voir toutefois, dans le cadre des conditions d'accueil, *N.H. et autres c. France*, requêtes n°s 28820/13 et al., 2 juillet 2020.

homme sans handicap ou maladie et sans personnes à charge »¹⁸¹⁰. Ces considérations sont hautement problématiques, puisqu'elles passent sous silence certaines vulnérabilités moins visibles, par exemple des vulnérabilités psychologiques dues à des violences sexuelles¹⁸¹¹. La portée de la vulnérabilité comme obstacle au renvoi se trouve ainsi réduite, pour l'essentiel, au cas des enfants¹⁸¹². Par ailleurs, la vulnérabilité est absente de certains arrêts phares, par exemple concernant la question des expulsions collectives¹⁸¹³.

Ainsi, la vulnérabilité générale de toute personne migrante ou, en tout cas, de toute personne requérante de l'asile tend à s'effacer face à la vulnérabilité accrue des personnes migrantes mineures¹⁸¹⁴. L'affaire *Tarakhel c. Suisse* le montre bien. Cette affaire concerne le renvoi vers l'Italie d'une famille afghane avec six enfants nées entre 1999 et 2012 en application du système « Dublin »¹⁸¹⁵. La famille requérante avait soutenu que son renvoi en Italie violerait ses droits garantis par les articles 3 et 8 de la Convention, notamment en raison des conditions de détention inadaptées aux enfants en bas âge et du fait que la famille risquait d'être séparée à son arrivée en Italie. La Cour examine l'ensemble de l'affaire sous l'angle de l'article 3 de la Convention ; partant, la question centrale est de savoir s'il existe un risque réel de traitement atteignant le seuil de gravité minimum de l'article 3 de la Convention.

Pour y répondre, la Cour procède en deux étapes : d'abord, elle distingue la situation en Italie, qu'elle considère nettement moins grave que celle prévalant en Grèce, malgré de « sérieux doutes quant aux capacités actuelles du système » italien¹⁸¹⁶. Ainsi, la situation d'accueil en Italie « ne saurai[t] constituer en soi un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile vers ce pays »¹⁸¹⁷. Ensuite, la Cour précise qu'un transfert peut se révéler contraire à la Convention même en

¹⁸¹⁰ *A.M.E. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 51428/10, 13 janvier 2015, § 34 ; *M.O.S.H. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 63469/09, 3 février 2015, § 22 (voir toutefois *idem*, § 20 pour le rappel de la vulnérabilité générale) (notre traduction).

¹⁸¹¹ *M.H. c. Finlande*, requête n° 42255/18 (déc. [Comité]), 16 juin 2020, §§ 54–58.

¹⁸¹² Ce type de hiérarchisation des vulnérabilités crée un risque de nivellement vers le bas de la protection en matière de droits humains (voir aussi *supra*, nos 160–161).

¹⁸¹³ *N.D. et N.T. c. Belgique* [GC], requêtes nos 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020 ; voir aussi *infra*, n° 478, à propos de l'arrêt *Khlaifia et autres c. Belgique* [GC], requête n° 16483/12, 15 décembre 2016.

¹⁸¹⁴ Voir aussi *V.M. et autres c. Belgique*, requête n° 60125/11, 7 juillet 2015, § 153.

¹⁸¹⁵ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, §§ 9–21.

¹⁸¹⁶ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, §§ 114–120.

¹⁸¹⁷ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, § 115.

l'absence de défaillances systémiques¹⁸¹⁸. En effet, l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention est relative et dépend des circonstances individuelles de chaque requérante¹⁸¹⁹. L'analyse doit notamment tenir compte de l'« extrême vulnérabilité » des enfants requérantes, que celles-ci soient ou non accompagnées par leurs parents, établie par des arrêts antérieurs¹⁸²⁰. En définitive, c'est ce dernier point – la vulnérabilité particulière de la famille requérante – qui amène la Cour à considérer que le seuil de gravité de l'article 3 est atteint¹⁸²¹. Partant, elle conclut que les autorités suisses ne peuvent pas renvoyer la famille requérante sans obtenir des « garanties individuelles » de la part de leurs homologues italiens. Celles-ci doivent en particulier confirmer que la famille ne sera pas séparée et sera accueillie dans des conditions compatibles avec les besoins spécifiques de jeunes enfants¹⁸²².

474 Divers jugements ont confirmé les conclusions de l'affaire *Tarakhel*¹⁸²³. Plus généralement, la pertinence juridique de la vulnérabilité particulière des enfants est confirmée par de nombreux arrêts, même si la plupart concernent les conditions d'accueil dans un seul État et non pas une situation de renvoi¹⁸²⁴. Au-delà de la question des conditions d'accueil sur place, la Cour a également dégagé une obligation positive d'encadrer un éventuel renvoi, en chargeant une personne adulte d'accompagner les enfants et en s'assurant qu'elles soient accueillies sur place, si possible par des membres de leur famille¹⁸²⁵.

475 En revanche, la Cour se montre plus réticente s'agissant d'autres vulnérabilités. Dans le domaine des personnes malades ou en situation de

¹⁸¹⁸ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, §§ 117–119. La notion de « défaillances systémiques » provient d'un jugement de la CJUE qui, en se basant notamment sur l'affaire *M.S.S.* précitée, avait conclu que seules des défaillances systémiques pouvaient justifier une exception au principe de confiance mutuelle sur lequel est basé le régime d'asile européen commun (voir CJUE, *N.S., M.E. et autres*, affaires C-411/10 et C-493/10, 21 décembre 2011, §§ 82–94) ; pour une analyse, voir ZIMMERMANN, Dublin, pp. 1–29.

¹⁸¹⁹ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, § 118.

¹⁸²⁰ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, § 99 ; à ce propos, voir not. *supra*, n^{os} 481, 647.

¹⁸²¹ *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, §§ 118–122.

¹⁸²² *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, §§ 120–122. L'utilisation de l'expression « garanties individuelles » correspond ici à celle, plus courante, des « assurances diplomatiques » (voir aussi MOTZ, *Tarakhel*, p. 62 [note 6]).

¹⁸²³ Voir p. ex. *J.A. et autres c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 21459/14, 3 novembre 2015, §§ 28–32 ; *S.M.H. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 5868/13, 17 mai 2016, §§ 42–48 ; *M.R. et autres c. Finlande* (déc.), requête n° 13630/16, 24 mai 2016, §§ 24–28 ; *M. c. Pays-Bas*, requête n° 46595/19, 23 mars 2021, §§ 48–58.

¹⁸²⁴ À ce propos, voir *infra*, n^{os} 481–484.

¹⁸²⁵ *Moustahi c. Belgique*, requête n° 9347/14, 25 juin 2020, §§ 57, 68–70 ; voir déjà *Mubilanzi Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, §§ 66–69.

handicap, en particulier, l'absence de références explicites à la vulnérabilité est révélatrice de la vision très restrictive de la Cour¹⁸²⁶. Ainsi, la Cour a longtemps estimé que des « circonstances exceptionnelles » s'opposant au refoulement d'une personne gravement malade étaient uniquement réunies lorsque celle-ci souffrait d'une maladie incurable, en stade terminal, avec un défaut d'accès effectif au traitement dans le pays d'origine¹⁸²⁷. Cette jurisprudence, très sévère, a été critiquée, y compris dans des opinions séparées¹⁸²⁸. Après l'arrêt *Tarakhel c. Suisse*, on aurait pu espérer que la Cour appliquerait le même raisonnement, à savoir l'abaissement du seuil de gravité et l'obligation d'obtenir des assurances individuelles de respect de la Convention, aux adultes en situation de vulnérabilité, que ce soit en raison d'une maladie ou d'un handicap. Or, dans plusieurs arrêts, la Cour a maintenu son approche stricte établie dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*¹⁸²⁹, y compris s'agissant de renvois « Dublin »¹⁸³⁰.

Néanmoins, cette approche a ensuite été atténuée par l'arrêt de Grande chambre *Paposhvili c. Belgique* traitant du renvoi en Géorgie d'une personne atteinte d'une leucémie en phase terminale¹⁸³¹. Le requérant avait invoqué sa vulnérabilité particulière¹⁸³². Sans aborder cet élément, la Cour élargit quelque peu sa notion des « circonstances exceptionnelles » s'opposant au renvoi d'une personne malade. Elle estime que celles-ci sont également réunies lorsque le renvoi d'une personne gravement malade entraînerait une réduction

476

¹⁸²⁶ Pour illustration, voir *S.H.H. c. Belgique*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013, op. diss. ZIEMELE, FÓR BJÖRGVINSSON, DE GAETANO, §§ 5–6 ; *Tatar c. Suisse*, requête n° 65692/12, 14 avril 2015, op. diss. LEMMENS, § 4.

¹⁸²⁷ Voir en particulier *D. c. Belgique*, requête n° 30240/96, 2 mai 1997, §§ 53–54 tel qu'interprété par *N. c. Belgique* [GC], requête n° 26565/05, 27 mai 2008, §§ 32–45 ; voir aussi *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, requête n° 10486/10, 20 décembre 2011, § 103 ; *S.H.H. c. Belgique*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013, §§ 75–77 ; *Tatar c. Suisse*, requête n° 65692/12, 14 avril 2015, § 43 ; *A.S. c. Suisse*, requête n° 39350/13, 30 juin 2015 ; pour une analyse, voir en particulier MOTZ, *Persecution*, pp. 184–194.

¹⁸²⁸ *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, requête n° 10486/10, 20 décembre 2011, op. conc. TULKENS, JOČIENĖ, POPOVIĆ, KARAKAS, RAIMONDI, PINTO DE ALBUQUERQUE ; *S.H.H. c. Belgique*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013, op. diss. ZIEMELE, FÓR BJÖRGVINSSON, DE GAETANO ; *S.J. c. Belgique*, requête n° 70055/10, 27 février 2014, op. diss. POWER-FORDE ; *Tatar c. Suisse*, requête n° 65692/12, 14 avril 2015, op. diss. LEMMENS ; *S.J. c. Belgique* (déc. [GC] [rayé du rôle]), requête n° 70055/10, 19 mars 2015, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE.

¹⁸²⁹ Voir notamment *Tatar c. Suisse*, requête n° 65692/12, 14 avril 2015, § 18 ; voir *idem*, op. diss. LEMMENS, § 4.

¹⁸³⁰ *A.S. c. Suisse*, requête n° 39350/13, 30 juin 2015, §§ 31, 37 ; *A.M. c. Suisse* (déc.), requête n° 37466/13, 3 novembre 2015, §§ 18–19 ; *A.T.H. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 54000/11, 17 novembre 2015, § 40.

¹⁸³¹ *Paposhvili c. Belgique* [GC], requête n° 41738/10, 13 décembre 2016, § 183.

¹⁸³² *Paposhvili c. Belgique* [GC], requête n° 41738/10, 13 décembre 2016, §§ 139–140, 147–148.

significative de son espérance de vie ou des souffrances intenses¹⁸³³. Si cet arrêt doit être salué comme avancée indéniable de la protection des droits des personnes gravement malades, il ne représente qu'une brèche dans l'approche autrement très restrictive de la Cour¹⁸³⁴. C'est d'autant plus vrai que l'affaire *Paposhvili* s'est décidée sur des facteurs avant tout procéduraux : se référant à l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, les juges ont critiqué l'évaluation des risques encourus par le requérant et ont estimé que les autorités belges auraient dû recueillir des assurances auprès de la Géorgie quant à l'accès à des traitements adéquats avant de décider d'un renvoi¹⁸³⁵. Par ailleurs, malgré une certaine extension des situations où la maladie grave peut constituer un obstacle au renvoi, celles-ci restent clairement exceptionnelles. Si l'arrêt constitue certes un pas en avant pour protéger non « plus seulement les étrangers mourants, mais également [...] les vivants »¹⁸³⁶, le fait que M. Paposhvili soit décédé avant que la Grande chambre ne rende son jugement indique cependant la gravité de sa situation et la portée somme toute assez limitée de cette jurisprudence¹⁸³⁷.

B. La vulnérabilité et les conditions d'accueil

1) Généralités

⁴⁷⁷ Comme nous venons de le voir, la question du renvoi et celle des conditions d'accueil sont étroitement liées. Ainsi, dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* que nous venons d'examiner, la Cour a également conclu à une violation de l'article 3 CEDH à l'égard de la Grèce. À ce propos, relevons que, à la suite de

¹⁸³³ *Paposhvili c. Belgique* [GC], requête n° 41738/10, 13 décembre 2016, § 183 ; voir, par contraste, *N. c. Belgique* [GC], requête n° 26565/05, 27 mai 2008, §§ 51–52 ; pour une discussion de ce point, voir aussi *S.J. c. Belgique* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 70055/10, 19 mars 2015, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 2–11.

¹⁸³⁴ DE WECK/MOTZ, pp. 9–11 ; KLAUSSER, pp. 6–9 ; à propos de l'approche restrictive de la Cour, voir aussi ESTRADA-TANCK, pp. 238–247.

¹⁸³⁵ *Paposhvili c. Belgique* [GC], requête n° 41738/10, 13 décembre 2016, §§ 187, 191 ; voir aussi DE WECK/MOTZ, p. 11. Pour une application des critères établis dans l'affaire *Paposhvili*, voir *Khachaturov c. Arménie*, requête n° 59687/17, 24 juin 2021, §§ 88–110.

¹⁸³⁶ KLAUSSER, p. 9 ; formulation empruntée à *S.J. c. Belgique*, requête n° 70055/10, 27 février 2014, op. diss. POWER-FORDE.

¹⁸³⁷ Pour une confirmation de l'approche suivie dans l'affaire *Paposhvili* et de son caractère restrictif dans le contexte d'un renvoi « Dublin » vers l'Belgique, voir *H. et autres c. Suisse* (déc.), requête n° 67981/16, 15 mai 2018, § 23. Pour une confirmation des critères de l'affaire *Paposhvili* en lien avec un handicap psychique, voir *Savran c. Danemark*, requête n° 57467/15, 1^{er} octobre 2019, §§ 45, 62 (concernant le renvoi vers la Turquie, ; affaire renvoyée devant la Grande Chambre) ; à propos du caractère restrictif, voir également *K.S. c. Suède* [Comité], requête n° 31827/18, 16 décembre 2020, §§ 37–38.

son renvoi en Grèce, le requérant avait été détenu pendant quatre jours, puis pendant une semaine, dans un local attenant à l'aéroport, surpeuplé, sans ventilation et avec un accès aux sanitaires très limité. Par la suite, il a vécu dans la rue, « sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels »¹⁸³⁸. La Cour conclut à une violation de la Convention tant concernant les conditions de détention, que s'agissant des conditions de vie du requérant, caractérisées par un dénuement matériel extrême. Dans les deux cas, la vulnérabilité a joué un rôle important. Dans le premier cas, la Cour s'y réfère pour conclure que le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention est atteint malgré la durée relativement courte des détentions ; dans le second, elle s'en sert pour tenir les autorités grecques pour responsables de la situation de dénuement matériel extrême du requérant¹⁸³⁹. À cet égard, elle souligne qu'« étant donné la précarité et la vulnérabilité particulières et notoires [des demandeurs d'asile en Grèce] [...], les autorités grecques ne pouvaient se contenter d'attendre que le requérant prenne initiative de s'adresser à la préfecture de police pour pourvoir à ces besoins essentiels »¹⁸⁴⁰.

Si la Cour a réaffirmé la vulnérabilité des requérantes d'asile par la suite¹⁸⁴¹, 478 des arrêts ultérieurs ont également restreint la portée de ce constat, à l'instar de ce que nous avons observé pour les affaires portant sur le renvoi¹⁸⁴². Deux éléments peuvent être relevés à ce propos. Premièrement, la Cour rattache la vulnérabilité au statut de requérante d'asile¹⁸⁴³. Pour illustration, la Grande Chambre a jugé, par rapport à trois hommes de nationalité tunisienne interceptés par la garde côtière italienne, que « les intéressés, qui n'étaient pas demandeurs d'asile, n'avaient pas la vulnérabilité spécifique inhérente à cette

¹⁸³⁸ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, § 263.

¹⁸³⁹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, §§ 232, 251.

¹⁸⁴⁰ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, § 259.

¹⁸⁴¹ Voir p. ex. *Ilias et Ahmed c. Hongrie* [GC], requête n° 47287/15, 21 novembre 2019, § 192 ; *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n°s 28820/13 et al., 2 juillet 2020, § 162.

¹⁸⁴² Voir *supra*, n°s 472–473.

¹⁸⁴³ Voir aussi la décision *Hunde c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 17931/16, 5 juillet 2016, §§ 55–57, dans laquelle la Cour, tout en précisant que le statut de requérant d'asile débouté n'affecte pas la « vulnérabilité en tant que migrant » du requérant, insiste fortement sur les distinctions avec l'affaire *M.S.S.* précitée, et, ce faisant, valide la position du gouvernement selon lequel le requérant ne devait pas être considéré comme étant particulièrement vulnérable.

qualité »¹⁸⁴⁴. Ce faisant, elle a refusé de suivre la Chambre qui avait estimé que les requérants « se trouvaient dans une situation de vulnérabilité », du fait notamment qu'ils « venaient d'affronter un voyage dangereux en mer »¹⁸⁴⁵. Deuxièmement, la Cour relativise la vulnérabilité des requérantes d'asile en soulignant que « rien ne montre que les requérants en l'espèce étaient plus vulnérables que d'autres demandeurs d'asile majeurs »¹⁸⁴⁶, opérant ainsi une hiérarchisation entre différents degrés de vulnérabilité, résultant en une protection amoindrie¹⁸⁴⁷.

479 Signalons toutefois l'affaire récente *N.H. et autres c. France* qui réaffirme les principes établis dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* et contraste avec l'interprétation étroite de la vulnérabilité¹⁸⁴⁸. Rappelant les circonstances de l'affaire *M.S.S.*, l'affaire *N.H. et autres c. France* porte sur cinq demandeurs d'asile contraints de vivre dans la rue pendant plusieurs mois, les lenteurs administratives ne leur ayant pas permis d'accéder aux prestations pourtant prévues par le droit interne¹⁸⁴⁹. La Cour reconnaît que la situation en France doit être distinguée de celle à l'origine de l'affaire *M.S.S.* précitée dans le sens que les autorités n'étaient pas restées passives et avaient pris des mesures pour faire face à l'augmentation des demandes d'asile¹⁸⁵⁰ ; toutefois, cela ne l'empêche pas de constater une violation conventionnelle dans le chef de trois des requérants¹⁸⁵¹. À ce propos, elle estime que les trois requérants, contraints de vivre dans la rue pendant plusieurs mois sans ressources ont été « victimes d'un

¹⁸⁴⁴ *Khlaifia et autres c. Belgique* [GC], requête n° 16483/12, 15 décembre 2016, § 194. La Cour précise par ailleurs que « rien ne montre que les requérants en l'espèce étaient plus vulnérables que d'autres demandeurs d'asile majeurs » (*ibidem*). Ce constat s'inscrit dans les conditions d'accueil sur l'île de Lampedusa ; l'affaire porte par ailleurs sur la question de l'interdiction des expulsions collectives. La Grande Chambre conclut à la non-violation tant de l'article 3 CEDH que de l'article 4 du Protocole n° 4, mais à une violation de l'article 5 par. 1, 2 et 4 CEDH.

¹⁸⁴⁵ *Khlaifia et autres c. Belgique*, requête n° 16483/12, 1^{er} septembre 2015, § 135 ; à ce propos, voir aussi les considérations du CPT citées dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Belgique* [GC], requête n° 27765/09, 23 février 2012, § 36.

¹⁸⁴⁶ *Ilias et Ahmed c. Hongrie* [GC], requête n° 47287/15, 21 novembre 2019, § 192.

¹⁸⁴⁷ À propos du risque de hiérarchisation, voir aussi *supra*, n°s 160–161.

¹⁸⁴⁸ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n°s 28820/13 et al., 2 juillet 2020.

¹⁸⁴⁹ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n°s 28820/13 et al., 2 juillet 2020, §§ 157–164.

¹⁸⁵⁰ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n°s 28820/13 et al., 2 juillet 2020, §§ 180–182.

¹⁸⁵¹ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n°s 28820/13 et al., 2 juillet 2020, §§ 182–187. À ce propos, la Cour souligne également que les autorités ont fait face à une augmentation graduelle des demandes, et non pas à une « urgence humanitaire » (*idem*, § 182).

traitement dégradant témoignant d'un manque de respect pour leur dignité »¹⁸⁵².

L'arrêt est remarquable non seulement parce qu'il confirme les principes établis dans l'affaire *M.S.S.*, mais aussi du point de vue de la vulnérabilité. En effet, le gouvernement défendeur avait invoqué que « les requérants [étaient] jeunes, célibataires et en bonne santé », les distinguant explicitement des « demandeurs d'asile justifiant d'une particulière vulnérabilité en raison de leur âge, de leur santé ou de leur situation familiale », à qui les ressources étaient allouées en priorité¹⁸⁵³. Comme nous l'avons vu, la Cour elle-même s'est livrée à des raisonnements similaires à certaines occasions. Or, dans l'arrêt *N.H. et autres*, elle n'accepte pas cette argumentation. Elle rappelle non seulement que tous « les demandeurs d'asile peuvent être considérés comme vulnérables du fait de leur parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'ils peuvent avoir vécues en amont »¹⁸⁵⁴, mais elle précise aussi que « le fait que les juridictions internes leur ont systématiquement opposé le manque de moyens [...] au regard de leurs conditions de jeunes majeurs isolés, en bonne santé et sans charge de famille » a conduit à une violation de l'article 3 de la Convention¹⁸⁵⁵. Il est à espérer que ce raisonnement inspirera d'autres affaires par la suite.

480

2) Les personnes mineures

La vulnérabilité particulière des personnes migrantes mineures est reconnue par la jurisprudence constante¹⁸⁵⁶. Cette attention portée à la vulnérabilité particulière des enfants migrants précède l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* de

481

¹⁸⁵² *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes nos 28820/13 et al., 2 juillet 2020, § 184. En revanche, la Cour conclut à l'absence de violation pour le quatrième requérant, qui avait obtenu un récépissé constatant le dépôt de sa demande d'asile après 28 jours et a pu percevoir une prestation financière après 63 jours, alors même qu'il était contraint de vivre dans une tente et dans des conditions précaires, ce qui montre que le seuil reste assez élevé pour que la Cour accepte qu'un dénuement matériel attribuable à l'État atteigne le seuil de gravité de l'article 3 CEDH (*idem*, §§ 187–188). La requête a été rayée du rôle s'agissant du cinquième requérant.

¹⁸⁵³ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes nos 28820/13 et al., 2 juillet 2020, § 131.

¹⁸⁵⁴ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes nos 28820/13 et al., 2 juillet 2020, § 162.

¹⁸⁵⁵ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes nos 28820/13 et al., 2 juillet 2020, § 184.

¹⁸⁵⁶ Voir, parmi d'autres, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55 ; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 87 ; *N.T.P. et autres c. Belgique*, requête n° 68862/13, 24 mai 2018, § 44 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74 ; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 56 ; *M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63.

plusieurs années ; elle trouve son origine dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* évoquée précédemment¹⁸⁵⁷. Depuis cette affaire, la Cour reconnaît sans équivoque que la « situation d'extrême vulnérabilité » des mineures non accompagnées « est déterminante » et « prédomine sur [leur] statut d'étrangère[s] en séjour illégal »¹⁸⁵⁸. La vulnérabilité des enfants migrantes n'est pas un vain mot : la Cour en déduit régulièrement des conséquences juridiques. Selon une formule récurrente, l'État est tenu de « le[s] protéger et de le[s] prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 [CEDH] »¹⁸⁵⁹. La vulnérabilité a donc une incidence à la fois sur l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention et sur les obligations positives résultant de celui-ci, les deux éléments étant étroitement liés.

482 Pour déterminer si les conditions de vie sont insuffisantes au point d'être considérées comme inhumaines ou dégradantes, la Cour tient compte de trois facteurs : l'âge des enfants, la durée du séjour ou de la détention et le caractère adapté ou non des structures¹⁸⁶⁰. Sur ce dernier point, la Cour a notamment précisé que les personnes mineures doivent être logées dans un « environnement adapté à leur condition » en matière de sécurité, d'hygiène, d'alimentation, d'accès aux soins ainsi que d'encadrement, qui doit se faire par du personnel spécifiquement formé à cet égard¹⁸⁶¹. Les mêmes critères sont en principe aussi applicables lors du séjour d'enfants ou mineures dans des

¹⁸⁵⁷ Voir *supra*, nos 283, 289.

¹⁸⁵⁸ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55 ; *Popov c. Belgique*, requêtes nos 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, § 91 ; *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, § 79 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74 ; *Moustahi c. Belgique*, requête n° 9347/14, 25 juin 2020, § 54 ; *B.G. et autres c. France*, requête n° 63141/13, 10 septembre 2020, § 79. Dans une légère variante, la Cour a parfois considéré, à propos de jeunes enfants, que leur vulnérabilité prévalait sur la situation irrégulière du parent, faisant abstraction de la situation juridique de l'enfant lui-même (*M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 65).

¹⁸⁵⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55 ; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 62 ; *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, § 171 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74 ; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 56.

¹⁸⁶⁰ Voir p. ex. *A.B. et autres c. France*, requête n° 11593/12, 12 juillet 2016, § 109 et les réf. cit. ; *R.M. et autres c. France*, requête n° 33201/11, 12 juillet 2016, § 70 et les réf. cit. ; *R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021, § 49 ; *M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63. Des conditions graves peuvent constituer une violation sans égard à la durée (voir p. ex. *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 86), ou en cas de durée très brève (voir p. ex. *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, §§ 84-93).

¹⁸⁶¹ *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, requête n° 15297/09, 13 décembre 2011, §§ 64-69 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 85 ; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 61.

structures ouvertes, même si le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention semble être sensiblement plus élevé¹⁸⁶². Par ailleurs, les mineurs non accompagnés doivent également être hébergés séparément des adultes¹⁸⁶³.

La Cour a également conclu à des violations de l'article 3 de la Convention lorsque les autorités ont failli de prendre des mesures actives pour éviter que des personnes mineures soient livrées à elles-mêmes. C'est non seulement le cas lorsque les autorités ne se soucient pas de l'hébergement d'une personne mineure non accompagnée, qui se trouve dans la rue ou dans un campement de fortune inadapté à ses besoins¹⁸⁶⁴, mais aussi lorsque les États ne prennent pas les mesures positives d'encadrement adaptées. En effet, les États ont l'obligation positive d'identifier les personnes mineures et prendre des mesures actives pour leur prise en charge¹⁸⁶⁵, ce qui devrait inclure la nomination d'une tutrice ou représentante légale chargée de veiller aux intérêts de la personne mineure¹⁸⁶⁶. Ceci soulève également la question de l'évaluation de l'âge et des méthodes utilisées, comme des tests osseux souvent peu fiables¹⁸⁶⁷. Précisons également que diverses instances préconisent une présomption de minorité en cas de doute sur l'âge¹⁸⁶⁸. La Cour n'en a pas tiré les conséquences pour l'instant, comme le

483

¹⁸⁶² Voir en particulier l'analyse de la Cour concernant le séjour dans la structure ouverte du camp de Diavata dans l'affaire *H.A. c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, §§ 174–175, qui porte à croire que le seuil de gravité sous l'article 3 CEDH est très élevé s'agissant de structures d'hébergement ouvertes, et que, pour qu'une violation soit constatée, les requérants auraient dû être soit hébergés dans des conditions insalubres, soit ensemble avec des personnes adultes. Le seuil que la Cour applique dans l'affaire *H.A. c. Grèce* paraît indûment élevé. C'est d'autant plus vrai que la distinction entre structures ouvertes et fermées (donc de détention) est parfois illusoire en pratique. À cet égard, voir aussi l'affaire *R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021, dans laquelle la Cour estime, à juste titre selon nous, que les requérantes étaient « détenues de facto ». L'affaire *B.G. et autres c. France* se caractérise également par un seuil élevé (*B.G. et autres c. France*, requête n° 63141/13, 10 septembre 2020).

¹⁸⁶³ *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, §§ 172–175 ; *Kaak et autres c. Grèce*, requête n° 34215/16, 3 octobre 2019, §§ 67–74 (dans les deux cas, la Cour a jugé que les « safe zones » en question remplissaient cette condition). Les familles doivent par ailleurs être hébergées de manière séparée des hommes seuls, voir p. ex. *A.M. c. Belgique*, requête n° 24587/12, 12 juillet 2016, § 50.

¹⁸⁶⁴ *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 92 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 85.

¹⁸⁶⁵ *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, §§ 58–62.

¹⁸⁶⁶ Voir aussi UNHCR, Principes directeurs concernant les enfants, § 69.

¹⁸⁶⁷ APCE, Résolution 2195(2017), § 6 ; CEDS, *Comité Européen d'Action Spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur Milieu de Vie (EUROCEF) c. Belgique* (décision sur le bien-fondé), réclamation n° 114/2015, 24 janvier 2018, § 113 ; voir aussi CORBAZ, pp. 282–302. Devant la Cour, plusieurs requêtes sont actuellement pendantes, voir p. ex. *Darboe et Camara c. Belgique*, requête n° 5797/17, affaire communiquée au gouvernement le 14 février 2017. Pour une proposition de jugement au sujet de cette affaire, voir DEL GAUDIO/MÜLLER/ZIMMERMANN, pp. 9–13.

¹⁸⁶⁸ Voir, parmi d'autres, APCE, Résolution 2195(2017), § 6.10 ; CDE, Observation générale n° 6, par. 31(i) ; UNHCR, Principes directeurs concernant les enfants, par. 73 et 75.

montre l'affaire *M.D. c. France*¹⁸⁶⁹. Le requérant avait été déclaré majeur à l'issue d'un tel test, mais a par la suite pu prouver sa minorité grâce à ses documents d'identité. La Cour a jugé que l'absence de prise en charge durant la période pendant laquelle il était officiellement considéré comme majeur n'était pas incompatible avec l'article 3 CEDH¹⁸⁷⁰.

484 La vulnérabilité des personnes migrantes mineures entre également en ligne de compte dans l'examen de la conformité d'une détention à l'article 5 par. 1 let. f de la Convention. Ce dernier permet la détention de personnes dans le but de les « empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire » d'un État, pour autant que celle-ci ne soit pas arbitraire¹⁸⁷¹. Pour être conforme à la Convention, une détention ne doit pas seulement être légale selon le droit interne, mais encore se faire de bonne foi, être étroitement liée au but poursuivi, avoir lieu dans des conditions appropriées et ne pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi¹⁸⁷². La vulnérabilité des personnes mineures est pertinente à plusieurs égards dans cette analyse : le caractère (in-)approprié des conditions de détention, le fait de savoir si la longueur de la détention était excessive, mais aussi – et surtout – la question même de savoir si la détention était justifiée¹⁸⁷³. Sur ce dernier point, la Cour a souligné à de nombreuses reprises que les autorités devaient tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et examiner à chaque fois des alternatives à la détention, qui ne doit avoir lieu qu'en dernier ressort¹⁸⁷⁴. À cet égard, la Cour s'appuie aussi sur les recommandations du CPT concernant la détention de personnes migrantes¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁶⁹ *M.D. c. France*, requête n° 50376/13, 10 octobre 2019.

¹⁸⁷⁰ *M.D. c. France*, requête n° 50376/13, 10 octobre 2019, §§ 103–111.

¹⁸⁷¹ COUR EDH, Guide sur l'article 5, §§ 128–135 ; HARRIS ET AL., pp. 332–338 ; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, n^{os} 61–64.

¹⁸⁷² COUR EDH, Guide sur l'article 5, § 131 ; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, n° 25.

¹⁸⁷³ Les deux premiers éléments – conditions et durée de la détention – sont ainsi pertinents tant sous l'angle de l'article 3 CEDH que dans le contexte de l'article 5 CEDH.

¹⁸⁷⁴ *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, §§ 106–110 (conditions insalubres en plus) ; *Popov c. Belgique*, requêtes n^{os} 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, §§ 119–121 ; *R.K. et autres c. Belgique*, requête n° 68264/14, 12 juillet 2016, §§ 113–117 ; *G.B. et autres c. Turquie*, requête n° 4633/15, 17 octobre 2019, § 151 ; voir aussi, *a contrario*, *A.M. et autres c. Belgique*, requête n° 24587/12, 12 juillet 2016, § 68.

¹⁸⁷⁵ *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, § 136.

C. Appréciation

Dans cette section, nous avons analysé le rôle de la vulnérabilité dans le domaine des migrations. Dans ce contexte, différents usages de la vulnérabilité, correspondant à différents facteurs de vulnérabilité, coexistent. Outre l'appartenance à un groupe vulnérable, la Cour a également reconnu l'expérience migratoire elle-même comme source de vulnérabilité, en tout cas pour ce qui est des requérantes d'asile. À cela s'ajoutent des facteurs inhérents, avant tout le jeune âge, que la Cour reconnaît de manière constante comme facteurs de vulnérabilité. 485

Du point de vue de la vulnérabilité, la reconnaissance des requérantes d'asile en tant que telles comme vulnérables – peu importe le genre, l'âge et l'état de santé – est à la fois novatrice et remarquable. Elle permet en effet d'élargir le concept de groupes vulnérables au-delà des groupes sociaux traditionnellement reconnus – comme les minorités – et de reconnaître la précarité socio-économique comme un facteur de vulnérabilité important. Toutefois, cette reconnaissance est limitée à plusieurs égards. D'une part, la Cour la réserve, pour l'essentiel, aux requérantes d'asile, négligeant largement la vulnérabilité particulière des migrantes en situation irrégulière¹⁸⁷⁶. Or, l'absence de statut juridique de celles-ci les rend encore plus vulnérables que d'autres personnes migrantes¹⁸⁷⁷. D'autre part, tout en réaffirmant la vulnérabilité de toutes les requérantes d'asile, la Cour relativise à la fois cette qualification – en considérant, parfois dans les mêmes arrêts, que les requérantes n'étaient pas plus vulnérables que d'autres requérantes d'asile – et les conséquences qui en découlent. Tout en tenant compte de facteurs en lien avec la migration, comme l'expérience traumatique, la Cour ne va donc pas jusqu'à reconnaître une réelle « vulnérabilité migratoire », à savoir une vulnérabilité intrinsèquement liée au 486

¹⁸⁷⁶ Voir toutefois, dans le contexte de l'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé (article 4 CEDH), l'affaire *Chowdury et autres c. Grèce*, requête n° 21884/15, 30 mars 2017, § 97 : « la Cour note que les requérants ont commencé à travailler alors qu'ils se trouvaient dans une situation de vulnérabilité, en tant que migrants en situation irrégulière n'ayant pas de ressources et courant le risque d'être arrêtés, détenus et expulsés » ; pour un raisonnement similaire, voir aussi *Zoletic et autres c. Azerbaïdjan*, requête n° 20116/12, 7 octobre 2021, not. §§ 167, 195.

¹⁸⁷⁷ Voir aussi *ESTRADA-TANCK*, pp. 248–249 ; *MACIOCE*, p. 91.

processus migratoire même, avec tous les risques de violation des droits humains qui en découlent¹⁸⁷⁸.

487 Ainsi, c'est surtout la vulnérabilité particulière des personnes mineures – qu'elles relèvent ou non de l'asile – qui emporte des conséquences juridiques. Sans remettre en question l'importance d'une protection particulière des personnes mineures, cette évolution renforce des visions stéréotypées et essentialistes de la vulnérabilité et court le risque d'un nivellement vers le bas pour toutes les personnes qui ne correspondent pas à ce stéréotype de vulnérabilité¹⁸⁷⁹. À ce propos, l'arrêt *N.H. et autres c. France*, qui reconnaît la vulnérabilité des jeunes hommes migrants majeurs en bonne santé doit être salué, car il fait contrepoids à cette évolution¹⁸⁸⁰. Il est à espérer que la Cour poursuive dans cette lignée.

VII. La pauvreté

488 Occasionnellement, la Cour a par ailleurs reconnu la pauvreté comme facteur de vulnérabilité, seul ou conjointement à d'autres facteurs. Sans examiner en détail la question de la pauvreté ou, plus généralement, de la condition socio-économique comme facteur de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour¹⁸⁸¹, nous souhaitons citer quelques affaires mentionnant explicitement la vulnérabilité.

489 Nous avons déjà indiqué certaines affaires dans lesquelles la Cour a tenu compte de la pauvreté des requérantes pour conclure à leur situation particulièrement vulnérable : il s'agit notamment des affaires *Yordanova et autres c. Bulgarie* et *M.S.S. c. Belgique et Grèce* examinées plus haut¹⁸⁸². Toutefois, dans ces arrêts, le dénuement matériel n'est qu'un facteur de vulnérabilité parmi

¹⁸⁷⁸ Voir aussi BAUMGÄRTEL, qui propose la notion de « vulnérabilité migratoire » (« migratory vulnerability ») afin de tenir compte de la diversité des situations, y compris justement des personnes en situation irrégulière (BAUMGÄRTEL, p. 22). Pour une analyse circonstanciée des différents facteurs et degrés de vulnérabilité dans le contexte migratoire, voir par ailleurs LA SPINA, pp. 315–340 ; RYNGAERT/VANDENHOLE, pp. 210–230.

¹⁸⁷⁹ Voir aussi McLAUGHLIN, pp. 1757–1767 ; RAINBIRD, pp. 408–409.

¹⁸⁸⁰ *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n^{os} 28820/13 et al., 2 juillet 2020, §§ 128, 162, 184.

¹⁸⁸¹ Pour une analyse de la manière dont la Cour appréhende la pauvreté, voir en particulier LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 293–325.

¹⁸⁸² Voir *supra*, n^{os} 430 (à propos de l'affaire *Yordanova*), 469 (au sujet de l'affaire *M.S.S.*).

d'autres, se cumulant avec l'appartenance à la minorité rom dans le premier et avec le statut de requérant d'asile dans le second cas¹⁸⁸³.

Par ailleurs, la Cour fait parfois allusion à la pauvreté de manière indirecte, 490 par exemple en décrivant les régimes de protection sociale comme « l'expression d'une société d'adhérer au principe de la solidarité sociale avec ses membres vulnérables »¹⁸⁸⁴. De manière quelque peu paradoxale, la Cour s'est également référée à la vulnérabilité pour constater que la réduction temporaire de pensions et d'autres prestations sociales dans le cadre d'une mesure d'austérité poursuivait un but légitime, à savoir d'assurer la pérennité du système et notamment sa « capacité de continuer à assurer une protection sociale aux groupes les plus vulnérables »¹⁸⁸⁵.

La vulnérabilité a joué un rôle plus important dans des affaires relatives aux 491 droits parentaux de personnes en situation précaire, comme il ressort tout particulièrement de l'affaire *Soares de Melo c. Portugal*¹⁸⁸⁶. Dans cette affaire, les enfants de la requérante ont été placés en vue de leur adoption et elle a été privée de ses droits parentaux, les raisons principales étant la précarité dans laquelle la requérante vivait avec ses dix enfants et son refus de se faire stériliser. Au-delà du fait que les autorités n'avaient aucun droit d'opposer à la requérante son refus de se faire stériliser¹⁸⁸⁷, la Cour estime que les autorités n'ont pas pris des mesures concrètes pour soutenir la mère et permettre aux enfants de vivre avec elle. À ce propos, elle précise notamment que des conditions matérielles insatisfaisantes ne constituent pas, à elles seules, une justification suffisante pour placer des enfants, rappelant par ailleurs que « dans le cas des personnes

¹⁸⁸³ Voir aussi BESSON, *Vulnérabilité*, p. 71 ; LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 319–320. Pour une analyse restrictive dans le domaine de la migration, confirmant encore une fois le caractère exceptionnel de l'arrêt *M.S.S.*, voir *B.G. et autres c. France*, requête n° 63141/13, 10 septembre 2020.

¹⁸⁸⁴ *Varesí et autres c. Belgique* (déc.), requête n° 49407/08, 12 mars 2013, § 42 ; *Fábián c. Hongrie* [GC], requête n° 78117/13, 5 septembre 2017, § 70.

¹⁸⁸⁵ *Mockienė c. Lituanie* (déc.), requête n° 75916/13, 4 juillet 2017, § 42 ; pour une critique, voir aussi BOITEUX-PICHERAL, pp. 12–13.

¹⁸⁸⁶ *Soares de Melo c. Belgique*, requête n° 72850/14, 16 février 2016 ; voir aussi *R.M.S. c. Belgique*, requête n° 28775/12, 18 juin 2013, § 90.

¹⁸⁸⁷ *Soares de Melo c. Belgique*, requête n° 72850/14, 16 février 2016, §§ 109–111, 121.

vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue »¹⁸⁸⁸.

492 L'arrêt *Soares de Melo c. Portugal* est particulièrement intéressant comme exemple de vulnérabilité pathologique, à savoir une situation dans laquelle l'action des autorités, plutôt que de remédier à la vulnérabilité de la requérante ou en tout cas de l'atténuer en lui offrant un accompagnement adéquat, l'a renforcée en la poussant à la stérilisation et en la privant de ses droits parentaux¹⁸⁸⁹. La Cour aurait toutefois pu aller plus loin, en analysant notamment le lien entre la situation socio-économique précaire de la requérante et le traitement stigmatisant et discriminatoire de la part des services sociaux¹⁸⁹⁰.

493 Enfin, citons l'arrêt *Lăcătuș c. Suisse* portant sur l'interdiction de la mendicité adoptée à Genève en 2007¹⁸⁹¹. Cette interdiction, devenue notoire par les arrêts du Tribunal fédéral qu'elle a générés¹⁸⁹², n'est de loin pas la seule en Suisse, une bonne moitié des cantons réprimant la mendicité sous une forme ou une autre¹⁸⁹³. Elle participe plus généralement à une tendance consistant à criminaliser la pauvreté visible, et tout particulièrement la mendicité¹⁸⁹⁴. Ainsi, sur les trente-huit États membres du Conseil de l'Europe, dix-huit interdisent certaines formes de mendicité au niveau national, et onze connaissent des

¹⁸⁸⁸ *Soares de Melo c. Belgique*, requête n° 72850/14, 16 février 2016, § 106. À propos de la restriction (injustifiée) de droits parentaux basée sur la condition matérielle de la famille, voir déjà l'affaire *Wallová et Walla c. République tchèque*, requête n° 23848/04, 26 octobre 2006, dans laquelle les enfants avaient été placés au motif que les parents n'étaient pas en mesure de leur fournir un logement adéquat en raison de leurs difficultés matérielles. Dans cette affaire, qui ne mentionne pas la vulnérabilité, la Cour a conclu à une violation du droit à une vie familiale dans le chef des parents (*idem*, §§ 67–79) ; elle n'a pas examiné la question de l'interdiction des discriminations.

¹⁸⁸⁹ À propos de la vulnérabilité pathologique, voir *supra*, n° 146.

¹⁸⁹⁰ L'affaire *Garib c. Pays-Bas* [GC], requête n° 43494/09, 6 novembre 2017, relative à une loi imposant une condition de revenu minimal, à défaut d'une certaine durée de résidence, empêchant la requérante de rester dans son quartier, représente une autre occasion manquée pour la Cour de reconnaître une discrimination fondée sur le statut socio-économique précaire de la requérante, en analysant sa situation à travers le prisme de sa double vulnérabilité en tant que mère célibataire pauvre (voir aussi *idem*, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE, VEHAHOVIĆ, §§ 26, 39–40).

¹⁸⁹¹ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021.

¹⁸⁹² Voir en particulier ATF 134 I 214 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_88/2012 du 17 août 2012 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_368/2012 du 17 août 2012 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_530/2014 du 10 septembre 2014 (à l'origine de l'affaire *Lăcătuș c. Suisse*) ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_839/2015 du 26 août 2016 ; ATF 143 IV 97 ; voir aussi, en lien avec la législation vaudoise, l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_443/2017 du 29 août 2018.

¹⁸⁹³ Voir p. ex. Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches des Kantons Glaris, art. 11 ; Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Schwyz, art. 17 ; Legge sull'ordine pubblico del cantone di Ticino, art. 2 ; Loi pénale du canton de Vaud, art. 25 ; Straf- und Justizvollzugsgesetz des Kantons Zürich, art. 9 ; Übertretungsstrafgesetz des Kantons Zug, art. 13.

¹⁸⁹⁴ Voir les éléments de droit comparé dans l'arrêt *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 19–31.

interdictions au niveau régional ou local, à l’instar de la Suisse¹⁸⁹⁵. À la différence notable avec la Suisse, toutefois, ces interdictions ne concernent généralement que certaines formes de mendicité, en réprimant la mendicité dite « agressive » ou son exercice dans certaines zones urbaines, ou encore en prévoyant des heures ou périodes de l’année pendant lesquelles la mendicité est prohibée¹⁸⁹⁶. Plusieurs interdictions absolues ont d’ailleurs été jugées inconstitutionnelles par des tribunaux nationaux, comme la Cour constitutionnelle autrichienne¹⁸⁹⁷ ou encore la Haute Cour irlandaise¹⁸⁹⁸.

Dans son arrêt, la Cour critique justement l’interdiction absolue de la mendicité l’origine de l’affaire *Lăcătuș c. Suisse*, ne permettant pas une pesée des intérêts et résultant en des sanctions disproportionnées¹⁸⁹⁹. S’agissant de la pesée des intérêts, la Cour met en avant le caractère absolu de l’interdiction, de la gravité de la sanction que la requérante avait encourue, la peine privative de liberté de cinq jours étant pratiquement inévitable au vu de son indigence, et de la vulnérabilité particulière de la requérante, qui assurait sa survie par la mendicité¹⁹⁰⁰. Face à ces éléments, les arguments avancés par l’État défendeur – la tranquillité publique, les droits et libertés des passantes, la lutte contre la criminalité organisée – n’étaient pas suffisamment solides pour justifier une ingérence aussi importante dans le droit à la vie privée de la requérante¹⁹⁰¹. 494

Au-delà du cas concret de la requérante, l’arrêt *Lăcătuș c. Suisse* nous permet également de tirer quelques conclusions générales. Premièrement, la mendicité entre dans la sphère protégée de l’article 8 CEDH. Deuxièmement, si le fait de laisser une personne dans une situation où elle doit mendier viole la dignité et donc, l’article 3 CEDH, à l’inverse, le fait d’interdire de manière absolue la mendicité contraire à l’article 8 CEDH. Par ailleurs, l’arrêt précise sans équivoque que « la motivation de rendre la pauvreté moins visible dans une 495

¹⁸⁹⁵ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 22, 23.

¹⁸⁹⁶ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 19–31. Font exception Chypre, le Monténégro, le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles) et la Turquie (voir *idem*, §§ 22, 29).

¹⁸⁹⁷ Österreichischer Verfassungsgerichtshof (VfGH), arrêt G_155/10-9 du 30 juin 2012 ; voir aussi VfGH, arrêt G_132/11 du 30 juin 2012. À l’inverse, le VfGH a jugé conformes aux droits fondamentaux des interdictions partielles de la mendicité (voir par exemple VfGH, arrêt V 19/2018-20 du 11 décembre 2018).

¹⁸⁹⁸ Irish High Court, Judgement [2007] IEHC 480 du 4 décembre 2007 ; voir aussi *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 27–31.

¹⁸⁹⁹ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 103–106, 114–115.

¹⁹⁰⁰ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 107–109.

¹⁹⁰¹ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 95–98, 115–117.

ville et d'attirer des investissements n'est pas légitime au regard des droits de l'homme »¹⁹⁰².

496

En revanche, l'arrêt *Lăcătuș c. Suisse* ne permet pas de se prononcer sur la compatibilité avec l'article 8 CEDH d'interdictions plus nuancées, interdisant par exemple la mendicité dans certaines zones ou pendant certaines heures. De plus, la Cour insiste sur le dénuement extrême de la requérante, ce qui donne l'impression que l'obligation de permettre la mendicité serait justifiée par des considérations de charité plutôt que par un droit d'exercer la mendicité¹⁹⁰³. Il aurait été préférable que la Cour insiste sur l'autonomie individuelle de la requérante, qui englobe, selon nous, l'exercice de la mendicité¹⁹⁰⁴. Dans cette optique privilégiant une approche fondée sur les droits, nous aurions aussi souhaité que la Cour examine l'affaire sous l'angle de la liberté d'expression¹⁹⁰⁵. Enfin, l'arrêt représente une occasion manquée pour une analyse sous l'angle de l'interdiction des discriminations¹⁹⁰⁶. Selon nous, l'arrêt se serait prêté à deux analyses sous l'angle de l'article 14 CEDH. D'une part, divers rapports indiquent que l'interdiction de la mendicité vise souvent spécifiquement les personnes roms, créant par ailleurs un amalgame entre pauvreté, criminalité et origine ethnique¹⁹⁰⁷. On aurait donc pu arguer que l'interdiction de la mendicité représentait une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique¹⁹⁰⁸. D'autre part, l'arrêt se serait également prêté à une analyse de la pauvreté comme motif discriminatoire. À ce propos, la Cour cite la Rapporteuse spéciale des Nations unies sur l'extrême pauvreté, qui avait jugé que « l'interdiction de la mendicité et du vagabondage représent[ait] une violation grave des principes d'égalité et de non-discrimination »¹⁹⁰⁹. Elle aurait pu approfondir ce

¹⁹⁰² *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, § 113.

¹⁹⁰³ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 56, 58, 107 ; voir aussi *idem*, op. part. conc. RAVARANI, §§ 4, 8–9. À propos du risque de « charité » lorsqu'une argumentation judiciaire insiste excessivement sur la vulnérabilité et le caractère exceptionnel d'une situation, voir aussi CARLIER, p. 177.

¹⁹⁰⁴ Voir aussi *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, op. part. conc. RAVARANI, §§ 4, 8–9.

¹⁹⁰⁵ À ce propos, voir aussi *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, op. part. conc. KELLER, §§ 3–13 ; voir déjà MOECKLI, *Bettelverbote*, pp. 550–557.

¹⁹⁰⁶ Deux opinions séparées évoquent la question, sans l'examiner (voir *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, op. part. conc. LEMMENS ; *idem*, op. part. conc. RAVARANI).

¹⁹⁰⁷ COLOMBO/REYNAUD/DE COULON, n°s 19–27, 62–75 (spécifiquement en lien avec la situation genevoise), HERTIG RANDALL, « Test case », p. 250 ; voir aussi FALCK, pp. 370, 372, 376–377 (à propos d'une étude faite en Norvège, mais avec des conclusions généralisables). L'arrêt, quant à lui, cite des rapports du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dénonçant les attitudes « anti-tsiganes » en Europe (*Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 41–42).

¹⁹⁰⁸ Voir aussi HERTIG RANDALL, « Test case », pp. 252–254.

¹⁹⁰⁹ *Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021, §§ 46, 113.

raisonnement, tenant compte du fait que l'interdiction de la mendicité est une mesure qui touche de manière disproportionnée les personnes pauvres, et des amalgames stigmatisants associant pauvreté et criminalité¹⁹¹⁰.

Sur un plan plus conceptuel, Laurens LAVRYSEN indique différentes manières dont la reconnaissance de la vulnérabilité pourrait renforcer la jurisprudence de la Cour à propos d'aspects socio-économiques, et notamment en lien avec la pauvreté¹⁹¹¹. Entre autres, il préconise que la Cour doive reconnaître de manière plus explicite et plus systématique la pauvreté comme un facteur de vulnérabilité¹⁹¹². Selon lui, cette vulnérabilité s'explique par au moins trois raisons : la moindre participation dans le processus politique de personnes socio-économiquement défavorisées, menant à une sous-représentation de leurs intérêts ; les difficultés d'accès à la justice pour les personnes pauvres, rendant plus difficile l'exercice effectif de leurs droits et, de manière plus générale, un plus grand risque de subir des violations des droits conventionnels, soit que la pauvreté est en elle-même constitutive d'une violation conventionnelle, notamment lorsqu'elle entraîne des conditions de vie incompatibles avec la dignité humaine¹⁹¹³, soit qu'elle facilite d'autres violations, comme le montrent les affaires *Soares de Melo c. Portugal* et *Lăcătuș c. Suisse* précitées¹⁹¹⁴. Sur ce dernier point, LAVRYSEN tisse un lien avec l'approche des *capabilités*, en décrivant la pauvreté comme une privation de *capabilités*, dont fait partie la jouissance effective des droits garantis par la Convention¹⁹¹⁵. L'approche des *capabilités* favorise également une approche holistique des droits humains, mettant en lumière l'interaction entre droits civils et politiques et droits socio-économiques¹⁹¹⁶, ce qui pourrait inciter la Cour à être moins réticente lorsque des aspects socio-économiques sont concernés¹⁹¹⁷. La reconnaissance plus systématique de la pauvreté comme facteur de vulnérabilité pourrait remplir

497

¹⁹¹⁰ COLOMBO/REYNAUD/DE COULON, n^{os} 19–20. Précisons par ailleurs que les critères de pauvreté et de racisme sont étroitement liés : « le racisme favorise l'exclusion et la pauvreté » et, à l'inverse, il « est d'autant plus virulent qu'une cible [est] déjà marginalisée » (HERTIG RANDALL, « Test case », pp. 252–253, rendant d'autant plus nécessaire une analyse intersectionnelle tenant compte de l'interaction entre ces facteurs.

¹⁹¹¹ LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 293–325.

¹⁹¹² LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 308–309.

¹⁹¹³ Voir en particulier *Budina c. Russie* (déc.), requête n^o 45603/05, 18 juin 2009 ; *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n^o 30696/09, 21 janvier 2011, § 253 ; *N.H. et autres c. Belgique*, requêtes n^{os} 28820/13 et al., 2 juillet 2020, § 163.

¹⁹¹⁴ LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 321–322.

¹⁹¹⁵ LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 296–298, 322.

¹⁹¹⁶ Voir *supra*, n^{os} 201–203 ; voir aussi LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 306–308.

¹⁹¹⁷ BOITEUX-PICHERAL, p. 22 ; LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 303–308, 317.

une fonction similaire, mettant en lumière le lien entre la pauvreté et les droits garantis par la Convention, y compris l'interdiction des discriminations.

VIII. Synthèse et appréciation

498 Dans ce chapitre, nous avons examiné le rôle de la vulnérabilité dans la jurisprudence à partir de 2007, en examinant successivement les facteurs de l'âge, du handicap, du contrôle de l'État, d'appartenance à la minorité rom, d'appartenance à la minorité LGBTIQ et de la migration. Ce faisant, nous avons abordé les principaux contextes dans lesquels la Cour se réfère à la vulnérabilité. À côté des catégories de personnes dont la vulnérabilité est fermement établie – comme les enfants ou les personnes détenues –, nous avons également analysé des domaines dans lesquels la Cour n'a que récemment commencé à se référer à la vulnérabilité, en particulier le handicap physique et l'orientation sexuelle. Chacune de ces catégories aurait pu être traitée plus en détail et en prenant en considération d'autres arrêts encore. Néanmoins, ce survol nous a permis d'aborder des questions très variées, et de montrer ainsi la diversité des situations dans lesquelles la vulnérabilité a joué un rôle.

499 Nous avons vu que la Cour a confirmé l'âge comme facteur de vulnérabilité dans divers arrêts. La grande majorité d'entre eux concerne le jeune âge, même si nous avons aussi démontré que l'âge avancé pourrait jouer un rôle plus important à l'avenir. En effet, il découle désormais d'une jurisprudence établie que l'État a des obligations positives particulières vis-à-vis des enfants. Au-delà des obligations positives, leur vulnérabilité est également un élément à prendre en compte dans le cadre de l'appréciation du seuil de gravité des articles 3 et 4 de la Convention. Elle influe par ailleurs sur la pesée des intérêts, par exemple dans le cadre de l'article 8 de la Convention.

500 S'agissant du handicap, nous avons examiné successivement le handicap physique, le handicap mental ou psychique, et la situation spécifique des personnes porteuses du VIH. Dans le cadre du handicap, la Cour aborde la vulnérabilité de deux manières différentes. Dans certains arrêts, elle s'y réfère dans une perspective individuelle ; dans d'autres, elle a reconnu un aspect collectif, en considérant que les personnes en situation de handicap constituent un groupe particulièrement vulnérable en raison de la stéréotypisation et des discriminations passées ayant mené à leur exclusion de la société. Cette

perspective plus collective permet de justifier que le handicap est un motif suspect et que la marge d'appréciation nationale est étroite s'agissant des distinctions fondées sur le handicap.

Plusieurs centaines d'arrêts, dont nous avons évoqué quelques-uns, 501 confirment la vulnérabilité particulière des personnes détenues ou en garde à vue. Cette reconnaissance vaut de manière générale, même si bon nombre d'arrêts concernent des personnes dont la vulnérabilité est accrue en raison d'un handicap. Dans ce contexte aussi, la vulnérabilité fait naître des obligations positives de protection et influe sur l'appréciation du seuil de gravité. Elle entraîne par ailleurs des conséquences procédurales, avant tout un renversement du fardeau de la preuve s'agissant des mauvais traitements infligés et des soins administrés en détention. La vulnérabilité des personnes privées de liberté est également pertinente concernant la procédure devant la Cour, un aspect que nous analyserons plus en détail dans les chapitres 5 et 6. Au-delà des personnes détenues, la Cour a aussi reconnu d'autres situations dans lesquelles des personnes sont sous une forte emprise des autorités qui ont, par conséquent, des obligations de protection accrues : il s'agit notamment des personnes conscrites, des enfants à l'école et des personnes vivant en institution. Nous avons par ailleurs examiné de manière séparée la situation des personnes accusées en début de procédure, dont la vulnérabilité est étroitement liée au droit d'accéder à une avocate.

Nous avons ensuite examiné la jurisprudence relative aux personnes roms 502 qui constituent un exemple emblématique de groupe particulièrement vulnérable. Nous avons examiné quatre situations ayant donné lieu à des arrêts mentionnent la vulnérabilité des personnes roms : la ségrégation scolaire, les stérilisations forcées, les violences policières ou privées et des questions liées au domicile et au logement. Si la Cour a soulevé la vulnérabilité des personnes roms en lien avec chacune de ces thématiques, les conséquences diffèrent quelque peu. Si, dans les affaires relatives à la ségrégation scolaire, la vulnérabilité a constitué un élément permettant à la Cour de conclure à une violation de l'interdiction des discriminations, la Cour a été plus réticente à constater une violation de cet article dans les autres domaines. Dans tous les domaines, la Cour a fait état d'obligations positives – notamment procédurales – qui seraient nécessaires afin de compenser cette vulnérabilité.

503 Nous avons par ailleurs consacré une section aux personnes LGBTIQ. Contrairement aux autres thématiques abordées, la vulnérabilité n'a longtemps joué qu'un rôle relativement marginal dans la jurisprudence relative aux personnes LGBTIQ et est absente de plusieurs arrêts-clés traitant de questions comme le droit au mariage. Depuis quelques années, toutefois, la vulnérabilité prend de l'ampleur, et apparaît notamment en lien avec la protection contre des crimes de haine. Au vu de l'évolution jurisprudentielle de ces dernières années, on pourrait imaginer que la Cour aura encore davantage recours à la notion de vulnérabilité ce domaine à l'avenir. On pourrait par exemple imaginer que des considérations quant à la vulnérabilité des personnes LGBTIQ en tant que groupe pourraient amener la Cour à restreindre la marge d'appréciation nationale. La vulnérabilité pourrait ainsi être un facteur amenant la Cour à conclure plus régulièrement à l'existence d'une discrimination contraire à l'article 14 CEDH dans ce domaine.

504 Nous avons également analysé le contexte migratoire comme facteur de vulnérabilité. À ce propos, nous avons vu que la Cour a pris en considération l'appartenance à un groupe vulnérable dans son analyse du risque encouru par la requérante en cas de refoulement. La Cour a par ailleurs estimé que les requérantes d'asile constituaient elles-mêmes un groupe particulièrement vulnérable de la société, un élément qui influe notamment sur les obligations positives que les États ont à leur égard et l'appréciation du seuil de gravité. Par la suite, l'attention s'est plutôt déplacée sur la vulnérabilité particulière de certaines catégories de requérantes seulement, avant tout les enfants et mineures, parfois au détriment des personnes migrantes considérées comme moins vulnérables.

505 En dernier lieu, nous nous sommes interrogées sur la pauvreté comme source de vulnérabilité. Pour ce faire, nous avons abordé quelques affaires dans lesquelles la Cour a reconnu des facteurs de vulnérabilité socio-économiques. Si celles-ci sont rares, nous avons vu qu'il existe un potentiel pour une reconnaissance plus systématique de la vulnérabilité dans ce contexte, qui pourrait amener la Cour à adopter une approche plus ferme lorsque des prolongements socio-économiques de droits conventionnels sont concernés.

506 Enfin, notre analyse a montré que la jurisprudence n'est pas immune aux dangers inhérents à la notion de vulnérabilité particulière que nous avons

examinés précédemment¹⁹¹⁸ : le risque de paternalisme, de stéréotypisation, de stigmatisation, d'essentialisme et d'altérisation comme le risque de créer des hiérarchies entre différents degrés de vulnérabilité, voire en considérant, parfois, que certaines requérantes n'étaient pas vulnérables. Jusqu'à un certain point, ces risques sont inévitables ; ils peuvent être atténués par une analyse circonstanciée du cas d'espèce qui ne se base pas sur des conceptions stéréotypées. À ce propos, il serait également souhaitable que la Cour procède, lorsque cela est possible, à une analyse plus détaillée des facteurs de vulnérabilité, en énonçant les raisons pour lesquelles elle considère que certains groupes de personnes ou personnes sont vulnérables. Une utilisation plus systématique de la notion serait également souhaitable.

¹⁹¹⁸ Voir *supra*, n^{os} 147–164.

CONCLUSION

Dans cette partie, nous avons retracé l'évolution de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour, de ses débuts jusqu'à aujourd'hui. Pour cette analyse, nous avons distingué deux phases : une première caractérisée par l'émergence de la vulnérabilité, de ses premières apparitions jusqu'à la multiplication des occurrences (**chapitre 3**) et une seconde phase, marquée par une consolidation, mais aussi une diversification de la jurisprudence (**chapitre 4**). Nous avons situé le début de cette seconde phase en 2007, marquée symboliquement par l'arrêt phare *D.H. et autres c. République tchèque*¹⁹¹⁹. D'autres délimitations auraient été possibles ; dans tous les cas, l'importance croissante de la notion dans la jurisprudence est le résultat non pas d'une « révolution », fût-elle silencieuse¹⁹²⁰, mais d'une évolution qui s'inscrit pleinement dans l'interprétation dynamique de la Convention¹⁹²¹. 507

L'étude panoramique de la jurisprudence effectuée dans cette partie nous amène à plusieurs constats. Premièrement, la Cour s'est référée à la vulnérabilité dans des contextes très divers, par rapport à des personnes et groupes de personnes très différents : les enfants, les personnes en situation de handicap, les personnes privées de liberté ou qui se trouvent sous le contrôle des autorités d'une autre façon, les victimes de mauvais traitements – et, comme nous le verrons dans la partie IV, les victimes de violences domestiques – les personnes roms, les personnes LGBTIQ, les requérantes d'asile, cette liste n'étant d'ailleurs pas exhaustive. Au vu de cette diversité, une définition exhaustive et définitive de la notion de vulnérabilité est impossible ; elle ne serait pas non plus souhaitable. En effet, un des apports de la vulnérabilité en tant que concept juridique est justement qu'elle favorise une analyse circonstanciée du cas d'espèce, en mettant en lumière la situation particulière d'une requérante, que celle-ci soit prise en considération dans l'appréciation du seuil de gravité, comme source d'obligations positives spécifiques ou comme facteur atténuant l'interprétation de certaines règles, par exemple s'agissant de la recevabilité¹⁹²². 508

¹⁹¹⁹ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007 ; voir *supra*, nos 404–411.

¹⁹²⁰ TIMMER, *Vulnerability*, p. 147.

¹⁹²¹ À ce propos, voir p. ex. LETSAS, *Living Instrument*, pp. 106–141.

¹⁹²² Cet élément fera l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 5.

Cette attention au cas d'espèce risquerait de se perdre avec une définition qui, de plus, poserait divers dangers que nous avons examinés précédemment en lien avec la vulnérabilité particulière, notamment un risque de stéréotypisation et d'essentialisation¹⁹²³.

509 À défaut d'une définition, les arrêts examinés permettent cependant de mieux cerner les contours de la vulnérabilité. Ainsi, en dépit de la diversité des situations, nous constatons que la dépendance et le déséquilibre des pouvoirs constituent des facteurs de vulnérabilité récurrents. Leur origine peut être intrinsèque, comme c'est le cas des enfants, ou situationnelle, par exemple pour les personnes qui se trouvent sous le contrôle des autorités. Conçue de cette manière, la vulnérabilité permet de mettre en lumière les difficultés accrues d'une personne de se défendre ou de faire face à une atteinte à des droits humains. Elle décrit par ailleurs des situations dans lesquelles une personne court un risque accru d'atteinte.

510 Le contexte de la détention illustre bien cette double source de vulnérabilité, agissant à la fois sur le risque de subir des atteintes et sur la résilience face à ce risque. Le fait, pour la Cour, de reconnaître cette vulnérabilité est donc une source de résilience, puisqu'elle permet de dégager des conséquences juridiques visant à la compenser ou à l'atténuer. Elle est toutefois à double tranchant. Le constat de « la vulnérabilité et incapacité, pour certaines personnes, à se plaindre ou à se plaindre de manière cohérente » d'atteintes à leur intégrité physique et corporelle¹⁹²⁴ illustre bien cette ambivalence : d'une part, il est source d'obligations positives visant à remédier à cette incapacité supposée ; d'autre part, la conception selon laquelle les enfants ou les personnes avec un handicap mental seraient nécessairement incapables de se plaindre peut être stigmatisante et mener à des politiques paternalistes de protection. Cet exemple montre, une fois de plus, qu'il est difficile d'opérer avec des catégories. Ainsi, il est important de trouver un équilibre entre une approche systématique d'une part, garantissant la prévisibilité de la jurisprudence, et une attention portée au cas d'espèce d'autre part. À ce propos, il serait souhaitable que la Cour énonce plus explicitement les facteurs ou raisons de la vulnérabilité particulière dans le cas d'espèce.

¹⁹²³ Voir *supra*, nos 154–159.

¹⁹²⁴ Voir *supra*, nos 268, 357.

Outre la dépendance, la Cour a également reconnu l'inégalité structurelle⁵¹¹ comme facteur de vulnérabilité. À ce propos, elle a relevé divers aspects d'inégalité structurelle qui peuvent chacun être une source de vulnérabilité : le désavantage matériel, la stigmatisation et la marginalisation et exclusion sociale. Dans ce contexte, la Cour se réfère régulièrement à une perspective collective, utilisant les expressions de minorité vulnérable et de groupe vulnérable. En nous référant au modèle de l'égalité substantielle proposé par FREDMAN, nous avons vu que la reconnaissance de ces sources de vulnérabilité a permis à la Cour d'adopter une approche asymétrique de l'égalité et de dégager de la Convention des obligations positives tendant vers une égalité substantielle.

Partie III : La vulnérabilité et l'effectivité de l'accès à la Cour

Le droit de recours individuel constitue un élément central du système conventionnel de protection des droits humains. Il représente, pour citer la Cour, une des « clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention »¹⁹²⁵. Dans son étendue actuelle, il constitue un trait distinctif du système européen par rapport aux autres mécanismes, tant internationaux que régionaux, de protection des droits humains¹⁹²⁶. Avec son pendant, le caractère obligatoire des arrêts rendus par la Cour, il est généralement vu comme l'une des raisons du succès du système européen¹⁹²⁷.

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11¹⁹²⁸, la juridiction de la Cour est obligatoire pour tous les États parties ; la Convention consacre donc « un véritable droit d'action [de l'individu] pour faire valoir des droits et libertés qu'il

¹⁹²⁵ *Klass et autres c. Belgique*, requête n° 5029/71, 6 septembre 1978, § 34 ; *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n°s 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 122. Parmi les autres expressions imagées, le droit de recours individuel est parfois décrit comme un « pilier » du système conventionnel (*Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n°s 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 100 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n°s 6–8 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 73), ou encore comme sa « pierre angulaire » (voir *infra*, note 2244 et les réf. cit. ; voir aussi SUDRE, Droit européen et international, n° 195).

¹⁹²⁶ CABRAL BARRETO, p. 1 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n°s 1–2 ; RENUCCI, n° 1028 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 195.

¹⁹²⁷ HOTTÉLIER, Conseil de l'Europe, p. 394 ; MALINVERNI, Mise en œuvre, p. 397. Néanmoins, comme l'a dit Jean-Paul COSTA, le droit de recours constitue « à la fois [la] force et [la] faiblesse » du système conventionnel (COSTA, Préface, p. 7). Il est d'ailleurs intéressant de noter que COSTA parle à cet égard de la vulnérabilité de la Cour, « submergée par les requêtes individuelles » (COSTA, Préface, p. 7). La vulnérabilité des institutions est un thème récurrent chez FINEMAN (FINEMAN, Law and Politics, pp. 24–26 ; FINEMAN, Responsive State, p. 273). À propos de la vulnérabilité des institutions, voir aussi GREAR, Redirecting, p. 198 ; TURNER, p. 32 (utilisant toutefois le terme de précarité) ; en lien avec la Cour, voir TIMMER, tenant notamment compte des critiques liées à des décisions « impopulaires » et des tendances eurosceptiques et populistes en Europe (TIMMER, Vulnerability, pp. 167–169).

¹⁹²⁸ Avant le Protocole n° 11, le droit de recours dépendait d'une déclaration facultative des États parties. Pour plus de détails, voir p. ex. SCHABAS, pp. 731–735. Le Protocole n° 11 a introduit encore d'autres réformes, abolissant notamment la Commission et restructurant la Cour (voir p. ex. KLERK, pp. 35–46 ; MALINVERNI, Contrôle, pp. 289–320). À propos de la genèse du droit de recours individuel, voir MARQUIS, n°s 17–229.

tient directement de la Convention »¹⁹²⁹. Le droit de recours est encadré par deux dispositions conventionnelles : l'article 34 CEDH en garantit le principe, à savoir que toute personne qui se prétend victime d'une violation de ses droits conventionnels de la part d'un État partie a le droit de saisir la Cour, et l'effectivité, c'est-à-dire les obligations négatives et positives des États visant à garantir l'exercice effectif de ce droit¹⁹³⁰. L'article 35 CEDH, quant à lui, explicite les conditions de recevabilité des requêtes introduites devant la Cour¹⁹³¹.

514 L'existence d'un réel *droit* de recours contribue à réduire la vulnérabilité des individus face aux États, puisqu'il impose à ces derniers un contrôle international¹⁹³². Pour reprendre la terminologie de FINEMAN examinée plus haut, la Convention constitue une ressource aux mains des individus qui participe à accroître leur résilience¹⁹³³. Cela est vrai *a fortiori* pour la Cour elle-même, dont le rôle est d'assurer l'application effective de la Convention, et qui peut donc être décrite comme une institution créatrice de résilience¹⁹³⁴. Pour que la Cour puisse remplir cette fonction, il est néanmoins nécessaire qu'elle soit réellement accessible, d'où l'importance de garantir l'effectivité du droit de recours individuel¹⁹³⁵.

¹⁹²⁹ *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 122 ; voir aussi MEYER-LADEWIG/KULICK, n^o 3 ; RENUCCI, n^o 1028 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n^{os} 196–197 ; WATTHÉE, p. 51. L'entrée en force, en 1994, du Protocole n^o 9 avait représenté une autre étape importante dans l'évolution vers un droit de recours robuste, habilitant notamment les individus à déposer un recours auprès de la Cour contre les décisions de la Commission, une faculté qui était précédemment réservée aux États.

¹⁹³⁰ Voir *infra*, n^{os} 521–588 (s'agissant de l'effectivité de la requête), et *infra*, n^{os} 620–690 (pour la recevabilité *ratione personae*).

¹⁹³¹ Pour plus de détails, voir *infra*, n^{os} 614–619.

¹⁹³² Voir aussi BLONDEL, n^{os} 402–405.

¹⁹³³ À propos de la notion de résilience, voir *supra*, n^{os} 165–175.

¹⁹³⁴ Voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 167.

¹⁹³⁵ En ce sens, voir aussi BLONDEL, n^{os} 407–409.

Or, le nombre impressionnant de requêtes arrivant chaque année devant la Cour¹⁹³⁶ et de décisions et d'arrêts rendus¹⁹³⁷ ne devrait pas cacher le fait que seul un petit nombre des victimes de violations des droits humains réussissent à faire entendre leur cause par la Cour¹⁹³⁸. En effet, face aux nombreux obstacles factuels et juridiques qui parsèment le chemin qui mène jusqu'à Strasbourg, l'aboutissement d'une requête signifie généralement que la personne en question a réussi à dépasser sa propre vulnérabilité jusqu'à un certain degré¹⁹³⁹, ou en tout cas à mobiliser des ressources – matérielles, temporelles, institutionnelles et autres – créatrices de résilience.

Il existe donc un risque réel que les personnes les plus vulnérables n'aient pas accès à la Cour. Jusqu'à un certain point, cela est non seulement inévitable, mais intrinsèque au rôle même de la Cour qui est, comme elle-même et les États parties aiment à le rappeler, un organe de supervision international et non pas

¹⁹³⁶ À titre d'illustration : 3481 requêtes furent attribuées en 1995, 10 482 en 2000 et 35 402 en 2005 (COUR EDH, Rapport annuel 2005, p. 135) ; ensuite, le nombre a atteint 61 300 en 2010 (COUR EDH, Rapport annuel 2010, p. 14), s'est élevé à 40 650 en 2015 (COUR EDH, Rapport annuel 2015, p. 195), à 44 500 en 2019 (COUR EDH, Rapport annuel 2019, p. 135) et à 41 700 en 2020 (COUR EDH, Rapport annuel 2020, p. 163).

¹⁹³⁷ La Commission et la Cour rendirent 2990 décisions et 56 arrêts en 1995 ; ensuite, la Cour rendit 7862 décisions et 695 arrêts en 2000 ainsi que 28 648 décisions et 1105 arrêts en 2005 (COUR EDH, Rapport annuel 2005, p. 135). Par la suite, les statistiques indiquent le nombre de requêtes terminées, à savoir 38 576 par une décision et 2607 par un arrêt en 2010 (COUR EDH, Rapport annuel 2010, p. 149) ; 45 576 par une décision et 2441 par un arrêt en 2015 (COUR EDH, Rapport annuel 2015, p. 195) ainsi que 38 480 par une décision et 2187 par un arrêt en 2019 (COUR EDH, Rapport annuel 2019, p. 135) et 37 289 par une décision et 1901 par un arrêt en 2020 (COUR EDH, Rapport annuel 2020, p. 161). La différence entre le nombre de requêtes et le nombre d'arrêts ou décisions rendus est parfois considérable, dû au fait que plusieurs requêtes peuvent être regroupées. Ainsi, en 2017, la Cour a rayé du rôle 12 148 requêtes par le seul arrêt-pilote de *Burmych et autres c. Ukraine* [GC], requêtes nos 46852/13 et al., 12 octobre 2017 (sur les arrêts-pilote, voir aussi GLAS, Pilot-Judgment, pp. 41–70).

¹⁹³⁸ Cet aspect est évidemment difficile à quantifier, puisqu'il est impossible de déterminer combien de personnes victimes de violations de leurs droits humains renoncent à emprunter la voie judiciaire, ou l'abandonnent avant d'arriver à la Cour. La jurisprudence de la Cour au sujet de l'article 34 CEDH donne néanmoins une petite idée des obstacles que les personnes désireuses de saisir la Cour peuvent rencontrer au niveau interne. S'agissant des requêtes introduites auprès de la Cour, ensuite, le taux d'irrecevabilité donne en tout cas une idée des difficultés à saisir la Cour : en 2016, sur 38'505 requêtes clôturées par la Cour, 36'579 ont été déclarées irrecevables ou rayées du rôle (soit 95 %, ce qui correspond aussi aux années précédentes). En 2020, sur 39 190 requêtes clôturées par une décision judiciaire, 37 289 ont été déclarées irrecevables ou rayées du rôle, soit également 95 % (COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 4).

¹⁹³⁹ Voir aussi BLONDEL, n° 410.

un tribunal de « quatrième instance »¹⁹⁴⁰. Il faut toutefois distinguer entre des difficultés d'accès inhérentes au système d'une part, et des obstacles limitant indûment l'accès à la Cour, notamment pour les personnes en situation de vulnérabilité, d'autre part.

517 Par la suite, nous examinerons l'utilisation de la notion de vulnérabilité et son éventuel impact dans le contexte du droit de recours individuel. Sans présenter en détail les conditions de recevabilité, nous analyserons les effets d'une éventuelle reconnaissance de vulnérabilité sur le droit de recours tel qu'il est interprété par la Cour. Nous procéderons en deux étapes : dans un premier temps, nous examinerons le rôle de la vulnérabilité dans l'effort de la Cour de garantir l'effectivité du droit de recours individuel (**chapitre 5**). Dans un second temps, nous analyserons de plus près les conditions de recevabilité où la notion de vulnérabilité est apparue dans la jurisprudence de la Cour (**chapitre 6**).

¹⁹⁴⁰ Le caractère subsidiaire de la Cour est régulièrement rappelé par les États parties lors des Conférences de haut niveau (voir CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Interlaken [2010], ch. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Izmir [2011], ch. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Brighton [2012], ch. 1, 13 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Bruxelles [2015], ch. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Copenhague [2018], ch. 1, 48). Avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 15, le 1^{er} août 2021, le principe de subsidiarité a été inscrit au Préambule de la Convention. Pour une analyse approfondie du principe de subsidiarité, voir en particulier AUDOUY ; BESSON, *Subsidiarity*, pp. 69–107 ; MOWBRAY, *Subsidiarity*, pp. 313–341 ; SPANÓ, pp. 487–502.

CHAPITRE 5 : LA VULNÉRABILITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE RECOURS

Selon l'article 34 de la Convention, toute personne qui se prétend victime d'une violation de ses droits humains par l'une des parties contractantes peut saisir la Cour¹⁹⁴¹. L'article 34 CEDH dispose par ailleurs – et c'est ce qui nous intéresse ici – que les « Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace [du] droit » de recours individuel¹⁹⁴². Cette disposition constitue une véritable garantie procédurale dont le respect est examiné par la Cour indépendamment des droits garantis par la Convention¹⁹⁴³. Des garanties additionnelles se trouvent dans l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour, un traité indépendant ratifié par 40 États membres du Conseil de l'Europe, auquel la Cour se réfère occasionnellement¹⁹⁴⁴. 518

L'efficacité du droit de recours individuel instauré par la Convention est au centre du système conventionnel ; il est donc crucial que les États s'abstiennent d'interférer dans son exercice¹⁹⁴⁵. Néanmoins, l'article 34 CEDH n'exige pas seulement que « les requérants, déclarés ou potentiels, soient libres de communiquer avec les institutions de la Convention, sans subir aucune pression des autorités, mais aussi que les États fournissent toutes facilités nécessaires 519

¹⁹⁴¹ Plus spécifiquement, l'article 34 CEDH est libellé comme suit : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». L'article 34 CEDH concrétise ainsi la condition de la compatibilité *ratione personae* exigée par l'article 35 par. 3 let. a CEDH, une des conditions de recevabilité de toute requête. Cet élément sera analysé plus en détail dans le chapitre 6 (voir *infra*, n^{os} 620–690).

¹⁹⁴² Art. 34 par. 2 CEDH.

¹⁹⁴³ MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 46–47 ; SCHABAS, pp. 746–747 ; pour un exemple, voir *Janowiec et autres c. Russie* [GC], requêtes n^{os} 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013, § 209.

¹⁹⁴⁴ BIEULES BINZARU, p. 49 et les réf. cit. ; pour un exemple, voir *Chaykovskiy c. Ukraine*, requête n^o 2295/06, 15 octobre 2009, § 47.

¹⁹⁴⁵ La Cour a maintes fois souligné le lien entre l'effectivité du droit de recours individuel et le bon fonctionnement du système conventionnel (voir, parmi beaucoup d'autres, *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n^o 21893/93, 16 septembre 1996, § 105 ; *Ilaşcu et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], requête n^o 48787/99, 8 juillet 2004 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 69981/14, 17 mars 2016, § 177 ; *Ahmed c. Belgique*, requête n^o 59727/13, 2 mars 2017, § 69 ; voir aussi SCHABAS, p. 746.

pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes »¹⁹⁴⁶. L'article 34 CEDH ne comporte donc pas seulement un devoir d'abstention ; la Cour a également reconnu l'existence d'obligations positives dans ce contexte, notamment « dans des situations où les requérants sont particulièrement vulnérables »¹⁹⁴⁷. La garantie du droit de recours effectif englobe par ailleurs l'obligation de respecter d'éventuelles mesures provisoires indiquées par la Cour, dont le caractère obligatoire est désormais reconnu par la jurisprudence constante¹⁹⁴⁸.

520 Dans ce qui suit, nous examinerons le rôle de la vulnérabilité en lien avec quatre aspects centraux pour l'effectivité du droit de recours individuel, à savoir l'absence de pression ou d'autres ingérences (I), l'existence d'obligations positives spécifiques (II) et la question des mesures provisoires (III) et la priorisation des requêtes (IV), avant de terminer sur une synthèse et appréciation (V). Tous ces éléments mériteraient à eux seuls une étude approfondie. Il n'est donc ici pas question de les analyser en détail, mais d'explorer la signification de la vulnérabilité particulière en lien avec chacun d'entre eux et, à travers eux, la pertinence plus générale de la vulnérabilité dans le contexte de l'effectivité du droit de recours individuel.

I. Les obligations d'abstention

521 L'obligation découlant de l'article 34 de la Convention signifie avant tout que les requérantes, déclarées et potentielles, doivent être en mesure de communiquer librement avec la Cour et que les autorités doivent s'abstenir de toute pression qui pourrait les conduire à modifier ou retirer leurs griefs (A). Lorsqu'elle examine l'existence d'une entrave au droit de recours individuel, la Cour tient compte de la vulnérabilité particulière de certaines requérantes (B). L'appréciation nous permet d'évaluer la portée de cette jurisprudence (C).

¹⁹⁴⁶ *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 70 ; à ce propos, voir *infra*, nos 521–557.

¹⁹⁴⁷ *Naydyon c. Ukraine*, requête n° 16474/03, 14 octobre 2010, § 63 ; *Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014, § 65 ; *Andrey Lavrov c. Russie*, requête n° 66252/14, 1^{er} mars 2016, § 31 ; *Yunusova et Yunusov c. Azerbaïdjan*, requête n° 59629/14, 2 juin 2016, § 109 ; à ce propos, voir *infra*, nos 558–564.

¹⁹⁴⁸ Voir en particulier *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 102 ; à ce propos, voir *infra*, nos 565–588.

A. Principes

Le devoir d'abstention comporte deux éléments : d'une part, une communication sans ingérences, et d'autre part, l'absence de toute pression exercée sur les requérantes¹⁹⁴⁹. Les deux éléments sont liés, mais distincts. Ainsi, l'ingérence dans la communication – par exemple, le refus des autorités pénitentiaires de transmettre des lettres d'une requérante à la Cour¹⁹⁵⁰ ou la censure de sa correspondance¹⁹⁵¹ – constitue en elle-même une entrave illicite au droit de recours individuel¹⁹⁵². Parfois, une telle ingérence se traduit également en une pression ou intimidation : par exemple, lorsqu'un risque de représailles pèse sur la requérante¹⁹⁵³. Par ailleurs, une pression illicite peut se présenter sous diverses formes¹⁹⁵⁴. Il peut par exemple s'agir d'interrogatoires au sujet de la requête déposée¹⁹⁵⁵, de menaces à l'égard de la requérante ou de sa famille¹⁹⁵⁶, voire de mesures de représailles après le dépôt d'une requête¹⁹⁵⁷.

La pression illicite au sens de l'article 34 CEDH n'est pas limitée aux actes « de coercition directe et [aux] actes flagrants d'intimidation contre le requérant, sa famille ou ses représentants légaux », mais comprend aussi « les actes ou contacts indirects et de mauvais aloi tendant à dissuader ou à décourager

¹⁹⁴⁹ MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 48 ; SCHABAS, p. 747 ; voir p. ex. *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 70 ; *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n°s 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 102 ; *Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes n°s 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019, § 39.

¹⁹⁵⁰ Il peut s'agir soit d'un refus de transmission (voir p. ex. *Kornakovs c. Lettonie*, requête n° 61005/00, 15 juin 2006, §§ 165–167), soit d'un délai considérable dans la transmission (voir p. ex. *Poleshchuk c. Russie*, requête n° 60776/00, 7 octobre 2004, § 28). Précisons à cet égard que, pour déterminer l'existence d'une violation, la Cour tient également compte de l'importance relative des documents en question (LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, p. 59 et les réf. cit.). La Cour a également parfois analysé le délai dans la transmission de lettres sous l'article 8 CEDH (voir p. ex. *Cotteț c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 33–37).

¹⁹⁵¹ LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, pp. 53–54 et les réf. cit. ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n°s 52–53. Cependant, les griefs liés à la censure ne sont souvent examinés que sous l'angle de l'article 8 CEDH (voir *infra*, n°s 546–547).

¹⁹⁵² Pour une analyse, voir not. LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, pp. 47–65.

¹⁹⁵³ MEYER-LADEWIG/KULICK, n°s 48–53.

¹⁹⁵⁴ KAMBER, p. 119 et les réf. cit. ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 49 et les réf. cit.

¹⁹⁵⁵ *Dulaș c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, §§ 76–82 ; *Popov c. Russie*, requête n° 26853/04, 13 juillet 2006, §§ 247–251.

¹⁹⁵⁶ Voir p. ex. l'affaire *Colibaba c. République de Moldova*, requête n° 29089/06, 23 octobre 2007, §§ 65–69, dans laquelle les autorités menacèrent le requérant d'entreprendre des démarches pénales à son égard s'il maintenait sa requête auprès de la Cour.

¹⁹⁵⁷ Voir en particulier l'affaire *Cotteț c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 70–72, dans laquelle le requérant fut menacé du transfert dans un établissement pénitentiaire avec un régime de détention plus strict à titre de représailles pour avoir introduit une requête.

l'intéressé de se prévaloir du recours qu'offre la Convention »¹⁹⁵⁸ et, plus généralement, le fait de « compliquer la poursuite d'une requête »¹⁹⁵⁹. Si certains actes particulièrement graves – comme des menaces de mort ou des actes de torture – seront systématiquement considérés comme une entrave illicite¹⁹⁶⁰, dans les autres cas, l'existence d'une entrave dépendra d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce¹⁹⁶¹.

524 Pour déterminer si un entretien ou interrogatoire constitue une entrave illicite, la Cour tient compte des circonstances du cas d'espèce, comme les modalités de l'entretien, les questions posées, ou encore la situation personnelle de la requérante¹⁹⁶². À cet égard, il convient notamment d'apprécier l'effet que de tels actes avaient ou étaient susceptibles d'avoir sur une requérante. La question est notamment de savoir si ces actes étaient aptes à exercer un « chilling effect » – un effet dissuasif – sur la requérante, sa représentante légale ou ses proches¹⁹⁶³. Le fait qu'une requérante a réussi à maintenir sa requête ne signifie donc de toute évidence pas l'absence d'une entrave contraire à l'article 34 de la Convention¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁵⁸ *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 102 ; *Kornakovs c. Lettonie*, requête n^o 61005/00, 15 juin 2006, § 164 ; voir aussi MEYER-LADEWIG/KULICK, n^o 48 ; SCHABAS, p. 747 et les réf. cit. ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 74.

¹⁹⁵⁹ *Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 81553/12, 4 février 2016, § 117 (notre traduction) ; *Ahmed c. Belgique*, requête n^o 59727/13, 2 mars 2017, § 66 (notre traduction).

¹⁹⁶⁰ BIEULES BÎNZARU, p. 20.

¹⁹⁶¹ BIEULES BÎNZARU, p. 20 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 48–49 ; SCHABAS, p. 747 ; voir p. ex. *Kurt c. Turquie*, requête n^o 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Popov c. Russie*, requête n^o 26853/04, 13 juillet 2006, § 247 ; *Colibaba c. République de Moldova*, requête n^o 29089/06, 13 octobre 2007, § 65 ; *Jambor c. Roumanie* (n^o 1), requête n^o 64536/01, 24 juin 2008, § 212 ; *Konstantin Markin c. Russie* [GC], requête n^o 30078/06, 22 mars 2012, § 159 ; *Chugunov c. Russie* [Comité], requête n^o 18883/12, 11 octobre 2016, § 30 ; *Ahmed c. Belgique*, requête n^o 59727/13, 2 mars 2017, § 69.

¹⁹⁶² KAMBER, p. 119 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 48–49 ; SCHABAS, p. 747 ; voir aussi *infra*, note 1965 et les réf. cit.

¹⁹⁶³ *Mechenkov c. Russie*, requête n^o 35421/05, 7 février 2008, § 116 ; *Yeliseyev c. Russie*, requête n^o 12098/04, 28 mai 2009, § 25 ; *Janowiec c. Russie* [GC], requêtes n^{os} 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013, § 209 ; *Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 81553/12, 4 février 2016, § 116 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 69981/14, 17 mars 2016, § 177 ; *Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019, § 41 ; voir aussi HARRIS ET AL., p. 119 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n^o 48 ; SCHABAS, p. 747.

¹⁹⁶⁴ *Janowiec c. Russie* [GC], requêtes n^{os} 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013, § 209 ; *Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 81553/12, 4 février 2016, § 117 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 69981/14, 17 mars 2016, § 178 ; *Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019, § 41.

B. La prise en compte de la vulnérabilité particulière

Comme nous venons de le préciser, l'existence d'une entrave au droit de recours individuel dépend des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce. Dans ce cadre, la Cour a indiqué maintes fois qu'il faut « envisager la vulnérabilité du plaignant et le risque que les autorités ne l'influencent »¹⁹⁶⁵. Si le caractère général et vague de cette formulation fait penser à toutes les situations de vulnérabilité examinées dans la partie II de cette thèse, l'analyse de la jurisprudence montre que la Cour retient essentiellement deux situations de vulnérabilité en lien avec les entraves au droit de recours¹⁹⁶⁶. La première concerne un cas assez spécifique, à savoir les requêtes provenant de personnes habitant le sud-est de la Turquie entre la fin des années quatre-vingt-dix et le début des années deux mille (1). La seconde a, elle, une portée plus large : il s'agit de la situation des personnes détenues (2).

525

1) Le sud-est de la Turquie : un cas de vulnérabilité structurelle

Nous avons déjà vu que les agissements des autorités turques dans le conflit avec le PKK à partir des années quatre-vingt ont donné lieu à un grand nombre de requêtes devant la Cour, et que ces requêtes sont parmi les premières où la

526

¹⁹⁶⁵ *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Petra c. Roumanie*, requête n° 27273/95, 23 septembre 1998, § 43 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie*, requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, § 61 (pas de violation) ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 79 ; *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 207 (pas de violation) ; *Denizci et autres c. Chypre*, requêtes n°s 25316/94 et al., 23 mai 2001, § 418 ; *Akdeniz et autres c. Turquie*, requête n° 23954/94, 31 mai 2001, § 118 ; *Popov c. Russie*, requête n° 26853/04, 13 juillet 2006, § 247 ; *Knyazev c. Russie*, requête n° 25948/05, 8 novembre 2007, § 116 ; *Tambor c. Roumanie* (n° 1), requête n° 64536/01, 24 juin 2008, § 212 ; *Novinskiy c. Russie*, requête n° 11982/02, 10 février 2009, § 117 ; *Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, § 94 ; *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 169 ; *Konstantin Markin c. Russie* [GC], requête n° 30078/06, 22 mars 2012, § 159 (vulnérabilité non reconnue, pas de violation) ; *Enache c. Roumanie*, requête n° 10662/06, 1^{er} avril 2014, § 68 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n° 69981/14, 17 mars 2016, § 178 ; *Becaj c. Albanie*, requête n° 1542/13, 24 juin 2016, § 38 (pas de violation) ; *Chuginov c. Russie* [Comité], requête n° 18883/12, 11 octobre 2016, § 30 ; *Ahmed c. Belgique*, requête n° 59727/13, 2 mars 2017, § 69 ; *Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes n°s 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019, § 40 (en français ou en anglais, selon les affaires).

¹⁹⁶⁶ La Cour a occasionnellement reconnu d'autres situations de vulnérabilité, mais sans en tirer des conséquences au niveau de l'évaluation d'éventuelles entraves. Tel est le cas de l'affaire *R.D. et I.M.D. c. Roumanie*, requête n° 35402/14, 12 octobre 2021, § 85 : la Cour reconnaît la situation vulnérable des requérants en raison de leur grande pauvreté, mais n'estime pas que l'engagement de procédures de mise sous tutelle, en parallèle à leur requête devant la Cour, constitue une entrave illicite empêchant l'effectivité de leur droit de recours.

Cour mentionne la vulnérabilité de manière régulière, voire quasi systématique¹⁹⁶⁷. Bon nombre de ces affaires concernaient des allégations d'entraves illicites au droit de recours individuel¹⁹⁶⁸. Ci-après, nous reviendrons brièvement sur les facteurs de vulnérabilité dans ce contexte (a), avant d'examiner de plus près ses conséquences (b).

a) Les facteurs de vulnérabilité

527 Comme analysé plus haut, les facteurs de vulnérabilité identifiés par la Cour dans le contexte des requêtes en lien avec la situation au sud-est de la Turquie ont trait au contexte politique caractérisé par la forte présence des forces de l'ordre, la destruction d'habitations ainsi que des arrestations et déportations de nombreuses personnes¹⁹⁶⁹. Cette vulnérabilité, qui peut être qualifiée de structurelle, est avant tout d'origine politique. En effet, les éléments socio-économiques que la Cour soulève – la destruction des habitations des personnes requérantes et la « dépendance de l'État pour la satisfaction de leurs besoins essentiels » qui en résulte – sont également d'ordre politique : non seulement l'État est responsable de ces destructions, le dénuement qui en résulte accroît aussi davantage l'emprise des forces de l'ordre sur les personnes requérantes¹⁹⁷⁰. L'exposition continue aux autorités qui sont à l'origine même des violations conventionnelles dont les requérantes se plaignent constitue une source supplémentaire de vulnérabilité, particulièrement dans le contexte du droit de recours individuel¹⁹⁷¹. Ceci est avant tout dû au risque de représailles dans ce contexte. La Cour utilise généralement la formule suivante :

« [i]l faut envisager la vulnérabilité du plaignant et le risque que les autorités ne l'influencent. Compte tenu de la vulnérabilité des villageois requérants et

¹⁹⁶⁷ Voir *supra*, nos 256–259.

¹⁹⁶⁸ Voir en particulier *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, §§ 104–105 ; *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, §§ 161–163 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, §§ 131–132 ; *Salman c. Turquie*, requête n° 21986/93, 27 juin 2000, §§ 131–132 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes nos 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 125. Pour deux affaires dans lesquelles la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 34 CEDH faute d'indices suffisants, voir *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, §§ 62–63, et *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 207.

¹⁹⁶⁹ Voir *supra*, nos 256–259.

¹⁹⁷⁰ Voir *supra*, n° 258.

¹⁹⁷¹ Voir p. ex. *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 105 ; *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie*, requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes nos 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 79.

de ce que, dans le sud-est de la Turquie, porter plainte contre les autorités peut fort bien susciter une crainte légitime de représailles, interroger les requérants sur leur requête [...] constitue une forme de pression illicite et inacceptable qui entrave le droit de recours individuel »¹⁹⁷².

Cette formulation pourrait laisser croire que la crainte légitime de représailles constitue un élément supplémentaire plutôt qu'un aspect de la vulnérabilité, les deux contribuant à l'« influençabilité » des requérantes. Or, la crainte légitime de représailles doit à notre sens être comprise comme une source additionnelle de vulnérabilité. À cet égard, la formulation employée par la Commission nous paraît plus précise : elle soulève « la vulnérabilité des requérants ayant fait des allégations sérieuses contre des autorités étatiques », indiquant par là un lien de causalité entre le risque de représailles d'une part, et la vulnérabilité d'autre part¹⁹⁷³.

b) Les conséquences de la vulnérabilité

La vulnérabilité telle que nous venons de la circonscrire est un facteur dont la Cour tient compte lorsqu'elle examine l'existence d'une entrave illicite. Ainsi, dans les affaires dont il est question ici, la Cour affirme régulièrement que, « compte tenu de la vulnérabilité des villageois requérants », le fait d'« interroger les requérants sur leur requête [...] constitue une forme de pression illicite et inacceptable qui entrave le droit de recours individuel »¹⁹⁷⁴.

Il est toutefois difficile de déterminer le poids exact de la vulnérabilité dans ce contexte, comme il est impossible de définir dans l'abstrait un seuil à partir duquel une pression exercée devient inacceptable et constitue une violation de l'article 34 de la Convention. En effet, dans une bonne partie des cas précités, les autorités ne se sont pas contentées d'interroger les requérantes au sujet de leur requête, mais les ont également contraintes à signer des déclarations de retrait à l'issue de ces interrogatoires¹⁹⁷⁵, ont essayé de mettre en doute l'authenticité de

¹⁹⁷² *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie*, requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 79.

¹⁹⁷³ *Kurt c. Turquie* (rapport), requête n° 24276/94, 5 décembre 1996, § 247 (notre traduction).

¹⁹⁷⁴ *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, § 130 ; *Salman c. Turquie*, requête n° 21986/93, 27 juin 2000, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 125 ; *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 79.

¹⁹⁷⁵ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 104 ; *Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998, §§ 161–162.

la procuration produite par la requérante¹⁹⁷⁶, ou ont suggéré à la requérante de porter plainte contre l'association humanitaire qui l'avait assistée dans sa requête¹⁹⁷⁷. Dans les cas les plus graves, les requérantes ont subi des actes de traitement inhumain ou dégradant, voire de torture, lors desdits interrogatoires¹⁹⁷⁸.

531 Néanmoins, il ressort des affaires précitées que, dans le contexte spécifique d'où elles sont issues, un seul interrogatoire, même sous la forme d'un entretien informel, peut suffire à la Cour pour constater une violation de l'article 34 CEDH¹⁹⁷⁹. L'importance du contexte – et de la vulnérabilité qui en résulte – pour déterminer l'existence d'une entrave illicite ressort *a contrario* d'affaires ultérieures où la Cour a estimé qu'en l'absence de telles circonstances « vulnérabilisantes », un seul entretien ne suffisait pas pour conclure à un acte de « pression », d'« intimidation » ou de « harcèlement » susceptible d'entraver le droit de recours individuel¹⁹⁸⁰.

532 La portée de la vulnérabilité comme sa compréhension étroite sont confirmées *a contrario* par l'affaire *Syssoyeva et autres c. Lettonie* portant sur l'expulsion de personnes de nationalité russe ou apatrides du territoire letton constitue un exemple particulièrement intéressant¹⁹⁸¹. Une des requérantes dans cette affaire avait été convoquée par la police qui lui avait posé des questions au

¹⁹⁷⁶ *Tanrikulu c. Turquie* [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999, §§ 127–133.

¹⁹⁷⁷ *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 80.

¹⁹⁷⁸ *Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000, § 126 ; nous pouvons également classer dans cette catégorie l'affaire *Salman c. Turquie*, requête n° 21986/93, 27 juin 2000, §§ 131–132, même si le traitement subi par la requérante elle-même n'a pas été examiné par la Cour.

¹⁹⁷⁹ Voir, parmi d'autres, *Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001, § 80 ; *Orhan c. Turquie*, requête n° 25656/94, 18 juin 2002, § 408. Précisons à cet égard que, dans les rares affaires liées à ce contexte où la Cour a conclu que l'article 34 CEDH n'était pas violé, elle a justifié cette conclusion par l'absence d'indices suffisants démontrant que les requérantes avaient effectivement été questionnées au sujet de leurs requêtes, et non pas parce qu'elle considérait qu'un tel questionnement n'aurait pas atteint le seuil de gravité de l'article 34 CEDH (voir particulier *Demiray c. Turquie*, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000, § 63 ; *Berktaş c. Turquie*, requête n° 22493/93, 1^{er} mars 2001, § 209). À propos de la question du seuil de gravité inhérent à l'article 34 CEDH, voir p. ex. LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, p. 55.

¹⁹⁸⁰ Voir p. ex. *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007, § 124 ; *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 169.

¹⁹⁸¹ *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007. La Cour elle-même se réfère à cette affaire pour la distinguer de celles issues du sud-est de la Turquie examinées ici (*Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 169).

sujet de sa requête, un comportement qui est en principe inacceptable¹⁹⁸². Or, dans cette affaire, la Cour relève une série d'éléments indiquant que les circonstances de l'interrogatoire n'avaient pas été particulièrement menaçantes, en particulier le fait que « le langage utilisé par le policier était poli et ne contenait aucune expression, allusion ou insinuation menaçante ou tout simplement dissuasive » et que le refus de la requérante de répondre à certaines questions fut respecté et ne porta pas à conséquence¹⁹⁸³.

Les requérantes avaient essayé de mettre en avant leur « vulnérabilité sur le sol letton », considérant que dans leur situation, la convocation par la police devait être considérée à elle seule comme une entrave à leur droit de recours¹⁹⁸⁴. Or, la Cour n'a pas suivi leur argumentation. Sans nier explicitement la vulnérabilité des requérantes, la Cour prend soin de distinguer l'affaire de celles issues du sud-est de la Turquie. Elle souligne en particulier que les « circonstances très particulières » de ces affaires n'étaient pas remplies dans le cas de *Syssoyeva*¹⁹⁸⁵. Partant, contrairement aux affaires précitées, la convocation ne constituait pas, à elle seule, une violation de l'article 34 de la Convention¹⁹⁸⁶. Par la suite, la Cour a confirmé le caractère exceptionnel de la situation dans le sud-est de la Turquie à l'époque des affaires précitées à plusieurs reprises¹⁹⁸⁷.

En guise de conclusion, deux constats s'imposent. Premièrement, la vulnérabilité est étroitement liée au contexte politique général, elle ne dépend pas, dans ces affaires, de la situation individuelle de chaque requérante. Ainsi, la Cour s'est en général contentée de soulever la « vulnérabilité des villageois requérants » de manière générale, sans indiquer des facteurs de vulnérabilité additionnels ou différencier quant au degré de vulnérabilité. Il s'agit en quelque sorte d'une présomption de vulnérabilité due au contexte politique particulier.

¹⁹⁸² MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 49. Toutefois, tout questionnement au sujet d'une requête ne constitue pas une violation de l'article 34 CEDH, en particulier pas lorsque celle-ci est faite sur un ton neutre et ne vise pas à rendre une requête plus difficile (voir p. ex. *Ahmed c. Belgique*, requête n° 59727/13, 2 mars 2017, §§ 67–73 ; *J.R. et autres c. Grèce*, requête n° 22696/16, 25 janvier 2018, §§ 152–153).

¹⁹⁸³ *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007, § 121 ; voir aussi KAMBER, p. 120.

¹⁹⁸⁴ *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007, § 107.

¹⁹⁸⁵ *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007, § 123.

¹⁹⁸⁶ *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (déc. [GC] [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007, § 123.

¹⁹⁸⁷ *Trepashkin c. Russie* (n° 2), requête n° 14248/05, 16 décembre 2010, § 173 ; *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 169.

Deuxièmement, ce contexte politique, caractérisé par des graves troubles civils à l'époque des faits, limite considérablement la portée de ces affaires¹⁹⁸⁸. Ceci est d'autant plus vrai que la Cour ne s'est pas référée à la vulnérabilité dans d'autres situations de troubles civils, notamment dans une série d'affaires concernant le conflit tchéchène¹⁹⁸⁹. Si cela ne l'a pas empêchée de conclure à une violation de l'article 34 CEDH dans diverses affaires relatives à ce conflit¹⁹⁹⁰, il semblerait néanmoins que la Cour y applique une mesure plus stricte, qui pourrait être due à l'absence de considérations quant à la vulnérabilité des requérantes dans cette situation¹⁹⁹¹.

535 Au vu de l'importance cruciale du droit de recours individuel et de l'accès effectif à la Cour pour le fonctionnement du système conventionnel dans son ensemble, la vulnérabilité due à un contexte politique ne devrait pas être interprétée de manière trop restrictive. C'est particulièrement vrai à la lumière de la situation actuelle délicate dans plusieurs pays du Conseil de l'Europe, qui se caractérise entre autres par des mesures d'intimidation et de représailles contre des défenseuses de droits humains¹⁹⁹².

2) Les personnes détenues : une vulnérabilité situationnelle

536 Nous avons vu auparavant que les personnes détenues constituent à la fois une des premières catégories de personnes que la Cour a qualifiées de

¹⁹⁸⁸ Voir aussi KAMBER, p. 119.

¹⁹⁸⁹ BIEULES BİNZARU, pp. 15–16 et les réf. cit. Pour une comparaison des situations dans ces deux régions en analysant leur qualification en tant que conflit armé interne (ou pas), les principales violations de droits humains et la jurisprudence de la Cour, voir ABRESCH, pp. 756–767. Pour une description plus détaillée du conflit tchéchène, voir GOLDHABER, pp. 152–158.

¹⁹⁹⁰ BIEULES BİNZARU, pp. 15–16 et les réf. cit.

¹⁹⁹¹ Voir par exemple l'affaire *Bitiyeva et X. c. Russie*, requêtes n^{os} 57953/00 et 37392/03, 21 juin 2007, où la Cour n'a pas constaté de violation de l'article 34 CEDH. Elle a considéré qu'il n'y avait pas d'indices suffisants que l'homicide de membres de la famille de la requérante ait été lié aux requêtes devant la Cour et a conclu que l'interrogatoire par le ministère public répondait aux besoins de l'enquête interne. Dans cette affaire, la requérante avait souligné sa vulnérabilité au vu du contexte (*idem*, § 161), mais la Cour n'a pas été convaincue par cet argument. Selon la Cour, le sentiment de peur de la requérante est « certes compréhensible au vu de son expérience personnelle et de la situation générale en Tchétchénie », mais ne doit pas empêcher les autorités locales de remplir leurs obligations d'enquête. Si l'élément décisif était finalement l'absence de preuves, nous pouvons néanmoins considérer que la Cour n'a pas accordé beaucoup de poids à l'effet dissuasif des interrogatoires sur la requérante, clairement en situation de vulnérabilité. En effet, même si les questions liées à la requête auprès de la Cour n'occupaient pas une place centrale dans l'interrogatoire (*idem*, § 166), elle aurait pu considérer, en appliquant la jurisprudence examinée ci-dessus, qu'elles n'avaient tout simplement pas lieu d'être.

¹⁹⁹² Voir le suivi effectué par le Commissaire des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, en particulier au sujet de l'Azerbaïdjan, de la Russie et de la Turquie (<https://www.coe.int/en/web/commissioner/country-monitoring> [31.10.2021]).

particulièrement vulnérables, et une catégorie importante de personnes vulnérables dans la jurisprudence d'un point de vue quantitatif¹⁹⁹³. La position vulnérable des personnes détenues accroît non seulement leur risque de subir une violation des garanties substantielles ou procédurales de la Convention, mais peut aussi les empêcher d'exercer de manière effective le droit de recours individuel. Dans ce qui suit, nous regarderons d'abord de plus près les facteurs de vulnérabilité et de résilience (a), avant d'examiner les conséquences de la reconnaissance d'une vulnérabilité particulière (b).

a) Les facteurs de vulnérabilité et de résilience

En lien avec le droit de recours individuel, la jurisprudence identifie les facteurs de vulnérabilité suivants, qui sont souvent étroitement liés, pour les personnes détenues¹⁹⁹⁴ : le fait d'être enfermé et (relativement) isolé du monde extérieur¹⁹⁹⁵ ; la dépendance vis-à-vis des autorités du centre de détention, notamment pour la correspondance et le contact avec le monde extérieur¹⁹⁹⁶ et, plus généralement, la forte emprise de ces autorités sur les personnes détenues – y compris les personnes en garde à vue – et le risque de représailles qui en découle¹⁹⁹⁷.

537

La terminologie de la Cour est quelque peu fluctuante à cet égard. Ainsi, elle a parfois constaté que les personnes détenues ou en exécution de peine « *peuvent* se trouver dans une position vulnérable *quand* [elles] dépendent [...] du personnel de l'établissement pour leurs communications avec la Cour »¹⁹⁹⁸. Cette formulation est critiquable à deux égards : premièrement, il est difficile d'imaginer une situation où les personnes détenues ne dépendent pas, dans une certaine mesure au moins, des autorités pénitentiaires pour le contact avec l'extérieur et la transmission de leur correspondance. Deuxièmement, la

538

¹⁹⁹³ À ce propos, voir *supra*, n^{os} 250–254, 261–265.

¹⁹⁹⁴ Comme nous l'avons vu ci-dessus, ces facteurs de vulnérabilité apparaissent plus généralement dans la jurisprudence à propos de personnes détenues (voir *supra*, n^{os} 261–265, 350–361).

¹⁹⁹⁵ Voir p. ex. *Kornakovs c. Lettonie*, requête n^o 61005/00, 15 juin 2006, § 164 ; *Eriomenco c. République de Moldova et Russie*, requête n^o 42224/11, 9 mai 2017, § 104.

¹⁹⁹⁶ *Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n^o 81553/12, 4 février 2016, § 117 ; *Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019, § 40.

¹⁹⁹⁷ Voir p. ex. *Kornakovs c. Lettonie*, requête n^o 61005/00, 15 juin 2006, § 164 ; *Chaykovskiy c. Ukraine*, requête n^o 2295/06, 15 octobre 2009, § 88.

¹⁹⁹⁸ Pour cette formulation ou son équivalent en anglais, voir p. ex. *Popov c. Russie*, requête n^o 26853/04, 13 juillet 2006, § 247 ; *Novinskiy c. Russie*, requête n^o 11982/02, 10 février 2009, § 117 ; *Yefimenko c. Russie*, requête n^o 152/04, 12 février 2013, § 159, *Shishkov c. Russie*, requête n^o 26746/05, 20 février 2014, § 154 ; *Chugunov c. Russie* [Comité], requête n^o 18883/12, 11 octobre 2016, § 30 (nous soulignons).

formulation porte à croire que seule une partie des personnes détenues se trouve dans une situation vulnérable. Or, les facteurs de vulnérabilité que la Cour soulève dans ce contexte, la dépendance des autorités et le risque de représailles, sont intimement liés au fait même de la détention. À notre avis, il serait donc plus juste d'affirmer, comme la Cour l'a fait occasionnellement, que « les personnes détenues se trouvent dans une position particulièrement vulnérable, entre autres *parce qu'*elles dépendent des autorités pénitentiaires pour leur correspondance avec la Cour »¹⁹⁹⁹. Une telle formulation serait aussi plus en accord avec l'ensemble de la jurisprudence de la Cour, qui, rappelons-le, a régulièrement constaté la vulnérabilité particulière de toutes les personnes détenues²⁰⁰⁰. Celle-ci est avant tout due à leur position vis-à-vis des autorités, qui exercent un contrôle direct sur elles et dont elles dépendent pour leur bien-être physique et mental, mais aussi leurs contacts avec le monde extérieur²⁰⁰¹.

539 Le degré de dépendance d'une personne détenue par rapport aux autorités est toutefois plus ou moins prononcé selon les circonstances²⁰⁰². Ainsi, toutes les personnes détenues ne sont pas vulnérables au même degré, un élément dont la Cour tient compte, même si la terminologie n'est pas toujours exempte d'ambiguïté. L'image des « couches » de vulnérabilité introduite plus haut permet d'éclaircir la jurisprudence²⁰⁰³. Ainsi, la détention elle-même constitue une couche de vulnérabilité, mais d'autres éléments peuvent ajouter des couches de vulnérabilité : l'absence de soutien de proches²⁰⁰⁴, d'une avocate²⁰⁰⁵ ou plus généralement de contact avec le monde extérieur – que ce soit par des

¹⁹⁹⁹ Voir p. ex. *Chaykovskiy c. Ukraine*, requête n° 2295/06, 15 octobre 2009, § 88 (notre traduction) ; similairement, *Eriomenko c. République de Moldova et Russie*, requête n° 42224/11, 9 mai 2017, § 104 (nous soulignons).

²⁰⁰⁰ Concernant plus généralement la vulnérabilité des personnes détenues, voir *supra*, nos 250–254, 261–265. Pour des affaires concernant *inter alia* le droit de recours individuel, voir p. ex. *Kornakovs c. Lettonie*, n° 61005/00, 15 juin 2006, § 164 ; *Knyazev c. Russie*, requête n° 25948/05, 8 novembre 2007, §§ 89, 116 ; *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, §§ 119, 169 ; *Enache c. Roumanie*, requête n° 10662/06, 1^{er} avril 2014, §§ 49, 68.

²⁰⁰¹ Voir aussi AL TAMIMI, p. 570 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 154 et les réf. cit.

²⁰⁰² Le raisonnement de la Cour reflète parfois cette gradation. C'est le cas dans l'arrêt *Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, § 91, où la Cour parle de la « dépendance totale de l'intéressé par rapport aux autorités pénitentiaires » (nous soulignons).

²⁰⁰³ Voir *supra*, n° 159.

²⁰⁰⁴ *Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, § 98.

²⁰⁰⁵ *Klyakhin c. Russie*, requête n° 46082/99, 30 novembre 2004, § 122.

proches ou par le biais d'une organisation non gouvernementale²⁰⁰⁶ –, l'absence de moyens financiers²⁰⁰⁷ ou encore l'état de santé d'une personne détenue²⁰⁰⁸.

Ces différents éléments peuvent être vus comme facteurs de vulnérabilité ou, 540 au contraire, comme facteurs de résilience. En effet, opérant un léger changement de perspective, la Cour a parfois identifié non pas l'absence d'avocate comme facteur de vulnérabilité, mais sa présence comme facteur de résilience. La Cour n'emploie pas la notion de résilience, mais l'idée y est, comme l'illustre l'arrêt *Vladimir Sokolov c. Russie*²⁰⁰⁹. M. Sokolov se plaignait, outre de ses conditions de détention, d'une violation de l'article 34 CEDH²⁰¹⁰. Dans son arrêt, la Cour précise que le requérant n'était pas dans une position particulièrement vulnérable, en raison de l'assistance de deux avocats avec qui il entretenait des contacts réguliers, soit directement, soit par le biais de ses proches, et qui avaient informé la Cour de chaque développement concernant son cas²⁰¹¹.

À ces éléments, qui renforçaient la position du requérant vis-à-vis de 541 l'administration de l'établissement pénitentiaire et peuvent ainsi être qualifiés de facteurs de *résilience*, s'ajoutait un élément réduisant son *risque* de subir des représailles : son transfert dans un autre établissement quelques jours après l'entretien seulement et pendant que la requête était pendante²⁰¹². Nous retrouvons donc ici deux éléments constitutifs de la vulnérabilité qui ressortent des approches théoriques étudiées plus haut : le risque de violation d'une part, et les facteurs de résilience d'autre part²⁰¹³. Notons encore que la Cour considère que le requérant n'est pas particulièrement vulnérable, et non pas qu'il ne serait pas vulnérable²⁰¹⁴. Au vu des incohérences terminologiques dans la jurisprudence, il s'agit là probablement d'un hasard ; pour plus de clarté, il aurait été préférable de le considérer comme *moins vulnérable* que d'autres

²⁰⁰⁶ *Cotleț c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, § 71 ; *Kornakovs c. Lettonie*, requête n° 61005/00, 15 juin 2006, § 164 (« ayant peu de contacts avec des proches ou avec le monde extérieur ») ; *Eriomenco c. République de Moldova et Russie*, requête n° 42224/11, 9 mai 2017, § 104 (la visite de proches n'avait pas été autorisée, du moins dans un premier temps).

²⁰⁰⁷ Voir p. ex. *Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, § 49.

²⁰⁰⁸ Voir p. ex. *Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, § 98.

²⁰⁰⁹ *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011.

²⁰¹⁰ *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011, §§ 72–74.

²⁰¹¹ *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011, § 81.

²⁰¹² *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011, § 81. Précisons que, contrairement à d'autres cas, il ne s'agissait ici pas d'un transfert punitif, mais qui s'explique au contraire par le passage de la détention provisoire à l'établissement d'exécution de peine.

²⁰¹³ Voir *supra*, n°s 165–175.

²⁰¹⁴ *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011, § 81.

personnes détenues ou, mieux encore, d'opter pour la terminologie de la résilience²⁰¹⁵ qui permet au passage d'éviter une hiérarchisation des différents degrés de vulnérabilité²⁰¹⁶.

b) Les conséquences de la vulnérabilité

542 Les facteurs de vulnérabilité que nous venons d'énumérer le montrent : en raison de leur situation spécifique, les personnes détenues courent des risques de violations du droit de recours individuel qui sont difficilement imaginables en dehors de ce contexte. Ainsi, certains risques d'entraves n'existent pratiquement que pour les personnes détenues : il en va ainsi des ingérences dans la correspondance, notamment le refus de transmettre des lettres ou le délai dans la transmission, ou alors l'ouverture ou la censure de lettres (i). D'autres formes d'entraves prennent une ampleur particulière dans le contexte de la détention, par exemple les interrogatoires, menaces et autres formes de pression, notamment en raison du risque de représailles, bien réel, surtout dans le cadre pénitentiaire. Ainsi, des moyens de pression comme des mesures disciplinaires²⁰¹⁷ ou le transfert vers un établissement avec des conditions de détention plus sévères²⁰¹⁸ n'existent simplement pas en dehors d'un contexte de détention (ii).

i) La protection de la correspondance et de la libre communication

543 La correspondance d'une personne détenue avec la Cour – et, cas échéant, son avocate – bénéficie d'un statut privilégié. Nous avons déjà indiqué que la censure constitue en elle-même une entrave illicite au droit de recours individuel²⁰¹⁹. La même chose vaut lorsque les autorités pénitentiaires omettent de transmettre la correspondance à la Cour, même si ce constat doit être nuancé quelque peu, notamment en fonction de l'importance des lettres pour la procédure devant la Cour²⁰²⁰. À cela s'ajoute la question de l'ouverture de la correspondance. L'ouverture de lettres échangées entre une personne détenue et son avocate n'est possible qu'à des conditions très restrictives – notamment

²⁰¹⁵ À propos de la notion de résilience, voir *supra*, n^{os} 165–175.

²⁰¹⁶ Au sujet du risque de hiérarchisation, voir *supra*, n^{os} 160–161.

²⁰¹⁷ Voir p. ex. *Kornakovs c. Lettonie*, n^o 61005/00, 15 juin 2006, §§ 168–170.

²⁰¹⁸ Un tel transfert punitif constituerait une violation de l'article 34 CEDH, voir p. ex. *Gagiu c. Roumanie*, requête n^o 63258/00, 24 février 2009, §§ 95–98.

²⁰¹⁹ Voir *supra*, n^o 522.

²⁰²⁰ LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, p. 59 et les réf. cit. ; voir aussi *supra*, n^{os} 522–524. Ainsi, toute absence de transmission ne constitue pas encore une violation de l'article 34 CEDH (voir p. ex. *Malyy c. Ukraine* [Comité], requête n^o 14486/07, 11 avril 2019, § 130).

lorsque les envois sont soupçonnés de contenir des substances ou objets illicites – et pour autant que des garanties soient mises en place²⁰²¹. Quant à la correspondance avec les organes conventionnels, la Cour a jugé qu'il n'existait pas de raison justifiant leur ouverture²⁰²². Elle a également estimé contraire à l'article 34 CEDH le fait qu'une avocate commise d'office ait mené sa correspondance avec le requérant par e-mail à travers les autorités de détention, qui étaient donc informées du contenu des échanges²⁰²³.

Cette protection particulière peut être considérée comme une réponse – et une tentative de remédier – à la vulnérabilité spécifique des personnes détenues, qui peut mettre en danger l'exercice effectif de leur droit de recours. Le lien avec la vulnérabilité était dans un premier temps implicite, dans la mesure où la jurisprudence protégeant la correspondance des personnes détenues a précédé l'émergence de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour²⁰²⁴. Ce lien se trouve désormais explicité dans la jurisprudence, celle-ci soulignant l'importance de la confidentialité de la correspondance comme garantie des droits des personnes détenues, au vu notamment de leur situation particulièrement vulnérable²⁰²⁵.

Dans ce contexte, on peut entrevoir une possibilité d'évolution, peut-être due à l'importance grandissante de la vulnérabilité dans la jurisprudence. En effet, selon la jurisprudence établie, la seule ouverture de lettres ne constitue pas encore une entrave au sens de l'article 34 CEDH, la Cour se contentant dans ce cas d'examiner si le secret de la correspondance de l'article 8 CEDH a été

544

545

²⁰²¹ Les enveloppes doivent dans ce cas être ouvertes en présence de la personne détenue et la lecture de la lettre n'est pas permise. La Cour n'a que rarement accepté que les autorités puissent lire la lettre sans violer le secret de la correspondance, par exemple dans le cas d'un détenu soupçonné d'actes terroristes (voir *LAMBERT ABDELGAWAD*, Hindrances, pp. 57–58 ; *MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM*, n° 98 ; *RAINEY/WICKS/OVEY*, pp. 406–409).

²⁰²² *Feilazoo c. Malte*, requête n° 6865/19, 11 mars 2021, § 118.

²⁰²³ *Feilazoo c. Malte*, requête n° 6865/19, 11 mars 2021, § 121. La Cour précise que cette situation précédait la crise sanitaire due à la Covid-19, soulignant l'absence de justification pour cette modalité de communication. Cette précision ne doit toutefois pas signifier qu'une crise sanitaire permettrait de restreindre les droits des personnes détenues découlant de l'article 34 CEDH.

²⁰²⁴ Voir déjà *Campbell c. Belgique*, requête n° 13590/88, 25 mars 1992, § 33 ; *Peers c. Grèce*, requête n° 28524/95, 19 avril 2001, §§ 81–84, stipulant que l'ouverture de lettres en présence de la personne détenue, en principe préférable, doit-elle aussi répondre à une raison impérieuse. Plus généralement à propos de la protection de la correspondance des personnes détenues, voir *MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM*, n°s 94–100 ; *RAINEY/WICKS/OVEY*, pp. 406–409.

²⁰²⁵ Voir p. ex. *Belyaev et Digtyar c. Ukraine*, requêtes n°s 16984/04 et 9947/05, 16 février 2012, § 61 ; *Shishkov c. Russie*, requête n° 26746/05, 20 février 2014, § 154. Précisons toutefois que les formulations employées par la Cour varient et ne font pas systématiquement référence à la vulnérabilité (voir p. ex. *Makhlyagon et Belyayev c. Russie*, requêtes n°s 14784/09 et 51742/11, 9 janvier 2018 ; *Samoylov c. Russie*, requête n° 17512/08, 3 juillet 2018).

respecté²⁰²⁶. Or, plus récemment, en référence notamment à la vulnérabilité, la Cour a considéré que l'ouverture systématique de lettres constituait en tant que telle une violation de l'article 34 CEDH, sans que d'autres ingérences aient eu lieu – censure ou absence de transmission, par exemple – ou que d'autres pressions aient été exercées²⁰²⁷. À ce propos, la Cour s'est référée tantôt à la vulnérabilité de toutes les personnes détenues, notamment due au risque de représailles²⁰²⁸, tantôt à la vulnérabilité des personnes détenues qui ne bénéficiaient pas de l'assistance d'une avocate²⁰²⁹.

546 Une telle évolution est positive. En effet, reconnaître que l'ouverture de lettres d'une personne détenue tombe à la fois sous le champ de l'article 8 CEDH et de l'article 34 CEDH contribuerait à améliorer l'effectivité du droit de recours individuel. Au-delà de la valeur symbolique, cela permettrait également à la Cour d'examiner, sous l'angle de l'article 34 de la Convention, les violations du secret de la correspondance dans les affaires qui ne remplissent pas les conditions de recevabilité – par exemple, faute d'épuisement des voies de recours internes²⁰³⁰.

547 Au-delà de la correspondance, l'article 34 CEDH protège également la communication libre et confidentielle d'une requérante avec son avocate²⁰³¹. À cet égard, la Cour a par exemple conclu à une violation lorsque les autorités ont refusé qu'une personne détenue rencontre son avocat sous prétexte que l'autorisation de pratiquer de celui-ci avait été suspendue²⁰³². De manière importante, la Cour a souligné qu'une telle autorisation n'était pas nécessaire pour représenter une requérante devant la Cour ; partant, son absence ne

²⁰²⁶ CABRAL-BARRETO, p. 11 ; LAMBERT ABDELGAWAD, Hindrances, p. 56 et les réf. cit. ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 52 et les réf. cit.

²⁰²⁷ Voir en particulier *Ponushkov c. Russie*, requête n° 30209/04, 6 novembre 2008, § 84 (violation des articles 8 et 34 CEDH) ; *Trosin c. Ukraine*, requête n° 39758/05, 23 février 2012, § 54 (violation des articles 8 et 34 CEDH) ; *Belyaev et Digtyar c. Ukraine*, requêtes nos 16984/04 et 9947/05, 16 février 2012, § 61 (violation de l'article 34 CEDH) ; *Shekhov c. Russie*, requête n° 12440/04, 10 juin 2014, § 63 (violation de l'article 34 CEDH).

²⁰²⁸ *Belyaev et Digtyar c. Ukraine*, requêtes nos 16984/04 et 9947/05, 16 février 2012, § 61 ; *Trosin c. Ukraine*, requête n° 39758/05, 23 février 2012, § 54.

²⁰²⁹ *Ponushkov c. Russie*, requête n° 30209/04, 6 novembre 2008, § 84 ; *Shekhov c. Russie*, requête n° 12440/04, 10 juin 2014, § 63.

²⁰³⁰ Étant de nature procédurale, les griefs tirés de l'article 34 CEDH sont en effet indépendants des conditions de recevabilité (KAMBER, p. 118 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, nos 46–47 ; SCHABAS, pp. 746–747 ; à propos de l'épuisement des voies de droit internes, voir aussi *infra*, nos 691–722).

²⁰³¹ MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 53 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n° 69981/14, 17 mars 2016, § 182 et les réf. cit. ; *Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes nos 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019, § 43 ; *Amiridze c. Géorgie* [Comité], requête n° 15351/09, 26 mars 2020, § 54.

²⁰³² *Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n° 81553/12, 4 février 2016, §§ 118–123 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n° 69981/14, 17 mars 2016, §§ 179–184.

permettait pas d'interdire la rencontre²⁰³³. Ce constat est d'autant plus important que les deux affaires en question s'inscrivent dans un contexte de représailles à l'égard de défenseuses de droits humains, fragilisant les protections du système conventionnel. D'ailleurs, dans un autre jugement, la Cour a jugé que la suspension de l'avocat en question était contraire à l'article 10 de la Convention²⁰³⁴.

ii) Les actes de pression, d'intimidation et de harcèlement

La Cour tient par ailleurs compte de la vulnérabilité particulière des personnes détenues afin d'évaluer si le comportement des autorités constitue une « pression », une « intimidation » ou du « harcèlement », et donc une entrave illicite au droit de recours individuel²⁰³⁵. Plus spécifiquement, elle a tiré un parallèle explicite entre les affaires issues du sud-est de la Turquie analysées ci-dessus et celles relatives à un contexte de détention. Elle a notamment jugé que, dans les deux cas, un seul entretien informel pouvait constituer une entrave illicite du droit de recours individuel, en raison de la vulnérabilité particulière des requérantes dans ces situations²⁰³⁶.

L'arrêt *Igors Dmitrijevs c. Lettonie* constitue une bonne illustration de l'importance de la vulnérabilité²⁰³⁷. Dans cette affaire, le requérant n'avait subi aucune menace ou aucune punition. La Cour a néanmoins conclu à une entrave au droit de recours individuel, par le fait que le directeur adjoint de la prison avait indiqué au requérant qu'il ne pouvait s'adresser à la Cour sans une autorisation du juge chargé de son dossier pénal. Dans son arrêt, la Cour reconnaît « qu'aucune conséquence pratique ne s'ensuit pour le requérant de cette déclaration, en ce sens qu'il ne fut jamais puni ou menacé pour avoir poursuivi sa correspondance avec la Cour »²⁰³⁸. Elle poursuit néanmoins que :

²⁰³³ *Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n° 81553/12, 4 février 2016, § 123 ; *Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n° 69981/14, 17 mars 2016, § 183.

²⁰³⁴ *Bagirov c. Azerbaïdjan*, requêtes n°s 81024/12 et 28198/15, 25 juin 2020, §§ 53–63.

²⁰³⁵ Voir p. ex. *Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n° 61638/00, 30 novembre 2006, § 99 ; *Trepashkin c. Russie* (n° 2), requête n° 14248/05, 16 décembre 2010, § 173 ; *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 169 ; *L.M. et autres c. Russie*, requêtes n°s 40081/14 et al., 15 octobre 2015, § 160.

²⁰³⁶ Voir p. ex. *Trepashkin c. Russie* (n° 2), requête n° 14248/05, 16 décembre 2010, § 173 ; *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 169.

²⁰³⁷ *Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n° 61638/00, 30 novembre 2006.

²⁰³⁸ *Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n° 61638/00, 30 novembre 2006, § 99.

« vu la situation de vulnérabilité et de dépendance particulière dans laquelle se trouve un détenu à l'égard des autorités pénitentiaires, une telle remarque verbale – qui, de surcroît, va manifestement à l'encontre du texte et de l'esprit de la première phrase de l'article 34 de la Convention – est suffisamment dissuasive pour enfreindre la seconde phrase du même article »²⁰³⁹.

550 Dans d'autres affaires, la Cour insiste plutôt sur la vulnérabilité accrue de certaines personnes détenues. Ainsi, dans l'arrêt *Popov c. Russie*, la Cour a tenu compte du fait que le requérant était en train de purger une peine privative de liberté de longue durée, un élément qui augmentait de manière considérable son risque de subir des représailles. Partant, la Cour a jugé que le fait d'interroger le requérant à deux reprises sur sa requête auprès de la Cour constituait une pression indue et a donc constaté une violation de l'article 34 CEDH²⁰⁴⁰. La conclusion de l'affaire *Popov c. Russie* contraste avec l'arrêt *Vladimir Sokolov c. Russie* précité, où, rappelons-le, la Cour avait considéré que le requérant, assisté par deux avocats, n'était pas particulièrement vulnérable²⁰⁴¹. Dans le cas de M. Sokolov, la Cour a accepté la version des autorités selon laquelle les interrogatoires ne concernaient que l'enquête interne, malgré l'absence de transcriptions²⁰⁴².

551 La portée de la reconnaissance de vulnérabilité dans ce contexte est toutefois difficile à déterminer. Tout d'abord, pour déterminer si la Cour considère une personne détenue comme étant *particulièrement* vulnérable et pourquoi, il faut souvent lire entre les lignes, le raisonnement de la Cour n'étant souvent pas très explicite. Cet état de fait complique davantage la détermination du poids de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour. Ensuite, plus généralement, l'appréciation de la Cour se fait « à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce », ce qui rend difficile, voire impossible, de déterminer le poids respectif des éléments soulevés. S'agissant des entraves au droit de recours individuel, une affaire présente souvent divers éléments pertinents pour déterminer l'existence d'une pression ou d'une intimidation. Dans l'arrêt *Cotlet c. Roumanie* par exemple, la Cour a tenu compte, outre l'ouverture systématique

²⁰³⁹ *Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n° 61638/00, 30 novembre 2006, § 99.

²⁰⁴⁰ *Popov c. Russie*, requête n° 26853/04, 13 juillet 2006, §§ 249–250. En l'absence de retranscription, la Cour ne s'est en particulier pas montrée convaincue que les entretiens avaient uniquement trait à l'enquête interne, et ne portaient pas sur la requête déposée devant la Cour.

²⁰⁴¹ *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011, § 81 ; voir aussi *supra*, n° 540.

²⁰⁴² *Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n° 31242/05, 29 mars 2011, § 81.

de la correspondance, des menaces de transférer le requérant sous un régime de détention plus strict et de l'omission de l'administration de fournir le matériel nécessaire pour la correspondance avec la Cour et la Commission²⁰⁴³.

Par ailleurs, si un seul entretien peut constituer une entrave illicite au sens de l'article 34 CEDH, cela ne signifie nullement que chaque interrogatoire au sujet d'une requête serait illicite. En effet, tout questionnement des autorités au sujet d'une requête n'est pas illicite du seul fait de la position vulnérable d'une personne détenue. Dans le contexte des personnes détenues en particulier, les autorités sont notamment habilitées à interroger la requérante dans le but d'améliorer sa situation, par exemple ses conditions de détention²⁰⁴⁴. Des prises de contact en vue d'un éventuel règlement à l'amiable sont également permises²⁰⁴⁵. La distinction entre contact admissible et pression illicite est toutefois subtile, et la ligne entre « expliquer les options disponibles au requérant d'une manière neutre et essayer de [...] décourager ou dissuader [le requérant] de continuer sa requête » est d'autant plus fine que la position de la personne en question est vulnérable²⁰⁴⁶. La Cour en est consciente, et rappelle qu'il faut examiner ces éléments avec précaution, compte tenu notamment de la position particulièrement vulnérable des personnes détenues²⁰⁴⁷. La précaution est également de mise lorsqu'une personne détenue déclare vouloir retirer sa requête²⁰⁴⁸.

552

C. Appréciation

Dans cette section, nous avons examiné un élément essentiel du droit de recours individuel : l'interdiction, pour les États, d'interférer avec une requête déposée auprès de la Cour. Cette ingérence signifie notamment – mais pas uniquement – que les États doivent s'abstenir d'exercer une quelconque pression sur les requérantes visant à les empêcher de poursuivre leur requête, ou les incitant à modifier leurs déclarations ou griefs. L'existence d'une entrave s'apprécie à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce. Dans ce cadre, la Cour réitère

553

²⁰⁴³ *Cotleț c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 70–71.

²⁰⁴⁴ *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 172.

²⁰⁴⁵ *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, § 172.

²⁰⁴⁶ *Ahmed c. Belgique*, requête n° 59727/13, 2 mars 2017, § 70.

²⁰⁴⁷ *Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011, §§ 173–174 ; *Ahmed c. Belgique*, requête n° 59727/13, 2 mars 2017, § 70.

²⁰⁴⁸ *A.M. c. Russie (déc.)*, requête n° 46630/14, 31 mars 2015, § 11 (violation niée en l'espèce).

régulièrement qu'il faut tenir compte de la « vulnérabilité du requérant et du risque que les autorités ne l'influencent »²⁰⁴⁹.

554 Or, contrairement à ce que cette affirmation pourrait laisser croire, l'analyse de la jurisprudence montre que cette vulnérabilité fait avant tout référence à deux situations : d'une part, le contexte du sud-est de la Turquie des années quatre-vingt-dix caractérisé par de graves troubles politiques, et d'autre part, les personnes en situation de détention. Malgré les différences évidentes entre ces deux catégories, les facteurs principaux à l'origine de cette situation de vulnérabilité sont comparables : la forte emprise des autorités sur les requérantes et la menace de représailles pesant sur elles. Ces facteurs sont parfois combinés à d'autres, comme l'isolement d'une personne détenue ou l'absence de représentante légale. La vulnérabilité a donc trait aussi bien à un risque accru de subir des entraves à l'exercice du droit de recours qu'à l'absence de facteurs créant de la résilience. La vulnérabilité particulière des personnes détenues face au droit de recours individuel s'exprime également par les chiffres : en effet, plus de la moitié des affaires dans lesquelles la Cour a constaté une violation de l'article 34 de la Convention concernant des personnes détenues²⁰⁵⁰.

555 Si la Cour a été réticente à employer la notion de vulnérabilité en dehors des deux contextes précités²⁰⁵¹, les facteurs de vulnérabilité que nous venons d'identifier – la forte emprise des autorités sur les requérantes et le risque de représailles – pourraient également être présents dans d'autres cas de figure. Il est donc possible d'imaginer d'autres situations où les requérantes se trouvent dans une position particulièrement vulnérable menaçant l'effectivité de leur droit de recours individuel. La Cour elle-même l'a confirmé s'agissant d'une victime de torture de la part d'agentes étatiques russes :

²⁰⁴⁹ Voir *supra*, note 1965 et les réf. cit.

²⁰⁵⁰ Voir BIEULES BİNZARU, p. 15 et, plus généralement, pp. 3–25, pour des analyses statistiques de la jurisprudence au regard de l'article 34 CEDH depuis ses débuts jusqu'en 2011 ; voir aussi LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, p. 47. Cette proportion est encore plus élevée lorsqu'on isole les entraves considérées dans la présente section des entraves liées au non-respect des mesures provisoires, qui concernent dans une large mesure les personnes migrantes.

²⁰⁵¹ Voir aussi *supra*, note 1966.

« [a]gainst this background it cannot exclude that he could feel vulnerable and be susceptible to eventual influence on him by representatives of State authorities »²⁰⁵².

Même si la Cour ne le précise pas, il n'est pas difficile de concevoir qu'une personne ayant été victime d'une détention illégale et d'actes de torture soit plus vulnérable que quiconque aux pressions visant à lui faire abandonner ou modifier sa requête. Nous pourrions également imaginer des sources de vulnérabilité inhérentes indépendantes de toute action de la part des autorités ou situation impliquant l'État, par exemple le jeune âge d'une requérante mineure agissant seule. 556

S'agissant des conséquences, il découle de la jurisprudence que la vulnérabilité est une considération pertinente pour déterminer si un acte constitue une « pression », une « intimidation » ou un « harcèlement ». Il est toutefois difficile de déterminer la portée exacte de ce principe, principalement pour deux raisons. Tout d'abord, la vulnérabilité ne constitue qu'un élément de contexte parmi d'autres dont la Cour tient compte pour déterminer l'existence d'une entrave au droit de recours. Ensuite, la distinction entre vulnérabilité – par exemple, de toutes les personnes détenues – et vulnérabilité accrue – en raison de facteurs additionnels, comme l'isolement total de certaines personnes détenues – et leurs conséquences respectives ne sont pas toujours très claires dans la jurisprudence. Celle-ci gagnerait donc à être clarifiée sur ce point. 557

II. Les obligations positives

L'obligation de garantir un droit de recours effectif ne se limite pas à une obligation d'abstention ; elle peut également donner lieu à des obligations positives²⁰⁵³. Les États doivent en particulier fournir « toutes facilités nécessaires 558

²⁰⁵² *Gisayev c. Russie*, requête n° 14811/04, 20 janvier 2011, § 167. Finalement, la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 34 CEDH dans ce cas, notamment parce que les allégations du requérant n'étaient pas suffisamment étayées. Aussi, elle a accepté l'argumentation du gouvernement défendeur selon lequel les prises de contact des autorités ne concernaient que l'enquête interne, et non pas la procédure devant la Cour (*idem*, § 168).

²⁰⁵³ LAMBERT ABDELGAWAD, *Hindrances*, pp. 59–60 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 50 ; SCHABAS, p. 748.

pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes »²⁰⁵⁴. Concrètement, les exemples jurisprudentiels peuvent être classés dans deux catégories : tout d'abord, les obligations positives visant à assurer la correspondance d'une requérante avec la Cour et, cas échéant, avec son avocate (A) et ensuite, les obligations positives visant plus généralement à garantir l'effectivité d'une requête (B). D'après la Cour, ces obligations positives existent notamment « dans des situations où les requérants sont particulièrement vulnérables »²⁰⁵⁵.

A. Les obligations visant à assurer la correspondance

559 S'agissant des obligations positives visant à assurer la correspondance, la Cour a notamment jugé que les autorités sont tenues de fournir du matériel d'écriture aux personnes détenues pour leur correspondance²⁰⁵⁶. Celui-ci comprend papier et enveloppes, également pour leur correspondance privée²⁰⁵⁷. Précisons à cet égard que la Cour déduit régulièrement cette exigence de l'article 8 plutôt que de l'article 34 de la Convention²⁰⁵⁸. Comme pour le secret de la correspondance, nous pensons qu'il serait préférable d'examiner cette obligation également sous l'angle de l'article 34 CEDH, dans la mesure où son manquement peut sérieusement entraver l'exercice du droit de recours²⁰⁵⁹. Rappelons que la différence a une portée pratique ; en tant que protection procédurale, le respect de l'article 34 CEDH peut être examiné

²⁰⁵⁴ Voir, parmi d'autres, *Naydyon c. Ukraine*, requête n° 16474/03, 14 octobre 2010, § 63 ; *Savitskyy c. Ukraine*, requête n° 38773/05, 26 juillet 2012, § 156 ; *Iulian Popescu c. Roumanie*, requête n° 24999/04, 4 juin 2013, § 33 ; *Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014, § 65 ; *Yusunova et Yusunov c. Azerbaïdjan*, requête n° 59620/14, 2 juin 2016, § 109 ; *Klimov c. Russie*, requête n° 54436/14, 4 octobre 2016, § 41 (en français ou en anglais, selon les cas).

²⁰⁵⁵ Voir p. ex. *Naydyon c. Ukraine*, requête n° 16474/03, 14 octobre 2010, § 63 ; *Iulian Popescu c. Roumanie*, requête n° 24999/04, 4 juin 2013, § 33 ; *Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014, § 65 ; *Klimov c. Russie*, requête n° 54436/14, 4 octobre 2016, § 41.

²⁰⁵⁶ Cette obligation est toutefois régulièrement déduite de l'article 8 CEDH plutôt que de l'article 34 CEDH (voir p. ex. *Cotlet c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 60–65 ; voir aussi MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n°s 97–98).

²⁰⁵⁷ Il s'agit de papier et d'enveloppes pour l'ensemble de la correspondance, aussi privée (voir p. ex. *Cotlet c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 60–65 ; voir aussi MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n° 100).

²⁰⁵⁸ Voir p. ex. *Cotlet c. Roumanie*, requête n° 38565/97, 3 juin 2003, §§ 60–65 ; *Gagju c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, §§ 88, 92. À propos de la délimitation entre les articles 8 et 34 CEDH, voir LAMBERT ABDELGAWAD, Hindrances, pp. 56–61.

²⁰⁵⁹ À propos du secret de la correspondance, voir *supra*, n°s 546–547.

indépendamment de savoir si une requête remplit les autres conditions de recevabilité, ce qui n'est évidemment pas le cas de l'article 8 CEDH²⁰⁶⁰.

Exceptionnellement, les États peuvent également être tenus de fournir des timbres²⁰⁶¹ ; c'est toutefois uniquement le cas si la personne détenue est démunie et n'a pas d'autre moyen de les obtenir²⁰⁶². Ainsi, la Cour a par exemple jugé que l'État n'avait aucune obligation de fournir des timbres à une personne qui avait pu en obtenir de la part d'une organisation non gouvernementale²⁰⁶³. L'obligation de fournir des timbres pour la correspondance avec la Cour et, cas échéant, l'avocate n'existe donc que pour les personnes les plus démunies, et est subsidiaire non seulement à l'assistance qu'une personne détenue peut recevoir de sa famille, mais également à une éventuelle aide de la part d'une organisation non gouvernementale²⁰⁶⁴. Ce raisonnement indique que le facteur de vulnérabilité pertinent, en l'occurrence, est d'ordre économique, et que la Cour tient compte d'éventuelles sources de résilience, telle que l'assistance d'une organisation non gouvernementale, dont une personne peut se prévaloir. Contrairement au matériel d'écriture, l'obligation de fournir des timbres existe donc uniquement vis-à-vis de personnes détenues qui sont dans une situation économique précaire, une distinction qui nous paraît critiquable.

560

B. L'obligation de fournir « toutes facilités nécessaires »

En plus des obligations relatives à la correspondance des personnes détenues, la Cour a parfois constaté l'existence d'autres obligations positives en lien avec le droit de recours individuel. Souvent, il s'agit de la mise à disposition des personnes requérantes des documents nécessaires pour l'établissement de leur requête, notamment des documents exigés par l'article 47 par. 1 let. h du Règlement de la Cour²⁰⁶⁵. Dans ce contexte, la Cour s'est également référée à

561

²⁰⁶⁰ KAMBER, p. 118 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 46–47 ; SCHABAS, pp. 746–747. Les griefs relatifs à l'article 34 CEDH sont notamment déclarés irrecevables en cas d'absence de la qualité de victime, par exemple à la suite d'un dédommagement intervenu en cours de procédure ou lorsque la Cour les considère comme manifestement mal fondés (LAMBERT ABDELGAWAD, Hindrances, pp. 52–54).

²⁰⁶¹ *Gagiu c. Roumanie*, requête n^o 63258/00, 24 février 2009, §§ 88, 92.

²⁰⁶² *Cotlet c. Roumanie*, requête n^o 38565/97, 3 juin 2003, §§ 60–65 ; *Igor Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n^o 61638/00, 30 novembre 2006, § 99 ; *Gagiu c. Roumanie*, requête n^o 63258/00, 24 février 2009, §§ 88, 92.

²⁰⁶³ *Dimcho Dimov c. Bulgarie*, requête n^o 57123/08, 16 décembre 2014, § 99.

²⁰⁶⁴ *Dimcho Dimov c. Bulgarie*, requête n^o 57123/08, 16 décembre 2014, § 99.

²⁰⁶⁵ MEYER-LADEWIG/KULICK, n^o 51 ; SCHABAS, p. 748. Pour un exemple, voir *Cano Moya c. Belgique*, requête n^o 3142/11, 11 octobre 2016, §§ 44–46.

l'obligation de coopérer consacrée par l'article 38 CEDH²⁰⁶⁶. Ce dernier constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 34 CEDH²⁰⁶⁷ et prévoit des obligations plus étendues²⁰⁶⁸ ; la Cour a toutefois tissé un lien entre les deux, considérant que l'effectivité du droit de recours implique que les États aient « l'obligation de fournir toutes facilités nécessaires à la Cour, que celle-ci cherche à établir les faits ou à accomplir ses fonctions d'ordre général afférentes à l'examen des requêtes »²⁰⁶⁹.

562 La Cour a notamment observé qu'il existe une obligation de fournir des copies des documents nécessaires pour l'examen des requêtes « dans des situations où les requérants sont particulièrement vulnérables »²⁰⁷⁰. Dans certains cas, elle parle de la « situation de vulnérabilité et de dépendance particulières » des requérantes²⁰⁷¹. Cette vulnérabilité, mentionnée régulièrement, quoique pas systématiquement²⁰⁷², est liée à l'impossibilité des requérantes de se procurer les documents elles-mêmes, sans le concours des

²⁰⁶⁶ Pour une analyse détaillée des obligations découlant de l'article 38 CEDH, voir en particulier *Janowiec c. Russie* [GC], requêtes n^{os} 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013, §§ 202–216.

²⁰⁶⁷ SCHABAS, p. 748 ; pour un exemple, voir *Bazorkina c. Russie*, requête n^o 69481/01, 27 juillet 2006, § 175.

²⁰⁶⁸ L'obligation de coopération prévue par l'article 38 CEDH comporte un aspect négatif – par exemple, ne pas faire obstacle à des missions d'établissement des faits conduites par la Cour – mais aussi, et surtout, un aspect positif. Les États sont notamment tenus de fournir, dans un délai raisonnable, tout élément de preuve sollicité par la Cour (voir p. ex. *Bazorkina c. Russie*, requête n^o 69481/01, 27 juillet 2006, § 71). Cette obligation de coopérer avec la Cour ne dispense pas les États de fournir à la personne requérante les documents requis et dont elle a besoin en vertu de l'article 47 par. 1 let. h du Règlement de la Cour (voir p. ex. *Cano Moya c. Belgique*, requête n^o 3142/11, 11 octobre 2016, §§ 44–46).

²⁰⁶⁹ *Janowiec c. Russie*, requêtes n^{os} 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013, § 202 ; voir aussi *Vasiliy Ivashchenki c. Ukraine* (n^o 2) [Comité], requête n^o 1976/13, 22 avril 2021, §§ 86–100 ; pour une analyse des obligations découlant de ces deux articles, voir MEYER-LADEWIG/KULICK, n^o 51 ; SCHABAS, p. 748.

²⁰⁷⁰ Concernant les obligations positives de façon générale, voir *Amirov c. Russie*, requête n^o 51857/13, 27 novembre 2014, § 65. En ce qui concerne la mise à disposition de documents plus spécifiquement, voir *Naydyon c. Ukraine*, requête n^o 16474/03, 14 octobre 2010, § 63 ; *Iulian Popescu c. Roumanie*, requête n^o 24999/04, 4 juin 2013, § 33 ; *Feilazoo c. Malte*, requête n^o 6865/19, 11 mars 2021, § 122 ; voir aussi KAMBER, p. 119.

²⁰⁷¹ *Naydyon c. Ukraine*, requête n^o 16474/03, 14 octobre 2010, § 63 ; *Iulian Popescu c. Roumanie*, requête n^o 24999/04, 4 juin 2013, § 33 ; *Szemkovics c. Roumanie* (déc.), requête n^o 27117/08, 17 décembre 2013, § 30 ; *Feilazoo c. Malte*, requête n^o 6865/19, 11 mars 2021, § 122.

²⁰⁷² Voir p. ex. *Savitskyy c. Ukraine*, requête n^o 38773/05, 26 juillet 2012, § 156. Néanmoins, même dans cet arrêt, la vulnérabilité est indirectement présente : ainsi, la Cour y indique qu'une obligation positive peut découler de l'article 34 CEDH « dans certaines circonstances » (*ibidem* [notre traduction]), renvoyant pour le surplus à l'arrêt *Naydyon c. Ukraine*, requête n^o 16474/03, 14 octobre 2010, § 63, où il est justement question du lien entre la vulnérabilité et les obligations positives de l'article 34 CEDH).

autorités²⁰⁷³. C'est d'ailleurs cet élément qui déclenche l'obligation positive en question²⁰⁷⁴. C'est notamment le cas des personnes détenues pour lesquelles il est souvent difficile, voire impossible, d'obtenir les documents nécessaires sans le concours des autorités²⁰⁷⁵. D'ailleurs, sous l'angle des garanties matérielles de la Convention, cette difficulté se trouve à l'origine du renversement du fardeau de la preuve pour les mauvais traitements subis en détention²⁰⁷⁶. L'arrêt *Savitskyy c. Ukraine* précité montre toutefois que cette obligation positive peut également exister en dehors d'un contexte de détention, lorsqu'il s'agit de documents dans la possession exclusive des autorités²⁰⁷⁷. En lien avec l'Ukraine spécifiquement, la Cour a conclu à plusieurs reprises à une violation de l'article 34 CEDH en raison de l'absence d'une procédure clairement établie permettant l'accès au casier judiciaire²⁰⁷⁸.

Les autorités sont alors tenues de permettre aux requérantes d'accéder effectivement aux documents requis et d'en faire des copies ; dans le cas de personnes détenues démunies, cela peut aussi signifier assumer les frais de ces copies²⁰⁷⁹. Cette obligation positive n'est cependant pas illimitée : le fait qu'une personne détenue ait dû effectuer les copies elle-même n'a ainsi pas constitué une violation des obligations inhérentes à l'article 34 de la Convention²⁰⁸⁰. De plus, le fait que certaines informations classifiées soient soumises à une

563

²⁰⁷³ Le lien ressort clairement de la formulation utilisée dans l'affaire *Julian Popescu c. Roumanie*, requête n° 24999/04, 4 juin 2013, § 33 (« such an obligation will arise in the situations of particular vulnerability and dependence of applicants who are unable to obtain documents needed for their files »). Voir aussi *Savchenko c. Ukraine* [Comité], requête n° 1574/06, 22 septembre 2016, § 214 (la Cour considérant que ces conditions n'étaient pas réunies en l'espèce).

²⁰⁷⁴ *Naydyon c. Ukraine*, requête n° 16474/03, 14 octobre 2010, § 63 ; *Savitskyy c. Ukraine*, requête n° 38773/05, 26 juillet 2012, §§ 156–159 ; *Julian Popescu c. Roumanie*, requête n° 24999/04, 4 juin 2013, § 33 ; *Szemkovics c. Roumanie* (déc.) requête n° 27117/08, 17 décembre 2013, § 30 ; *Blaj c. Roumanie*, requête n° 36259/04, 8 avril 2014, § 162. À l'inverse, lorsque les documents étaient accessibles, même avec certaines difficultés, la Cour n'a pas constaté de violation (voir p. ex. *Kornakovs c. Lettonie*, requête n° 61005/00, 15 juin 2006, §§ 172–173 ; *Chaykovskiy c. Ukraine*, requête n° 22955/06, 15 octobre 2009, § 96).

²⁰⁷⁵ *Julian Popescu c. Roumanie*, requête n° 24999/04, 4 juin 2013, § 34 ; *Feilazoo c. Malte*, requête n° 6865/19, 11 mars 2021, §§ 113, 123–124 ; *Vasilij Ivashchenki c. Ukraine* (n° 2) [Comité], requête n° 1976/13, 22 avril 2021, §§ 96–100.

²⁰⁷⁶ Voir *supra*, nos 268, 352, 357.

²⁰⁷⁷ Voir p. ex. *Savitskyy c. Ukraine*, requête n° 38773/05, 26 juillet 2012, § 156.

²⁰⁷⁸ Voir *Malyj c. Ukraine* [Comité], requête n° 14486/07, 11 avril 2019, § 125 et les réf. cit.

²⁰⁷⁹ *Kornakovs c. Lettonie*, requête n° 61005/00, 15 juin 2006, § 172 ; *Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009, § 96.

²⁰⁸⁰ *Chaykovskiy c. Ukraine*, requête n° 22955/06, 15 octobre 2009, § 96 ; voir aussi *Kornakovs c. Lettonie*, requête n° 61005/00, 15 juin 2006, § 172 ; *Tymchenko c. Ukraine* [Comité], requête n° 47351/06, 13 octobre 2016, §§ 104–105.

procédure d'autorisation spéciale n'est pas en soi contraire à l'article 34 CEDH²⁰⁸¹.

564 Outre la question de l'accès aux documents, d'autres obligations positives sont concevables. L'affaire *Farcaș c. Roumanie* est intéressante à cet égard²⁰⁸². M. Farcaș alléguait qu'il lui avait été physiquement impossible d'accéder au tribunal, aucune entrée du bâtiment n'étant adaptée à ses besoins. En effet, en raison de sa dystrophie musculaire, M. Farcaș aurait eu besoin d'une entrée munie d'une main courante et moins inclinée²⁰⁸³. Dans son arrêt, la Cour affirme qu'elle aurait conclu à une violation de l'article 34 CEDH si le requérant avait été empêché d'épuiser les voies de droit internes pour cette raison²⁰⁸⁴, laissant entrevoir une potentielle obligation positive de garantir l'accès physique à des bâtiments. Or, en l'espèce, le requérant a pu agir par voie de correspondance²⁰⁸⁵. Précisons enfin que l'arrêt *Farcaș c. Roumanie* ne fait pas référence à la vulnérabilité. Il est ainsi illustratif d'un phénomène plus général, à savoir la réticence de la Cour tant à recourir à la notion de vulnérabilité face à des personnes en situation de handicap physique qu'à reconnaître des obligations positives vis-à-vis de ces personnes²⁰⁸⁶.

III. Les mesures provisoires

565 L'absence d'effet suspensif des requêtes auprès de la Cour²⁰⁸⁷ crée un risque, dans certaines situations, que l'objet du litige disparaisse avant que la Cour ne puisse examiner l'affaire. Les mesures provisoires constituent alors un outil important permettant de garantir l'effectivité du droit de recours individuel. Sans étudier en détail les mesures provisoires²⁰⁸⁸, nous commencerons par une brève présentation des principes en la matière (A), puis nous nous interrogerons

2081 *Kighuradze c. Géorgie* [Comité], requête n° 9013/12, 12 novembre 2020, §§ 53–54.

2082 *Farcaș c. Roumanie* (déc.), requête n° 32596/04, 14 septembre 2010.

2083 *Farcaș c. Roumanie* (déc.), requête n° 32596/04, 14 septembre 2010, § 43.

2084 *Farcaș c. Roumanie* (déc.), requête n° 32596/04, 14 septembre 2010, § 49.

2085 *Farcaș c. Roumanie* (déc.), requête n° 32596/04, 14 septembre 2010, § 50.

2086 Voir *supra*, n° 323.

2087 KAMBER, p. 138 ; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n° 48 ; VILLIGER, n° 189.

2088 Pour une analyse approfondie, voir WATTHÉE. Soulignons à cet égard que l'examen des mesures provisoires n'est pas aisé : les décisions relatives aux mesures provisoires ne sont elles-mêmes pas publiques. Elles ne le deviennent qu'indirectement, lorsqu'elles sont mentionnées dans la décision ou l'arrêt au principal. Une analyse, même approfondie, de ce domaine doit donc nécessairement se fonder sur la partie accessible des affaires pertinentes (WATTHÉE, pp. 23–24).

sur la pertinence de la vulnérabilité dans ce cadre (B), avant de conclure par une appréciation de la jurisprudence pertinente (C). Principes

L'article 39 du Règlement de la Cour prévoit que la chambre ou sa présidente peut indiquer toute mesure provisoire qu'elle considère comme nécessaire pour sauvegarder l'intérêt des parties ou pour assurer le bon déroulement de la procédure²⁰⁸⁹. Les mesures provisoires peuvent être indiquées d'office ou à la demande d'une des parties ou de toute personne intéressée²⁰⁹⁰. La Cour a toutefois souligné à maintes reprises le caractère exceptionnel de telles mesures, en principe limitées aux cas où les requérantes courent un risque d'une violation grave et irréversible des droits les plus importants protégés par la Convention²⁰⁹¹. Partant, les mesures provisoires concernent, dans la grande majorité des cas, les articles 2 et 3 CEDH²⁰⁹². Très souvent, elles consistent à demander la suspension d'une mesure d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition²⁰⁹³ ; la Cour a toutefois aussi indiqué de nombreuses autres mesures²⁰⁹⁴. Parmi les cas de figure récurrents se trouvent des mesures liées aux conditions de détention, notamment lorsque celles-ci se révèlent incompatibles avec l'état de santé d'une personne détenue²⁰⁹⁵ et des mesures visant à assurer l'exercice effectif du droit de recours, par exemple pour permettre à une personne internée dans un hôpital psychiatrique d'entretenir des contacts réels avec son avocat²⁰⁹⁶ ou plus généralement pour demander aux autorités de

566

²⁰⁸⁹ Art. 39 par. 1^{er} du Règlement de la Cour.

²⁰⁹⁰ Art. 39 par. 1^{er} du Règlement de la Cour.

²⁰⁹¹ Parmi beaucoup d'autres, voir *Aoulmi c. Belgique*, requête n° 50278/99, 17 janvier 2006, § 103 ; *Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014, § 67 ; *Andrey Lavrov c. Russie*, requête n° 66252/14, 1^{er} mars 2016, § 33. À propos de la notion de préjudice dans ce contexte, voir WATTHÉE, not. pp. 220–247 (s'agissant de la gravité) et pp. 248–255 (concernant le caractère irréparable), ainsi que pp. 283–291 (pour une proposition de réinterprétation de cette notion).

²⁰⁹² SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 75–76 ; WATTHÉE, pp. 262–268 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA p. 91. Les mesures provisoires ne sont toutefois pas limitées à ces dispositions ; ainsi, dans des circonstances exceptionnelles, la Cour a également ordonné des mesures provisoires dans le cadre du droit à la vie privée et familiale (voir aussi *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n°s 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 104). Au sujet du champ d'application, des possibilités d'extension et des limites des mesures provisoires, voir WATTHÉE, pp. 261–283.

²⁰⁹³ SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 76 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 198 ; WATTHÉE, pp. 167–190 et les réf. cit. ; voir aussi COUR EDH, Communiqué de presse n° 127 (2011), reprenant la déclaration du président de la Cour, Jean-Paul COSTA, au sujet des mesures provisoires.

²⁰⁹⁴ SUDRE, Droit européen et international, n° 198 ; WATTHÉE, pp. 190–194 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA p. 92.

²⁰⁹⁵ WATTHÉE, pp. 190–193 et les réf. cit.

²⁰⁹⁶ *Chtoukatourov c. Russie*, requête n° 44009/05, 27 mars 2008, §§ 138–140 ; voir également WATTHÉE, pp. 193–194 et les réf. cit. Dans ce contexte, voir aussi l'arrêt *X. c. Croatie*, requête n° 11223/04, 17 juillet 2008, § 61 (dans lequel la Cour a indiqué à l'État défendeur qu'une avocate devrait être nommée à titre de mesure provisoire pour représenter la requérante qui était privée de sa capacité juridique en droit interne en raison de sa schizophrénie paranoïde).

s'abstenir d'actes qui pourraient dissuader une personne de maintenir sa requête²⁰⁹⁷.

567 Les mesures provisoires poursuivent un double objectif²⁰⁹⁸. Elles visent tout d'abord à sauvegarder l'objet d'une requête en évitant que l'arrêt définitif, une fois rendu, ne soit plus exécutable par l'État défendeur – par exemple, parce qu'une requérante ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement ne se trouve plus sur le territoire de l'État en question, ou parce qu'une personne détenue serait décédée entretemps, faute de traitement médical adéquat²⁰⁹⁹. Elles peuvent ensuite servir à protéger de manière préventive les droits des requérantes, en tout cas lorsqu'il s'agit de violations graves²¹⁰⁰. Jusqu'à un certain point, les mesures provisoires peuvent ainsi compenser l'absence d'effet suspensif des requêtes auprès de la Cour²¹⁰¹.

568 Les mesures provisoires n'étant pas prévues par la Convention ou ses protocoles, la Cour a longtemps considéré qu'elle n'avait pas la compétence pour *ordonner* de telles mesures, et que le respect des mesures provisoires qu'elle *indiquait* dépendait du bon vouloir des États parties²¹⁰². Selon cette interprétation, le non-respect des mesures provisoires n'emportait donc aucune violation du droit de recours effectif²¹⁰³. La Cour se réservait néanmoins le droit de tenir compte d'un éventuel non-respect des mesures provisoires dans son examen du fond de l'affaire²¹⁰⁴. Or, cette jurisprudence est dépassée depuis le revirement opéré par la Grande Chambre en 2005. Depuis l'arrêt *Mamatkoulou*

²⁰⁹⁷ Voir p. ex. *Bitiyeva et X. c. Russie*, requêtes nos 57953/00 et 37392/03, 21 juin 2007, § 63.

²⁰⁹⁸ WATTHÉE, p. 20 ; voir aussi *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 108.

²⁰⁹⁹ Tel pourrait être le cas pour des personnes détenues gravement malades (voir p. ex. *Kotsaftis c. Grèce*, requête n° 39780/6, 12 juin 2008 ; *Andrey Lavrov c. Russie*, requête n° 66252/14, 1^{er} mars 2016, §§ 35–40). Similairement, dans l'affaire *Lambert et autres c. Belgique*, la suspension litigieuse de l'alimentation du requérant aurait mené à son décès (*Lambert et autres c. Belgique* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2017).

²¹⁰⁰ Voir en particulier WATTHÉE, pp. 39, 243–246.

²¹⁰¹ KAMBER, p. 138 ; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n° 48 ; à ce propos, voir *infra*, nos 578, 587.

²¹⁰² Voir en particulier *Cruz Varas et autres c. Suède*, requête n° 15576/89, 20 mars 1991, § 102 ; *Čonka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique* (déc.), requête n° 51564/99, 13 mars 2001, § 11. Pour plus de détails, voir p. ex. WATTHÉE, pp. 76–84 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 92–93.

²¹⁰³ WATTHÉE, pp. 76–84 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 92–93.

²¹⁰⁴ Voir p. ex. *Čonka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique* (déc.), requête n° 51564/99, 13 mars 2001, § 11. Néanmoins, pour que la Cour puisse en tenir compte dans le cadre de l'examen du fond, une requête doit remplir les conditions de recevabilité.

et *Askarov c. Turquie* la Cour affirme de manière constante le caractère obligatoire des mesures provisoires²¹⁰⁵.

Pour parvenir à cette conclusion, la Grande Chambre a insisté sur l'importance des mesures provisoires pour garantir l'effectivité du droit de recours individuel. Face notamment au risque de subir un dommage irréparable en raison d'une action ou omission de l'État défendeur, les mesures provisoires permettent alors de « faciliter < l'exercice efficace > du droit de recours individuel garanti par l'article 34 [CEDH] »²¹⁰⁶. En d'autres termes, les mesures provisoires constituent un outil important – et parfois indispensable – pour garantir l'effectivité du droit de recours individuel²¹⁰⁷. Sur la base de ce constat, la Cour juge que l'inobservation des mesures provisoires s'analyse comme une entrave à l'exercice effectif du droit de recours individuel²¹⁰⁸. Plus spécifiquement, un État viole l'article 34 de la Convention lorsqu'il ne prend pas « toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être envisagées pour se conformer à la mesure indiquée par la Cour »²¹⁰⁹. Il s'agit d'une violation autonome de l'article 34 CEDH, qui existe indépendamment du fait de savoir si l'inobservation a effectivement rendu le recours impossible ou inefficace²¹¹⁰.

569

²¹⁰⁵ *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, en particulier §§ 125–126. Pour deux exemples de jurisprudence ultérieure, voir en particulier *Paladi c. République de Moldova* [GC], requête n^o 39806/05, §§ 87–92 ; *Amirov c. Russie*, requête n^o 51857/13, 27 novembre 2014, §§ 67–68 ; *Kondrulin c. Russie*, requête n^o 12987/15, 20 septembre 2016, § 48. Voir aussi MEYER-LADEWIG/KULICK, n^o 55 et les réf. cit. ; SCHABAS, pp. 749–751 et les réf. cit. ; WATTHÉE, pp. 90–97 et les réf. cit.

²¹⁰⁶ *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 108.

²¹⁰⁷ SUDRE, Droit européen et international, n^o 198. À propos de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale concernant le rôle de l'article 34 (anciennement 25) CEDH en tant que fondement des mesures provisoires, voir WATTHÉE, pp. 71–109 ; voir aussi *M.A. c. Belgique*, requête n^o 9373/15, 1^{er} février 2018, § 70 (« Dans les circonstances de l'espèce, l'expulsion [en violation des mesures provisoires indiquées] a pour le moins ôté toute utilité à l'éventuel constat de violation de la Convention, le requérant ayant été éloigné vers un pays qui n'est pas partie à cet instrument »).

²¹⁰⁸ *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, §§ 100–107 (voir toutefois *infra*, note 2110) ; voir aussi SUDRE, Droit européen et international, n^o 198 ; VILLIGER, n^o 189.

²¹⁰⁹ *Paladi c. République de Moldova* [GC], requête n^o 39806/05, 10 mars 2009, § 92 ; voir aussi RENUCCI, n^o 1079 ; WATTHÉE, pp. 96–105. La charge de preuve incombe à l'État (SCHABAS, p. 751).

²¹¹⁰ RENUCCI, n^o 1079 ; SCHABAS, p. 751 ; WATTHÉE, pp. 96–105 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 94. Après l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov*, la question de savoir si la seule inobservation des mesures provisoires, à défaut d'une entrave réelle au droit de recours (le recours ayant pu être maintenu et aboutir), constitue une violation est d'abord restée ouverte (WATTHÉE, pp. 96–101). Par la suite, la Cour l'a toutefois clarifiée, en y répondant par l'affirmative (voir en particulier *Olaechea Cahuas*, requête n^o 24668/03, 10 août 2006, §§ 80–81 et *Paladi c. République de Moldova* [GC], requête n^o 39806/05, 10 mars 2009, §§ 87–89).

570 La Cour s'appuie par ailleurs sur l'article 1^{er} de la Convention, en lien avec l'effectivité des droits²¹¹¹, et l'article 46 de la Convention, qui garantit la force obligatoire des arrêts définitifs²¹¹², pour justifier le caractère obligatoire des mesures provisoires. Dans ce contexte, elle souligne également l'importance du droit de recours individuel dans le système de la Convention, et plus particulièrement pour assurer que les garanties conventionnelles soient « concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire »²¹¹³. Malgré la résistance de la part de certains États²¹¹⁴, le caractère obligatoire des mesures provisoires a depuis été réaffirmé par la jurisprudence constante²¹¹⁵. Il a également été confirmé par le Comité des Ministres²¹¹⁶ ainsi que par les États parties lors de la Conférence d'Izmir²¹¹⁷.

C. La pertinence de la vulnérabilité dans ce contexte

571 Étonnement peu présente dans la jurisprudence au sujet des mesures provisoires, la vulnérabilité est néanmoins sous-jacente à la raison d'être de ces dernières (1). La Cour y recourt explicitement dans quelques cas de figure, qui peuvent être classés en deux catégories en fonction de l'approche et de la compréhension de la vulnérabilité, basée sur le résultat (2) ou sur le contexte (3).

²¹¹¹ *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, §§ 121, 125–126 ; *Kasymakhunov c. Russie*, requête n^o 29604/12, 14 novembre 2013, §§ 134, 142.

²¹¹² *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, §§ 113, 125–126 ; voir aussi *Kasymakhunov c. Russie*, requête n^o 29604/12, 14 novembre 2013, § 180 ; *Amirov c. Russie*, requête n^o 51857/13, 27 novembre 2014, § 67. La Cour a également justifié son constat par une approche de droit comparé (voir en particulier *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, §§ 112–118) ; pour plus de détails, voir WATTHÉE, pp. 90–93.

²¹¹³ *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, §§ 121–122. Désormais bien connue, cette formule provient de l'arrêt *Airey c. Belgique*, requête n^o 6289/73, 9 octobre 1979, § 24.

²¹¹⁴ À titre d'illustration, voir l'argumentation de l'État défendeur dans les arrêts *Ben Khemais c. Belgique*, requête n^o 246/07, 24 février 2009, §§ 73–77, et *Amirov c. Russie*, requête n^o 51857/13, 27 novembre 2014, § 62. Pour une analyse, voir ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 97–98. Pour une analyse plus approfondie et nuancée de ces « résistances », distinguant notamment entre le refus ouvert de suivre les mesures indiquées par la Cour et une inobservation qui pourrait s'expliquer par une méconnaissance de la jurisprudence de la Cour ou un manque d'organisation interne, voir WATTHÉE, pp. 342–400.

²¹¹⁵ Voir p. ex. *Kasymakhunov c. Russie*, requête n^o 29604/12, 14 novembre 2013, § 180 et les réf. cit.

²¹¹⁶ Voir p. ex. COMITÉ DES MINISTRES, CM/ResDH(2010)83.

²¹¹⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Izmir (2011), ch. A.3.

1) La vulnérabilité comme notion sous-jacente

La notion de vulnérabilité est peu visible dans la jurisprudence relative aux mesures provisoires : si elle y apparaît régulièrement, elle ne fait pas l'objet de développements approfondis et est absente de plusieurs arrêts phares en la matière²¹¹⁸. Par exemple, son absence de l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* est surprenante pour deux raisons. Premièrement, étant menacés d'extradition vers l'Ouzbékistan, où ils risquaient de subir des actes de torture, les requérants faisaient partie d'un groupe de personnes que la Cour a régulièrement qualifiées de vulnérables²¹¹⁹. Deuxièmement, l'arrêt en question représentant un revirement de jurisprudence majeur, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour mette en avant cette vulnérabilité pour des raisons « stratégiques », comme elle l'a fait dans d'autres cas, mettant en avant la vulnérabilité pour justifier une interprétation plus extensive des droits conventionnels²¹²⁰. La Cour aurait notamment pu se référer à la vulnérabilité des requérants en lien avec l'article 1^{er} CEDH, ce dernier visant à garantir, comme elle l'a rappelé à d'autres occasions, « une protection efficace, notamment des personnes vulnérables »²¹²¹ et servant de fondement, conjointement aux articles 34 et 46 CEDH, pour le caractère obligatoire des mesures provisoires²¹²².

572

La vulnérabilité est néanmoins importante dans le contexte des mesures provisoires. Dans une certaine mesure, la vulnérabilité peut être considérée comme sous-jacente à l'idée même des mesures provisoires. Comme nous l'avons déjà mentionné, celles-ci concernent avant tout les personnes risquant des violations particulièrement graves de leurs droits humains²¹²³. Or, les personnes qui courent un risque immédiat d'une atteinte grave et irréversible à leur vie ou à leur intégrité physique sont, selon l'ancien président de la Cour

573

²¹¹⁸ Voir p. ex. *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005 ; *Paladi c. République de Moldova* [GC], requête n^o 39806/05, 10 mars 2009 (concernant une personne détenue gravement malade).

²¹¹⁹ La vulnérabilité des personnes recherchées par les autorités ouzbèkes et menacées d'extradition est désormais reconnue par la jurisprudence constante ; voir en particulier *Eshonkulov c. Russie*, requête n^o 68900/13, 15 janvier 2015, § 34 et les réf. cit.

²¹²⁰ Voir en particulier TIMMER, *Vulnerability*, pp. 165–167.

²¹²¹ *Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n^o 71386/10, 25 avril 2013, § 179 ; *Khlaifia et autres c. Belgique* [GC], requête n^o 16483/12, 15 décembre 2016, § 161. Pour une formulation légèrement différente (« notamment des enfants et autres personnes vulnérables »), voir p. ex. *Z et autres c. Belgique* [GC], requête n^o 29392/95, 10 mai 2001, § 73 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n^o 13178/03, 12 octobre 2006, § 53.

²¹²² Voir *supra*, n^o 570.

²¹²³ Voir *supra*, n^o 567.

Jean-Paul COSTA, « par définition vulnérables »²¹²⁴, ce risque pouvant être dû à divers facteurs de vulnérabilité en fonction du contexte. La Cour confirme cette qualification lorsqu'elle précise que les requérantes à l'égard desquelles elle indique des mesures provisoires sont dans une « situation particulièrement vulnérable »²¹²⁵.

2) La vulnérabilité liée au résultat

574 Il arrive néanmoins que la Cour mentionne expressément la notion de vulnérabilité en lien avec les mesures provisoires. Elle y a notamment recours dans des affaires relatives à l'extradition depuis la Russie vers l'Ouzbékistan²¹²⁶ ou le Tadjikistan²¹²⁷. Le point commun de ces affaires est qu'elles concernent des personnes qui se trouvent sur le territoire de la Fédération de Russie, mais qui sont recherchées par les autorités ouzbèkes ou tadjikes et qui, en cas de retour, courent un risque réel d'être soumises à des traitements ou peines inhumains et dégradants, voire à des actes de torture, en raison notamment de leurs activités politiques ou religieuses passées²¹²⁸. Souvent, il s'agit de personnes condamnées *in absentia* dans leur pays d'origine. En raison du risque de traitements contraires à l'article 3 CEDH, leur extradition n'est généralement pas possible et la Cour indique régulièrement des mesures provisoires tendant à suspendre la procédure d'extradition vers le pays d'origine. Or, ces individus sont alors fréquemment « enlevés puis transférés vers des pays tiers dans le but délibéré

²¹²⁴ Discours du Président Jean-Paul COSTA à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire 2011 (voir COUR EDH, Rapport annuel 2011, p. 42).

²¹²⁵ *Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 262.

²¹²⁶ Voir, parmi beaucoup d'autres, *Mamazhonov c. Russie*, requête n° 17239/13, 23 octobre 2014, §§ 141–142 ; *Eshonkulov c. Russie*, requête n° 68900/13, 15 janvier 2015, not. § 34 et les réf cit. ; *Mukhitdinov c. Russie*, requête n° 20999/14, 21 mai 2015, not. §§ 45, 75 ; *T.M. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 31189/15 et al., 7 novembre 2017, §§ 19–21 ; *R.R. et A.R. c. Russie* [Comité], requêtes nos 67485/17 et 24014/18, 8 octobre 2019, § 17 ; *S.B. et S.Z. c. Russie*, requêtes nos 65122/17 et 13280/18, 8 octobre 2019, § 26 ; *Yusupov c. Russie*, requête n° 30227/18, 1^{er} décembre 2020, § 50 ; *A.K. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 38042/18 et al., 18 mai 2021, § 43.

²¹²⁷ Voir, parmi beaucoup d'autres, *Azimov c. Russie*, requête n° 67474/11, 18 avril 2013 ; *Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013 ; *Nizomkhon Dzhurayev c. Russie*, requête n° 31890/11, 3 octobre 2013 ; *I.K. c. Russie*, requête n° 58182/14, 7 novembre 2017, §§ 35–36 ; *R.R. et A.R. c. Russie* [Comité], requêtes nos 67485/17 et 24014/18, 8 octobre 2019, § 17 ; *S.B. et S.Z. c. Russie*, requêtes nos 65122/17 et 13280/18, 8 octobre 2019, § 26.

²¹²⁸ Voir les affaires citées *supra*, notes 2126, 2127.

de contourner les garanties procédurales »²¹²⁹. Ces enlèvements se font généralement avec le concours, ou avec l'accord à tout le moins tacite, des autorités russes²¹³⁰.

Selon la position constante de la Cour²¹³¹, ces personnes appartiennent à un groupe particulièrement vulnérable en raison de leur risque avéré de subir des traitements contraires à l'article 3 CEDH en cas d'extradition²¹³². Lorsque leur pays de séjour est la Russie, leur situation est particulièrement précaire : non seulement elles risquent de subir des violations graves de leurs droits humains en cas d'extradition – ou de retour forcé –, mais encore elles courent un risque réel d'enlèvement²¹³³.

La Cour a alors souligné qu'au vu de leur situation particulièrement vulnérable, les requérantes doivent se voir accorder une « protection effective par l'État non seulement en droit, mais aussi en pratique »²¹³⁴. Au vu de la situation, le fait de simplement suspendre la procédure d'extradition ne suffit de toute évidence pas. La Cour a alors reconnu l'existence d'obligations positives visant à empêcher de tels enlèvements. Dans l'arrêt *Kasymakhunov c. Russie*, par exemple, elle souligne qu'« au vu de la situation vulnérable du requérant et du risque réel et imminent de transfert forcé vers l'Ouzbékistan, il existait des motifs sérieux justifiant la prise de mesures extraordinaires de protection »²¹³⁵. En d'autres termes, au vu de la situation, les autorités auraient

²¹²⁹ *Savriiddin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 257 ; voir aussi *T.M. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 31189/15 et al., 7 novembre 2017, §§ 19–21, qui précise que les requérants de deux affaires dans lesquelles la Cour avait constaté qu'une extradition serait contraire à l'article 3 CEDH (*Abdulazhon Isakov c. Russie*, requête n° 14049/08, 8 juillet 2010 ; *Yakubov c. Russie*, requête n° 7265/10, 8 novembre 2011) ont depuis lors été enlevés de force.

²¹³⁰ Voir p. ex. *Ermakov c. Russie*, requête n° 43165/10, 7 novembre 2013, § 176 ; *Kasymakhunov c. Russie*, requête n° 29604/12, 14 novembre 2013, § 184.

²¹³¹ Voir p. ex. *Eshonkulov c. Russie*, requête n° 68900/13, 15 janvier 2015, § 34 et les réf. cit. (affirmant le caractère constant de cette position). Cette position est toutefois régulièrement réexaminée et peut évoluer. Signalons en particulier l'affaire *T.K. et S.R. c. Russie*, dans laquelle la Chambre avait jugé que les conditions n'étaient plus réunies pour qualifier de groupe particulièrement vulnérable les Ouzbèkes ethniques devant être renvoyés au Kirghizstan (*T.K. et S.R. c. Russie*, requêtes nos 28492/15 et 49975/15, 19 novembre 2019, § 88). Cette affaire est actuellement à été renvoyée le 15 avril 2019 devant la Grande Chambre. Voir aussi *supra*, n° 464.

²¹³² Plus spécifiquement, l'appartenance à un groupe vulnérable est liée au fait que ces personnes sont accusées d'infractions d'ordre politique ou religieux, ce qui les expose à un risque réel de traitements contraires à l'article 3 CEDH (voir p. ex. *Kholmurodov c. Russie*, requête n° 58923/14, 1^{er} mars 2016, §§ 63–65 ; *Khamidkariyev c. Russie*, requête n° 42332/14, 26 janvier 2017, § 142 ; *U.A. c. Russie* [Comité], requête n° 12018/16, 22 janvier 2019, § 26 ; *B.U. et autres c. Russie* [Comité], requêtes nos 59609/17 et al., 22 janvier 2019, § 17). Pour plus de détails, voir aussi *supra*, n° 464.

²¹³³ *Kasymakhunov c. Russie*, requête n° 29604/12, 14 novembre 2013, §§ 135–137, 185.

²¹³⁴ *Savriiddin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 262.

²¹³⁵ *Kasymakhunov c. Russie*, requête n° 29604/12, 14 novembre 2013, § 185 (notre traduction) ; voir aussi *idem*, § 137.

dû prendre des mesures de fait pour empêcher l'enlèvement du requérant. De telles mesures varient à l'évidence d'un cas à l'autre ; à titre d'exemple, la Cour a considéré que le personnel de l'aéroport aurait dû être averti afin d'empêcher la sortie du requérant du territoire russe²¹³⁶. Ces obligations coïncident avec les mesures de protection que la Cour déduit de l'article 3, indiquant par là le lien étroit, dans de tels cas, entre les articles 3 et 34 de la Convention²¹³⁷.

577 Ces enlèvements et transferts forcés ne constituent pas des occurrences isolées, mais relèvent au contraire d'un problème structurel. Partant de ce constat, la Cour a souligné, dans l'arrêt phare *Savridin Dzhurayev c. Russie*, que l'État était également tenu d'adopter des mesures structurelles afin d'assurer le respect effectif des mesures provisoires²¹³⁸. Elle cite notamment la mise en place de mécanismes appropriés visant à prévenir et protéger contre les enlèvements et transferts irréguliers hors du territoire russe ainsi qu'à enquêter, cas échéant, sur le non-respect des mesures provisoires²¹³⁹. Précisons toutefois que la Cour s'abstient, dans l'arrêt *Savridin Dzhurayev*, d'indiquer des mesures générales spécifiques dans le dispositif, renvoyant à la procédure d'exécution sous la supervision du Comité des Ministres²¹⁴⁰.

578 Les affaires précitées relèvent, il est vrai, d'une situation très spécifique, caractérisée non seulement par le non-respect, de fait, des mesures provisoires, mais plus généralement par un « mépris flagrant de l'État de droit »²¹⁴¹. Néanmoins, la vulnérabilité étant liée au risque de violations graves de droits humains, elle doit être considérée comme étant partagée par l'ensemble des personnes qui se trouvent dans une situation exigeant des mesures provisoires²¹⁴². Dans le contexte d'extraditions, expulsions ou mesures

²¹³⁶ Voir p. ex. *Ermakov c. Russie*, requête n° 43165/10, 7 novembre 2013, §§ 218–222 ; *Kasymakhunov c. Russie*, requête n° 29604/12, 14 novembre 2013, §§ 137–139.

²¹³⁷ Voir aussi *M.A. c. France*, requête n° 9373/15, 1^{er} février 2018.

²¹³⁸ La Cour désigne elle-même cet arrêt comme « leading case » (voir p. ex. *Mukhitdinov c. Russie*, requête n° 20999/14, 21 mai 2015, § 74).

²¹³⁹ *Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 262.

²¹⁴⁰ *Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 264 ; voir aussi *idem*, §§ 248–262 (concernant l'exécution). Au sujet des mesures de portée générale, voir p. ex. SUDRE, *Droit européen et international*, n° 246. À propos de l'exécution des arrêts de la Cour, voir p. ex. LAMBERT ABDELGAWAD, *Exécution* ; RUEDIN ; SICILIANOS, pp. 235–262. S'agissant de la situation décrite dans l'arrêt *Savridin Dzhurayev c. Russie*, des arrêts ultérieurs montrent que malgré diverses exhortations tant par la Cour que par le Comité des Ministres, la situation n'a pas réellement changé (voir p. ex. *Khamidkariyev c. Russie*, requête n° 42332/14, 26 janvier 2017, § 145).

²¹⁴¹ *Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 257.

²¹⁴² Au sujet de la vulnérabilité résultant d'un risque d'atteinte aux droits humains, voir en particulier TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, pp. 181–193.

d'éloignement, cette vulnérabilité est encore accrue en raison du risque d'être déportée avant de pouvoir saisir la Cour, ou en tout cas avant que la Cour puisse examiner sa requête²¹⁴³. Ce risque découle de l'absence d'effet suspensif, notamment devant la Cour²¹⁴⁴, mais parfois également en droit interne²¹⁴⁵.

Dans le contexte des mesures provisoires, la Cour envisage la vulnérabilité avant tout comme une « vulnérabilité liée au résultat »²¹⁴⁶ : c'est le risque même d'une violation – grave et irréversible – de leurs droits humains qui mène la Cour à qualifier ces requérantes de particulièrement vulnérables, peu importe finalement la raison de ce risque²¹⁴⁷. Les mesures provisoires constituent ainsi à la fois une reconnaissance d'une vulnérabilité particulière et une tentative d'y remédier, ou en tout cas d'éviter que les risques de violations pesant sur les requérantes ne se matérialisent en attendant le jugement au principal²¹⁴⁸.

579

3) La vulnérabilité due au contexte

Dans certains arrêts, la Cour tient néanmoins aussi compte d'éléments de vulnérabilité contextuelle qui accroissent davantage la vulnérabilité de certaines requérantes²¹⁴⁹. Ainsi, s'agissant de requérantes d'asile, elle a indiqué des

580

²¹⁴³ WEBER, p. 67.

²¹⁴⁴ KAMBER, p. 138 ; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n° 48 ; VILLIGER, n° 189.

²¹⁴⁵ Le droit à un remède effectif selon l'article 13 CEDH – en droit interne, à ne pas confondre avec le droit de recours effectif devant la Cour – exige dans certaines situations un effet suspensif en droit interne. C'est notamment le cas pour les procédures d'expulsion ou d'éloignement qui impliquent un risque de violation des articles 2 et 3 CEDH (voir p. ex. BREUER, n°s 51–52 ; GRABENWARTER/PABEL, pp. 589–590 ; MEYER-LADEWIG/RENGER, n°s 32–33 ; pour un exemple, voir *I.M. c. France*, requête n° 9152/09, 2 février 2012, §§ 127–160).

²¹⁴⁶ TRUSCAN fait une distinction entre vulnérabilité liée au résultat (« outcome vulnerability ») et vulnérabilité due au contexte (« contextual vulnerability »), selon les éléments mis en avant dans l'analyse de pourquoi une personne est particulièrement vulnérable. La première correspond au dommage attendu lors de la réalisation d'un risque (TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, p. 182), alors que la seconde dépasse la simple analyse des risques, et tient compte des conditions sociales et présentes produisant la vulnérabilité (*idem*, p. 184). Souvent, les deux aspects sont présents : elle parle alors de vulnérabilité intégrée (« integrated vulnerability ») (*idem*, pp. 189–193). Cette distinction, qui tente de décrire l'analyse faite de la vulnérabilité par les organes de protection des droits humains, ne remplace pas la distinction entre vulnérabilité intrinsèque, situationnelle et structurelle que nous avons introduite plus haut (voir *supra*, n°s 140–145), mais s'y ajoute et la complète (*idem*, pp. 166–176, 193–209). Nous n'avons pas introduit ces concepts plus haut pour ne pas multiplier les catégorisations de la vulnérabilité ; aussi, comme catégories générales utilisables dans tout type de situation, la distinction entre vulnérabilité intrinsèque, situationnelle et structurelle nous semble plus convaincante et suffisante. Nous estimons toutefois que les notions de vulnérabilité liée au résultat et vulnérabilité due au contexte décrivent bien les deux manières dont la Cour appréhende la vulnérabilité particulière dans le domaine des mesures provisoires, raison pour laquelle nous nous y référons ici.

²¹⁴⁷ Voir aussi VILLIGER, n°s 189–190.

²¹⁴⁸ À propos de la Cour comme institution créatrice de résilience, voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 167.

²¹⁴⁹ À propos de la notion de « vulnérabilité contextuelle », voir *supra*, note 2146.

mesures provisoires spécifiques pour des mineures – par exemple, la suspension du renvoi « Dublin » d'une famille avec des enfants en bas âge dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*²¹⁵⁰ ou le transfert en dehors des zones de transit en Hongrie de personnes mineures non accompagnées²¹⁵¹. Ces exemples montrent le lien étroit entre les mesures provisoires d'une part, et l'article 3 CEDH d'autre part. En effet, comme nous l'avons vu, les mesures provisoires sont limitées aux violations *graves* et irréparables – elles sont donc beaucoup plus probables dans le contexte de l'article 3 de la Convention, même s'il n'est pas exclu que la Cour en adopte pour la protection de la vie privée et familiale²¹⁵². Or, pour être contraires à l'article 3, un traitement ou une punition doivent atteindre le seuil de gravité inhérent à cet article. Celui-ci est relatif et dans son appréciation, la Cour tient compte de la vulnérabilité particulière de certaines requérantes, par exemple celle des mineures non accompagnées²¹⁵³. La prise en compte de telles vulnérabilités se fait donc indirectement, à travers l'appréciation *prima facie* d'une violation de l'article 3 de la Convention.

581 Comme nous l'avons mentionné, la Cour n'indique qu'exceptionnellement des mesures provisoires dans le cadre de l'article 8 de la Convention. Or, parmi ces exceptions figurent avant tout des situations où des enfants risquent de se voir séparées de leurs parents, soit en raison d'un retour en application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH 80)²¹⁵⁴, soit en raison d'une décision de renvoi d'un parent²¹⁵⁵. À l'inverse, en l'absence d'enfants, la Cour n'accède en principe pas à des demandes de mesures provisoires lorsque le seul droit à une vie privée et familiale est en jeu, à défaut d'autres droits conventionnels²¹⁵⁶. Dans la mesure où la Cour qualifie régulièrement les enfants de personnes particulièrement vulnérables dont la protection effective peut nécessiter des mesures particulières²¹⁵⁷, nous pourrions considérer que celle-ci constitue la motivation

²¹⁵⁰ Voir *Tarakhel c. Suisse* [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014, §§ 20–21 ; à propos de cet arrêt, voir aussi *supra*, n°s 472–473.

²¹⁵¹ Pour une liste de diverses affaires dans lesquelles la Cour a accédé à la demande de mesures provisoires du Comité Helsinki hongrois, voir <https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC-Info-Update-interim-measures-granted.pdf> [31.10.2021].

²¹⁵² WATTHÉE, pp. 181–188 ; 248–255.

²¹⁵³ BRANDL/CZECH, pp. 253–261 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1079–1080.

²¹⁵⁴ Voir en particulier les articles 8 à 20 de la CLaH 80.

²¹⁵⁵ Voir en particulier KELLER/MARTI, p. 353 et les réf. cit. Pour un exemple concernant la CLaH 80, voir en particulier l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], requête n° 41615/07, 6 juin 2010, § 10.

²¹⁵⁶ KELLER/MARTI, p. 353 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 77.

²¹⁵⁷ Voir *supra*, n° 311.

des mesures provisoires dans ce contexte. Précisons toutefois qu'un tel lien n'est pas explicité par la Cour. Par ailleurs, l'application de mesures provisoires en cas de risque de séparation d'enfants de leurs parents n'est pas non plus systématique²¹⁵⁸. Ainsi, ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni sa vulnérabilité ne sont nécessairement suffisants pour que la Cour accède à des demandes de mesures provisoires en vertu de l'article 8 CEDH²¹⁵⁹.

La Cour s'est en revanche explicitement basée sur la vulnérabilité particulière de certaines requérantes pour indiquer une mesure provisoire dans l'affaire *Yordanova et autres c. Bulgarie*²¹⁶⁰ relative à la destruction d'un quartier rom et à l'expulsion de ses habitantes. Dans ce cas, la Cour a indiqué que l'éviction devait être stoppée en attendant de recevoir des informations détaillées quant à des arrangements provisoires visant à « garantir un logement pour les enfants, personnes âgées, personnes en situation de handicap ou autres individus vulnérables »²¹⁶¹. Après avoir reçu de telles assurances, elle a levé la mesure provisoire. La Cour n'ayant examiné le fond de l'affaire qu'en lien avec l'article 8 CEDH, on pourrait y voir un cas où la Cour a indiqué des mesures provisoires dans une affaire ne relevant pas du « noyau dur » de la Convention²¹⁶². Or, en réalité, la vulnérabilité particulière œuvre à un autre niveau : il s'agit, ici encore, d'une situation qui pourrait, à première vue, relever de l'article 3 CEDH, la vulnérabilité influant sur l'appréciation du seuil de gravité de celui-ci. En effet, même si la Cour n'a finalement constaté qu'une violation de l'article 8 CEDH, au moment où elle a prononcé des mesures provisoires, elle considérait que l'expulsion des requérantes de leurs habitations était susceptible d'atteindre le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention, en raison de la dureté extrême de la situation qu'elle risquait de créer, notamment pour des personnes particulièrement vulnérables²¹⁶³.

582

²¹⁵⁸ WATTHÉE, p. 212.

²¹⁵⁹ WATTHÉE, p. 212.

²¹⁶⁰ *Yordanova et autres c. Bulgarie* (déc.), requête n° 25446/06, 14 septembre 2010, partie A, § 4. Cette même affaire a par la suite donné lieu à un arrêt que nous avons analysé plus haut (voir *supra*, nos 429–430).

²¹⁶¹ *Yordanova et autres c. Bulgarie* (déc.), requête n° 25446/06, 14 septembre 2010, partie A, § 4 ; voir aussi KELLER/MARTI, pp. 357–358.

²¹⁶² À propos du lien entre noyau dur de la Convention et mesures provisoires ainsi que sur la question de savoir si la pratique des mesures provisoires contribue à hiérarchiser davantage les droits conventionnels, voir WATTHÉE, pp. 248–253.

²¹⁶³ Voir aussi en ce sens, KELLER/MARTI, pp. 357–358.

583 L'affaire *Yordanova et autres c. Bulgarie* nous permet d'entrevoir encore une autre possibilité d'évolution fondée sur la vulnérabilité. En effet, les mesures provisoires n'y sont pas motivées par l'irréversibilité de préjudice. Tel pourrait être le cas si la Cour avait interdit la destruction des habitations ; or, comme nous venons de le voir, la Cour a seulement prohibé l'expulsion en attendant des assurances que les personnes en situation de vulnérabilité soient relogées. Le souci de la Cour était donc bien de prévenir la violation des droits des requérantes, même si celle-ci n'avait pas empêché l'examen du fond de l'affaire. L'affaire *Yordanova et autres* constitue donc une rare exception où la Cour a indiqué des mesures provisoires afin de protéger les conditions d'existence de personnes particulièrement vulnérables²¹⁶⁴.

D. Appréciation

584 Nous avons vu que la Cour peut, en vertu de son Règlement et de sa jurisprudence, indiquer des mesures provisoires qui lient les États parties. Celles-ci constituent un outil important à disposition de la Cour pour garantir non seulement l'effectivité du droit de recours individuel, mais aussi des droits garantis par la Convention. En effet, leur objectif principal est d'empêcher des violations graves et irréversibles, notamment des droits constituant le « noyau dur » de la Convention.

585 Les mesures provisoires sont intrinsèquement liées aux considérations de vulnérabilité : en effet, la Cour estime que toutes les personnes qui courent un risque réel de violations de leurs droits humains les plus fondamentaux sont vulnérables. La jurisprudence tient toutefois aussi compte de facteurs supplémentaires accroissant davantage la vulnérabilité de certaines personnes. Cette prise en compte se fait avant tout indirectement, à travers l'appréciation de la gravité d'une violation potentielle. Ainsi, la vulnérabilité est un facteur dont la Cour tient compte lorsqu'elle examine la question de savoir si le seuil de

²¹⁶⁴ SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 76 ; WATTHÉE, pp. 194, 243–244 et les réf. cit. Plus récemment, l'affaire *Hirtu et autres c. France* aurait permis à la Cour de confirmer cette jurisprudence, si la requête de mesures provisoires n'était pas devenue sans objet en raison de l'évacuation précipitée du campement (*Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, §§ 18–22 ; sur le fond de cet arrêt, voir *supra*, n° 433).

gravité de l'article 3 CEDH est atteint et cette évaluation influe à son tour sur l'appréciation de la nécessité de mesures provisoires.

En principe, la Cour n'indique des mesures provisoires qu'en présence d'un risque réel d'une violation non seulement grave, mais aussi irréversible. La jurisprudence connaît toutefois quelques exceptions notables où la Cour a indiqué des mesures provisoires dans le seul but de prévenir des atteintes à des droits humains. Parmi celles-ci figure l'affaire *Yordanova et autres c. Bulgarie*, qui montre que la décision de la Cour était motivée par la volonté de prévenir des atteintes pour les personnes qui se trouvaient dans une situation particulièrement vulnérable²¹⁶⁵. Pouvons-nous en déduire que le champ d'application des mesures provisoires est en train de s'étendre pour inclure davantage de mesures visant la protection préventive non seulement de l'objet d'une requête, mais aussi des requérantes – notamment lorsque celles-ci se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable ? La réponse est très probablement négative. En effet, on a plutôt assisté, ces dernières années, à un durcissement des exigences liées aux mesures provisoires²¹⁶⁶.

Ce durcissement constitue avant tout une réaction au grand nombre de demandes. Ainsi, celles-ci ont augmenté de 417 décisions relatives à des demandes de mesures provisoires en 2006 à 3680 décisions en 2010²¹⁶⁷. Une bonne partie des demandes concernent des questions d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition²¹⁶⁸. Face à cette « augmentation alarmante », l'ancien président de la Cour a rédigé, en 2011, une déclaration « d'avertissement »²¹⁶⁹. Il y rappelle notamment que la Cour n'est pas une « juridiction d'appel en matière d'immigration » et que les mesures provisoires ne visent pas à introduire un effet suspensif systématique, mais constituent une

²¹⁶⁵ Voir aussi SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 76.

²¹⁶⁶ KELLER/MARTI, p. 371 ; sur le caractère strict des critères, voir aussi SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 75–76 ; voir aussi Cour EDH, Rapport annuel 2020, p. 158. C'est vrai pour les requêtes individuelles ; à l'inverse, les mesures provisoires dans le cas de requêtes interétatiques selon l'article 33 CEDH sont en nette augmentation. Celles-ci posent des questions spécifiques que nous n'analyserons pas ici. Pour un aperçu, voir en particulier DZEHTSIAROU/TZEVELEKOS, pp. 1–10.

²¹⁶⁷ COUR EDH, Analyse statistique 2006, p. 10 ; COUR EDH, Analyse statistique 2010, p. 5. Depuis lors, le nombre de mesures provisoires a de nouveau baissé, la Cour se prononçant sur 1 500 à 2 100 mesures chaque année (https://echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_02_ENG.pdf [31.10.2021]).

²¹⁶⁸ SUDRE, Droit européen et international, n° 198 ; WATTHÉE, pp. 167–190 et les réf. cit. En 2019, 49 % des demandes accueillies concernaient des décisions d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition (COUR EDH, Analyse statistique 2019, p. 5) ; en 2020, ces domaines regroupaient même 65 % des demandes accueillies (COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 5).

²¹⁶⁹ Voir COUR EDH, Communiqué de presse n° 127 (2011), reprenant la déclaration du président de la Cour, Jean-Paul COSTA, au sujet des mesures provisoires.

mesure de prévention pour les personnes courant un réel risque d'atteinte à leur vie ou intégrité physique dans le pays de destination²¹⁷⁰. En d'autres termes, le principe de subsidiarité englobe également les mesures provisoires. La déclaration rappelle néanmoins aussi le revers de la médaille, à savoir que les États sont en principe obligés de prévoir des voies de droit internes à effet suspensif en matière d'immigration²¹⁷¹. Cette obligation découle notamment de l'article 13 CEDH qui garantit le droit à un recours effectif devant les juridictions internes pour les griefs défendables de violation des droits conventionnels²¹⁷². Elle relève d'un aspect souvent négligé du principe de subsidiarité, à savoir que la retenue imposée à la Cour a pour corollaire l'obligation des États membres de garantir, dans la mesure du possible, l'effectivité des droits conventionnels au niveau interne²¹⁷³.

588 Pour les personnes particulièrement vulnérables, cette évolution est à double tranchant : d'une part, une interprétation trop restrictive des conditions d'application des mesures provisoires risque de les fragiliser encore davantage et peut mettre en péril leur droit de recours effectif. D'autre part, le renforcement des procédures visant à garantir l'effectivité des droits constitutionnels au niveau interne peut également être à leur avantage. La protection interne est en effet particulièrement importante pour les personnes en situation de vulnérabilité, qui manquent souvent des ressources nécessaires pour porter leur cause jusqu'à Strasbourg²¹⁷⁴.

IV. La priorisation des requêtes

589 Le cas des mesures provisoires que nous venons d'aborder montre particulièrement bien l'importance du facteur temporel pour l'effectivité du

²¹⁷⁰ COUR EDH, Communiqué de presse n° 127 (2011).

²¹⁷¹ COUR EDH, Communiqué de presse n° 127 (2011). C'est en tout cas le cas lorsque les articles 2 ou 3 CEDH sont en jeu (voir p. ex. GRABENWARTER/PABEL, pp. 589–590 ; voir aussi HERVIEU, Pistes de solutions, n°s 2–4).

²¹⁷² GRABENWARTER/PABEL, pp. 589–590 ; MEYER-LADEWIG/RENGER, n°s 32–33. Pour le droit à un recours effectif plus généralement, voir BARKHUYSEN/VAN EMMERIK, pp. 1035–1061.

²¹⁷³ À propos de cet élément, voir, parmi beaucoup d'autres, BESSON, Subsidiarity, pp. 70–75 et les réf. cit. ; CHRISTOFFERSEN, pp. 227–578 ; GERARDS, Shared Responsibility, pp. 13–94 ; MOWBRAY, Subsidiarity, pp. 339–341.

²¹⁷⁴ Pour une excellente illustration des difficultés d'accès à la Cour, voir DEMBOUR, Backstage story, pp. 75–104. Précisons encore que le nombre de demandes a décliné depuis lors, avec 1540 décisions en 2018, 1570 décisions en 2019 (COUR EDH, Analyse statistique 2019, p. 5) et 2024 décisions en 2020 (COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 5).

droit de recours individuel. En dehors de ces cas, la rapidité du traitement d'une requête revêt également une importance considérable pour une protection effective des droits de la personne humaine. Or, la durée de traitement varie considérablement d'une requête à l'autre, et peut être très longue, notamment en raison du grand nombre d'affaires que la Cour doit traiter. L'ordre de traitement des requêtes occupe donc un rôle pivot. Essentiellement chronologique pendant longtemps, celui-ci est désormais déterminé par une liste de critères concrétisant la politique de priorisation que la Cour a adoptée en 2009.

Dans ce qui suit, nous décrirons d'abord en quelques mots le contexte (A), avant de présenter brièvement la politique de priorisation de la Cour (B). Nous examinerons enfin la question de savoir si cette politique répond à la vulnérabilité particulière de certaines requérantes, ou risque d'en créer d'autres (C). 590

A. Le contexte

La surcharge de la Cour est de notoriété publique²¹⁷⁵. En 2011, l'arriéré des affaires a atteint son sommet, avec 151 600 affaires pendantes²¹⁷⁶. Depuis, des efforts considérables ont été entrepris afin de maîtriser le nombre de requêtes et garantir l'efficacité du système conventionnel. Parmi ceux-ci figurent en particulier les réformes introduites par le Protocole n° 14²¹⁷⁷. Entré en vigueur en 2009, celui-ci a notamment créé la formation de juge unique pour les affaires 591

²¹⁷⁵ Voir en particulier GREER/GERARDS/SLOWE, pp. 31–36 (pour un aperçu de la « crise des arriérés » et des mesures prises afin d'y faire face). La réduction de l'arriéré d'affaires (« backlog ») constitue un élément central du processus de réforme lancé à Interlaken (voir CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Interlaken [2010], ch. 9 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Copenhague [2018], ch. 43) ; voir aussi KAMBER, pp. 166–168.

²¹⁷⁶ COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 7.

²¹⁷⁷ Voir not. les articles 26 à 28 du Protocole n° 14 ; voir aussi le Protocole n° 14bis. Entretemps, deux protocoles subséquents ont été adoptés et sont entrés en vigueur, le Protocole n° 15 et le Protocole n° 16. Le premier durcit les conditions de recevabilité et inscrit le principe de subsidiarité dans le préambule de la Convention (voir art. 1 du Protocole n° 15), alors que le second prévoit un mécanisme d'avis consultatifs sur demande des juridictions suprêmes des États ayant ratifié le Protocole n° 16, dont la Suisse fait partie.

manifestement irrecevables et permis aux comités de trois juges de rendre des arrêts dans des affaires considérées comme répétitives²¹⁷⁸.

592

À cela s'ajoutent de nombreuses réformes internes, moins visibles, mais non moins importantes pour autant²¹⁷⁹. Parmi celles-ci, nous pouvons citer le durcissement des conditions de forme pour l'introduction d'une requête stipulées par l'article 47 du Règlement de la Cour, la création d'une section de « filtrage », la pratique consistant à traiter immédiatement les requêtes manifestement irrecevables²¹⁸⁰, ou encore la politique de priorisation adoptée en 2009²¹⁸¹. Le traitement des affaires attribuées à un comité a par ailleurs été accéléré de manière considérable au cours des dernières années²¹⁸². Ces réformes ont porté leurs fruits : elles ont notamment permis à la Cour de multiplier non seulement le nombre de décisions, mais aussi d'arrêts rendus chaque année²¹⁸³. Même si le résultat de l'augmentation spectaculaire des affaires terminées chaque année est partiellement compensé par une augmentation parallèle des nouvelles requêtes introduites²¹⁸⁴, la Cour a réussi à réduire de manière considérable l'arriéré d'affaires²¹⁸⁵. Ainsi, au 1^{er} janvier 2021, le nombre total des requêtes pendantes s'élevait à 62 000²¹⁸⁶.

²¹⁷⁸ Plus spécifiquement, un comité de trois juges est compétent pour rendre des arrêts sur le fond dans des domaines qui font « l'objet d'une jurisprudence bien établie » (KAMBER, pp. 121–122, 165–166). Pour plus de détails, voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif du Protocole n° 14, not. nos 7–13, 38, 40, 61–72.

²¹⁷⁹ MARQUIS, nos 201–202.

²¹⁸⁰ La pratique « one in, one out » signifie notamment que les requêtes attribuées à une formation judiciaire doivent faire l'objet d'une action – décision d'irrecevabilité, radiation du rôle, transfert – dès que leur dossier est ouvert. Développé par la section de filtrage de la Cour, ce procédé a notamment été appliqué avec succès aux requêtes traitées par la formation de juge unique. Pour plus de détails, voir HERVIEU, Résilience juridictionnelle, nos 83–84 ; MARQUIS, n° 202 (note 284) et les réf. cit.

²¹⁸¹ Pour plus de détails au sujet de ces pratiques internes, voir MARQUIS, nos 201–202.

²¹⁸² Voir COUR EDH, Processus d'Interlaken, ch. 8.

²¹⁸³ Le nombre d'affaires pendantes a ainsi diminué, de 151 600 en 2011, à 69 900 en 2014, puis 64 850 en 2015. Au 1^{er} janvier 2021, le nombre total des requêtes pendantes devant une formation judiciaire s'élevait à 62 000.

²¹⁸⁴ Ainsi, au 31 décembre 2016, 79 750 requêtes étaient pendantes devant une formation judiciaire (grande chambre, chambre, comité, juge unique). Au 31 décembre 2017, leur nombre s'élevait à 56 250. S'il y a donc eu une diminution, celle-ci est moins importante qu'on aurait pu penser au vu du grand nombre de requêtes terminées en 2017, par décision (70 356) ou par arrêt (15 595) (COUR EDH, Rapport annuel 2016, p. 199 ; COUR EDH, Rapport annuel 2017, p. 173). Actuellement, ce nombre monte à nouveau, un total de 62 000 requêtes étant pendantes au 1^{er} janvier 2021 (https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2021_BIL.pdf [31.10.2021]).

²¹⁸⁵ Dans un communiqué de presse publié le 1^{er} juin 2017, le greffe annonce que l'arriéré a « maintenant été éliminé » (COUR EDH, Communiqué de presse n° 180 [2017], p. 1). Les analyses statistiques de 2019 et de 2020 concluent, de manière plus réaliste, que l'afflux des requêtes et la réduction des arriérés demeurent un défi (COUR EDH, Analyse statistique 2019, p. 5 ; COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 5).

²¹⁸⁶ https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2021_BIL.pdf [31.10.2021].

Les réformes précitées ont non seulement eu pour objectif, comme nous l'avons vu, de diminuer le nombre d'affaires pendantes, mais également de diminuer de manière pérenne la durée de traitement moyenne d'une affaire²¹⁸⁷. Celle-ci peut en effet être longue : en 2008, la durée moyenne a été estimée à cinq ans²¹⁸⁸. Au début de l'année 2018, l'âge moyen du « stock » des affaires pendantes était de trente mois²¹⁸⁹. Il est cependant difficile, voire impossible de déterminer la durée moyenne de traitement d'une requête²¹⁹⁰. Un tel chiffre ne serait peut-être pas non plus très parlant, dans la mesure où la durée de traitement varie de manière considérable d'une requête à l'autre²¹⁹¹. Certaines requêtes sont ainsi pendantes durant plus de dix ans²¹⁹², alors que d'autres

²¹⁸⁷ D'après la Déclaration de Brighton, la décision sur la communication devrait avoir lieu au plus tard une année après l'introduction de la requête et le jugement dans une affaire communiquée devrait intervenir au plus tard deux ans après la communication à l'État défendeur (CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Brighton, ch. 20 let. h).

²¹⁸⁸ STONE SWEET/KELLER, p. 20.

²¹⁸⁹ Discours du Président RAIMONDI à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire 2018, le 25 janvier 2018, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180125_Raimondi_JY_PC_FRA.pdf [31.10.2021], p. 4.

²¹⁹⁰ Selon la Cour, il n'est pas possible de déterminer le délai moyen de traitement des affaires (voir p. ex. COUR EDH, Ma requête, p. 7). Une des difficultés provient du fait que le greffe détruit les actes de procédure classés après un an. Du côté des États, des données existantes ne peuvent, par définition, tenir compte que des affaires dans lesquelles l'État défendeur a été invité à déposer des observations, ce qui laisse de côté les requêtes déclarées irrecevables sans être communiquées à l'État défendeur. Ainsi, en Suisse, le Conseil fédéral a indiqué que la durée moyenne de traitement d'une requête a diminué de 4.55 à 3.35 ans ; cela ne concerne toutefois que les requêtes où la Suisse a été invitée à déposer des observations (CONSEIL FÉDÉRAL, 40 ans d'adhésion, FF 2015 353, 378). Nous pouvons partir de l'idée que le chiffre serait plus bas s'il incluait également les affaires déclarées irrecevables sans être communiquées.

²¹⁹¹ Ainsi, HERVIEU constate à juste titre que la durée moyenne évoquée par le président Raimondi (voir *supra*, note 2189) « est largement en trompe l'œil », notamment à cause du nombre d'affaires déclarées irrecevables par un juge unique en à peine quelques mois (HERVIEU, Pistes de solutions, n° 65).

²¹⁹² Ainsi, la Cour a jugé, en 2018, des requêtes introduites en 2005 (voir p. ex. *Case of Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union c. Ukraine*, requête n° 10640/05, 26 juin 2018).

affaires ont donné lieu à une décision d'irrecevabilité en quelques mois²¹⁹³, voire à un jugement de Grande Chambre en moins d'une année²¹⁹⁴.

594 Le grand nombre d'affaires arrivant chaque année devant la Cour, combiné avec la différence de durée de traitement d'une requête à l'autre, illustre l'importance que revêt l'ordre de traitement des requêtes pendantes²¹⁹⁵. Dans ce contexte aussi, des changements importants sont intervenus. Si, traditionnellement, les requêtes étaient traitées de manière chronologique, sauf cas exceptionnels²¹⁹⁶, cette situation a changé en 2009 avec l'adoption, par la Cour, d'une « politique de priorisation » des requêtes²¹⁹⁷.

B. La politique de priorisation

595 Depuis 2009, l'article 41 du Règlement de la Cour prévoit que celle-ci détermine l'ordre de traitement des requêtes en tenant compte « de l'importance et de l'urgence des questions soulevées » et que la Cour détermine des critères à cet égard²¹⁹⁸. En application de cette nouvelle disposition, la Cour a défini, en 2009, une politique de priorisation²¹⁹⁹. Celle-ci contient une liste indicative²²⁰⁰ de

²¹⁹³ C'est notamment le cas des requêtes déclarées irrecevables par un juge unique ; mais également des déclarations d'irrecevabilité rendues par un comité de trois juges, lorsque l'affaire est considérée comme prioritaire, par exemple dans le contexte d'une expulsion où un risque de violation des articles 2 ou 3 CEDH est allégué (voir p. ex. *Khaksar c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 2654/18, 3 avril 2018).

²¹⁹⁴ Dans l'affaire *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, par exemple, la requête, introduite le 23 juin 2014, fut communiquée au gouvernement français le lendemain ; au mois d'octobre de la même année, la Chambre a décidé de se dessaisir en faveur de la Grande Chambre, et en même temps, d'accorder un traitement prioritaire à la requête. L'audition devant la Grande Chambre a eu lieu en janvier 2015 et l'arrêt a été rendu le 5 juin 2015, donc moins d'une année après le dépôt de la requête. Le délai d'une année peut paraître long au vu de la situation de M. Lambert, qui se trouvait dans un état végétatif chronique à la suite d'un accident, mais est court non seulement en comparaison avec d'autres affaires, mais aussi au vu du nombre d'étapes de procédure parcourues. Précisons que cette requête avait été qualifiée d'urgente par la Cour.

²¹⁹⁵ Voir aussi CAMERON, p. 43 ; GERARDS/GLAS, p. 25 ; GLAS, *Procedural Practice*, p. 678 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 163.

²¹⁹⁶ Ainsi, l'ancienne version de l'article 41 du Règlement de la Cour, en vigueur jusqu'en 2009, prévoyait simplement que « [I]es requêtes sont traitées suivant l'ordre dans lequel elles se trouvent en état. La chambre ou son président peuvent toutefois décider de traiter une requête par priorité » (voir aussi ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 100–101).

²¹⁹⁷ SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 71–73.

²¹⁹⁸ Article 41 du Règlement de la Cour. L'article continue à réserver la possibilité d'une dérogation à la chambre ou à sa présidente. L'article 61 par. 2 let. c du Règlement de la Cour précise par ailleurs que toute requête à laquelle est appliquée la procédure de l'arrêt pilote bénéficie d'un traitement prioritaire au sens de l'article 41. Selon l'article 93 par. 2 du Règlement de la Cour, la même chose vaut pour les avis consultatifs, qui constituent une nouveauté introduite par le Protocole n° 16.

²¹⁹⁹ COUR EDH, *Politique de priorisation*, p. 1.

²²⁰⁰ Les chambres et leurs présidentes peuvent en effet déroger à ces critères (voir COUR EDH, *Politique de priorisation*, p. 1).

critères aptes à déterminer l'importance et l'urgence des questions soulevées. La politique de priorisation distingue actuellement sept catégories, dont les trois premières sont considérées comme prioritaires²²⁰¹. Précisons que la Cour peut déroger à ces critères en déclarant une requête prioritaire. C'est ce qu'elle a fait à propos de la requête *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*²²⁰², une des premières affaires « climatiques » à être considérée par la Cour²²⁰³.

La catégorie I, appelée « affaires urgentes », englobe notamment les affaires dans lesquelles la Cour a indiqué des mesures provisoires et plus généralement celles où il y a un « risque pour la vie ou la santé du requérant [ou d'] autres circonstances liées à la situation personnelle ou familiale du requérant, en particulier lorsque le bien-être des enfants est en jeu »²²⁰⁴. Dans la catégorie II, se trouvent les affaires « qui pourraient avoir une incidence sur l'efficacité du système conventionnel », notamment celles liées à des violations structurelles. Les affaires « comportant *prima facie* des griefs portant sur les articles 2, 3, 4 ou 5 § 1 [...] et qui ont donné lieu à des menaces directes pour l'intégrité physique et la dignité de la personne humaine » sont classées dans la catégorie III, indépendamment de la question de savoir si elles sont répétitives ou non²²⁰⁵.

À l'inverse, la politique de la Cour considère comme non prioritaires les affaires potentiellement bien fondées relevant des autres articles (catégorie IV) ; les affaires répétitives, qui reprennent une question traitée dans un arrêt pilote ou de principe (catégorie V) ; les affaires soulevant un problème de recevabilité (catégorie VI) et, finalement, les requêtes manifestement irrecevables (catégorie VII)²²⁰⁶.

²²⁰¹ COUR EDH, Analyse statistique 2019, p. 5 ; COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 5.

²²⁰² Citons en particulier l'affaire *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États*, requête n° 39371/20, introduite le septembre 2020, communiquée le 13 novembre 2020.

²²⁰³ https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2020/11/DUARTE-AGOSTINHO-and-others-vs-PORTUGAL-and-32-others-unofficial-translation-fr.en_.pdf [31.10.2021]. Outre l'affaire *Duarte Agostinho et autres*, citons en particulier l'affaire *Verein Klimaseniorinnen et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, introduite le 26 novembre 2020, communiquée le 17 mars 2021. Pour une analyse, voir en particulier EICKE, pp. 262–273.

²²⁰⁴ COUR EDH, Politique de priorisation, p. 1. Lors d'une première mise à jour en 2017, la Cour a élargi cette première catégorie pour y inclure les cas de « privation de liberté du requérant en conséquence directe de la violation alléguée de droits consacrés par la Convention » (*idem*, p. 1).

²²⁰⁵ COUR EDH, Politique de priorisation, p. 1.

²²⁰⁶ COUR EDH, Politique de priorisation, p. 1. Au 31 décembre 2017, 17 860 affaires pendantes relevaient des trois premières catégories et 38 390 affaires relevaient des quatre catégories non prioritaires (COUR EDH, Analyse statistique 2017, pp. 5–6). Au 31 décembre 2020, 24 444 affaires relevaient des trois catégories prioritaires sur un total de 62 000 affaires. L'accroissement des affaires prioritaires est attribué au grand nombre de requêtes concernant les conditions de détention en Russie, en Turquie et en Roumanie (COUR EDH, Analyse statistique 2020, pp. 4–5).

598 La classification revêt une portée pratique considérable. En effet, l'objectif même de la politique de priorisation est de consacrer plus de ressources au traitement des affaires relevant des trois premières catégories²²⁰⁷. En même temps, entre ces trois catégories prioritaires, il existe des différences significatives. Ainsi, le premier rapport statistique après l'adoption de la politique de priorisation constate que 21 % des requêtes relevant de la première, mais plus de la moitié de celles appartenant à la troisième catégorie sont pendantes depuis plus de deux ans²²⁰⁸. Il est attendu que les requêtes non prioritaires restent pendantes durant des années avant de donner lieu à un jugement ou une décision²²⁰⁹. C'est surtout vrai pour les requêtes relevant des catégories « intermédiaires »²²¹⁰, la Cour ayant accéléré de manière significative le traitement des requêtes manifestement mal fondées au cours des dernières années.

C. La prise en compte de la vulnérabilité

599 La politique de priorisation de la Cour a été saluée comme une « démarche de bon sens dans l'intérêt des requérants les plus vulnérables »²²¹¹, et même comme signe que « la Cour s'attache à protéger les personnes vulnérables par tous les moyens à sa disposition »²²¹². En effet, même si la vulnérabilité ne figure pas expressément dans la liste des critères, elle en ressort implicitement.

600 TIMMER souligne ainsi l'importance sous-jacente de la vulnérabilité pour la première et la troisième catégorie. Elle soulève à juste titre que la première catégorie mentionne explicitement deux catégories de personnes qui ont été qualifiées de particulièrement vulnérables par la jurisprudence : les enfants et les personnes à l'égard desquelles la Cour a prononcé une mesure provisoire²²¹³. Elle considère par ailleurs que la troisième catégorie, comprenant les menaces directes pour l'intégrité physique et la dignité de la personne humaine, renvoie également à l'idée de vulnérabilité²²¹⁴. Dans cette perspective, le fait de prioriser

2207 COUR EDH, Analyse statistique 2010, p. 5 ; COUR EDH, Analyse statistique 2019, p. 5 ; COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 5

2208 COUR EDH, Analyse statistique 2010, p. 5.

2209 CAMERON, p. 43 ; GERARDS/GLAS, p. 25 ; GLAS, Procedural Practice, p. 678.

2210 DMYTRENKO, p. 532.

2211 BLONDEL, n° 426.

2212 BLONDEL, n° 426.

2213 TIMMER, Vulnerability, p. 163.

2214 TIMMER, Vulnerability, p. 164.

ces requêtes souligne également l'importance des droits conventionnels face à la vulnérabilité corporelle (« embodied vulnerability ») de tout être humain²²¹⁵. La troisième catégorie permet ainsi également d'illustrer la relation entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière examinée plus haut²²¹⁶ : si la vulnérabilité corporelle est partagée par tous les êtres humains et même indissociable de notre condition humaine – et donc universelle –²²¹⁷, la catégorie vise à accorder la priorité aux affaires impliquant des *menaces directes* pour l'intégrité physique et la dignité humaine, donc à des personnes dont la vulnérabilité est accrue en raison d'un risque spécifique et suffisamment concret²²¹⁸.

S'agissant de la première catégorie, à savoir les affaires urgentes, la Cour a elle-même confirmé le lien avec la vulnérabilité particulière lors de la mise à jour de sa politique de priorisation en 2017. À ce moment, elle a inclus une explication introductive, qui précise que les affaires urgentes concernent « des requérants vulnérables »²²¹⁹. Pour ce qui est de la troisième catégorie, nous pouvons similairement affirmer que les protagonistes de ces affaires sont dans une situation de vulnérabilité particulière. À notre sens, celle-ci s'explique avant tout par la gravité des risques pesant sur elles, à savoir des « menaces directes pour l'intégrité physique et la dignité de la personne humaine », comportant *prima facie* des griefs portant sur les articles 2, 3, 4 ou 5 par. 1 de la Convention. C'est la gravité de cette menace qui permet de classer les requêtes correspondantes, fussent-elles répétitives, dans une catégorie prioritaire. 601

Lors de cette mise à jour, la Cour a par ailleurs élargi la catégorie des affaires urgentes, en y ajoutant les cas de « privation de liberté du requérant en conséquence directe de la violation alléguée de droits consacrés par la Convention »²²²⁰. Cette description quelque peu alambiquée répond en réalité à un contexte très spécifique, à savoir l'emprisonnement de journalistes, défenseuses des droits humains et universitaires s'étant prévalu de leur liberté d'expression, notamment en Turquie²²²¹. Si la catégorie des affaires urgentes 602

²²¹⁵ TIMMER, *Vulnerability*, p. 164. À propos de la notion de vulnérabilité corporelle, et de celle, étroitement liée, de vulnérabilité ontologique, voir aussi *supra*, n^{os} 36, n^{os} 132–133, 178.

²²¹⁶ Voir *supra*, n^{os} 128–164.

²²¹⁷ Sur cet aspect, voir *supra*, n^{os} 107–108, 131–132.

²²¹⁸ À propos du lien entre risque et vulnérabilité, voir aussi *supra*, n^{os} 165–175.

²²¹⁹ COUR EDH, Politique de priorisation, p. 1 ; voir aussi SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 72.

²²²⁰ COUR EDH, Politique de priorisation, p. 1 (à propos de la modification du 22 mai 2017, voir aussi AKDENIZ/ALTIPARMAK, p. 8).

²²²¹ AKDENIZ/ALTIPARMAK, p. 8.

était donc prédominée par une vulnérabilité de résultat, lié au risque pour la vie ou la santé des requérantes, ce nouvel ajout montre la sensibilité de la Cour à la vulnérabilité due au contexte, en tout cas lorsqu'il s'agit de contextes exceptionnels mettant en danger les valeurs protégées par la Convention²²²².

603 Les éléments précités indiquent que la vulnérabilité particulière peut effectivement être considérée comme jouant un rôle, d'abord implicite, puis également explicite, dans la définition des requêtes prioritaires. À quelques exceptions près, il s'agit d'une vulnérabilité de résultat, liée à la gravité de la violation des droits humains plutôt qu'à la situation spécifique des requérantes²²²³. Le fait d'appartenir à une minorité discriminée, par exemple, ne constitue pas un critère de priorité, si l'atteinte alléguée a trait à la vie privée et familiale²²²⁴. Si la politique de priorisation peut donc être vue comme un moyen de réduire certaines vulnérabilités, elle ne répond de loin pas à toutes. Plus que du degré de vulnérabilité d'une requérante, elle tient compte de l'importance des droits et de la gravité des violations qui sont en jeu, renforçant par là une certaine *hiérarchisation* des droits conventionnels²²²⁵. S'il est vrai qu'une prise en considération nuancée de la vulnérabilité contextuelle n'est pas envisageable au stade du tri des affaires – rappelons toutefois qu'une requête peut être requalifiée à tout moment²²²⁶ –, l'ordre de traitement des requêtes risque de créer de nouvelles vulnérabilités. Le problème ne réside pas tellement dans les critères définis par la Cour, mais plutôt dans l'importante différence quant à la durée des traitements prioritaires et non prioritaires, les requêtes non prioritaires risquant de rester longtemps pendantes²²²⁷. Si la politique de priorisation constitue ainsi un outil indispensable de la Cour pour faire face au

²²²² Pour la distinction entre vulnérabilité de résultat et vulnérabilité due au contexte, voir TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, pp. 181–193.

²²²³ À propos de cette notion, voir les explications *supra*, note 2146.

²²²⁴ De la même manière, le critère du bien-être des enfants est apparemment peu appliqué. MARQUIS soulève ainsi que, d'après une publication du greffe de la Cour de 2009, la priorité ne leur était accordée que dans des cas exceptionnels (voir MARQUIS, n° 1122 [note 1647]). En pratique, cette catégorie concerne surtout les arrêts dans lesquels une violation des articles 2 ou 3 CEDH est alléguée.

²²²⁵ Sur un plan conceptuel, l'idée d'une hiérarchie entre les différents droits conventionnels va à l'encontre de l'esprit des droits humains, régis par les principes d'universalité, d'indivisibilité, d'interdépendance et d'égalité de valeur (voir p. ex. HERTIG RANDALL, *Typologie*, pp. 51–53 et les réf. cit.). À l'intérieur de la Convention, l'existence d'une certaine hiérarchie est néanmoins indéniable. Souvent, celle-ci est rattachée à la distinction entre les droits indérogeables et les autres, les premiers étant considérés comme le « noyau dur » de la Convention (voir AFROUKH, not. pp. 55–71 et les réf. cit.). À cette hiérarchisation formelle, rattachée à l'article 15 CEDH, s'ajoute une hiérarchisation matérielle de droit prétorien (AFROUKH, pp. 161–251, et les réf. cit.).

²²²⁶ RENUCCI, n° 1024.

²²²⁷ CAMERON, p. 43 ; GERARDS/GLAS, p. 25 ; GLAS, *Procedural Practice*, p. 678.

grand nombre de requêtes²²²⁸, l'amélioration de la durée de traitement des requêtes non prioritaires ne doit pas être négligée. Enfin, il ne faut pas oublier le coût de l'efficacité accrue : faute de moyens suffisants, une procédure plus expéditive risque en effet de se faire au détriment de la qualité de l'examen judiciaire.

V. Synthèse et appréciation

Le droit de recours individuel constitue en quelque sorte la « porte d'entrée »⁶⁰⁴ pour la protection conventionnelle des droits humains. Il est d'autant plus important que ce droit n'existe pas seulement en théorie, mais soit réellement garanti en pratique. Or, divers obstacles peuvent se présenter à une personne qui souhaite défendre ses droits conventionnels devant la Cour et ainsi mettre en péril l'efficacité du droit de recours individuel. Il peut s'agir d'obstacles directs – notamment, un comportement étatique qui a pour but ou pour résultat d'entraver l'exercice du droit de recours individuel – ou d'autres difficultés, liées par exemple à l'absence d'effet suspensif des requêtes auprès de la Cour, ou encore à la longue durée de traitement d'une requête.

Face à ces difficultés, la Cour a établi, au fil des années, un certain nombre d'obligations et de principes afin de garantir l'effectivité du droit de recours individuel.⁶⁰⁵ Ceux-ci revêtent une importance particulière face à la vulnérabilité accrue de certaines requérantes. Dans le présent chapitre, nous avons examiné quatre aspects. D'abord, les obligations d'abstention en lien avec l'effectivité du droit de recours – à savoir l'interdiction d'entraver la requête d'une personne, que ce soit en censurant la correspondance ou en la mettant sous pression pour qu'elle modifie ou retire ses griefs ; ensuite, les obligations positives nécessaires afin de garantir l'effectivité d'une requête ; puis, la question des mesures provisoires et enfin, l'ordre de traitement des requêtes déposées auprès de la Cour. Pour l'ensemble de ces quatre éléments, la vulnérabilité joue un rôle dans leur interprétation et application, même si son importance varie considérablement d'un élément à l'autre.

S'agissant de l'interdiction d'entraver le droit de recours (au sens strict),⁶⁰⁶ l'existence d'une entrave s'apprécie à la lumière des circonstances du cas

²²²⁸ Voir aussi TIMMER, *Vulnerability*, p. 163.

concret. Dans son examen, la Cour tient compte de la vulnérabilité particulière de certaines personnes requérantes. En schématisant quelque peu, nous pouvons retenir qu'un acte d'une gravité moindre pourra constituer une entrave s'agissant d'une requérante particulièrement vulnérable. Dans ce contexte, la Cour a notamment souligné la vulnérabilité des habitantes du sud-est de la Turquie et des personnes détenues. La jurisprudence montre toutefois que la portée du principe n'est pas limitée à ces deux cas de figure, mais pourrait également trouver application face à d'autres requérantes particulièrement vulnérables en raison de leurs circonstances spécifiques.

607 Quant aux obligations positives en lien avec l'effectivité du droit de recours, la Cour a régulièrement souligné que celles-ci existent notamment vis-à-vis de requérantes particulièrement vulnérables. L'ensemble des obligations positives que la Cour a formulées dans ce contexte peut donc être considéré comme une réponse à des vulnérabilités particulières. Précisons néanmoins que ces obligations sont relativement limitées : il s'agit avant tout de la fourniture de matériel pour écrire, notamment à des personnes détenues, et à l'accès aux documents nécessaires pour établir une requête complète, lorsque ceux-ci sont en possession exclusive des autorités. Pour d'autres questions – par exemple, l'accessibilité physique des tribunaux pour les personnes en situation de handicap – la Cour s'est montrée plus réticente à déduire des obligations positives découlant de l'article 34 CEDH.

608 Pour ce qui est des mesures provisoires, le rôle de la vulnérabilité est plus difficile à cerner. Si les mentions explicites de la notion sont relativement rares dans ce contexte, la Cour semble considérer que la vulnérabilité est sous-jacente à l'ensemble de sa jurisprudence en la matière. En particulier, elle considère que la nécessité de mesures provisoires est un indice irréfutable de vulnérabilité – en d'autres termes, lorsque la Cour indique des mesures provisoires, elle reconnaît par là même la vulnérabilité particulière des requérantes concernées. Celle-ci s'explique par le risque de violation grave et irréversible des droits humains les plus fondamentaux ; dans une moindre mesure, la Cour a également tenu compte de facteurs liés au contexte, par exemple l'âge de certaines requérantes.

609 En dernier lieu, nous avons examiné la question de l'ordre de traitement des requêtes. Celui-ci revêt une importance considérable au vu du grand nombre

d'affaires que la Cour doit traiter avec des moyens limités. Dans sa politique de priorisation adoptée en 2009 et mise à jour en 2017, la Cour mentionne expressément la vulnérabilité comme élément justifiant un traitement prioritaire. Il s'agit toutefois d'une vulnérabilité bien précise et relativement limitée, liée avant tout, ici aussi, au risque de violations graves de droits humains. Si cela est compréhensible au niveau du but, à savoir définir l'ordre de traitement des requêtes, ni plus ni moins, il nous semblerait néanmoins que la vulnérabilité particulière de certaines requérantes mériterait d'être encore davantage prise en considération. Ceci d'autant plus que, rappelons-le, une requête peut être requalifiée à chaque stade de la procédure.

La vulnérabilité est donc à la fois une circonstance qui peut mettre en danger l'effectivité du droit de recours dans un cas individuel, et, pour cette même raison, un élément dont la Cour tient compte – dans une certaine mesure – pour déduire des obligations étatiques particulières. Sa prise en considération est néanmoins limitée, représentant la réponse ponctuelle à certaines situations particulièrement difficiles plutôt qu'une approche globale. Face aux efforts récents visant à limiter le nombre d'affaires d'une part, et à augmenter la rapidité de leur traitement d'autre part, il est à espérer que l'*efficacité* ne prime pas l'*effectivité* du droit de recours. ⁶¹⁰

CHAPITRE 6 : LA VULNÉRABILITÉ ET LA RECEVABILITÉ DES REQUÊTES

Les conditions de recevabilité constituent des limites d'accès inhérentes au système conventionnel de protection des droits humains²²²⁹. Leur impact sur le droit de recours dépend néanmoins largement de leur interprétation, qui peut être restrictive ou, au contraire, souple. Cette différence est particulièrement significative pour les personnes en situation de vulnérabilité : ce qui est seulement une difficulté d'accès supplémentaire pour certaines personnes peut représenter un obstacle (quasi-) insurmontable pour celles qui sont en situation de vulnérabilité. Ainsi, une interprétation trop restrictive risque de leur limiter indûment l'accès à la Cour, alors que ce sont pourtant celles qui auraient *a priori* le plus besoin de pouvoir bénéficier du mécanisme conventionnel de protection de leurs droits. 611

Consciente de ce risque, la Cour a régulièrement indiqué privilégier une interprétation non formaliste des conditions de recevabilité²²³⁰. Cette question a gagné en actualité et en importance au cours de la dernière décennie en raison des diverses réformes et propositions de réformes ayant pour objectif ou pour effet de restreindre l'accès à la Cour, notamment dans le contexte du débat autour de sa surcharge chronique²²³¹. Au centre de ces tensions, la Cour s'efforce de trouver un équilibre entre deux intérêts opposés : assurer le traitement efficace de requêtes toujours plus nombreuses²²³² avec des moyens limités²²³³ d'une part, et garantir des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »²²³⁴ d'autre part²²³⁵. 612

²²²⁹ Nous pourrions relever à cet égard que dans la genèse de la Convention, l'importance de prévoir des conditions de recevabilité a été soulignée même par les plus fervents défenseurs du droit de recours individuel (voir MARQUIS, n° 307 et les réf. cit.).

²²³⁰ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 16–17 (concernant la qualité de victime), nos 71–72 (s'agissant de l'épuisement des voies de droit internes), n° 107 (délai pour introduire une requête) et les réf. cit. ; voir aussi MARQUIS, n° 335 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 44.

²²³¹ Voir *supra*, n° 591.

²²³² Voir *supra*, note 1936, pour l'évolution du nombre des requêtes enregistrées.

²²³³ En 2020, le budget de la Cour s'élève à un peu plus de 73 millions d'euros, sur un total de 496 millions d'euros pour le Conseil de l'Europe (voir <https://rm.coe.int/1680994ffc> [31.10.2021]).

²²³⁴ Cette formule, fréquente dans la jurisprudence de la Cour, a été utilisée pour la première fois dans l'arrêt *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 24, dans le contexte du droit à un procès équitable. En lien avec le droit de recours individuel, voir en particulier *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 105.

²²³⁵ Voir aussi en ce sens, MARQUIS, n° 243.

613 Dans ce qui suit, nous traiterons d'abord de quelques questions générales en lien avec la recevabilité (I), avant d'examiner de plus près le rôle de la vulnérabilité particulière en relation avec la condition de recevabilité *ratione personae* (II), l'épuisement des voies de droit internes (III) et le délai pour introduire une requête (IV). Nous terminerons par une synthèse et appréciation (V).

I. Généralités

614 Garanti par l'article 34 de la Convention, le droit de recours individuel est encadré par les conditions de recevabilité énumérées à son article 35²²³⁶. Celles-ci sont d'une grande importance pratique, dans la mesure où plus de 95% des requêtes sont déclarées irrecevables – sans compter les requêtes où seule une partie des griefs est déclarée recevable²²³⁷.

615 Si le droit de recours en tant que tel n'est que rarement remis en question, il en va autrement des modalités de son exercice²²³⁸. Face à la surcharge chronique

²²³⁶ Les conditions de recevabilité *ratione personae* figurant à l'article 34 CEDH sont applicables par renvoi de l'article 35 par. 3 let. a CEDH.

²²³⁷ En 2020, par exemple, sur 39 190 requêtes clôturées par une décision judiciaire (arrêt ou décision), 37 289 ont fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité (Cour EDH, Analyse statistique 2020, p. 4).

²²³⁸ Précisons toutefois que l'existence du droit de recours individuel n'est pas contestée. Au contraire, il existe des débats doctrinaux nourris autour de la question du droit subjectif au recours individuel, et partant, du rôle de la Cour, qu'il nous semble important de signaler, à défaut de les analyser plus en détail. La question centrale est de savoir si la Cour doit être un remède pour les violations individuelles de droits humains, conférant à l'individu, pour autant qu'il remplisse les conditions de recevabilité, un véritable droit d'accès, ou si le rôle de la Cour est au contraire limité à donner les grandes lignes et clarifier, à travers une sélection d'affaires primordiales, l'interprétation de la Convention. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la Cour remplit une fonction de justice individuelle ou si elle revêt un rôle de juridiction constitutionnelle (les caractéristiques typiques d'une justice constitutionnelle sont toutefois plus larges, incluant par exemple un contrôle abstrait des actes normatifs [voir p. ex. KELLER/KÜHNE, pp. 245–307]). Cette question n'est pas nouvelle : ainsi, LAUTERPACHT, un des « pères » spirituels de la Convention, avait déjà suggéré que la Commission européenne devait avoir un pouvoir quasi discrétionnaire pour sélectionner les affaires dont elle entendait traiter (pour plus de détails, voir MARQUIS, n^{os} 47, 74–76 et *idem*, n^{os} 32–49 sur le rôle de LAUTERPACHT dans la genèse de la Convention). Elle a néanmoins gagné en actualité face à l'augmentation considérable de requêtes arrivant chaque année devant la Cour (voir *supra*, note 1936). Dans ce contexte, certaines auteures ont proposé de conférer à la Cour la compétence de sélectionner les cas qu'elle examine (voir p. ex. BERNHARDT, pp. 29–50 ; GREER/WILDHABER, pp. 655–687). D'autres ont au contraire souligné que les deux rôles – justice individuelle et constitutionnelle – ne sont pas incompatibles (voir en particulier TULKENS, Réformes, pp. 265–273 ainsi que TULKENS, Avenir, pp. 305–343). Les États parties ont, quant à eux, régulièrement répété leur attachement au droit de requête individuel et à l'idée de justice individuelle, malgré toutes les insistances sur la subsidiarité de la protection conventionnelle (voir CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Interlaken [2010], ch. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Izmir [2011], ch. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Brighton [2012], ch. 1, 13 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Bruxelles [2015], ch. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Copenhague [2018], ch. 1, 48). À ce propos, voir aussi ULFSTEIN/ZIMMERMANN, pp. 8–11).

de la Cour²²³⁹ et à la volonté politique des États parties de réaffirmer le principe de subsidiarité²²⁴⁰, des propositions limitant le droit de recours sont régulièrement discutées²²⁴¹. Les réformes récentes du système conventionnel ont durci les critères de recevabilité de plusieurs façons²²⁴², en parallèle à d'autres réformes procédurales, limitant *de facto* le droit de recours individuel²²⁴³.

En même temps, la Cour rappelle de manière constante l'importance du droit de recours individuel comme élément-clé du système conventionnel de protection des droits humains et l'importance de son effectivité²²⁴⁴. À ce propos, elle affirme aussi régulièrement favoriser une interprétation non formaliste des conditions de recevabilité²²⁴⁵. En effet, tout en soulignant l'importance d'une interprétation cohérente, la Cour opte pour une approche « raisonnablement flexible » qui tient compte des circonstances du cas d'espèce²²⁴⁶.

Cette approche se justifie par le rôle primordial du droit de recours individuel pour la protection des droits conventionnels²²⁴⁷, mais la vulnérabilité y joue

²²³⁹ Voir *supra*, n° 591.

²²⁴⁰ Voir *supra*, note 2238 *in fine* et les réf. cit.

²²⁴¹ Pour un aperçu concis, voir KAMBER, pp. 174–182 ; MARQUIS, nos 219–229. La distinction entre juridiction individuelle et constitutionnelle évoquée ci-devant (note 2238) s'inscrit également dans le vaste débat sur le rôle et l'avenir de la Cour.

²²⁴² Le Protocole n° 14 a ainsi introduit le nouvel article 35 par. 2 let. b CEDH, qui dispose pour l'essentiel qu'en l'absence d'un préjudice important, une requête n'est examinée que si le respect des droits garantis par la Convention ou de ses protocoles l'exige (voir aussi *infra*, note 2252). L'entrée en vigueur du Protocole n° 15, le 1^{er} août 2021, a pour conséquence de réduire le délai pour déposer une requête auprès de la Cour à quatre mois à partir du 1^{er} février 2022 (Art. 4 du Protocole n° 15).

²²⁴³ Le Protocole n° 14 introduit plusieurs mesures de « rationalisation » du mécanisme conventionnel, notamment la formation de juge unique pour juger les requêtes manifestement irrecevables et un accroissement des compétences des comités de trois juges (voir les articles 7 et 8 du Protocole n° 14, introduisant un nouvel article 27 CEDH et modifiant l'article 28 CEDH ; pour une discussion critique, voir DOURNEAU-JOSETTE, pp. 225–241 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 102–105). En 2020, les formations de juge unique ont statué sur 31 069 requêtes (COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 4).

²²⁴⁴ Voir p. ex. *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 100 (rappelant que le droit de recours individuel est « l'un des piliers essentiels de l'efficacité du système de la Convention ») ; *Savridin Dzhrayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013, § 211 (qualifiant le recours individuel de « pierre angulaire ») ; *Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014, § 65 (utilisant également l'expression de la « pierre angulaire »). À ce propos, voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 6–8 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 73.

²²⁴⁵ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 16–17 (concernant la qualité de victime), nos 71–72 (s'agissant de l'épuisement des voies de droit internes), n° 107 (à propos du délai pour introduire une requête) et les réf. cit. ; voir aussi COJOCARIU, Hit and Miss, p. 116 ; MARQUIS, n° 335 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 44.

²²⁴⁶ Voir p. ex. *Tagayeva et autres c. Russie* (déc.), requête n° 26562/07, 9 juin 2015, § 473 ; *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 105.

²²⁴⁷ Voir aussi en ce sens, MARQUIS, n° 243.

également un rôle. En effet, si le but même des conditions de recevabilité est de poser certaines limites à l'accès à la Cour, il faut s'assurer que ces restrictions ne désavantagent pas indûment les requérantes qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité particulière. Ainsi, un objectif fondamental de la Cour est d'éviter que « les critères formels liés à la recevabilité [...] aient pour résultat l'exclusion des *victimes les plus vulnérables* de la protection de la Convention »²²⁴⁸.

618 Au total, nous pouvons distinguer onze conditions de recevabilité, qui peuvent être regroupées en trois catégories²²⁴⁹ : conditions tenant à la procédure²²⁵⁰, conditions relatives à la compétence de la Cour²²⁵¹ et conditions ayant trait au fond²²⁵². Une seule des conditions entraîne l'irrecevabilité de la requête ou du grief en question si elle n'est pas remplie²²⁵³, mais seule une partie d'entre elles sont considérées comme relevant de l'ordre public et sont donc examinées d'office par la Cour²²⁵⁴. Ainsi, la compatibilité *ratione personae* et le

²²⁴⁸ *Tagayeva et autres c. Russie* (déc.), requête n° 26562/07, 9 juin 2015, § 473 (notre traduction ; nous soulignons) ; voir également BLONDEL, n°s 407–410.

²²⁴⁹ Pour cette catégorisation, voir p. ex. COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n°s 64–314.

²²⁵⁰ Nous comptons dans cette première catégorie l'obligation d'épuiser les voies de droit internes et le délai pour saisir la Cour (quatre mois après l'entrée en vigueur du Protocole n° 15) ainsi que le fait qu'une requête ne doit pas être anonyme, abusive ou « essentiellement la même » qu'une autre requête déjà déposée auprès de la Cour ou d'une autre instance internationale. Pour une présentation détaillée de ces conditions, voir COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n°s 67–185 ; HARRIS ET AL., pp. 49–82 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 42–70 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 105–145.

²²⁵¹ La question de la compétence de la Cour, ou de la compatibilité d'une requête avec la Convention et ses protocoles (art. 35 par. 3 let. a CEDH) regroupe la compatibilité *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* et *ratione loci*. La compétence *ratione personae* concerne tant la requérante que l'État défendeur. S'agissant de la requérante, elle comporte deux aspects – qualité pour agir et qualité de victime – qui sont précisés par l'article 34 CEDH. Pour plus de détails, voir COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n°s 186–253.

²²⁵² La condition principale ici est que les requêtes « manifestement mal fondées » sont irrecevables (art. 35 par. 3 let. a ; voir COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n°s 254–283). Par définition, il n'est possible d'arriver à un tel constat qu'après un examen, même sommaire, du fond de l'affaire. L'usage parfois excessif de ce critère par la Cour, notamment dans les cas où elle parvient à cette conclusion après un examen approfondi du fond, est critiquable (KELLER/FISCHER/KÜHNE, pp. 1046–1048 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 4). L'entrée en vigueur du Protocole n° 14, en 2010, a introduit une seconde condition ayant trait au fond (art. 35 par. 3 let. b, voir COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n°s 284–330 ; HARRIS ET AL., pp. 77–83 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n°s 4–5 ; VILLIGER, n°s 109–112). Modifiée à son tour par l'article 5 du Protocole n° 15, cette condition stipule qu'une requête est déclarée irrecevable en l'absence d'un préjudice important, « sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond (art. 35 par. 3 let. b CEDH).

²²⁵³ MARQUIS, n° 320 ; SUDRE, Droit européen et international, n°s 205, 216.

²²⁵⁴ MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 7. Il n'est toutefois pas toujours aisé de déterminer ce que la Cour a réellement examiné, dans la mesure où celle-ci procède régulièrement à une analyse « globale » et sommaire des conditions de recevabilité (voir ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 102).

respect du délai pour saisir la Cour sont en principe examinés d'office²²⁵⁵, alors que l'épuisement des voies de droit internes ne l'est que si l'État défendeur soulève une exception en ce sens²²⁵⁶.

L'importance pratique varie considérablement d'une condition de recevabilité à l'autre. En ce qui concerne l'ensemble des affaires – y compris celles décidées par un juge unique ou par un comité de trois juges –, le critère de défaut manifeste de fondement constitue de loin le motif d'irrecevabilité le plus fréquent, suivi de l'épuisement des voies de droit internes et du non-respect du délai pour soumettre une requête²²⁵⁷. Dans les jugements rendus par une chambre ou la Grande Chambre, les conditions les plus communément mentionnées sont l'épuisement des voies de recours internes, le délai pour saisir la Cour et la compatibilité *ratione personae*²²⁵⁸. C'est également dans le contexte de celles-ci que la vulnérabilité a joué un rôle, induisant la Cour à faire preuve de souplesse, voire à modifier son interprétation des conditions en question. Par la suite, nous examinerons donc ces trois conditions en lien avec la vulnérabilité particulière de certaines personnes requérantes. 619

II. La compétence *ratione personae* de la requérante

L'article 34 CEDH concrétise la condition de la compétence *ratione personae* prévue à l'article 35 par. 3 let. a de la Convention²²⁵⁹. Ainsi, afin de déposer une requête auprès de la Cour, une personne doit à la fois disposer de la qualité de requérante et de la qualité de victime. Dans ce qui suit, nous examinerons 620

²²⁵⁵ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 100 (délai pour introduire une requête), n° 187 (compétence *ratione personae*) ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 7 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 48, 57). La Cour examine également d'office sa compétence *ratione loci*, *ratione temporis* et *ratione materiae* (MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 7 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 55). La jurisprudence est fluctuante concernant la qualité de victime (MARQUIS, nos 330–334 et les réf. cit.).

²²⁵⁶ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 93 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 7 ; voir toutefois HARRIS ET AL., pp. 53–54, pour les affaires non communiquées aux gouvernements.

²²⁵⁷ KELLER/FISCHER/KÜHNE, pp. 1028, 1046 ; MARQUIS, n° 328 (note 525).

²²⁵⁸ Cette affirmation repose sur une recherche par mots-clés dans la base de données hudoc (<https://hudoc.echr.coe.int> [31.10.2021]).

²²⁵⁹ La Convention parle à cet égard simplement de la compatibilité d'une requête avec la Convention ou ses protocoles. La doctrine utilise diverses expressions qui se recoupent partiellement, à savoir « qualité de requérant », « qualité de victime », « qualité pour agir », « locus standi », « standing » (en anglais) et « compatibilité *ratione personae* ». Une difficulté additionnelle provient du fait que ces différentes expressions ne sont pas toujours comprises de la même manière. Pour plus d'explications, voir MARQUIS, nos 369–379. Suivant la suggestion de cet auteur, nous adoptons ici la terminologie suivante : « recevabilité *ratione personae* » pour l'ensemble des deux conditions prévues par l'article 34 CEDH, que nous appelons « qualité de requérante » et « qualité de victime ».

d'abord les principes régissant ces deux critères – et donc la recevabilité *ratione personae* des requêtes (A). Dans ce cadre, nous verrons aussi qu'en principe, la personne qui se prétend victime d'une violation de ses droits doit agir elle-même devant la Cour, ce qui peut rendre l'accès à la Cour impossible pour les personnes les plus vulnérables. Or, récemment, la Cour a prévu une exception à cette règle. Nous analyserons en détail cette exception, justifiée par la situation de vulnérabilité extrême de certaines personnes (B), avant de nous interroger sur sa portée pour la jurisprudence ultérieure (C).

A. Principes

621 Dans ce qui suit, nous examinerons d'abord les deux critères de l'article 34 CEDH, à savoir être une personne et pouvoir se prétendre victime d'une violation de la Convention (1). Ensuite, nous soulèverons quelques obstacles d'accès à la Cour auxquels les personnes en situation de vulnérabilité peuvent se heurter (2). Ceci nous amènera à la partie suivante, consacrée aux exceptions récentes admises au nom de la vulnérabilité particulière de certaines personnes.

1) Les critères de l'article 34 de la Convention

622 L'article 34 de la Convention dispose que « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers » peut saisir la Cour à condition de se prétendre victime d'une violation de ses droits conventionnels²²⁶⁰. La Convention prévoit donc deux critères de recevabilité *ratione personae* : être une personne – ou une entité non étatique²²⁶¹ – et disposer de la qualité de victime.

623 Le premier critère est volontairement large²²⁶². En particulier, et contrairement à ce qui prévaut généralement en droit interne, la Convention ne connaît aucune exigence quant à la capacité juridique des personnes physiques²²⁶³. La Commission a précisé l'absence d'un tel critère pour la

²²⁶⁰ Art. 34, 1^{ère} phrase CEDH.

²²⁶¹ S'agissant des personnes morales et groupes de personnes, ce n'est pas leur forme juridique qui est déterminante, mais leur caractère non étatique. Pour plus de précisions, voir MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 13–16 ; SCHABAS, pp. 736–737.

²²⁶² MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 11–12 ; SCHABAS, pp. 736–737. Précisons toutefois qu'un groupe de personnes ne peut agir devant la Cour que lorsque les membres individuels auraient la qualité d'agir, faute de quoi la requête est considérée comme une *actio popularis* et donc irrecevable.

²²⁶³ LEMMENS, pp. 47–48 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n^{os} 11–12 ; SCHABAS, p. 736.

première fois en 1962, considérant que la Convention ne faisait aucune distinction entre personnes mineures et majeures, et qu'un « [requérant] frappé d'interdiction judiciaire partielle », dont le statut en droit interne correspondait à celui d'un « mineur responsable » pouvait donc valablement introduire seul une requête, sans être représenté par sa tutrice²²⁶⁴. Contrairement à ce que cette formulation pourrait laisser croire, cela s'applique aussi aux personnes frappées d'incapacité juridique totale²²⁶⁵ : la capacité de discernement n'est pas non plus une condition pour saisir la Cour²²⁶⁶. Ce raisonnement découle non seulement d'une interprétation littérale de la Convention – « toute personne physique » –, mais aussi de son but, qui est de garantir un accès effectif au droit de recours individuel²²⁶⁷. En effet, si des règles liées à la capacité pour ester en justice peuvent revêtir une fonction protectrice en droit interne, à savoir « prémunir cette catégorie de personnes contre toute aliénation de ses droits ou de ses biens à son détriment », tel n'est pas le cas devant la Cour, où elles risqueraient au contraire d'entraver le droit de recours individuel²²⁶⁸.

L'absence de condition relative à la capacité juridique a été confirmée par la jurisprudence constante, au point d'être devenue une évidence « [p]our un juriste européen de notre temps »²²⁶⁹. Il est toutefois utile de la rappeler, particulièrement au vu de son importance pour les personnes mineures et les personnes en situation de handicap mental ou psychique, deux catégories de personnes que la Cour a régulièrement qualifiées de vulnérables²²⁷⁰. Dans ce contexte, il convient également de préciser qu'une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils peut non seulement saisir la Cour seule, mais peut également le faire contre l'avis explicite de sa tutrice²²⁷¹. Cette possibilité est d'autant plus importante que la privation de la capacité juridique constitue une

624

²²⁶⁴ *X. c. Autriche*, n° 1527/62, 4 octobre 1962, p. 247.

²²⁶⁵ MARQUIS, n°s 421–430 ; LEMMENS, pp. 47–48 ; VELU/ERGEZ, n° 934.

²²⁶⁶ COJOCARIU, *Handicapping*, p. 688 ; MARQUIS, n°s 428–430 ; PEUKERT, Artikel 34, n° 21. En pratique, il est toutefois souvent illusoire de penser que des personnes dans une telle situation pourraient agir seules devant la Cour (COJOCARIU, *Hit and Miss*, p. 111 ; MARQUIS, n°s 428–430). S'agissant des personnes mineures en particulier, ce sont généralement les parents qui introduisent des requêtes en leur nom (MARQUIS, n° 422 ; PUBERT, p. 287).

²²⁶⁷ *Zehentner c. Autriche*, requête n° 20082/02, 16 juillet 2009, § 39.

²²⁶⁸ *Zehentner c. Autriche*, requête n° 20082/02, 16 juillet 2009, § 39 ; voir aussi LEMMENS, pp. 66–67, SCHABAS, p. 744.

²²⁶⁹ MARQUIS, n° 432 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 9 ; LEMMENS, p. 48.

²²⁷⁰ Voir *supra*, n°s 279–284, 308–316 (concernant les personnes mineures), 330–336 (à propos des personnes en situation de handicap mental ou psychique).

²²⁷¹ *Zehentner c. Autriche*, requête n° 20082/02, 16 juillet 2009, § 39 ; voir aussi MARQUIS, n° 419. Précisons toutefois qu'au-delà du stade introductif, la représentation par un conseil légal est en principe obligatoire (art. 36 par. 2 et 4 du Règlement de la Cour).

atteinte sérieuse aux droits de la personne humaine²²⁷², et que l'instauration d'une curatelle ou d'une tutelle, loin de toujours sauvegarder les droits et intérêts de la personne concernée, est au contraire parfois elle-même source de vulnérabilités²²⁷³.

625 Au vu de l'interprétation large du premier critère, en tout cas s'agissant des personnes physiques, c'est donc le second – la qualité de victime – qui est déterminant²²⁷⁴. Il s'agit d'une notion autonome de droit européen, qui doit être interprétée indépendamment de la signification qu'elle peut revêtir en droit interne²²⁷⁵. Sans entrer dans les détails, nous pouvons retenir que la qualité de victime suppose « que le requérant puisse démontrer être directement concerné, touché ou affecté par l'acte ou l'omission litigieux : il faut en avoir < subi directement les effets > »²²⁷⁶. La qualité de victime doit être donnée à chaque stade de la procédure ; à certaines conditions, il est possible de la perdre, notamment lorsque la procédure interne offre une réparation adéquate²²⁷⁷. L'exigence de la qualité de victime pour agir devant la Cour vise notamment à éviter l'*actio popularis*²²⁷⁸. Ceci signifie qu'une personne ne peut pas se plaindre dans l'abstrait de violations qui n'ont pas encore eu lieu et qui ne l'affectent pas

²²⁷² COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Capacité juridique, pp. 16–17. À propos de la privation de la capacité juridique, voir aussi *supra*, n° 334 et les réf. cit.

²²⁷³ COJOCARIU, Hit and Miss, pp. 111–115 ; HERRING, Vulnerable Adults, pp. 45–70. À titre d'illustration, voir l'affaire *M.K. c. Luxembourg*, dans laquelle la requérante s'oppose à sa mise sous tutelle en arguant qu'elle n'est pas vulnérable (*M.K. c. Luxembourg*, requête n° 51746/18, 18 mai 2021, § 48).

²²⁷⁴ MEYER-LADEWIG/KULICK, n°s 6–7 ; PEUKERT, Artikel 34, n°s 20–21 ; SCHABAS, pp. 736–738.

²²⁷⁵ GRABENWARTER/PABEL, p. 64 ; HARRIS ET AL., p. 87 ; LEMMENS, p. 50 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 19 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 58.

²²⁷⁶ MARQUIS, n° 672 ; voir aussi LEMMENS, p. 53 ; VELU/ERGEC, n° 936. À propos de la notion de victime dans la Convention et devant la Cour, voir plus généralement MARQUIS, n°s 514–1257 (et n°s 1155–1272 au sujet de la perte de la qualité de victime). Signalons deux affaires récentes qui tissent un lien avec la vulnérabilité : *M.A. c. Belgique*, à propos de l'abus de la vulnérabilité du requérant pour le faire consentir à un retour « volontaire » (*M.A. c. Belgique*, requête n° 19656/18, 27 octobre 2020, §§ 60–62) et *Venken et autres c. Belgique*, dans laquelle la vulnérabilité est un élément justifiant de considérer que le recours des requérants n'était pas tardif (*Venken et autres c. Belgique*, requêtes n°s 46130/14 et al., 6 avril 2021, §§ 152–154).

²²⁷⁷ GRABENWARTER/PABEL, p. 69 ; LEMMENS, pp. 61–69 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n°s 30–38 ; PEUKERT, Artikel 34, n°s 31–42 ; VELU/ERGEC, n° 939.

²²⁷⁸ GRABENWARTER/PABEL, p. 64 ; LEMMENS, pp. 50–51 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 22 ; PEUKERT, Artikel 34, n° 22 ; SCHABAS, pp. 737–738 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 159. Pour deux rappels de ce principe, voir *Correia de Matos c. Portugal* [GC], requête n° 56402/12, 4 avril 2018, § 115 ; *Lekić c. Slovénie* [GC], requête n° 36480/07, 11 décembre 2018, § 107. Pour une application dans le contexte de pollutions causées par une usine, voir *Cordella et autres c. Italie*, requêtes n°s 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019, §§ 100–101. Cette affaire rappelle qu'une dégradation générale de l'environnement ne suffit pas pour fonder la qualité de victime, mais acceptant la qualité de victime des personnes ayant été exposées à la pollution de l'air de l'aciérie voisine, ce qui les a rendues « plus vulnérables à diverses maladies » (*idem*, § 105).

personnellement²²⁷⁹. L'*actio popularis* est à distinguer de la notion de victime potentielle, reconnue au nom de l'effectivité de la protection offerte par le système conventionnel²²⁸⁰.

L'exigence que la requérante soit directement affectée doit toutefois être quelque peu nuancée. Tout d'abord, lorsque la victime décède en cours d'instance, ses héritières ou proches sont en principe autorisées à poursuivre la requête de la victime décédée²²⁸¹. Ensuite, la jurisprudence reconnaît également, à certaines conditions, la qualité de victime aux proches d'une victime, qui sont considérées comme victimes indirectes²²⁸². Cette notion traduit l'idée que les proches des victimes d'une violation conventionnelle alléguée peuvent être suffisamment atteintes elles-mêmes pour soumettre une requête en leur propre nom²²⁸³. Elle concerne en premier lieu des requêtes introduites par des proches au nom de personnes décédées ou disparues avant l'introduction d'instance²²⁸⁴. Celles-ci peuvent non seulement porter sur des griefs tirés de l'article 2 CEDH, mais aussi sur des griefs tirés d'autres articles, avant tout les articles 3 et 5 CEDH, qui présentent un lien avec la disparition ou le décès²²⁸⁵.

De plus, la personne proche peut-elle-même considérée comme victime directe, en raison des souffrances infligées par le décès ou la disparition d'un membre de sa famille²²⁸⁶. De manière plus exceptionnelle, la Cour a également

²²⁷⁹ GRABENWARTER/PABEL, p. 64 ; LEMMENS, pp. 50–51 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 22 ; PEUKERT, Artikel 34, n° 22 ; SCHABAS, pp. 737–738 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 159.

²²⁸⁰ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 30–34 et les réf. cit. ; LEMMENS, pp. 54–58 ; MARQUIS, nos 789–1043 ; VELU/ERGEÇ, n° 937.

²²⁸¹ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 47–49 ; GRABENWARTER/PABEL, p. 60 ; LEMMENS, pp. 65–77 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, nos 8–10 ; SCHABAS, pp. 740–741 ; VELU/ERGEÇ, n° 936-3. À l'inverse, une personne ne justifiant pas de la qualité de proche ou d'héritière – par exemple une avocate – ne peut en principe pas poursuivre la requête après le décès de la victime directe, à l'exception des situations où la Cour a appliqué la jurisprudence *Câmpeanu* (voir *infra*, nos 642–687).

²²⁸² GRABENWARTER/PABEL, p. 67 ; LEACH, n° 4.43 ; LEMMENS, p. 59. Au sujet de la notion de victime indirecte, voir aussi MARQUIS, nos 669–788.

²²⁸³ LEACH, n° 4.43 ; LEMMENS, p. 59 ; MARQUIS, n° 673.

²²⁸⁴ GRABENWARTER/PABEL, p. 67 ; HARRIS ET AL., p. 93 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 23 ; PEUKERT, Artikel 34, n° 30 ; SCHABAS, pp. 738–740 ; VELU/ERGEÇ, n° 936-3. À ce propos, la Cour reconnaît le droit de se prétendre victime « de manière inconditionnelle » aux parents, frères et sœurs, oncles, tantes, neveux et nièces ; en revanche, s'agissant des cousines, ce droit n'existe qu'en cas de lien affectif particulier (*Fabris et Parziale c. Italie*, requête n° 41603/13, 19 mars 2020, §§ 38–39).

²²⁸⁵ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 24 ; HARRIS ET AL., pp. 94–95 ; MARQUIS, nos 688–707 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 23.

²²⁸⁶ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 27 ; LEACH, n° 4.43 et les réf. cit. ; SCHABAS, pp. 739, 742.

admis des griefs qui ne présentaient pas de lien avec le décès d'une personne²²⁸⁷. À cet égard, la Cour accorde de l'importance au fait que la victime indirecte ait un intérêt moral et non seulement pécuniaire à l'issue de la procédure²²⁸⁸. Dans l'ensemble de ces cas, la victime indirecte agit en son propre nom, et non pas au nom de la victime²²⁸⁹.

628 Si la jurisprudence au sujet des victimes indirectes concerne pour l'essentiel des requêtes introduites au nom de personnes décédées, elle n'y est pas limitée²²⁹⁰. Ainsi, de « proches parents peuvent dans certaines circonstances prétendre être des victimes indirectes d'une violation touchant directement un membre de la famille vivant »²²⁹¹. La Cour a par exemple accepté qu'une mère puisse agir non seulement au nom de sa fille adulte gravement handicapée, dont elle était tutrice, mais également en son propre nom, considérant qu'elle pouvait se prétendre « victime, pour le moins indirecte ou par association »²²⁹².

2) Les difficultés d'accès à la Cour

629 L'exigence de la qualité de victime signifie aussi qu'en principe, la victime doit agir en justice elle-même, seule ou avec une représentante dûment autorisée²²⁹³. Ainsi, à défaut d'une procuration en bonne et due forme, il n'est en principe pas possible d'agir au nom de la victime directe, sous réserve de la jurisprudence

²²⁸⁷ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 23, 25 ; MARQUIS, nos 710–738. Pour un exemple, voir en particulier *Karpulyenko c. Ukraine*, requête n° 15509/12, 11 février 2016, §§ 107–114 (prenant également appui sur l'affaire *Câmpeanu [idem, § 111]*, qui sera analysée plus loin [voir *infra*, nos 642–651]). Il a été régulièrement remarqué que la jurisprudence relative aux victimes indirectes est quelque peu obscure et pas toujours consistante (voir p. ex. HARRIS ET AL., pp. 94–95 ; LEMMENS, p. 60 ; Marquis, n° 739–742 ; voir aussi *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 98).

²²⁸⁸ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 25 ; MARQUIS, n° 728 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 59.

²²⁸⁹ MARQUIS, nos 673, 1263.

²²⁹⁰ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 28 ; GRABENWARTER/PABEL, p. 67 ; MARQUIS, nos 743–750.

²²⁹¹ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 28.

²²⁹² *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, requête n° 65550/13, 11 décembre 2018, § 97. La Cour a également accepté la qualité de victime « par association », aussi qualifiée de « victime par ricochet », pour des personnes dont une membre de la famille, partenaire ou enfant, était menacé d'expulsion (voir MARQUIS, nos 744–746 et les réf. cit., qui considère toutefois – à notre sens avec raison – qu'il serait préférable de considérer les requérantes comme victimes directes, dans la mesure où l'expulsion d'une membre de leur famille constitue également une ingérence dans leur droit à une vie privée et familiale). Par contraste, dans l'affaire *Caamaño Valle c. Espagne* portant sur les droits politique d'une jeune femme en situation de handicap mental, la Cour a accepté la requête soumise par la mère en son propre nom, tout en précisant que seule la fille était considérée comme victime (*Caamaño Valle c. Espagne*), requête n° 43564/17, 11 mai 2021, § 34.

²²⁹³ Art. 36 et art. 45 par. 3 du Règlement de la Cour. Au-delà du stade introductif, la représentation par une conseillère légale est en principe obligatoire (art. 36 par. 2 et 4 du Règlement de la Cour).

analysée ci-après²²⁹⁴. Or, l'exigence d'agir soi-même peut constituer un obstacle significatif, notamment pour les personnes qui ne disposent pas de la pleine capacité juridique en droit interne.

Ces obstacles peuvent être d'ordre juridique : ainsi, il peut être difficile d'épuiser les voies de droit internes, un problème que la Cour a occasionnellement reconnu, admettant des exceptions au principe²²⁹⁵. Les autres conditions de recevabilité ainsi que les nombreuses exigences formelles qu'une requête doit remplir – être claire et intelligible, les griefs invoqués suffisamment étayés, être accompagnée de tous les documents nécessaires et ainsi de suite²²⁹⁶ – peuvent également constituer des obstacles de taille²²⁹⁷. Il est vrai que l'article 47 de son Règlement permet à la Cour de déroger à la règle, sur demande de la requérante ou d'office : toutefois, ce n'est qu'une possibilité discrétionnaire offerte à la Cour et pas un droit des personnes concernées²²⁹⁸. 630

Il peut aussi s'agir d'obstacles de fait, par exemple l'isolement et l'absence de contact avec le monde extérieur, qui caractérisent la situation de nombreuses personnes internées à long terme dans des institutions psychiatriques²²⁹⁹. Dans certains cas, la situation de personnes institutionnalisées est aggravée davantage par l'absence de représentante légale ou personne chargée de veiller à leurs intérêts, ou au contraire par la passivité de telles personnes lorsqu'elles ont été désignées²³⁰⁰. Dans ce contexte, la question de savoir si des membres de la famille ou de tierces personnes – notamment des organisations non 631

²²⁹⁴ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 50 ; voir aussi SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 36. Pour les exceptions, voir *infra*, n°s 642–690.

²²⁹⁵ Au sujet de la difficulté que peut présenter la condition de l'épuisement des voies de droit internes pour les personnes mineures, voir BERRO-LEFÈVRE, pp. 37–38 ; MARQUIS, n° 424 et les réf. cit. ; PUBERT, pp. 297, 306 ; TULKENS, Enfants, p. 30 ; pour les personnes ayant un handicap mental, voir en particulier COJOCARIU, Handicapping, pp. 691–694. Sur l'assouplissement occasionnel de la condition de l'épuisement des voies de droit interne, notamment fondé sur la vulnérabilité, voir *infra*, n°s 695–722.

²²⁹⁶ Pour la liste complète, voir l'article 47 du Règlement de la Cour.

²²⁹⁷ COJOCARIU, Hit and Miss, pp. 115–116.

²²⁹⁸ COJOCARIU, Handicapping, pp. 689–691 ; COJOCARIU, Hit and Miss, pp. 115–116. La portée de l'exception est restreinte davantage par l'application stricte des critères formels : en 2019, 20 444 requêtes ont été clôturées administrativement, dont 65 % en raison de leur manque de conformité aux exigences de l'article 47 du Règlement de la Cour (COUR EDH, Analyse statistique 2019, p. 4). En 2020, ce nombre s'est élevé à 14 150 dossiers, dont 52 % pour manque de conformité aux exigences de l'article 47 du Règlement de la Cour (COUR EDH, Analyse statistique 2020, p. 4).

²²⁹⁹ Il s'agit d'une pratique courante dans certains pays, particulièrement répandue en Bulgarie et en Roumanie (voir COJOCARIU, Handicapping, pp. 686–689 ; COJOCARIU, Hit and Miss, p. 108).

²³⁰⁰ À propos de la privation de capacité juridique et de la représentation légale dans ce cadre, voir not. COJOCARIU, Hit and Miss, pp. 111–115. Pour une analyse plus approfondie de la question de la capacité juridique, quoique moins directement en lien avec la jurisprudence de la Cour, voir HERRING, Vulnerable Adults, pp. 45–70.

gouvernementales – peuvent agir au nom ou en tout cas à la place de ces personnes se pose avec une acuité particulière²³⁰¹.

632

Nous avons déjà vu que la notion de victime indirecte donne quelques possibilités aux proches pour agir ; cependant, dans ce cas, les proches agissent en leur propre nom, et non pas au nom de la victime²³⁰². Précisons par ailleurs que les possibilités pour les associations et les organisations non gouvernementales d'agir dans l'intérêt de leurs membres, voire dans l'intérêt général – par exemple, pour la défense de groupes de personnes en situation de vulnérabilité –, sont traditionnellement très limitées devant la Cour²³⁰³. Ainsi, une association doit en principe être touchée elle-même dans ses droits pour pouvoir agir²³⁰⁴. Parfois, la Cour a autorisé une association à agir lorsque ses membres pouvaient prétendre à la qualité de victime²³⁰⁵. En dehors de ce cas, une association ne peut en principe défendre des victimes directes devant la Cour que si elle dispose d'une procuration dûment signée, qui l'autorise à agir comme représentante au même titre qu'une avocate, l'idée étant d'éviter l'*actio popularis*²³⁰⁶. La Cour admet néanmoins depuis peu la représentation *de facto* par une association, à des conditions très spécifiques, de victimes qui sont dans une situation de grande vulnérabilité. C'est cette jurisprudence que nous examinerons dans ce qui suit.

²³⁰¹ Voir aussi COJOCARIU, *Handicapping*, pp. 698–699 ; COJOCARIU, *Hit and Miss*, pp. 111–115 ; KELLER/GARIN, p. 488 ; MARQUIS, n° 427.

²³⁰² Voir *supra*, n°s 626–627.

²³⁰³ VAN DEN EYNDE, pp. 229–233 et les réf. cit ; dans une perspective de droit comparé, voir MAYER, pp. 915–918. Relevons toutefois la possibilité d'une intervention comme *amicus curiae*, qui constitue un outil très intéressant à disposition des organisations non gouvernementales et des associations à but idéal (FERSTLER, pp. 63–91).

²³⁰⁴ GRABENWARTER/PABEL, p. 63 ; PEUKERT, Artikel 34, n°s 17–18.

²³⁰⁵ Voir p. ex. *Gorraiz Lizarriga et autres c. Espagne*, requête n° 62543/00, 27 avril 2004, §§ 37–39. Similairement, un groupe de personnes peut agir devant la Cour lorsque chaque personne possède individuellement la qualité de victime (GRABENWARTER/PABEL, p. 63 ; PEUKERT, Artikel 34, n°s 17–18). Pour plus de détails, voir VAN DEN EYNDE, pp. 228–229 et les réf. cit.

²³⁰⁶ MARQUIS, n° 593. Voir aussi VAN DEN EYNDE, pp. 230–232. La Cour a par exemple refusé de reconnaître à la Ligue des droits de l'homme le statut de victime indirecte s'agissant de l'expulsion d'une famille slovaque d'origine rom, voir *Čonka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique* (déc.), requête n° 51564/99, 13 mars 2001, § 1.

B. La requête au nom d'une personne particulièrement vulnérable

Nous l'avons déjà indiqué : la jurisprudence connaît quelques exceptions au principe selon lequel la victime doit agir elle-même devant la Cour, et que toute représentante doit être dûment habilitée. Plus spécifiquement, la Cour a accepté une telle représentation *de facto* dans deux cas de figure : la requête au nom d'une enfant par une personne qui n'est pas titulaire de l'autorité parentale, généralement un parent biologique, et la requête introduite dans l'intérêt d'une personne – mineure ou majeure. C'est ce second cas de figure qui nous occupera principalement par la suite. 633

D'abord limitée à quelques cas isolés (1), cette jurisprudence a pris de l'ampleur avec l'arrêt de principe *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* rendu en 2014, dans lequel la Cour a accepté pour la première fois qu'une association agisse au nom d'une victime²³⁰⁷, et les arrêts qui l'ont suivi (2). Afin de mieux apprécier cette évolution jurisprudentielle, nous nous interrogerons sur la signification de la vulnérabilité dans ce contexte et sur les possibilités d'ériger l'exception en principe (3). 634

1) La représentation exceptionnelle au nom de la vulnérabilité

La Cour a pour la première fois reconnu une représentation *de facto* en 1996, permettant à un avocat d'agir au nom de trois enfants placés dans une famille d'accueil²³⁰⁸. L'avocat qui avait représenté les enfants dans la procédure interne a déposé une requête auprès de la Commission pour se plaindre de la durée excessive de cette procédure, laissant les enfants dans une situation provisoire et incertaine pendant des années, en attendant leur placement définitif²³⁰⁹. Bien qu'il ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour représenter les intérêts des enfants devant les organes conventionnels, la Commission a admis sa requête. À cet égard, elle souligne l'évolution récente sur le plan international vers « une reconnaissance croissante de la vulnérabilité des enfants » et la « nécessité d'accorder une protection spéciale à leurs intérêts », illustrée notamment par 635

²³⁰⁷ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014.

²³⁰⁸ *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996.

²³⁰⁹ *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996.

l'adoption de la CDE²³¹⁰. À la lumière de cette évolution, elle juge qu'une « approche restrictive ou technique doit être évitée »²³¹¹. La Commission soulève par ailleurs plusieurs éléments dont la pertinence a été confirmée par la jurisprudence subséquente, avant tout l'absence de conflit d'intérêts entre l'avocat et les enfants ainsi que la subsidiarité de son action²³¹². En effet, il n'existait, en l'espèce, aucune alternative : les trois garçons ne disposaient pas encore de la capacité de mandater une représentante, la mère s'était désintéressée d'eux et le service de protection des mineurs, second détenteur de l'autorité parentale, était justement l'autorité dont le comportement était critiqué²³¹³.

636 Par ailleurs, si des enfants peuvent en théorie introduire une requête eux-mêmes, en leur nom, cela se révèle souvent illusoire en pratique. Il existe donc, plus encore que pour les personnes adultes, un « risque que certains intérêts du mineur ne soient jamais portés à l'attention de la Cour et que le mineur soit privé d'une protection effective des droits qu'il tient de la Convention »²³¹⁴. Appliquant un raisonnement similaire, la Cour reconnaît désormais aux parents biologiques, à certaines conditions, le droit d'introduire une requête au nom de leurs enfants, bien qu'ils ne soient pas leurs représentants légaux²³¹⁵. L'affaire précitée a par la suite été mentionnée en lien avec deux autres, concernant cette fois-ci des adultes, comme premiers indices de l'importance de la vulnérabilité dans le cadre de la recevabilité *ratione personae*²³¹⁶. À notre connaissance, ces deux affaires constituent les seuls cas de représentation *de facto* de personnes adultes précédant l'arrêt *Câmpeanu*²³¹⁷.

²³¹⁰ *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996 (notre traduction).

²³¹¹ *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996.

²³¹² Voir *infra*, n°s 602, 668–671, 684–687 (concernant l'absence de conflit d'intérêts) et n°s 647, 665 (à propos du caractère subsidiaire de l'action d'une tierce personne).

²³¹³ *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996. Précisons encore que, s'agissant des enfants, la subsidiarité de l'action d'une tierce personne par rapport à celle des parents a été quelque peu relativisée par la suite (voir not. *C. et D. et S. et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requêtes n°s 34407/02 et 34593/02, 31 août 2004).

²³¹⁴ Voir p. ex. *Scozzari et Giunta c. Italie*, requêtes n°s 39221/98 et 41963/98, 13 juillet 2000, § 138 ; *M.D. et autres c. Malte*, requête n° 64791/10, 17 juillet 2012, § 37 et les réf. cit. ; *R.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 57077/16, 4 décembre 2018, § 38.

²³¹⁵ Voir p. ex. *M.D. et autres c. Malte*, requête n° 64791/10, 17 juillet 2012, § 27 ; *R.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 57077/16, 4 décembre 2018, § 38. Pour plus de détails, voir GRABENWARTER/PABEL, p. 60 ; MARQUIS, n°s 1106–1122.

²³¹⁶ Voir not. *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 92.

²³¹⁷ Au sujet de l'arrêt *Câmpeanu*, voir *infra*, n°s 642–651.

Dans l'arrêt *İlhan c. Turquie*, le frère du requérant avait subi une agression policière très violente, lui laissant des séquelles graves et durables, notamment une hémiplégie²³¹⁸. Deux aspects auraient pu mener à l'irrecevabilité de la requête : d'une part, celle-ci n'avait pas été formellement introduite au nom de la victime directe, et d'autre part, le frère de la victime ne disposait pas d'une procuration valable, même si la victime avait exprimé son consentement au cours de la procédure. La majorité des juges en a décidé autrement, estimant qu'il serait excessivement formaliste de déclarer la requête irrecevable. Pour se démarquer des principes susmentionnés, qui auraient dû conduire à l'irrecevabilité de la requête, les juges ont mis en avant la situation particulièrement vulnérable de la victime directe, soulignant par ailleurs que les règles de recevabilité devaient être appliquées avec une certaine souplesse, tenant compte de leur objectif et leur but, et de manière à garantir l'effectivité des droits garantis par la Convention²³¹⁹. 637

Comme élément principal justifiant une certaine souplesse dans l'application des conditions de recevabilité, la Cour cite « la situation particulièrement vulnérable » dans laquelle la victime s'était retrouvée, « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce »²³²⁰. La victime avait été torturée par les forces de sécurité et souffrait toujours de séquelles graves²³²¹. Aux yeux de la Cour, la vulnérabilité particulière de la victime l'empêchait de mener elle-même la procédure, ce qui justifiait que son frère agisse en son nom et pour son compte²³²². Précisons que cette incapacité ne doit pas être totale, mais est en quelque sorte présumée en présence d'une vulnérabilité contextuelle comme dans le présent cas²³²³. 638

La Cour a suivi le même raisonnement dans l'arrêt *Y.F. c. Turquie*²³²⁴. Cette affaire concernait une femme qui avait été forcée de subir un examen gynécologique pendant qu'elle était en garde à vue. Se plaignant d'une violation de l'article 8 CEDH, son mari a introduit une requête au nom de sa femme, sans toutefois disposer d'une procuration formelle. Là encore, la Cour souligne « la 639

²³¹⁸ *İlhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000.

²³¹⁹ *İlhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, § 51.

²³²⁰ *İlhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, § 55.

²³²¹ *İlhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, § 54.

²³²² La Cour a par ailleurs confirmé le rôle important de la vulnérabilité pour l'arrêt *İlhan c. Turquie* précité dans son arrêt *Ghedir c. France*, requête n° 20579/12, 16 juillet 2015, § 103.

²³²³ Voir aussi en ce sens, *MARQUIS*, n° 1127.

²³²⁴ *Y.F. c. Turquie*, requête n° 24209/94, 22 juillet 2003.

situation vulnérable dans laquelle [la victime] s'est trouvée dans les circonstances particulières de l'espèce » et en déduit que son mari était habilité à agir à sa place²³²⁵. Ici aussi, la Cour n'a pas exigé que l'état de la victime soit tel qu'il l'empêche effectivement d'agir en justice ou de désigner formellement une représentante ; la vulnérabilité, due à des mauvais traitements imputables à l'État, a suffi²³²⁶.

640 En revanche, en l'absence d'une vulnérabilité particulière – alléguée ou avérée – des victimes, la Cour s'est montrée moins souple, confirmant *a contrario* l'importance de la vulnérabilité dans ce contexte. À cet égard, nous pouvons notamment citer le cas de *Benzer et autres c. Turquie*²³²⁷. Dans cette affaire, quarante-et-une requérantes se plaignaient des atteintes à la vie et à l'intégrité physique et psychique subies par elles-mêmes et par leurs proches à la suite du bombardement de deux villages dans le sud-est de la Turquie. Si la requête au nom des proches décédées n'a pas posé problème – au point que la question n'a même pas été examinée par la Cour –, la Cour a déclaré la requête irrecevable s'agissant de cinq personnes qui avaient subi des blessures graves, mais qui étaient vivantes, et qui n'avaient pas introduit de requête elles-mêmes. Sur ce point, la Cour a jugé que les requérantes n'avaient pas fourni des raisons suffisantes justifiant que leurs proches – les victimes – n'aient pas déposé de requête. En particulier, les requérantes n'avaient pas « argumenté que leurs proches se trouvaient dans une situation particulièrement vulnérable due à leur état de santé et ne pouvaient donc pas eux-mêmes déposer une requête »²³²⁸.

641 Les affaires précitées indiquent que la Cour a reconnu occasionnellement des représentations *de facto* bien avant l'affaire *Câmpeanu*. Les critères pertinents peuvent se résumer comme suit. Tout d'abord, la victime directe doit se trouver dans une situation de vulnérabilité particulière. Présumée s'agissant des enfants, elle est due à un comportement actif de l'État pour les personnes adultes, soulevant des griefs liés aux articles 2, 3 ou 8 de la Convention. Ensuite, il ne doit pas y avoir de conflit d'intérêts entre la victime et la personne agissant

2325 *Y.F. c. Turquie*, requête n° 24209/94, 22 juillet 2003, § 31.

2326 *Y.F. c. Turquie*, requête n° 24209/94, 22 juillet 2003, § 31.

2327 *Benzer et autres c. Turquie*, requête n° 23502/06, 12 novembre 2013.

2328 *Benzer et autres c. Turquie*, requête n° 23502/06, 12 novembre 2013, § 100 (notre traduction). Similairement, lorsque la victime a pu elle-même introduire une requête, la Cour estime qu'elle n'est pas suffisamment vulnérable pour justifier une requête conjointe de ses proches en son nom. Dans ce cas, de façon peu étonnante, seule la requête de la victime directe est déclarée recevable par la Cour (voir p. ex. *Ghedir c. France*, requête n° 20579/12, 16 juillet 2015, §§ 103–104).

à sa place. Dans les deux affaires concernant des adultes, la relation de proche entre les personnes concernées a également constitué un élément important. Enfin, l'effectivité des droits conventionnels revêt un poids certain dans le raisonnement de la Cour, sensible au fait que des allégations de violations graves échapperaient à son contrôle en cas d'irrecevabilité de la requête. Comme nous le verrons dans ce qui suit, ces éléments se retrouvent, quoiqu'avec certaines nuances, dans l'arrêt de principe *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* et ceux qui l'ont suivi.

2) L'arrêt *Câmpeanu* : l'exception à l'origine d'un principe

À certains égards, l'arrêt *Câmpeanu c. Roumanie* se situe dans le prolongement des arrêts *İlhan c. Turquie* et *Y.F. c. Turquie* précités – la Cour y accepte une représentation *de facto* d'une victime directe particulièrement vulnérable. L'arrêt *Câmpeanu* représente toutefois une innovation majeure : c'est la première fois que la Cour accepte qu'une association, et non pas un proche, puisse agir au nom de la victime directe²³²⁹. L'arrêt représente ainsi une avancée majeure dans la garantie de l'effectivité du droit de recours, de l'accès à la justice et de la protection offerte par la Convention pour les personnes qui, en raison de leur grande vulnérabilité, risquent de rester en dehors du système de la Cour²³³⁰. En effet, la vulnérabilité occupe une place décisive dans le raisonnement de la Grande Chambre. Nous étudierons d'abord l'arrêt *Câmpeanu* et les divers critères que la Cour y dégage (a), avant d'examiner de plus près sa portée pour la jurisprudence postérieure (b).

a) L'innovation majeure de l'arrêt *Câmpeanu*

Valentin Câmpeanu, d'origine rom et âgé de dix-neuf ans au moment de son décès, était séropositif et atteint d'un grave handicap mental²³³¹. Abandonné à la naissance, il était orphelin de fait²³³² et a passé sa vie dans diverses institutions étatiques : orphelinat, centre médicosocial, hôpital psychiatrique. C'est dans ce dernier que l'association requérante, active dans la lutte contre les

²³²⁹ COJOCARIU, *Hit and Miss*, p. 106 ; KELLER/GARIN, pp. 489–490 ; MARQUIS, n° 1139 ; VAN DEN EYNDE, pp. 228–235.

²³³⁰ Voir aussi en ce sens, KELLER/GARIN, pp. 486–490.

²³³¹ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014.

²³³² La mère de Valentin Câmpeanu, qui ne s'est jamais occupée de lui, décède lorsqu'il a seize ans. Son père est inconnu (voir *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 134).

discriminations, notamment des personnes en situation de handicap, l'a rencontré lors d'une visite d'observation. L'association, appelée Centre de ressources juridiques, a alors constaté que M. Câmpeanu était à peine vêtu, logeait dans une chambre non chauffée avec un lit sans draps ni couverture, et que le personnel de l'établissement refusait d'assister M. Câmpeanu, apparemment par peur de contracter le VIH, alors même que celui-ci était incapable d'aller aux toilettes ou de se nourrir seul²³³³. Il était à ce moment alimenté par une perfusion de glucose. M. Câmpeanu est décédé le jour même de la visite en raison d'une insuffisance cardiorespiratoire²³³⁴.

644 Lors de sa visite, le Centre de ressources juridiques a demandé le transfert de M. Câmpeanu dans un hôpital. Dès le lendemain, il a entrepris d'autres démarches en ce sens, puis, apprenant le décès de M. Câmpeanu, a déposé une plainte pénale. Diverses procédures internes s'ensuivent ; n'obtenant pas le succès escompté, le Centre de ressources juridiques saisit la Cour, se plaignant entre autres des conditions de vie et de l'absence de prise en charge médicale ayant mené au décès de la victime²³³⁵.

645 Devant la Cour, la question principale qui se pose est celle de la qualité pour agir de l'association requérante²³³⁶. Passant en revue sa jurisprudence, la Cour conclut que « l'affaire n'entre aisément dans aucune des catégories [existantes] »²³³⁷. Elle considère en particulier que l'association requérante ne peut être qualifiée de victime indirecte, à défaut d'un « lien suffisamment

²³³³ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, §§ 23–26. L'absence de soins élémentaires précédait toutefois l'arrivée de M. Câmpeanu à l'hôpital psychiatrique : lors de son admission au centre médicosocial quelques mois auparavant, le personnel médical avait constaté sa situation extrêmement précaire due à l'absence de soins adéquats (*idem*, §§ 13–15).

²³³⁴ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 24.

²³³⁵ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, §§ 27–46.

²³³⁶ C'est également cet aspect qui a suscité l'intérêt de la doctrine ; voir en particulier COJOCARIU, Hit and Miss, pp. 105–111, KELLER/GARIN, pp. 486–509 ; VAN DEN EYNDE, pp. 228–246. Sur le fond, la Cour conclut à l'unanimité à une violation de l'article 2 CEDH sous ses volets procédural et substantiel ainsi qu'à une violation de l'article 13 CEDH examiné en lien avec l'article 2 CEDH. Elle juge par ailleurs, à la majorité, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 3 CEDH, seul ou en lien avec l'article 13 CEDH, ni d'examiner la recevabilité et le bien-fondé des griefs relatifs à l'article 14 CEDH. Finalement, elle considère à l'unanimité qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la recevabilité et le bien-fondé des griefs tirés des articles 5 et 8 CEDH (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, §§ 130–156).

²³³⁷ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 105.

étroit » avec M. Câmpeanu et d'un « intérêt personnel » à maintenir les griefs devant la Cour²³³⁸. Dans la lignée de sa jurisprudence, la Cour aurait donc dû déclarer la requête irrecevable²³³⁹. Néanmoins, eu égard aux « circonstances exceptionnelles » du cas, les dix-sept juges considèrent à l'unanimité que l'association doit être autorisée à agir au nom de M. Câmpeanu, sans procuration et alors même que celui-ci est décédé peu après son premier contact avec l'association agissant en son nom²³⁴⁰. Quels sont donc les éléments caractérisant ces « circonstances exceptionnelles » ? Nous pouvons dégager cinq éléments ou critères de l'arrêt *Câmpeanu*²³⁴¹.

L'élément le plus important est la situation de vulnérabilité de la victime directe²³⁴². Dans le cas de M. Câmpeanu, la Cour qualifie cette vulnérabilité d'« extrême »²³⁴³. En effet, M. Câmpeanu cumule de nombreux facteurs de vulnérabilité. Outre son handicap mental grave et l'absence de proches, nous pouvons également relever son appartenance à la minorité rom, le fait qu'il était porteur du VIH ainsi que de plusieurs autres maladies graves, autant d'éléments que la Cour a reconnus comme sources de vulnérabilité (intrinsèque) dans d'autres contextes²³⁴⁴. M. Câmpeanu était par ailleurs placé en institution,

646

²³³⁸ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 107. Il ne s'agit pas non plus d'un cas de substitution de parties dans la mesure où M. Câmpeanu n'avait pas lui-même introduit une requête de son vivant.

²³³⁹ Voir p. ex. *Conka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique* (déc.), requête n° 51564/99, 13 mars 2001, § 1 ; *Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n° 48609/06, 18 juin 2013, §§ 89–93 ; voir aussi KELLER/GARIN, p. 490. Selon une information obtenue oralement d'un juge de la Cour, l'affaire était d'ailleurs bel et bien en route vers l'irrecevabilité, ce qui n'aurait changé que grâce à l'insistance des avocates de l'association requérante.

²³⁴⁰ Dans son opinion concordante, PINTO DE ALBUQUERQUE soulève que la structure du raisonnement est quelque peu surprenante : la Cour procède en effet à une justification conséquentialiste, soutenant que l'association doit se voir reconnaître la qualité pour agir « afin d'éviter que l'État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention » (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 112). Elle définit ainsi le résultat avant de déterminer les critères pertinents pour examiner l'existence de la qualité pour agir de l'association requérante (*idem*, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 6). Si ce genre de raisonnement n'est peut-être pas très satisfaisant d'un point de vue dogmatique, il montre l'importance que la Cour accorde à l'effectivité du droit de recours et de l'accès à la Cour.

²³⁴¹ Voir aussi MARQUIS, nos 1141–1145.

²³⁴² *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 103 ; voir aussi *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 102. Pour une critique de l'importance accordée à ce critère, voir en particulier VAN DEN EYNDE, pp. 240–243.

²³⁴³ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, §§ 104, 108, 109.

²³⁴⁴ Voir p. ex. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007 (appartenance à la minorité rom ; voir aussi *supra*, nos 403–441) ; *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42 (handicap mental ou psychique ; voir aussi *supra*, nos 330–336) ; *Kiyutin c. Russie*, requête n° 2700/10, 10 mars 2011, § 64 (personnes vivant avec le VIH/sida ; voir aussi *supra*, nos 337–346).

un facteur de vulnérabilité situationnelle reconnu par la Cour²³⁴⁵. Nous pouvons y ajouter son dénuement matériel, un aspect que la Cour cite aussi parfois comme facteur de vulnérabilité²³⁴⁶. Dans l'affaire *Câmpeanu*, la Cour ne précise pas les éléments qu'elle considère comme source de vulnérabilité, probablement parce que celle-ci ne faisait aucun doute, étant qualifiée d'« incontestable » même par l'État défendeur²³⁴⁷.

647

Le deuxième élément est que même si M. Câmpeanu n'avait pas été en mesure, de son vivant, d'engager lui-même une procédure en défense de ses intérêts « compte tenu de son extrême vulnérabilité »²³⁴⁸, il n'avait personne pour le faire à sa place. En effet, il n'avait pas de proches et les autorités roumaines n'avaient « chargé aucune personne compétente ni aucun tuteur de veiller à ses intérêts – juridiques ou autres », en violation du droit interne²³⁴⁹ et, potentiellement, du droit conventionnel²³⁵⁰. L'absence de proches ou d'une personne chargée de représenter la victime peut être considérée à son tour

²³⁴⁵ Voir p. ex. *Heinisch c. Allemagne*, requête n° 28274/08, 21 juillet 2011, § 71 ; voir aussi *supra*, n°s 382–390.

²³⁴⁶ À propos du dénuement matériel extrême comme source de vulnérabilité, voir en particulier *supra*, n°s 469, 477, 488–497, 527 ; voir aussi BESSON, *Vulnérabilité*, p. 71 ; LAVRYSEN, *Poverty*, pp. 300–302 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, pp. 1067–1070 (citant en particulier *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011 et *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012).

²³⁴⁷ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 82.

²³⁴⁸ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 108.

²³⁴⁹ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 111. À propos de la violation du droit interne, la Cour précise qu'un État ne saurait tirer profit de la violation de son propre droit, à savoir de son manquement à désigner une tutrice ou représentante légale à une personne en situation de handicap mental grave. Aux yeux de la Cour, cette situation serait également incompatible avec l'obligation de ne pas entraver le droit de recours individuel (*idem*, § 112).

²³⁵⁰ La Cour a parfois fait découler de l'article 8 CEDH l'obligation de nommer une personne chargée de représenter les intérêts d'une personne en situation de handicap (voir notamment *B. c. Roumanie* [n° 2], requête n° 1285/03, 19 février 2013, §§ 96–97 ; pour une critique de cet arrêt, voir COJOCARIU, *Hit and Miss*, p. 112).

comme source de vulnérabilité²³⁵¹. Il s'agit toutefois d'un critère à part entière, qui vise avant tout à garantir que l'intervention d'une tierce personne reste subsidiaire²³⁵².

Les troisième et quatrième critères sont étroitement liés et ont tous deux trait à la situation plus spécifique du Centre de ressources juridiques²³⁵³. Tout d'abord, l'association a entretenu des contacts avec M. Câpeanu de son vivant, et a accompli un certain nombre de démarches « qui auraient normalement relevé de la responsabilité d'un tuteur ou d'un représentant »²³⁵⁴. Ensuite, la qualité pour agir de l'association n'a jamais été mise en cause par les autorités internes, y compris lors des démarches judiciaires entreprises²³⁵⁵. Soulignons toutefois le caractère extrêmement limité des contacts personnels de l'association avec la victime directe qui, rappelons-le, est décédée le jour même de la visite d'observation²³⁵⁶. Quant à la question de savoir si la qualité pour agir a été reconnue en droit interne, il s'agit d'une condition foncièrement ambivalente. En effet, lui accorder trop d'importance serait non seulement contraire au principe de l'interprétation autonome de la notion de victime, mais risquerait également de créer des divergences quant à l'accès à la Cour selon les différents États membres et d'inciter ceux-ci à régler la qualité pour agir des associations de manière restrictive afin de limiter les possibilités de contrôle de

648

²³⁵¹ La relation entre tutrice ou curatrice et pupille peut toutefois être source de vulnérabilités à son tour, en raison notamment de la relation asymétrique et de la dépendance de la seconde vis-à-vis de la première (voir p. ex. *COJOCARIU*, Hit and Miss, p. 109). La vulnérabilité est quelque peu tempérée par l'obligation des États de permettre à la personne concernée de contester elle-même la privation de sa capacité juridique, un droit découlant de l'article 8 CEDH et, selon les cas, de l'article 6 CEDH (voir p. ex. *Chtoukatourov c. Russie*, requête n° 44009/05, 27 mars 2008, §§ 90–95 ; *Berkova c. Slovaquie*, requête n° 67149/01, 24 juin 2009, § 175 ; *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, requête n° 36500/05, 13 septembre 2009, §§ 134–135 ; *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 241–242). *COJOCARIU* montre toutefois aussi que la Cour n'est pas toujours sensible aux risques d'abus découlant de cette relation de pouvoir (*COJOCARIU*, Hit and Miss, pp. 112–113). De manière intéressante, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe estime que le fait, pour la Cour, de « continuer[r] de reconnaître le trouble mental comme possible justification pour restreindre la capacité juridique » indique que « le système européen des droits de l'homme n'a pas encore totalement intégré le changement de paradigme envisagé par la [CDPH] » dont l'article 12 consacre un droit d'*accompagnement* (et non de substitution) dans les prises de décision (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Capacité juridique, pp. 16–17).

²³⁵² Voir aussi MARQUIS, n°s 1144, 1150.

²³⁵³ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 110.

²³⁵⁴ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 110.

²³⁵⁵ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 110.

²³⁵⁶ Dans son opinion concordante, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE parle d'une « fiction juridique » (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 4).

la Cour. Il peut donc s'agir tout au plus d'un aspect parmi d'autres dont la Cour tient compte, mais qui ne devrait en aucun cas être décisif²³⁵⁷.

649

Comme cinquième élément, la Cour retient la nature du grief invoqué par l'association requérante. La Cour note à cet égard que « le principal grief fondé sur la Convention concerne des doléances tirées du droit à la vie (article 2 CEDH), que M. Câpeanu, bien qu'étant la victime directe, ne pouvait évidemment pas présenter puisqu'il était décédé »²³⁵⁸. Cette formulation pourrait suggérer que la capacité d'agir d'une association est limitée aux griefs découlant du droit à la vie en lien avec un décès, que la victime directe ne peut, par définition, porter elle-même devant la Cour²³⁵⁹. C'est également pour éviter une telle interprétation étroite que plusieurs juges insistent dans une opinion partiellement dissidente que la Cour aurait en sus dû constater une violation de l'article 3 CEDH²³⁶⁰. Or, limiter la possibilité de représentation *de facto* aux personnes décédées contreviendrait à notre sens à l'idée même de la jurisprudence *Câpeanu*, qui visait à améliorer l'accès à la justice de personnes qui, en raison de leurs situations particulièrement vulnérables, ne sont pas en mesure de défendre leurs intérêts²³⁶¹. La jurisprudence ultérieure confirme ce raisonnement, montrant qu'il faut plutôt comprendre ce critère comme ayant trait à « l'importance des allégations portées devant la Cour », autrement dit la gravité des violations alléguées²³⁶². Dans d'autres arrêts, elle se réfère plus largement aux « considérations spéciales [qui peuvent] se justifier dans le cas de victimes alléguées de violations des articles 2, 3 et 8 de la Convention subies aux

²³⁵⁷ Du même avis, voir KELLER/GARIN, p. 498 ; MARQUIS, n° 1152.

²³⁵⁸ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 112.

²³⁵⁹ Pour cette interprétation, voir *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 4 et *idem*, op. part. diss. SPIELMANN, BIANKU et NUSSBERGER. Une compréhension similaire est suggérée dans les affaires *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 102 ; voir aussi VAN DEN EYNDE, pp. 236–237.

²³⁶⁰ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. part. diss. SPIELMANN, BIANKU et NUSSBERGER. Le jugement, quoique rendu à l'unanimité, a été accompagné par deux opinions partiellement dissidentes – outre la précitée, une seconde des juges ZIEMELE et BIANKU plaidant pour un constat de violation de l'article 14 CEDH – et d'une opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, sur laquelle nous reviendrons plus en détail par la suite (voir *infra*, n°s 672–687).

²³⁶¹ Voir aussi en ce sens, MARQUIS, n° 1142.

²³⁶² *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n°s 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, §§ 52–53 ; *Kondrulin c. Russie*, requête n° 12987/15, 20 septembre 2016, § 31 ; *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020, § 47 ; *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 16806/15, 4 juin 2020, § 122 ; voir aussi et *infra*, n° 658 et COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 53

maines des autorités nationales »²³⁶³. À notre sens, ce critère ne devrait toutefois pas exclure l'application de la jurisprudence *Câmpeanu* à des griefs tirés d'autres articles, tirés par exemple des articles 5 et 14 CEDH²³⁶⁴. À cet égard, nous regrettons que la majorité dans *Câmpeanu* ait refusé d'examiner le grief tiré de l'article 14 CEDH²³⁶⁵.

Se basant sur les cinq critères précités, la Cour conclut à l'unanimité que l'association requérante possédait la qualité pour agir au nom de M. Câmpeanu²³⁶⁶. Il est intéressant de noter que les arguments retenus par la Cour correspondent à ceux invoqués par la requérante²³⁶⁷. À première vue, cela indique surtout que la Cour a suivi le raisonnement de la requérante. Or, le fait que la Cour considère l'ensemble de ces critères comme pertinents est également l'expression de sa volonté d'insister sur le caractère exceptionnel du cas *Câmpeanu*, un élément qui se retrouve tout au long de l'arrêt²³⁶⁸. Cette insistance nous paraît critiquable. Elle limite non seulement de manière considérable la portée de l'arrêt – ce qui est exceptionnel ne saurait en principe pas se répéter trop souvent – ; elle pose aussi problème au regard de la sécurité juridique. On en veut pour illustration les interprétations divergentes de l'arrêt *Câmpeanu* : si certaines auteurs ont estimé que les critères de la jurisprudence *Câmpeanu* devaient être compris comme alternatifs²³⁶⁹, la jurisprudence ultérieure les a lus

650

²³⁶³ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 91 ; *G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016, § 46 ; *Klak c. Pologne* (déc. [Comité]), requête n° 49210/15, 6 avril 2021, § 59.

²³⁶⁴ Voir similairement, MARQUIS, n° 1143.

²³⁶⁵ Les circonstances de l'affaire indiquent en effet que le traitement réservé à M. Câmpeanu était largement dû à son appartenance à la minorité rom. Une autre question intéressante aurait été de savoir dans quelle mesure M. Câmpeanu a été victime de discriminations en raison de son handicap.

²³⁶⁶ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 114. Précisons à cet égard que la requête a été enregistrée sous le nom de l'association requérante, avec l'ajout « au nom de », une pratique jusqu'alors inédite (pour plus de détails, voir MARQUIS, nos 682, 1070, 1154).

²³⁶⁷ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, §§ 87–91, not. § 90.

²³⁶⁸ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, voir not. §§ 105, 112, 151 ; les « circonstances exceptionnelles » du cas d'espèce avaient aussi été soulignées par la requérante (*idem*, §§ 87, 89) ainsi que par le Commissaire des droits de l'homme en sa qualité de tiers intervenant (*idem*, § 93).

²³⁶⁹ Voir not. KELLER/GARIN, p. 499. À notre sens, le caractère cumulatif des critères ressort toutefois de l'arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, §§ 103–114 ; voir aussi MARQUIS, nos 1141–1146, et plus spécifiquement la note 1656.

comme étant cumulatifs²³⁷⁰. La jurisprudence rappelle toutefois aussi régulièrement que la notion de victime ne devrait pas être interprétée de manière trop rigide²³⁷¹ ; or, nous estimons que le même adage vaut, *a fortiori*, pour la représentation *de facto* d'une personne dont la qualité de victime ne fait aucun doute²³⁷².

651 Enfin – et c'est peut-être la critique la plus importante – l'insistance des juges sur le caractère exceptionnel de la situation de M. Câmpeanu n'est pas non plus réaliste. En effet, s'il est probablement rare qu'une personne cumule autant de facteurs de vulnérabilité que M. Câmpeanu, les documents soumis par diverses tierces intervenantes dans l'affaire indiquent que sa situation reflète la réalité de nombreuses personnes en situation de handicap mental dans la région. Comme le montrent les preuves soumises par les diverses tierces intervenantes, cette réalité se caractérise par une institutionnalisation répandue, des situations souvent extrêmement précaires dans ces institutions et une absence d'enquêtes effectives, y compris s'agissant des cas de décès dans des orphelinats ou institutions psychiatriques²³⁷³. La Cour elle-même admet, dans le cadre de l'article 46 CEDH, que l'affaire révèle « l'existence d'un problème plus vaste qui lui commande d'indiquer des mesures générales pour l'exécution de son arrêt »²³⁷⁴. Le fait que la question de la représentation par des associations ou autres tierces personnes se soit reposée à plusieurs reprises depuis l'arrêt *Câmpeanu*, comme nous le verrons dans ce qui suit, plaide également en faveur d'une approche de principe en la matière.

b) Les suites de l'arrêt *Câmpeanu*

652 La Cour a confirmé à plusieurs reprises les critères dégagés dans l'arrêt *Câmpeanu*. Les affaires concernent à la fois des requêtes émanant d'associations,

²³⁷⁰ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n^{os} 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, §§ 52–59 ; *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n^o 38067/5, 23 janvier 2020, § 47 ; *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n^{os} 15343/15 et 16806/15, 4 juin 2020, § 122.

²³⁷¹ Voir p. ex. *Roman Zakharov c. Russie* [GC], requête n^o 47143/06, 4 décembre 2015, § 164 ; *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n^o 41288/15, 14 janvier 2020, § 75.

²³⁷² En ce sens, voir aussi MARQUIS, n^{os} 1141–1146.

²³⁷³ BULGARIAN HELSINKI COMMITTEE, n^{os} 15–24 ; COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2011)37, n^{os} 5–13 ; voir aussi COJOCARIU, Hit and Miss, p. 108.

²³⁷⁴ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n^o 47848/08, 17 juillet 2014, § 160.

à l'instar de l'affaire *Câmpeanu* (i) et des requêtes introduites par d'autres tierces personnes (ii) ou par des proches (iii).

i) Les requêtes émanant d'associations

Plusieurs affaires introduites par des associations au nom des victimes directes ont permis à la Cour de confirmer sa jurisprudence *Câmpeanu*. Nous pouvons opposer trois arrêts dans lesquels la Cour a reconnu la qualité pour agir de l'association requérante à deux autres qui l'ont niée²³⁷⁵. 653

L'arrêt *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, rendu peu après l'arrêt *Câmpeanu*, confirme simplement les constats de celui-ci²³⁷⁶. La Cour se borne à décrire brièvement les similarités entre les deux cas : M. Garcea, une personne détenue souffrant de graves troubles psychiques, était décédé sans laisser de famille connue ; l'association requérante alléguait de graves violations (invokant notamment les articles 2, 3 et 13 CEDH) et avait représenté M. Garcea dans les procédures internes²³⁷⁷. Bien plus que dans l'affaire *Câmpeanu*, l'association entretenait un réel contact avec la victime directe, l'ayant déjà représentée pour diverses démarches administratives et judiciaires de son vivant²³⁷⁸. Précisons sur ce dernier point que la Cour estime que le requérant aurait pu introduire une requête de son vivant grâce à l'association, mais n'y voit pas d'obstacle à la recevabilité de la requête devant elle²³⁷⁹. Quant à la vulnérabilité de la victime directe, la Cour ne l'analyse pas en détail : M. Garcea étant un détenu avec des troubles psychiques graves, la Cour semble la considérer comme acquise²³⁸⁰. S'il est regrettable que la Cour n'ait pas davantage précisé son raisonnement, l'affaire indique néanmoins qu'une personne ne doit pas se trouver dans une 654

²³⁷⁵ Outre les affaires examinées ci-après, voir aussi *Centre de ressources légales au nom de Malacu et autres c. Roumanie* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 55093/09, 27 septembre 2016, où l'État défendeur avait accepté sa responsabilité, et *Kondrulin c. Russie*, requête n° 12987/15, 20 septembre 2016, not. §§ 28–34.

²³⁷⁶ *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015.

²³⁷⁷ *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015, §§ 42–43.

²³⁷⁸ *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015, §§ 15–19, 44–45.

²³⁷⁹ *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015, § 45.

²³⁸⁰ La Cour mentionne notamment la « position vulnérable » des personnes détenues dans son analyse du fond de l'affaire, s'agissant des obligations positives de l'État (voir *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015, §§ 66, 73).

situation de vulnérabilité aussi extrême que l'était M. Câmpeanu pour qu'une requête introduite en son nom soit déclarée recevable. En conclusion, dans cette affaire, la Cour a accepté la qualité pour agir de l'association requérante. Sur le fond, elle conclut à une violation du volet procédural du droit à la vie²³⁸¹.

655 À l'inverse, dans l'affaire *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie*, la Cour n'a pas accepté la qualité de représentante *de facto* de l'association requérante. Celle-ci souhaitant défendre la cause de deux jeunes filles en situation de handicap mental, décédées dans un foyer où elles avaient été abandonnées par leurs familles. Dans sa décision, la Cour examine les cinq critères de sa jurisprudence *Câmpeanu*, confirmant donc leur pertinence²³⁸². Trois d'entre eux sont remplis : la grande vulnérabilité des victimes directes ; des allégations de violations sérieuses de leurs droits, en l'espèce des articles 2 et 3 CEDH, et l'incapacité des victimes directes de se plaindre de leurs conditions de vie de leur vivant²³⁸³. Cette incapacité est due à leur grande vulnérabilité, mais aussi au fait qu'elles ont été abandonnées, menant donc une vie d'orphelines de fait²³⁸⁴. Si, théoriquement, ces filles avaient donc des représentantes légales, celles-ci ne pouvaient être vues comme « personnes susceptibles d'introduire une requête devant la Cour », en l'absence d'un « lien réel entre parents et enfants » qui avait pour résultat que « personne ne se trouvait en charge [de] veiller aux intérêts de ces derniers »²³⁸⁵. Ces considérations montrent que la Cour est prête à interpréter le critère des représentantes légales en tenant compte non pas de critères formels, mais de la situation réelle des victimes directes, ce qui est à saluer²³⁸⁶.

656 La Cour a en revanche jugé que les deux autres critères n'étaient pas remplis : la qualité pour agir en droit interne et la relation entre l'association et les victimes. En effet, alors même que l'association était intervenue dans la

²³⁸¹ *Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015, §§ 73–75.

²³⁸² *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n°s 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, §§ 50–61.

²³⁸³ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n°s 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, §§ 53–55. Il n'est pas clair à quels éléments la « grande vulnérabilité » fait référence – il aurait en effet été préférable de dire qu'en raison de leur handicap et de leur statut de quasi-orphelines, les deux filles s'étaient trouvées dans une situation de vulnérabilité particulière.

²³⁸⁴ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n°s 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 53.

²³⁸⁵ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n°s 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 55.

²³⁸⁶ Une approche ne se limitant pas à l'existence formelle d'une personne chargée de la représentation légale, mais qui tient compte de l'existence effective – ou non – d'une telle représentation est cruciale pour éviter que des personnes privées de leur capacité juridique soient dépouillées d'une protection effective de leurs droits (COJOCARIU, Hit and Miss, pp. 111–115).

procédure interne, elle n’y avait jamais disposé de la qualité pour agir²³⁸⁷. Nous avons déjà souligné que ce critère est problématique, entrant en conflit avec la portée autonome de l’article 34 CEDH²³⁸⁸. Ensuite – et c’est ce dernier critère qui semble avoir été décisif – l’association n’avait entretenu aucun contact avec les victimes de leur vivant, contrairement aux affaires *Câmpeanu* et *Garcea*. Plus encore, l’association n’a pris connaissance du cas des jeunes filles que plusieurs mois après leurs décès, lors de la diffusion d’un documentaire télévisé sur les conditions de vie dans certaines institutions²³⁸⁹. En plus, si elle a entrepris des démarches tout de suite après cette diffusion pour dénoncer publiquement les conditions de vie en institution, elle n’est intervenue dans les procédures pénales concernant les deux filles que plusieurs années après leurs décès respectifs, et plusieurs années après que les procédures avaient été ouvertes²³⁹⁰. La Cour en conclut que l’association ne remplissait pas les critères établis dans les arrêts *Câmpeanu* et *Garcea*, et n’avait donc pas qualité pour recourir²³⁹¹.

Deux autres affaires ont consolidé la jurisprudence *Câmpeanu*, tout en apportant quelques nuances. L’affaire *L.R. c. Macédoine du Nord* concernait un garçon de huit ans en situation de handicap physique et mental grave abandonné peu après sa naissance et placé dans plusieurs institutions²³⁹². Elle portait sur l’absence de soins adéquats comme sur les traitements inhumains et dégradants dont le garçon avait été victime : entre autres, le garçon avait passé une année et neuf mois attaché à un lit jour et nuit. Tout comme l’affaire *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* précitée, l’association requérante avait d’abord pris connaissance de ce cas dans un rapport présenté par l’Ombudsman²³⁹³. Cependant, contrairement à celle-ci, l’association a très vite pris contact avec la victime, a déposé une plainte pénale et a suivi de près les procédures internes²³⁹⁴. La Cour conclut que l’association requérante remplit les critères

²³⁸⁷ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 58.

²³⁸⁸ Voir *supra*, n° 648 ; voir aussi MARQUIS, n° 1151.

²³⁸⁹ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, §§ 56–58.

²³⁹⁰ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 57. Cet aspect temporel fait référence au devoir de diligence des requérantes, qui est pertinent dans le contexte du délai pour introduire une requête (art. 35 par. 1 CEDH) ; à ce propos, voir *infra*, nos 723–744.

²³⁹¹ *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, § 61.

²³⁹² *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/5, 23 janvier 2020.

²³⁹³ *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/5, 23 janvier 2020, §§ 43, 45.

²³⁹⁴ *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/5, 23 janvier 2020, §§ 51–52.

pour représenter *de facto* le requérant « hautement vulnérable » qui n'est pas en mesure d'exprimer son opinion²³⁹⁵.

658 L'arrêt *L.R. c. Macédoine du Nord* apporte plusieurs précisions bienvenues à la jurisprudence *Câmpeanu*. Tout d'abord, il montre que celle-ci peut également s'appliquer du vivant des victimes directes, qui sont alors considérées comme les requérantes représentées *de facto* par une association. Ensuite, il confirme que la qualité pour agir de l'association dans la procédure interne n'est pas une *conditio sine qua non* dès lors que celle-ci s'est activement impliquée. Enfin, l'arrêt précise que le fait que la victime ait une représentante légale – en l'occurrence, une institution étatique – n'empêche pas l'association d'agir dès lors que cette représentante n'est pas susceptible de défendre les intérêts de la victime, mais que son comportement est justement mis en cause²³⁹⁶. Ces précisions sont importantes afin d'éviter une interprétation trop restrictive des critères énoncés dans l'arrêt *Câmpeanu*.

659 L'affaire *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France* se distingue des précédentes par le fait qu'elle concernait une enfant maltraitée par ses parents et n'était donc pas dans une institution étatique²³⁹⁷. Néanmoins, la responsabilité de l'État est engagée en raison du manquement à ses obligations positives de protection²³⁹⁸. Pour ce qui est de la recevabilité – et en particulier la qualité pour agir des associations –, plusieurs des critères établis dans l'affaire *Câmpeanu* n'ont posé aucun problème. La Cour estime que la vulnérabilité de la victime directe, décédée à huit ans des séquelles de mauvais traitements, ne fait aucun doute ; les allégations portées devant la Cour portent sur des violations conventionnelles graves et les associations requérantes étaient intervenues dans la procédure interne en tant que parties civiles²³⁹⁹. Au vu de leur participation active dans ces procédures, la Cour n'accorde pas une grande importance au fait que les associations n'avaient entretenu aucun contact avec la victime avant son décès²⁴⁰⁰. Contrairement aux affaires précitées, la victime

²³⁹⁵ *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/5, 23 janvier 2020, §§ 47–48, 53.

²³⁹⁶ *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/5, 23 janvier 2020, § 50.

²³⁹⁷ *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020.

²³⁹⁸ *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, §§ 159–176 ; à ce propos, voir aussi *supra*, n°s 285–292.

²³⁹⁹ *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, §§ 123–124, 130–131.

²⁴⁰⁰ *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, §§ 130–131.

directe avait des proches : en particulier une tante et trois frères et sœurs qui avaient entretemps atteint l'âge de la majorité. Or, la Cour déduit des circonstances de l'affaire qu'aucune de ces personnes n'est susceptible d'introduire une requête au nom de la victime, et d'ailleurs aucune d'entre elles ne s'est impliquée dans la procédure interne. Partant, la Cour reconnaît la qualité pour agir de représentantes *de facto* aux associations requérantes²⁴⁰¹.

L'ensemble des affaires précitées se caractérisent par la très grande vulnérabilité des victimes directes. En cela, elles contrastent avec la dernière affaire que nous souhaitons mentionner ici. Dans sa décision d'irrecevabilité *G.J. c. Espagne*, la Cour refuse que l'association Women's Links Worldwide représente la victime directe, une jeune femme nigériane déboutée de sa demande d'asile en Espagne et renvoyée au Nigéria²⁴⁰². La Cour considère notamment que la victime directe n'était pas dans une situation d'extrême vulnérabilité l'empêchant de déposer une requête elle-même, ou en tout cas de signer une procuration valable²⁴⁰³. 660

Or, ce constat méconnaît le vécu de la requérante et les réalités du terrain. En effet, divers éléments indiquaient que G.J. avait été victime de traite d'êtres humains ; qu'en Espagne, elle avait été forcée de se prostituer et qu'à son retour, elle était retombée aux mains d'un réseau de traite²⁴⁰⁴. La situation de G.J. se caractérise ainsi par divers facteurs de vulnérabilité : sa situation de requérante d'asile déboutée, de victime de traite et de prostitution forcée, son dénuement matériel, ou encore le fait qu'elle était enceinte au moment des faits²⁴⁰⁵. Le fait que son statut de victime de traite et de prostitution forcée n'ait pas été reconnu par les autorités espagnoles ne diminue pas cette vulnérabilité ; au contraire, cette absence de reconnaissance, qui a empêché G.J. de bénéficier des protections particulières prévues dans ces cas, peut être considérée comme source supplémentaire de vulnérabilité²⁴⁰⁶. 661

²⁴⁰¹ *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes nos 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, § 131.

²⁴⁰² *G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016, § 52.

²⁴⁰³ *G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016, § 52.

²⁴⁰⁴ KELLER/GARIN, pp. 496–497. Au sujet du cycle de traite et du risque de revictimisation après le renvoi, voir en particulier FREL, pp. 240–245.

²⁴⁰⁵ Voir aussi KELLER/GARIN, pp. 497, 502–503.

²⁴⁰⁶ En ce sens, voir aussi KELLER/GARIN, pp. 503–505. Cela montre le rôle ambivalent du droit, qui est à la fois réponse à certaines vulnérabilités et source d'autres vulnérabilités.

662 Du point de vue de la recevabilité, le facteur de vulnérabilité le plus important est probablement son renvoi du territoire espagnol, compromettant sa capacité d'introduire une requête elle-même. En effet, au vu des circonstances concrètes de G.J., sa possibilité de transmettre une procuration par voie consulaire paraît pour le moins douteuse²⁴⁰⁷. Partant, nous pensons que la Cour aurait dû considérer que la requérante, à défaut d'être dans une position de vulnérabilité extrême comme l'était M. Câmpeanu, se trouvait malgré tout dans une situation de vulnérabilité justifiant une certaine souplesse quant à l'absence d'une procuration formelle²⁴⁰⁸. Quant à l'autre distinction majeure que la Cour opère avec l'arrêt *Câmpeanu*, à savoir que les autorités internes n'avaient pas reconnu la qualité pour agir de l'association requérante²⁴⁰⁹, nous avons déjà indiqué que ce critère ne devrait pas être décisif, au risque de compromettre l'interprétation autonome de l'article 34 CEDH²⁴¹⁰.

663 L'affaire *G.J. c. Espagne*, et les considérations qui précèdent au sujet de la situation particulièrement vulnérable de personnes migrantes, permettent de soulever un autre élément au passage : la question de la radiation du rôle d'une requête en vertu de l'article 37 al. 1 let. a lorsqu'une requérante interrompt le contact ou ne maintient qu'un contact insuffisant avec sa représentante dans la procédure devant la Cour²⁴¹¹. S'il s'agit là d'un cas de figure différent de l'absence de procuration valable, il n'en reste pas moins qu'il concerne également l'effectivité du droit de recours pour des personnes qui se trouvent dans une situation vulnérable. À ce propos, la Grande Chambre a précisé dans l'affaire *N.D. et N.T. c. Espagne* que des contacts sporadiques via téléphone et WhatsApp devaient suffire, compte tenu notamment de la situation difficile des requérants, vivant dans la précarité et sans domicile fixe²⁴¹².

²⁴⁰⁷ Voir aussi KELLER/GARIN, pp. 502–503.

²⁴⁰⁸ Précisons à cet égard que l'article 47, par. 5.1 let. c du Règlement de la Cour prévoit explicitement la possibilité, pour la Cour, d'examiner une requête malgré l'absence de procuration valable.

²⁴⁰⁹ *G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016, § 52. Plus spécifiquement, les autorités avaient considéré que la procuration dont disposait l'association requérante n'était valable que dans le cas de la procédure administrative.

²⁴¹⁰ Voir *supra*, nos 648, 656 ; voir aussi MARQUIS, n° 1151.

²⁴¹¹ Voir en particulier *N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], requêtes nos 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020, §§ 69–79 ; *Asady et autres c. Slovaquie*, requête n° 24917/15, 24 mars 2020, §§ 34–42.

²⁴¹² *N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], requêtes nos 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020, § 74. La conclusion dans cette affaire contraste toutefois avec celle de l'arrêt *Asady et autres c. Slovaquie*, requête n° 24917/15, 24 mars 2020, § 40 ; pour une critique de ce second arrêt, voir *idem*, op. diss. KELLER, §§ 1–5.

ii) Les requêtes introduites par d'autres tierces personnes

La possibilité de la représentation *de facto* n'est pas limitée aux associations, 664 comme le montrent plusieurs affaires dans lesquelles la Cour a évoqué cette possibilité pour des avocates²⁴¹³. Plusieurs affaires relativement similaires portent sur des disparitions forcées, sur le sol russe, de personnes recherchées par les autorités ouzbèkes²⁴¹⁴. Dans ces affaires, la Cour confirme la vulnérabilité particulière des victimes de disparition forcée. Plus spécifiquement, la vulnérabilité des victimes directes découle du fait qu'elles sont recherchées par les autorités ouzbèkes, ayant été condamnées *in absentia* pour des crimes à motivation politique et qu'en cas d'extradition, elles seraient emprisonnées et courraient un risque sérieux de mauvais traitements²⁴¹⁵.

La Cour considère en revanche que, dans ces deux cas, un autre des critères 665 dégagés dans l'arrêt *Câmpeanu* n'est pas rempli : celui de la subsidiarité de l'action d'une tierce personne, association ou avocate. Ainsi, la représentation *de facto* ne paraît envisageable que lorsqu'elle constitue la seule voie pour sauvegarder les intérêts de la victime directe²⁴¹⁶. Or, dans ces affaires, les victimes directes ont des proches, et la Cour considère que celles-ci auraient pu agir pour la défense de leurs intérêts, se basant sur sa jurisprudence établie selon laquelle les proches de personnes disparues ou décédées dans des circonstances impliquant la responsabilité de l'État ont la qualité pour agir en leur propre nom en tant que victimes indirectes²⁴¹⁷. Dans l'une des affaires, un neveu du disparu avait effectivement entrepris des démarches²⁴¹⁸. En revanche, le raisonnement de la Cour paraît très sévère dans l'affaire *N. et M. c. Russie*²⁴¹⁹. Dans ce dernier

²⁴¹³ *N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes n^{os} 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016 ; *Isakov c. Russie* (déc.), requête n^o 52286/14, 5 juillet 2016.

²⁴¹⁴ Voir en particulier *N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes n^{os} 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016 et *Isakov c. Russie* (déc.), requête n^o 52286/14, 5 juillet 2016.

²⁴¹⁵ *N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes n^{os} 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016, § 60 ; *Isakov c. Russie* (déc.), requête n^o 52286/14, 5 juillet 2016, § 40 ; *Azimov c. Russie* (déc.), requête n^o 41135/14, 17 septembre 2019, § 43.

²⁴¹⁶ *N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes n^{os} 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016, § 62 ; *Isakov c. Russie* (déc.), requête n^o 52286/14, 5 juillet 2016, § 42 ; *Azimov c. Russie* (déc.), requête n^o 41135/14, 17 septembre 2019, § 42.

²⁴¹⁷ *N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes n^{os} 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016, § 62 ; *Isakov c. Russie* (déc.), requête n^o 52286/14, 5 juillet 2016, § 42 ; *Azimov c. Russie* (déc.), requête n^o 41135/14, 17 septembre 2019, § 42 ; voir aussi *supra*, n^{os} 626–628.

²⁴¹⁸ *Isakov c. Russie* (déc.), requête n^o 52286/14, 5 juillet 2016, §§ 41–42. Dans l'affaire *Azimov c. Russie* (déc.), requête n^o 41135/14, 17 septembre 2019, §§ 39–44, le formulaire de requête contenait une procuration signée par l'épouse du disparu, mais seulement des griefs au nom de celui-ci, et était donc incomplet.

²⁴¹⁹ Selon MARQUIS, la décision est « *a priori* correcte », mais « néanmoins sévère » (MARQUIS, n^o 1149). Il souligne aussi que la décision n'a été rendue qu'à la majorité, et non à l'unanimité (*ibidem*).

cas, les membres de la famille avaient été questionnées par les autorités ouzbèkes, un fait qui nous semble apte à exercer une pression susceptible de les dissuader d'introduire une requête. Nous estimons que la Cour aurait dû tenir compte de cet élément pour considérer que les proches de la victime n'étaient pas « susceptibles d'introduire une requête » pour la défense des intérêts des victimes directes, à l'instar des parents dans *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie*²⁴²⁰. Une telle conclusion aurait alors permis à la Cour de déclarer recevable la requête de l'avocate²⁴²¹.

iii) Les requêtes soumises par des proches

666 Par la suite, la Cour s'est également fondée sur les critères dégagés dans l'arrêt *Câmpeanu* dans des affaires émanant de proches, avec quelques nuances toutefois. Deux affaires méritent d'être analysées en particulier : l'affaire *Lambert et autres c. France*²⁴²² et l'affaire *N.Ts. et autres c. Géorgie*²⁴²³.

667 L'affaire *Lambert et autres c. France* porte sur le cas, devenu tristement célèbre, d'un jeune homme qui s'est retrouvé, suite à un accident de voiture, dans un « état végétatif chronique » en raison de lésions cérébrales irréversibles²⁴²⁴. Devant la Cour se posait la question d'un éventuel arrêt de sa nutrition et de son hydratation artificielles. Celui-ci avait été décidé à l'issue de la procédure interne. Les parents, un demi-frère et une sœur de Vincent Lambert avaient déposé une requête auprès de la Cour pour s'opposer à cet arrêt. À l'inverse, l'épouse de M. Lambert, soutenue par un neveu et une demi-sœur, était favorable à cet arrêt.

668 Malgré la vulnérabilité évidente de la victime, incapable de s'exprimer elle-même lors de la procédure, la Cour a considéré qu'en l'espèce, les membres de la famille de M. Lambert ne remplissaient pas les conditions pour agir à sa place²⁴²⁵. Passant en revue l'arrêt *Câmpeanu c. Roumanie*, mais aussi les arrêts *İlhan c. Turquie* et *Y.F. c. Turquie*, la Cour estime que les conditions principales d'une telle requête sont la vulnérabilité de la victime, l'absence de conflit

²⁴²⁰ Pour la question des entraves au droit de recours individuel, voir *supra*, nos 521–560.

²⁴²¹ Voir, *a contrario*, *N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes nos 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016, §§ 61–62.

²⁴²² *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015.

²⁴²³ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016.

²⁴²⁴ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015.

²⁴²⁵ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 97.

d'intérêts et la nécessité de la requête pour garantir l'effectivité des droits de la victime²⁴²⁶.

Parmi ces conditions, seule celle de la vulnérabilité était remplie. D'une part, 669 il existait un conflit d'intérêts potentiel entre ce que souhaitaient les requérants et ce qu'aurait souhaité Vincent Lambert²⁴²⁷. En effet, les proches de la victime défendaient des points de vue « diamétralement opposés » concernant l'éventuel arrêt de l'alimentation artificielle²⁴²⁸, et un des objectifs principaux de la procédure interne avait justement été de déterminer, dans la mesure du possible, les souhaits de la victime elle-même à cet égard²⁴²⁹. D'autre part, il n'existait pas de « risque que les droits de la victime directe soient privés d'une protection effective », dans la mesure où la Cour a accepté que les proches agissent en leur propre nom et a donc procédé à un examen matériel de l'affaire²⁴³⁰. Au vu du décès imminent de Vincent Lambert, les instances internes ayant autorisé l'arrêt de la médication et de l'alimentation, la Cour a en effet décidé d'appliquer sa jurisprudence concernant des cas de décès ou de disparitions engageant la responsabilité de l'État, permettant ainsi aux proches de déposer une requête en leur propre nom²⁴³¹. Sur le fond, elle conclut que l'arrêt de la nutrition et de l'hydratation artificielles de M. Lambert ne viole pas son droit à la vie²⁴³².

L'affaire *N.Ts. et autres c. Géorgie*, quant à elle, concernait la requête d'une 670 tante au nom de ses trois neveux âgés de six à dix ans²⁴³³. Depuis le décès de leur mère, les trois garçons habitaient chez leur tante. Malgré la relation difficile avec le père, détenteur de l'autorité parentale, les tribunaux avaient ordonné le retour des enfants chez ce dernier. Devant la Cour, la tante invoque avec succès

²⁴²⁶ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, §§ 89–93.

²⁴²⁷ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 104.

²⁴²⁸ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 98.

²⁴²⁹ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 104.

²⁴³⁰ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 103.

²⁴³¹ Voir *supra*, nos 626–627.

²⁴³² *Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 182. Le jugement ne représente nullement la fin de l'affaire Vincent Lambert. En effet, les parents et d'autres membres de la famille ont continué à s'opposer à l'arrêt des soins, devant les instances internes, mais également auprès du CDPH et une nouvelle fois à la CEDH, par deux demandes de mesures provisoires déposées le 24 avril et le 20 mai 2019. Se référant à son arrêt de Grande Chambre et considérant qu'aucun élément nouveau n'a été présenté, la Cour rejette les demandes (voir COUR EDH, Communiqué de presse n° 161 [2019] ; COUR EDH, Communiqué de presse n° 180 [2019]). Par la suite, les soins ont été arrêtés et Vincent Lambert est décédé le 11 juillet 2019.

²⁴³³ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016.

le droit à une vie privée et familiale des enfants²⁴³⁴. Dans son raisonnement, la Cour se réfère tant à la jurisprudence relative à la représentation d'enfants par leurs parents biologiques qu'à celle concernant la représentation de personnes adultes vulnérables. Ces deux jurisprudences ayant évolué, après des origines communes, de manière indépendante, l'arrêt *N.Ts. et autres c. Géorgie* fait ressortir leur raison d'être sous-jacente commune : accorder « une attention particulière à des facteurs de vulnérabilité, tels que l'âge, le sexe ou le handicap, propres à empêcher certaines victimes de soumettre leur cause à la Cour »²⁴³⁵. Cette attention implique entre autres une certaine flexibilité concernant les conditions de représentation²⁴³⁶. S'agissant spécifiquement du cas d'espèce, la Cour souligne en particulier le lien étroit entre la tante et ses neveux, l'absence d'une autre personne susceptible de représenter les intérêts des trois enfants ainsi que l'inexistence de conflit d'intérêts entre la tante et ses neveux²⁴³⁷.

671 Les affaires *Lambert* et *N.Ts.* montrent que les critères dégagés dans l'affaire *Câmpeanu* sont également pertinents dans le cadre de requêtes introduites par des proches, quoiqu'avec certaines spécificités. En effet, dans une telle hypothèse, les critères examinés par la Cour sont la vulnérabilité de la victime l'empêchant d'introduire une requête elle-même, le caractère indispensable de la requête des proches pour défendre les intérêts de la victime et l'absence d'un conflit d'intérêts²⁴³⁸. Les critères sont donc moins nombreux : la jurisprudence passe sous silence la question de la qualité pour agir en droit interne et de la gravité des allégations formulées²⁴³⁹, même s'il est vrai que ces deux critères n'ont pas posé problème en l'espèce. L'existence d'une relation entre la victime et la personne agissant en son nom est, quant à elle, englobée par la notion de proche. Relevons toutefois que la Cour a mentionné cet élément dans l'affaire *N.Ts. et autres c. Géorgie*, contrairement à l'affaire *Lambert et autres c. France*²⁴⁴⁰. Il est donc imaginable que la qualité effective du lien unissant la personne

²⁴³⁴ La Cour considère ainsi que le fait de renvoyer les enfants chez leur père violerait leur droit à une vie privée et familiale (*N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016, § 84). Précisons à cet égard que la décision des tribunaux internes ne fut jamais exécutée et qu'au moment du jugement de la Cour, les enfants habitaient toujours chez leur tante (*idem*, § 60).

²⁴³⁵ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016, §§ 52–54. Voir aussi MARQUIS, n° 1120.

²⁴³⁶ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016, § 54.

²⁴³⁷ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016, §§ 55–57.

²⁴³⁸ Voir aussi *Pylayevy c. Russie*, requête n° 61240/15, 17 juillet 2018, §§ 28–32.

²⁴³⁹ La Cour se réfère toutefois aux violations sous les articles 2, 3 et 8 CEDH (*Lambert et autres c. France* [GC], requête n° 46043/14, 5 juin 2015, § 91 ; *Klak c. Pologne* [déc. (Comité)], requête n° 49210/15, 6 avril 2021, § 59).

²⁴⁴⁰ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016, §§ 55–56.

requérante à la victime soit importante en dehors de la famille nucléaire²⁴⁴¹. Finalement, l'absence de conflit d'intérêts constitue un critère additionnel, en principe spécifique aux requêtes soumises par des proches²⁴⁴².

3) L'évolution vers une approche de principe ?

Dans ce qui suit, nous examinerons dans quelle mesure le raisonnement inauguré dans l'affaire *Câmpeanu* pourrait donner lieu à une approche de principe. Nous commencerons avec quelques réflexions au sujet de l'importance d'une telle approche (a), avant d'examiner plus en détail quelle vulnérabilité devrait donner lieu à cette approche (b) et les autres critères qui devraient être ou non retenus (c). 672

a) L'importance d'une approche de principe

Nous avons vu que l'insistance de la Cour sur le caractère exceptionnel de l'affaire *Câmpeanu* ne correspond pas à la réalité et limite indûment la portée d'une affaire qui pourrait déployer ses effets dans d'autres situations de grande vulnérabilité²⁴⁴³. Plus encore, elle donne l'impression que l'arrêt *Câmpeanu* n'est rien d'autre qu'un « acte d'indulgence de la part de la Cour, laquelle a accepté de fermer les yeux, dans les « circonstances exceptionnelles de l'espèce » [...] sur la rigidité des exigences liées à la notion de représentation juridique découlant de la Convention européenne des droits de l'homme »²⁴⁴⁴. 673

Cette critique, exprimée par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans son opinion concordante, rappelle l'avertissement plus général de Jean-Yves CARLIER : le fait 674

²⁴⁴¹ Néanmoins, l'inverse est possible aussi, comme l'indique l'affaire *Klak c. Pologne*. Dans cette affaire, la Cour a nié la qualité de la mère pour déposer une requête au nom de son fils en situation de handicap mental. L'argument principal était que le fils était en mesure de défendre lui-même ses intérêts et n'avait pas été consulté par la mère. La Cour retient toutefois aussi que c'était la grand-mère, et non pas la mère, qui s'était occupée du fils (*Klak c. Pologne* [déc. (Comité)], requête n° 49210/15, 6 avril 2021, §§ 60–69).

²⁴⁴² Précisons toutefois que la Cour a également examiné le critère de l'absence de conflit d'intérêts dans une affaire concernant la représentation par une avocate, et non pas par une proche (voir *N. et M. c. Russie*, requêtes n°s 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016, § 60). De la même manière, le critère est présent dans l'affaire *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996. À l'inverse, il ne figure ni dans l'affaire *G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016, ni dans l'affaire *Isakov c. Russie* (déc.), requête n° 52286/14, 5 juillet 2016. À notre sens, le critère a toute sa pertinence pour les requêtes soumises par des proches ; en revanche, il ne se justifie pas s'agissant des requêtes introduites par des avocates, qui devraient être soumises aux mêmes critères que celles soumises par des associations.

²⁴⁴³ Voir *supra*, n° 651 ; voir aussi de VYLDER, *Rewriting Câmpeanu*, p. 298 ; VAN DEN EYNDE, p. 235.

²⁴⁴⁴ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. CONC. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 3.

de soulever la vulnérabilité de certaines requérantes ne devrait pas avoir pour résultat un glissement du droit vers la charité, « abandonnant aux cœurs généreux, notamment des juges, le soin de mesurer et d'apporter protection à qui le mérite »²⁴⁴⁵. Or, un raisonnement fondé sur la vulnérabilité n'est pas nécessairement un raisonnement en équité ; au contraire, la jurisprudence montre qu'un constat de vulnérabilité peut fonder des droits²⁴⁴⁶. De la même manière, l'arrêt *Câmpeanu* devrait être lu non pas comme une « faveur » accordée par les juges à certaines personnes vulnérables, mais comme créant le fondement de la reconnaissance d'un réel *droit* d'accès à la justice pour les personnes en situation d'extrême vulnérabilité.

⁶⁷⁵ À ce propos, nous souhaitons revenir sur l'opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'affaire *Câmpeanu*, qui propose d'ériger l'exception *Câmpeanu* en une approche de principe fondée sur l'égalité devant la loi²⁴⁴⁷. Celui-ci permet, selon lui, d'offrir « un fondement de principe à l'extension des limites de la notion de représentation aux fins de la Convention »²⁴⁴⁸. Il estime que, dans des situations comme celle de M. Câmpeanu, il faut « interpréter les conditions de recevabilité des requêtes le plus largement possible, afin de rendre effectif le droit pour la victime d'avoir accès au système européen de protection des droits de l'homme »²⁴⁴⁹. En effet, d'après lui :

« [s]eule une telle interprétation de l'article 34 de la Convention tient compte de la situation factuelle intrinsèquement différente de personnes extrêmement vulnérables qui sont ou ont été victimes de violations des droits de l'homme et sont privées de représentation juridique. Toute autre interprétation, qui assimilerait la situation de personnes extrêmement vulnérables à celle d'autres victimes de violations des droits de l'homme, aboutirait en fait à un traitement discriminatoire à l'égard des premières. Une situation différente appelle un traitement différent. Ainsi, le droit d'accès à un tribunal pour les personnes extrêmement vulnérables justifie

²⁴⁴⁵ CARLIER, p. 177 ; à propos de la vulnérabilité, source de charité plutôt que de droits, voir aussi *supra*, note 628.

²⁴⁴⁶ Voir aussi MARTENS, pp. 325–331. Il en va ainsi lorsque la Cour fait état d'obligations positives spécifiques liées à la vulnérabilité particulière d'une personne (à ce propos, voir *supra*, nos 222–226).

²⁴⁴⁷ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 8–16.

²⁴⁴⁸ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 9.

²⁴⁴⁹ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 9.

une discrimination positive en faveur de ces personnes lorsque l'on apprécie les conditions de leur représentation devant la Cour »²⁴⁵⁰.

Cette « discrimination positive »²⁴⁵¹ consiste alors en une interprétation plus souple des critères de recevabilité *ratione personae*, plus spécifiquement dans l'acceptation d'une représentation *de facto* par une association²⁴⁵². Une telle interprétation serait également en ligne avec la manière dont la jurisprudence au sujet de l'interdiction de la discrimination a évolué au cours des quinze dernières années. En effet, depuis le tournant du millénaire, l'idée des discriminations indirectes, mais aussi de l'égalité substantielle a lentement mais sûrement fait son entrée dans la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'article 14 de la Convention²⁴⁵³. Dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, la Cour a notamment jugé que l'interdiction de la discrimination pouvait également être violée lorsque les États, sans disposer d'une justification objective et raisonnable, « n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²⁴⁵⁴. Ensuite, la Cour a jugé dans plusieurs arrêts de principe que l'article 14 de la Convention pouvait comporter des obligations positives pour les États membres, les obligeant entre autres à adopter des mesures spéciales pour corriger des inégalités factuelles²⁴⁵⁵. La Cour a en

676

²⁴⁵⁰ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 9.

²⁴⁵¹ L'expression « discrimination positive » est employée par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE lui-même (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 9). Malgré son succès en droit antidiscriminatoire, l'expression de « discrimination positive » est critiquée. En effet, comme l'indique le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « [l']expression « discrimination positive » est, dans le contexte des normes internationales relatives aux droits de l'homme, une *contradictio in terminis* et devrait être évitée » (CERD, Observation générale XXXII, § 12). Nous estimons donc que l'expression « mesure positive » ou, mieux encore – pour éviter toute confusion avec les obligations positives – « mesure spécifique » est préférable.

²⁴⁵² À noter qu'il s'agit ici d'une mesure spécifique (à propos de la terminologie, voir *supra*, note 2451) et non pas d'un aménagement raisonnable, celui-ci étant par définition individuel et limité au cas d'espèce (KLEBER, Discrimination multiple, pp. 394–405).

²⁴⁵³ FREDMAN, *Emerging*, pp. 281–300 et les réf. cit. ; KLEBER, Discrimination multiple, pp. 111–121 et les réf. cit. ; O'CONNELL, *Cinderella*, pp. 220–221 ; RUBIO-MARIN/MÖSCHEL, pp. 882–885.

²⁴⁵⁴ *Thlimmenos c. Grèce* [GC], requête n° 34369/7, 6 avril 2000, § 44. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît pour la première fois une discrimination par assimilation. Celle-ci est à distinguer de la discrimination indirecte, plus large : en effet, une discrimination indirecte – à savoir découlant d'une règle d'apparence neutre – peut résulter tant d'une assimilation injustifiée (par méconnaissance de la différence, comme c'était le cas dans l'arrêt *Thlimmenos*) que d'une distinction injustifiée (KLEBER, Discrimination multiple, pp. 386–387 et les réf. cit.).

²⁴⁵⁵ Voir p. ex. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 juillet 2007, § 175 ; à ce propos, voir aussi *supra*, nos 405–409. À noter que la Cour a déduit à la fois des obligations de protection contre la discrimination entre personnes privées et des obligations matérielles tendant à la réalisation de l'égalité dans les faits de l'article 14 CEDH (voir en particulier KLEBER, Discrimination multiple, pp. 119–121 et les réf. cit.). Pour la notion de mesures spécifiques, aussi appelées mesures positives, voir également KLEBER, Discrimination multiple, pp. 405–425.

particulier insisté sur l'importance de mesures spécifiques pour assurer que les membres de groupes vulnérables bénéficient de droits effectifs au même titre que la majorité²⁴⁵⁶. En acceptant un droit à la représentation *de facto* de personnes en situation de vulnérabilité extrême, la Cour ne ferait donc rien d'autre que d'appliquer ces principes à la question de la recevabilité *ratione personae*.

b) La compréhension de la vulnérabilité dans ce contexte

677 Nous l'avons vu : la grande vulnérabilité de M. Câmpeanu ne portait pas à controverses²⁴⁵⁷. Or, une personne ne cumule que rarement autant de facteurs de vulnérabilité que M. Câmpeanu qui, rappelons-le, appartenait à la minorité rom, avait contracté diverses maladies, dont une hépatite et une pneumonie et était orphelin, atteint d'un grave handicap mental et porteur du VIH²⁴⁵⁸. La question qui se pose est donc de savoir si on peut définir un seuil de vulnérabilité à partir duquel la jurisprudence *Câmpeanu* trouve application ?

678 Dans l'affaire *Câmpeanu*, la majorité des juges parle de « vulnérabilité extrême », sans indiquer clairement à quoi celle-ci est due ; très probablement au cumul des facteurs que nous venons de rappeler. Reprenant la notion à son compte, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE considère alors que :

« [L]'extrême vulnérabilité d'une personne est une notion large qui doit englober, aux fins susmentionnées, les personnes d'un très jeune âge ou les personnes âgées, les personnes gravement malades ou handicapées, les personnes appartenant à des minorités ou à des groupes victimes d'une discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, le sexe, l'orientation sexuelle ou tout autre motif »²⁴⁵⁹.

679 Cette compréhension de la notion de vulnérabilité extrême est à notre sens trop large. Elle englobe en effet l'essentiel des personnes que la Cour a qualifiées de vulnérables ou de particulièrement vulnérables²⁴⁶⁰. En d'autres termes, elle

²⁴⁵⁶ Voir p. ex. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 juillet 2007, § 175 ; *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, § 129.

²⁴⁵⁷ Voir *supra*, n° 646.

²⁴⁵⁸ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 7.

²⁴⁵⁹ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 11.

²⁴⁶⁰ Voir les affaires analysées aux chapitres 3 et 4 ci-dessus.

effacerait toute distinction entre une vulnérabilité particulière²⁴⁶¹ et une vulnérabilité extrême ou grande, des qualificatifs que la Cour utilise bien plus rarement²⁴⁶². La Cour a notamment eu recours à de telles expressions en présence de multiples facteurs de vulnérabilité, s'agissant, par exemple, d'une personne détenue avec un grave handicap mental²⁴⁶³ ou d'une mineure non accompagnée de cinq ans²⁴⁶⁴. Par analogie à la discrimination multiple, TIMMER suggère pour ces cas l'expression de vulnérabilité multiple²⁴⁶⁵. Dans la situation de M. Câmpeanu, il s'agit certainement d'une vulnérabilité multiple, due à l'interaction des divers facteurs énumérés auparavant.

En se rappelant l'image des « couches » de vulnérabilité de LUNA évoquée auparavant²⁴⁶⁶, on peut se demander combien de « couches » de vulnérabilité sont nécessaires pour que la situation de vulnérabilité d'une personne soit qualifiée d'« extrême » ou de « grande »²⁴⁶⁷. Or, les théories de l'intersectionnalité nous mettent en garde contre la tentation d'approcher ces différents facteurs comme une opération arithmétique, où la personne serait plus vulnérable selon si elle regroupe deux, trois ou quatre facteurs de vulnérabilité. En effet, au cœur même de l'approche intersectionnelle se trouve le constat que plusieurs facteurs de discrimination – par exemple, être une femme, racisée, pauvre²⁴⁶⁸ – ne s'additionnent pas simplement, mais interagissent, se renforçant mutuellement, pour créer une situation nouvelle²⁴⁶⁹.

Cette conception est également inhérente à la théorie de LUNA : les « couches » de vulnérabilité visent à expliquer le caractère dynamique de la vulnérabilité et leur gradation, réfutant la binarité vulnérable *versus* non

²⁴⁶¹ Comme nous l'avons vu plus haut, la Cour utilise généralement le terme vulnérabilité pour faire référence à une vulnérabilité particulière, accrue, et non pas dans le sens de la vulnérabilité universelle préconisée par la littérature (à ce propos, voir *supra*, n^{os} 129–135).

²⁴⁶² CARLIER, p. 189 ; HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 271 ; TIMMER, *Vulnerability*, pp. 161–162.

²⁴⁶³ *G. c. France*, requête n^o 27244/09, 23 février 2012, §§ 27, 77.

²⁴⁶⁴ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n^o 13178/03, 12 octobre 2006, §§ 55, 103.

²⁴⁶⁵ TIMMER, *Vulnerability*, p. 161 (nous traduisons).

²⁴⁶⁶ Voir *supra*, n^{os} 159, 539.

²⁴⁶⁷ Les deux termes doivent être compris comme interchangeables dans la jurisprudence. À cet égard, voir p. ex. *Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes n^{os} 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016, §§ 53, 60.

²⁴⁶⁸ Les trois critères de genre, « race » et classe forment la triade classique des études intersectionnelles (CRENSHAW, *Demarginalizing*, pp. 139–167 ; CRENSHAW, *Mapping*, pp. 1241–1299). Diverses autres intersections sont imaginables, comme l'orientation sexuelle, l'origine ethnique, le statut migratoire, le handicap, l'âge (DAVIS, pp. 71–77 ; LUTZ/HERRERA VIVAR/SUPIK, pp. 2–4).

²⁴⁶⁹ KLEBER, *Discrimination multiple*, pp. 19–43 ; SOSA, pp. 17–19 ; voir aussi *supra*, n^o 158.

vulnérable²⁴⁷⁰. Il est en revanche illusoire de penser qu'elles permettraient en quelque sorte de *quantifier* de manière précise la vulnérabilité. La distinction entre une vulnérabilité *particulière* et une vulnérabilité *extrême* ne peut donc pas se faire dans l'abstrait, en énumérant le nombre de facteurs qu'une personne devrait réunir pour passer ce seuil. En effet, une personne pourrait se trouver dans une situation de grande vulnérabilité ou de vulnérabilité extrême en présence d'un seul facteur de vulnérabilité, par exemple en cas de handicap mental grave.

682 Dans le contexte de la recevabilité, l'élément déterminant – qui pourrait être considéré comme un seuil, quoique relatif et défini par rapport au résultat et non pas aux facteurs de vulnérabilité – est que la vulnérabilité doit être telle qu'elle empêche une personne de manière durable d'agir par elle-même²⁴⁷¹. Cette clarification nous permet de considérer d'autres cas où la Cour devrait, à notre sens, conclure à l'existence d'une vulnérabilité extrême ou grande propre à déclencher l'application de la jurisprudence *Câmpeanu*. Outre les personnes ayant un handicap mental, cela devrait aussi comprendre les enfants qui n'ont personne pour les représenter, les personnes disparues et les personnes qui viennent de se faire renvoyer dans leur pays d'origine et se voient de ce fait dans l'impossibilité de poursuivre leur requête, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de victimes de traite²⁴⁷². Nous pourrions y ajouter les situations où la victime directe se trouve face à d'autres obstacles importants, notamment à cause d'une entrave à son droit de recours : par exemple en cas de fortes pressions pour qu'elle abandonne sa requête²⁴⁷³. Cela pourrait notamment concerner les victimes de mauvais traitements ou de torture, dont la vulnérabilité s'exprime souvent par une volonté ou une capacité amoindrie de porter plainte.

683 À l'inverse, il existe de nombreux cas de vulnérabilité particulière qui n'empêchent pas la personne d'agir devant la Cour, et qui ne déclenchent donc pas l'application de la jurisprudence *Câmpeanu*. Ainsi, la seule appartenance à la minorité rom permet de considérer qu'une personne est particulièrement

²⁴⁷⁰ LUNA, pp.133–136.

²⁴⁷¹ En ce sens, voir aussi *G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016, § 52, où la Cour précise que M. Câmpeanu « était incapable d'initier des procédures devant les juridictions internes sans soutien et conseil légal » et que cette « extrême vulnérabilité » était absente dans le cas de G.J.

²⁴⁷² Ceci se justifie notamment en raison du risque de revictimisation particulièrement élevé dans ces cas (voir *supra*, note 2404 et les réf. cit.).

²⁴⁷³ Voir à ce propos nos réflexions *supra*, n° 665.

vulnérable²⁴⁷⁴ ; en revanche, à défaut d'autres facteurs, elle ne déclenchera pas l'application de la jurisprudence *Câmpeanu*. En effet, le seul statut de membre d'une minorité « désavantagée » n'empêche pas nécessairement une personne de signer une procuration en bonne et due forme²⁴⁷⁵. Précisons toutefois que les membres de la minorité rom en particulier rencontrent divers obstacles à l'accès à la justice, et que l'assistance d'organisations non gouvernementales joue donc un rôle clé pour aider à porter des affaires devant la Cour²⁴⁷⁶. Cette vulnérabilité peut notamment représenter un obstacle considérable dans la procédure interne, ce qui justifie une certaine souplesse dans l'appréciation de l'épuisement des voies de recours internes, notamment lorsque seule une partie des requérantes ont pris part à la procédure interne ou que les voies de droit aient été épuisées par une association agissant en leur nom²⁴⁷⁷.

c) Les autres critères

Encore faut-il déterminer quels autres critères – à part la vulnérabilité extrême – devraient être remplis pour ce faire. Comme nous l'avons vu, la Cour en a indiqué, outre la vulnérabilité, quatre dans l'arrêt *Câmpeanu* : l'absence de représentation légale ; l'importance des griefs allégués ; la relation de l'association avec la victime et la qualité pour agir de l'association en droit interne²⁴⁷⁸. Les arrêts rendus dans le sillage de l'affaire *Câmpeanu* ont largement confirmé les cinq critères établis dans cet arrêt, et leur application cumulative²⁴⁷⁹ – avec une spécificité concernant les requêtes soumises par des proches : lorsque la personne souhaitant agir pour la victime est une proche, il faut en outre s'assurer de l'absence de tout conflit d'intérêts²⁴⁸⁰.

Nous avons déjà indiqué les difficultés relatives à plusieurs de ces critères, en particulier quant à la relation de l'association avec la victime et à la qualité pour

²⁴⁷⁴ À propos de l'appartenance à la minorité rom comme facteur de vulnérabilité, voir *supra*, n^{os} 403–441.

²⁴⁷⁵ En revanche, si l'appartenance à une telle minorité n'empêche pas la signature d'une procuration, elle peut bel et bien constituer un obstacle à la saisine de la Cour. En effet, ce n'est souvent que grâce à l'implication active d'organisation non gouvernementale que des personnes provenant de milieux non privilégiés arrivent à se faire entendre par la Cour (HODSON, pp. 79–91 ; TALBOT, pp. 178–190 ; pour une illustration des obstacles matériels d'accès à la Cour pour les personnes en situation de grande vulnérabilité, en l'occurrence une enfant migrante, voir DEMBOUR, *Backstage story*, pp. 75–104).

²⁴⁷⁶ Voir p. ex. HODSON, pp. 65–95.

²⁴⁷⁷ Voir *infra*, n^{os} 705–714.

²⁴⁷⁸ Voir *supra*, n^{os} 646–650.

²⁴⁷⁹ Voir *supra*, n^o 655.

²⁴⁸⁰ Voir *supra*, n^{os} 668–671.

agir de l'association en droit interne²⁴⁸¹. S'agissant de l'importance des griefs allégués, ce critère n'est pas dénué de pertinence, mais doit à notre sens, et comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, ne pas être interprété de manière trop restrictive ; en particulier, nous ne voyons pas de raison de limiter la portée de la jurisprudence *Câmpeanu* aux articles 2, 3 et 8 de la Convention²⁴⁸². Il reste le critère de l'absence de représentante légale pouvant agir à la place de la victime directe.

686 Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE propose de ne retenir, outre la vulnérabilité extrême, qu'un seul critère : outre l'extrême vulnérabilité de la victime directe, il ne s'agit que de l'absence de proche, tutrice ou représentante légale qui pourraient agir à leur place²⁴⁸³. Ce critère n'est cependant pas sans poser problème, notamment dans des cas où la victime dispose d'une tutrice ou curatrice, mais qui ne représente pas adéquatement ses intérêts²⁴⁸⁴. Pour retenir ce critère, il est donc essentiel que ce critère ne soit pas interprété de manière formelle, mais d'une manière qui tienne compte de la réalité de la situation²⁴⁸⁵. Il doit donc englober toute situation où il existe un « risque que les droits de la victime directe soient privés d'une protection effective »²⁴⁸⁶, donc aussi par exemple si une tutrice ou représentante légale existe, mais n'est pas susceptible d'agir au nom de la victime directe.

687 En conclusion, il nous semble que la vulnérabilité extrême de la victime d'une part, et l'absence d'une personne réellement susceptible de défendre ses droits – ainsi que, dans des requêtes concernant des proches, l'absence de conflit d'intérêts – devraient suffire pour reconnaître une représentation *de facto*²⁴⁸⁷.

²⁴⁸¹ Voir *supra*, n^{os} 647–650.

²⁴⁸² Voir *supra*, n^o 649.

²⁴⁸³ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n^o 47848/08, 17 juillet 2014, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 11 ; voir aussi DE VYLDER, *Rewriting Câmpeanu*, pp. 305–306.

²⁴⁸⁴ Voir *supra*, n^o 655.

²⁴⁸⁵ Nous avons vu que la Cour tient effectivement compte de cet élément (voir not. *supra*, n^{os} 655, 658).

²⁴⁸⁶ *Lambert et autres c. France* [GC], requête n^o 46043/14, 5 juin 2015, § 102.

²⁴⁸⁷ La vulnérabilité de la victime, l'effectivité des droits et l'absence de conflit d'intérêts sont d'ailleurs aussi les trois éléments que la Cour a identifiés comme « critères principaux » dans l'arrêt *Lambert et autres c. France* [GC], requête n^o 46043/14, 5 juin 2015, § 102. S'il est vrai que cette affaire portait sur la représentation par des proches, les « critères principaux » ressortent de sa brève analyse de l'ensemble de la jurisprudence relative à la représentation *de facto*.

C. Appréciation

Dans cette section, nous avons examiné l'influence de la vulnérabilité sur la recevabilité *ratione personae*. À ce propos, nous avons d'abord vu qu'il n'est en principe pas possible d'agir au nom d'une victime sans disposer d'une procuration en bonne et due forme ; nous avons ensuite vu que la Cour a relativisé ce principe lorsqu'elle était confrontée à des victimes particulièrement vulnérables. Le cœur de notre analyse était l'affaire *Câmpeanu*, dans laquelle la Cour a reconnu pour la première fois à une association la qualité pour agir au nom d'une victime – qui plus est, décédée avant l'introduction d'instance – sans disposer de procuration valable. Dans cette affaire, la Cour a déterminé cinq critères pour sa jurisprudence, qu'elle a pris soin de qualifier d'exceptionnelle : l'extrême vulnérabilité de la victime directe, l'empêchant de soumettre elle-même une requête à la Cour ; l'absence de représentante légale ou juridique pouvant le faire pour elle ; l'importance des griefs allégués et la relation de l'association avec la victime et la qualité pour agir de l'association en droit interne. 688

Les arrêts rendus dans le sillage de l'affaire *Câmpeanu* ont largement confirmé ces cinq critères, et leur application cumulative – avec, comme nous venons de voir, certaines spécificités concernant les requêtes introduites non pas par des associations ou des avocates, mais des proches. Dans tous ces cas, le critère principal est la vulnérabilité particulière de la victime directe. Celle-ci constitue en effet l'élément déclencheur de la jurisprudence *Câmpeanu*, permettant à une autre personne d'agir au nom et dans l'intérêt de la victime directe. Cette vulnérabilité doit empêcher la victime d'agir elle-même, seule ou avec une représentante dûment autorisée. 689

Malgré le fait que la Cour a confirmé, et appliqué, la jurisprudence *Câmpeanu* à plusieurs reprises, elle continue à insister sur son caractère exceptionnel²⁴⁸⁸. S'il est possible que cette insistance soit motivée par des considérations stratégiques²⁴⁸⁹, elle ne relève pas moins de la fiction. Il serait ainsi souhaitable 690

²⁴⁸⁸ *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020, §§ 47, 53 ; *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n°s 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, §§ 121–122, 131.

²⁴⁸⁹ À ce propos, GERARDS identifie l'incrémentalisme, qu'on pourrait plus prosaïquement décrire par une « politique des petits pas », comme véritable stratégie judiciaire (GERARDS, *Margin*, pp. 507–509). Le fait d'insister sur le caractère exceptionnel d'un jugement novateur, même lorsque celui-ci est confirmé par des arrêts ultérieurs, peut relever d'une telle stratégie.

que la Cour reconnaisse explicitement que « l'exception *Câmpeanu* » est en réalité un « principe *Câmpeanu* », fondée sur un langage de droits et non pas d'indulgence, et appelé à être appliqué au-delà des cas de vulnérabilité les plus extrêmes afin de faciliter l'accès effectif à la Cour.

III. L'épuisement des voies de droit internes

691 L'exigence d'épuiser les voies de droit internes est la consécration procédurale par excellence du principe de subsidiarité²⁴⁹⁰. Après une brève présentation des principes régissant cette condition de recevabilité importante (A)²⁴⁹¹, nous nous interrogerons sur le rôle de la vulnérabilité par le biais d'exemples choisis (B).

A. Principes

692 En vertu de l'article 35 par. 1 de la Convention, une personne ne peut saisir la Cour qu'après avoir dûment épuisé les voies de droit internes. Cela signifie qu'elle doit avoir emprunté les voies administratives et judiciaires appropriées et porté sa cause devant la plus haute instance nationale²⁴⁹². Dans ce cadre, elle est tenue de respecter les conditions formelles – par exemple les délais – prévues par le droit interne²⁴⁹³. Par ailleurs, chaque grief individuel n'est recevable que s'il a été soulevé, du moins en substance, devant les juridictions nationales²⁴⁹⁴. Cette condition vise à assurer que les États aient la possibilité de remédier eux-mêmes à une éventuelle violation de la Convention avant de devoir en répondre

²⁴⁹⁰ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 68–69 ; DE LONDRAS/DZEHTSIAROU, p. 51 ; LETSAS, Margin, p. 722 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 8 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 115 ; voir p. ex. *Pişkin c. Turquie*, requête n° 33399/18, 15 novembre 2020, § 159.

²⁴⁹¹ Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'épuisement des voies de recours internes fait partie des conditions de recevabilité les plus fréquemment appliquées (voir *supra*, n° 619).

²⁴⁹² MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 11 ; RAINEY/WICKS/OVEY, p. 35 ; SCHABAS, pp. 767, 769. Si plusieurs voies sont disponibles, il n'est en revanche pas nécessaire de les épuiser toutes. De plus, l'obligation concerne seulement les voies de recours ordinaires, à l'exclusion des remèdes extraordinaires ou discrétionnaires (COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 77 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 11 ; SCHABAS, pp. 767, 769).

²⁴⁹³ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 73 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 16 ; RAINEY/WICKS/OVEY, p. 35 ; SCHABAS, p. 766.

²⁴⁹⁴ MEYER-LADEWIG/PETERS, nos 8, 17 ; RAINEY/WICKS/OVEY, p. 35 ; SCHABAS, p. 769. Pour deux exemples tirés de la jurisprudence, voir *Vučković et autres c. Serbie* [GC], requêtes nos 17153/11 et al., 25 mars 2014, § 72 ; *Pişkin c. Turquie*, requête n° 33399/18, 15 novembre 2020, §§ 159–166 (examinant en détail la question de savoir si le grief avait été soulevé « en substance » devant les juridictions internes).

devant un organe international, et constitue donc une consécration importante de la subsidiarité du mécanisme conventionnel²⁴⁹⁵.

Cependant, la condition de l'épuisement des voies de recours internes doit être appliquée en tenant compte du but de la Convention, qui est de garantir un mécanisme de protection efficace²⁴⁹⁶. Cela signifie notamment que l'article 35 par. 1 de la Convention ne prescrit que l'épuisement des voies de droit qui sont à la fois *accessibles* et *effectives*, c'est-à-dire qui existent non seulement en théorie, mais aussi en pratique (critère de l'accessibilité), et qui sont relatives aux violations incriminées et à même de les redresser (critère d'effectivité)²⁴⁹⁷. L'existence de telles voies de recours s'examine à la lumière des faits de chaque cas d'espèce, en tenant compte du « contexte juridique et politique dans lequel les recours s'inscrivent » ainsi que de la situation personnelle des requérantes²⁴⁹⁸. Dans ce contexte, la Cour examine si les requérantes ont fait « tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre » d'elles, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la cause²⁴⁹⁹. La Cour a également précisé à cet égard que la condition de l'épuisement des voies de recours doit être interprétée « avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif »²⁵⁰⁰. La réponse à la question de l'épuisement des voies de droit internes est souvent moins claire qu'elle ne paraît au premier abord. En effet, les critères de l'accessibilité et de

²⁴⁹⁵ BESSON, Subsidiarity, p. 79 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 8 ; RENUCCI, n° 1043 ; SCHABAS, p. 765 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 109–110.

²⁴⁹⁶ MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 8 ; SCHABAS, p. 764 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 106.

²⁴⁹⁷ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 74–76 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, nos 14–15 ; SCHABAS, p. 765 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 116–122. Par exemple, la jurisprudence indique qu'une procédure de droit civil qui ne permet pas d'établir l'identité des personnes à l'origine d'une attaque LGBTIQ-phobe devrait être considéré comme un remède insuffisant (voir *M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016, §§ 61–64 ; voir aussi *Association Accept et autres c. Roumanie*, requête n° 19237/16, 1^{er} juin 2021, § 79). Pour un autre exemple tiré de la jurisprudence, voir *Karácsony et autres c. Hongrie* [GC], requêtes nos 42461/13 et 44357/13, 17 mai 2016, § 76.

²⁴⁹⁸ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 83 ; MEYER-LADEWIG/KULICK, n° 14 ; RENUCCI, n° 1045 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 113. Pour un exemple tiré de la jurisprudence, voir *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007, § 116. La prise en compte de circonstances personnelles reste toutefois très limitée ; pour une illustration, voir *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, § 48.

²⁴⁹⁹ Voir p. ex. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007, § 116 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 83.

²⁵⁰⁰ Voir p. ex. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007, § 116 ; *Portu Juanenea et Sarasola Yarzabal c. Espagne*, requête n° 1653/13, 13 février 2018, § 61 ; *Association Accept et autres c. Roumanie*, requête n° 19237/16, 1^{er} juin 2021, § 79 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 71 ; RENUCCI, nos 1043–1045 ; VILLIGER, n° 72 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 107.

l'effectivité des voies de recours internes ne sont pas toujours faciles à déterminer, sont sujets à interprétation²⁵⁰¹.

694 L'État qui soulève l'exception du non-épuisement des voies de recours internes doit prouver l'existence de voies de droit accessibles et effectives que la requérante n'a pas empruntées²⁵⁰². Il incombe ensuite à la requérante de démontrer soit qu'elle a fait usage de ces voies de droit en respectant les conditions de forme et les délais prévus par le droit interne, soit que le recours en question n'était pas effectif en l'espèce ou alors qu'il existait des raisons particulières justifiant qu'elle n'ait pas fait usage de ces voies de recours²⁵⁰³.

B. La prise en compte de la vulnérabilité particulière

695 La vulnérabilité fait partie des circonstances personnelles des requérantes et, à ce titre, des éléments dont la Cour tient compte pour déterminer le caractère accessible et effectif des voies de droit internes²⁵⁰⁴. Dans ce qui suit, nous illustrerons le rôle de la vulnérabilité à travers quatre cas de figure. Les deux premiers relèvent de la vulnérabilité structurelle, liée soit à un contexte sociopolitique particulier (1), soit à l'existence de discriminations structurelles (2). Un troisième concerne les personnes privées de capacité juridique, combinant des facteurs structurels et individuels (3), alors que le dernier est d'ordre individuel et a trait à la difficulté de certaines personnes à se plaindre de violations (4). Nous concluons par une brève appréciation (5).

1) Le contexte politique : l'exemple du sud-est de la Turquie

696 La Cour a explicitement mentionné la vulnérabilité particulière des requérantes comme élément justifiant l'atténuation de la condition de l'épuisement des voies de droit internes dans une série d'affaires provenant du sud-est de la

2501 Pour plus de détails, voir p. ex. PEUKERT, Artikel 35, n^{os} 11–32 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, pp. 109–123. À titre d'illustration, voir p. ex. les controverses récentes au sujet de l'(in)effectivité des voies de droit en Turquie depuis la tentative de coup d'État en 2016 menant à l'instauration de l'État d'urgence (KABOĞLU/PALLUEL, pp. 18–26 ; O'BOYLE ; SPENCER ; voir aussi KUNZ pour une discussion plus générale. Parmi les arrêts pertinents figure notamment *Köksal c. Turquie*, requête n^o 70478/16, 6 juin 2017).

2502 RAINEY/WICKS/OVEY, p. 36 ; SCHABAS, p. 766 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 125.

2503 RAINEY/WICKS/OVEY, p. 36 ; SCHABAS, p. 766 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 126.

2504 Voir *supra*, n^o 693 et les réf. cit.

Turquie²⁵⁰⁵. Ces affaires ont déjà été analysées plus haut, en lien avec les entraves illicites au droit de recours individuel, notamment en raison des pressions exercées sur les requérantes pour les inciter à modifier, voire abandonner leurs griefs²⁵⁰⁶. Sans répéter l'analyse, rappelons que cette vulnérabilité était notamment due à la destruction des habitations des requérantes, à la forte emprise des autorités, policières notamment, la région étant soumise à la loi martiale, et au risque de représailles²⁵⁰⁷.

Ces mêmes éléments sont également pertinents dans le contexte de l'épuisement des voies de droit internes. L'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* est particulièrement parlant à cet égard, puisque la Cour y examine de manière approfondie la question de l'épuisement des voies de droit internes²⁵⁰⁸. Le gouvernement turc avait en particulier allégué que les requérants auraient pu saisir les juridictions administratives et civiles. Concernant les procédures administratives, la Cour considère d'abord que, en dépit de l'étendue des destructions de villages dans la région, le gouvernement n'a pas été en mesure de citer des exemples de telles procédures ayant effectivement abouti à des indemnisations des personnes concernées²⁵⁰⁹. La Cour précise ensuite que, dans tous les cas, une procédure administrative ne constitue pas la réponse adéquate dans la situation des requérants, dont les habitations avaient été détruites par les forces de l'ordre turques²⁵¹⁰. Ensuite, la Cour examine si les requérants auraient dû s'adresser aux juridictions civiles, et c'est dans ce contexte qu'elle souligne leur vulnérabilité particulière. Elle considère en particulier que :

« [p]our évaluer ce recours, la Cour doit tenir compte de ce que les événements dénoncés se sont produits dans une région de la Turquie soumise à la loi martiale et connaissant de graves troubles civils. Elle doit également garder présentes à l'esprit l'insécurité et la vulnérabilité dans lesquelles se trouvent les requérants depuis la destruction de leurs maisons et leur dépendance à l'égard de l'État pour la satisfaction de leurs besoins essentiels. Dans ces conditions, les perspectives de succès d'une procédure civile fondée sur des allégations contre les forces de sécurité ne peuvent qu'être jugées

²⁵⁰⁵ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996 ; *Mentes et autres c. Turquie* [GC], requête n° 23186/94, 28 novembre 1997 ; *Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes n°s 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998.

²⁵⁰⁶ Voir *supra*, n°s 526–535 ; voir aussi *supra*, n°s 256–259 (à propos des facteurs de vulnérabilité pertinents dans ce contexte).

²⁵⁰⁷ Voir *supra*, n° 528.

²⁵⁰⁸ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996.

²⁵⁰⁹ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 71.

²⁵¹⁰ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 72.

négligeables en l'absence de toute enquête officielle sur ces allégations, même en supposant que les requérants aient pu s'assurer les services d'avocats prêts à défendre leur cause devant les tribunaux »²⁵¹¹.

698 La Cour précise par ailleurs qu'elle « ne peut pas non plus ignorer » le risque de représailles que les requérants ou leurs avocates auraient encouru en engageant des procédures « alléguant que les forces de sécurité avaient incendié leurs maisons dans le cadre d'une politique délibérée de l'État visant à évacuer les villages »²⁵¹². La Cour en conclut que les requérants « ont démontré l'existence de circonstances particulières qui les dispensaient, à l'époque des faits dénoncés, de l'obligation d'épuiser les voies de recours civiles »²⁵¹³.

699 Plusieurs affaires similaires confirment ces conclusions²⁵¹⁴. Certaines affaires précisent davantage l'exigence de l'épuisement des voies de droit internes. Ainsi, dans l'affaire *Selçuk et Asker c. Turquie*, la Cour estime compréhensible que Mme Selçuk et M. Asker n'aient pas engagé des procédures d'ordre civil, leur requête pénale étant restée infructueuse²⁵¹⁵. La Cour se base sur le contexte factuel tel que décrit dans l'affaire *Akdivar et autres c. Turquie* et souligne une fois de plus la vulnérabilité particulière des personnes requérantes²⁵¹⁶.

700 Dans l'affaire *Menteş et autres c. Turquie* est particulièrement intéressante, les requérantes n'ont même pas saisi les autorités internes, ne fût-ce que par le biais d'une plainte pénale. Elles se sont au contraire directement adressées aux organes de la Convention²⁵¹⁷. Néanmoins, la Cour a rejeté l'exception du gouvernement turc²⁵¹⁸. En effet, elle estime que le contexte général dans lequel s'inscrivait la situation personnelle des requérantes suffisait à démontrer l'inexistence de voies de droit accessibles et effectives, et qu'on ne pouvait donc pas exiger de leur part d'intenter des procédures qui se révéleraient d'avance vaines. Dans son argumentation, la Cour accorde de l'importance à « la situation

²⁵¹¹ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 73 (nous soulignons).

²⁵¹² *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 74.

²⁵¹³ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 75.

²⁵¹⁴ *Aksoy c. Turquie* [GC], requête n° 21987/93, 18 décembre 1996, § 57 ; *Menteş et autres c. Turquie* [GC], requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, § 61 ; *Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes n°s 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998, § 71.

²⁵¹⁵ *Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes n°s 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998, § 69. Précisons à cet égard qu'il suffit en principe d'épuiser un seul moyen accessible et apte à remédier à la violation alléguée.

²⁵¹⁶ *Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes n°s 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998, § 70.

²⁵¹⁷ *Menteş et autres c. Turquie* [GC], requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, §§ 28, 90.

²⁵¹⁸ *Menteş et autres c. Turquie* [GC], requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, § 61.

d'insécurité et de vulnérabilité dans laquelle les requérantes se sont trouvées après la destruction de leurs habitations »²⁵¹⁹.

Le raisonnement de la majorité dans l'affaire *Menteş et autres c. Turquie* a été critiqué par le juge dissident DE MEYER, qui estimait que, même si le « contexte conflictuel de l'affaire n'était pas de nature à favoriser l'exercice des voies de recours internes [...], il fallait au moins essayer »²⁵²⁰. Cette position se comprend au vu de l'approche casuistique de la Cour, qui ne cesse de souligner que la règle ne peut s'appliquer de manière automatique sans tenir compte des circonstances du cas concret²⁵²¹. Or, il nous semble qu'au vu de l'ampleur des destructions d'habitations, du nombre de requêtes adressées aux organes de la Convention et de l'absence d'exemples pertinents dans lesquels les procédures internes se seraient révélées utiles, il aurait été excessivement formaliste d'exiger que les requérantes engagent effectivement de telles procédures. 701

À cet égard, il faut souligner le lien étroit, dans ces affaires, entre la question de l'épuisement des voies de droit internes et l'existence d'ingérences illicites dans le droit de recours²⁵²². Les pressions exercées sur les requérantes pour qu'elles modifient ou retirent leurs requêtes – notamment au moyen d'interrogatoires, par la police, des personnes soupçonnées d'avoir déposé une requête auprès des organes conventionnels – constituent également un indice de la difficulté, pour les requérantes, de saisir les autorités internes dans une telle situation²⁵²³. Dans le contexte très spécifique des requêtes examinées ici, on aurait même pu craindre que le fait d'exiger de la part des requérantes qu'elles engagent des procédures internes – dont l'inefficacité était pourtant avérée – puisse mettre en péril le droit de recours individuel devant la Cour, puisque les autorités auraient plus vite été au courant des démarches entamées par les victimes. 702

²⁵¹⁹ *Menteş et autres c. Turquie* [GC], requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, § 59.

²⁵²⁰ *Menteş et autres c. Turquie* [GC], requête n° 23186/94, 28 novembre 1997, op. diss. DE MEYER, ch. I.

²⁵²¹ *Aksoy c. Turquie* [GC], requête n° 21987/93, 18 décembre 1996, § 53 ; voir aussi BAKIRCIOGLU/DICKSON, pp. 280–281 ; COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 71 ; RAINEY/WICKS/OVEY, pp. 37–38 (en lien avec la notion de pratique administrative rendant une voie de droit inefficace) ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 107.

²⁵²² En effet, les affaires analysées ici se recoupent largement avec celles commentées plus haut sous l'angle des ingérences illicites dans le droit de recours (voir *supra*, n°s 526–535) ; à propos de la relation entre ces deux aspects, voir aussi BAKIRCIOGLU/DICKSON, p. 281.

²⁵²³ Voir aussi p. ex. *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 105.

703 Les affaires précitées relèvent d'un contexte très particulier, ce qui limite nécessairement leur portée. Celle-ci est encore davantage réduite par la réticence plus générale de la Cour de reconnaître l'ineffectivité de voies de droit internes, peut-être dû au climat politique actuel où la subsidiarité est le maître-mot²⁵²⁴. Néanmoins, ces affaires constituent un exemple parlant de vulnérabilité structurelle, liée à une combinaison de facteurs politiques et socio-économiques – la destruction délibérée d'habitations pour des raisons politiques, les pressions exercées par les autorités, la crainte de représailles en cas de saisine de la Cour²⁵²⁵.

704 Il ne s'agit pas non plus du seul cas de figure où la Cour a tenu compte d'une vulnérabilité structurelle liée à un contexte sociopolitique particulier en lien avec l'épuisement des voies de recours internes²⁵²⁶. Ainsi, la Cour a par exemple tenu compte de « la situation d'insécurité et de vulnérabilité dans laquelle se trouve un requérant » à la suite d'un tremblement de terre²⁵²⁷. Cette vulnérabilité s'expliquait par « l'ampleur de la catastrophe à l'origine des griefs » et les « conséquences dramatiques en étant résulté pour les requérants »²⁵²⁸. À l'avenir, la question se posera de savoir si des vulnérabilités environnementales ou climatiques pourraient justifier une exception à l'obligation d'épuiser les voies de droit internes²⁵²⁹.

2) L'existence de discriminations structurelles

705 Un deuxième type de vulnérabilité structurelle pertinent dans le cadre de l'épuisement des voies de droit internes tient à l'existence de certaines discriminations structurelles. Ainsi, la vulnérabilité particulière des personnes

²⁵²⁴ Au sujet de l'importance de la subsidiarité en lien avec l'épuisement des voies de droit internes, voir AUDOUY, pp. 147–163 ; BESSON, *Subsidiarity*, pp. 79–80 ; MOWBRAY, *Subsidiarity*, pp. 322–341.

²⁵²⁵ Voir aussi *supra*, n^{os} 527–528.

²⁵²⁶ Il ne s'agit cependant pas du seul cas de figure où la Cour a tenu compte d'une vulnérabilité structurelle liée à un contexte sociopolitique particulier en lien avec l'épuisement des voies de recours internes. Comme autre exemple, déjà brièvement mentionné auparavant (voir *supra*, n^o 392), citons la situation des personnes « effacées » (*izbrisani*) en Slovénie qui, ayant perdu tout statut légal, s'étaient trouvées dans une situation de « vulnérabilité et insécurité juridique » pendant plusieurs années (voir en particulier *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], requête n^o 26868/06, 26 juin 2012, §§ 299–304 ; voir toutefois aussi *Živković et autres c. Slovénie* (déc.), requêtes n^{os} 42670/16 et al., 5 septembre 2017, §§ 61–63, constatant que la situation a évolué et qu'il existe désormais un recours interne effectif).

²⁵²⁷ *M. Ōzel et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 14350/05 et 2 autres, 17 novembre 2015, § 167.

²⁵²⁸ *M. Ōzel et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 14350/05 et 2 autres, 17 novembre 2015, § 167.

²⁵²⁹ Voir particulier l'affaire *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États*, requête n^o 39371/20, introduite le septembre 2020, communiquée le 13 novembre 2020.

roms est due, selon la jurisprudence constante, au fait que ces personnes appartiennent à une minorité défavorisée, marginalisée et souvent stigmatisée²⁵³⁰. Dans le cadre de l'épuisement des voies de droit internes, cette vulnérabilité structurelle a été soulevée dans plusieurs affaires dans lesquelles certaines victimes n'avaient pas pris part elles-mêmes aux procédures internes²⁵³¹. À cet égard, rappelons d'abord qu'en principe, une requérante doit avoir elle-même épuisé les voies de droit internes relatives aux griefs dont elle souhaite se prévaloir devant la Cour²⁵³². Cet élément est étroitement lié au critère de la recevabilité *ratione personae* que nous avons examiné plus haut²⁵³³. Ainsi, dans l'affaire *Nencheva et autres c. Bulgarie*, la Cour s'est entre autres basée sur l'absence de participation de l'association requérante à la procédure interne pour déclarer la requête irrecevable, un élément qui était pertinent tant s'agissant de la compétence *ratione personae* que de l'épuisement des voies de recours internes²⁵³⁴.

La Cour fait toutefois preuve d'une certaine souplesse. En effet, elle accepte parfois des requêtes alors que seule une partie des requérantes avait réellement épuisé les voies de droit internes. Ainsi, dans l'affaire *Bagdonavicius et autres c. Russie*, la Cour a accepté tant les requêtes des six personnes ayant participé à l'ensemble des procédures internes que des quatre personnes qui n'avaient pas interjeté d'appel contre le jugement de première instance²⁵³⁵. L'affaire portait sur la démolition d'habitations de personnes roms établies plus de cinquante ans auparavant. S'agissant de la recevabilité, il est intéressant de noter que les requérantes avaient « invit[é] la Cour [...] à tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, à savoir la position vulnérable des requérants en tant que membres d'une communauté rom et l'attitude prétendument discriminatoire des autorités locales à leur égard », un élément qui, selon elles, rendait les voies de droit ineffectives²⁵³⁶. La Cour n'a pas examiné en détail cet argument, mais a préféré juger que l'appel sans succès des six autres requérantes indiquait que ce recours aurait été voué à l'échec, et que, en

706

²⁵³⁰ Voir *supra*, n^{os} 437–441.

²⁵³¹ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n^o 19841/06, 11 octobre 2016 ; *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n^o 53641/15, 21 novembre 2017.

²⁵³² MEYER-LADEWIG/PETERS, n^o 10 ; SCHABAS, p. 764 ; VILLIGER, n^o 69.

²⁵³³ Voir *supra*, n^{os} 620–690.

²⁵³⁴ *Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n^o 48609/06, 18 juin 2013, § 93 ; nous avons brièvement mentionné cette affaire précédemment (voir *supra*, notes 1500, 2339).

²⁵³⁵ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n^o 19841/06, 11 octobre 2016.

²⁵³⁶ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n^o 19841/06, 11 octobre 2016, § 58.

application de la jurisprudence constante, les requérantes étaient donc dispensées de l'intenter²⁵³⁷.

707 La Cour a accordé davantage d'importance à la vulnérabilité dans l'affaire *Kósa c. Hongrie*. Dans ce cas, la Cour a dû répondre à la question de savoir si une *actio popularis* en droit interne, à laquelle la requérante n'avait pas participé, pouvait être considérée comme ayant permis d'épuiser les voies de droit internes pour l'affaire en cause²⁵³⁸. Bien que l'affaire se soit soldée par une décision d'irrecevabilité, elle mérite que nous nous y attardions, notamment parce qu'elle permet de comprendre davantage le rôle et le potentiel de la reconnaissance d'une vulnérabilité structurelle dans le cadre de l'épuisement des voies de droit interne.

708 La décision concernait une plainte liée à la « reségrégation » scolaire d'enfants roms. Après une période de déségrégation, où la municipalité de Nyíregyháza avait pris des mesures – notamment la fermeture de l'école ségréguée et la mise sur pied d'un service de bus scolaire – pour intégrer les enfants venant d'un quartier rom dans les écoles mixtes du centre-ville, la ville revint en arrière, avec pour effet une « reségrégation » des enfants roms dans une école appartenant à l'Église grecque-catholique, mais fortement subventionnée par la ville. Nous avons analysé précédemment la question de la ségrégation scolaire d'enfants roms²⁵³⁹. En l'espèce, la Cour s'est bornée à examiner la question de la recevabilité de la requête, qu'elle a niée. La difficulté était que la requérante, une écolière de quatorze ans d'origine rom, n'avait pas participé à la procédure interne, et n'avait donc pas épuisé les voies de droit internes.

709 Or, l'affaire est plus complexe qu'elle n'y paraît. En effet, la situation à l'origine de la requête avait bel et bien été examinée par les tribunaux internes dans le cadre d'une *actio popularis* intentée par l'organisation non gouvernementale *Chance For Children Foundation* (CFCF)²⁵⁴⁰. Une telle action est explicitement prévue par la loi sur l'égalité de traitement hongroise, dans une

²⁵³⁷ *Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n° 19841/06, 11 octobre 2016, §§ 61–62.

²⁵³⁸ *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n° 53641/15, 21 novembre 2017.

²⁵³⁹ Voir *supra*, n^{os} 404–411.

²⁵⁴⁰ Dans sa déposition en tant que tierce intervenante, l'organisation non gouvernementale *Open Society Justice Initiative* souligne toutefois qu'il serait plus adapté de parler d'une forme d'action collective plutôt que d'une *actio popularis*, la CFCF agissant dans l'intérêt des personnes concernées (voir OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, n° 2).

disposition que la Cour qualifie d'« exemplaire »²⁵⁴¹. La question principale était donc de savoir si une *actio popularis*, bien qu'inadmissible devant la Cour elle-même²⁵⁴², pouvait compter comme ayant épuisé les voies de droit internes au nom de la victime directe, elle-même requérante devant la Cour. Sur le principe, la Cour y répond par l'affirmative, tout en considérant que les conditions ne sont pas remplies dans le cas d'espèce²⁵⁴³. En effet, d'après la Cour, les griefs examinés par les juridictions internes dans le cadre de la procédure menée par la CFCF ne correspondaient pas exactement à ceux soulevés par Mme Kósa²⁵⁴⁴.

Sans examiner plus en détail le cas concret de Mme Kósa, le principe consacré par la Cour dans sa décision d'irrecevabilité est important. Le raisonnement judiciaire doit être lu en lien avec les éléments que l'organisation non gouvernementale *European Roma Rights Centre* (ERRC) a soulevés en tant que tierce intervenante. Dans sa déposition, l'ERRC indique en particulier qu'« en raison de leur position particulièrement vulnérable, les personnes roms sont souvent réticentes à se constituer partie, voire à être mentionnées avec leur nom, dans des procédures à l'encontre d'autorités publiques »²⁵⁴⁵. L'ERRC cite néanmoins aussi plusieurs instances où les personnes ont perdu leur réticence initiale une fois qu'une organisation non gouvernementale avait intenté une action, soulignant ainsi l'aspect *encapacitant* de telles actions collectives. L'ERRC souligne par ailleurs que ce type de procédures met en lumière l'aspect collectif, élément essentiel dans le cadre de l'interdiction des discriminations, et qui est souvent difficile à établir par un individu agissant seul, car les faits risquent

710

²⁵⁴¹ *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n° 53641/15, 21 novembre 2017, § 57 (notre traduction).

²⁵⁴² Elle ne remplit en effet pas les critères que la Cour a établis à ce sujet (voir *supra*, n° 625) ; voir aussi *Esélyt A Hátrányos Helyzetű Gyerekeknek Alapítvány c. Hongrie* (déc.), requête n° 786/14, 25 mars 2014, pour un cas très semblable de réségrégation scolaire, porté devant la Cour par la fondation elle-même, sans succès.

²⁵⁴³ *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n° 53641/15, 21 novembre 2017, §§ 56, 58.

²⁵⁴⁴ *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n° 53641/15, 21 novembre 2017, § 58. La Cour identifie deux divergences principales : premièrement, la Cour souligne que les juridictions nationales avaient assumé que les parents d'élèves avaient librement choisi de les faire fréquenter l'école de l'Église grecque-catholique, s'agissant d'une école confessionnelle, en principe ouverte à toute personne. Or, Mme Kósa souligne dans sa requête que ses parents n'avaient pas eu un libre choix, mais avaient été contraints à ce choix par les circonstances (entre autres, l'absence de bus scolaire, mais aussi l'état de santé de Mme Kósa). Deuxièmement, la Cour estime que les juridictions internes avaient considéré que l'éducation fournie par l'école litigieuse n'était pas inférieure à la moyenne de toutes les écoles, un élément que Mme Kósa conteste. Quant au premier élément, sa pertinence est questionable au vu de la jurisprudence de la Cour, qui a considéré qu'une personne ne peut pas consentir à être discriminée (voir *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, 13 novembre 2007, § 204). S'agissant du second élément – la qualité de l'éducation fournie par l'école litigieuse –, celui-ci a été soulevé devant les juridictions internes (voir CHANCE FOR CHILDREN FOUNDATION pour un résumé de l'affaire devant les juridictions internes).

²⁵⁴⁵ EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, n° 25.

d'être interprétés en isolation du contexte sociétal plus large²⁵⁴⁶. L'intervention de l'ERRC montre l'importance de telles actions collectives en tant qu'outils de résilience permettant de dépasser, ou en tout cas d'atténuer, certaines vulnérabilités structurelles.

711 La Cour reconnaît ce rôle créateur de résilience des associations et organisations non gouvernementales lorsqu'elle considère la loi hongroise comme un « exemple louable d'une approche facilitatrice » d'une protection effective des droits humains, mais aussi lorsqu'elle juge qu'une telle procédure, lorsque prévue par le droit national, peut satisfaire à la condition de l'épuisement des voies de droit internes²⁵⁴⁷. À cet égard, elle souligne que cette solution est « particulièrement justifiée en relation avec des allégations de discriminations d'un groupe vulnérable nécessitant une protection particulière, comme c'est le cas d'enfants roms », avant de poursuivre que « l'accès à la justice pour les membres de tels groupes devrait être facilité afin de garantir une protection effective de leurs droits »²⁵⁴⁸. Si ce raisonnement n'a rien changé à la situation concrète de Mme Kósa, il laisse néanmoins entrevoir des perspectives pour une meilleure protection des droits conventionnels de personnes qui se trouvent dans une position de vulnérabilité structurelle. Cette jurisprudence pourrait également être d'une grande utilité pour la défense des droits des personnes en situation de handicap mental qui ne disposent pas d'une représentation légale effective²⁵⁴⁹. En pratique, bien sûr, la difficulté sera que les griefs soulevés dans des procédures collectives internes ne correspondront pas nécessairement à ceux que l'individu souhaite faire valoir devant la Cour, comme c'était le cas de Mme Kósa.

712 À ce propos, il est utile de brièvement mentionner l'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, tout en précisant qu'elle concerne un autre groupe vulnérable²⁵⁵⁰. Dans cette affaire relative à des commentaires homophobes sur les réseaux sociaux, la procédure pénale interne avait été menée par une association de défense des droits des personnes LGBTIQ. Le gouvernement défendeur a essayé d'en déduire que les requérants n'auraient pas épuisé les voies de recours internes, mais sans succès. Pour la Cour, cet élément n'est pas pertinent, tout

2546 EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, n^{os} 25–27.

2547 *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n^o 53641/15, 21 novembre 2017, §§ 56–57.

2548 *Kósa c. Hongrie* (déc.), requête n^o 53641/15, 21 novembre 2017, § 57.

2549 À ce propos, voir aussi *supra*, n^{os} 629–632, 647, 655.

2550 Sur le fond de cette affaire, voir *supra*, n^o 458.

comme la question de savoir si l'association avait agi dans un but de litige stratégique²⁵⁵¹. Elle juge que, dans tous les cas, le litige ne portait pas sur une situation abstraite, mais sur l'atteinte aux droits des requérants, donc sur les mêmes griefs que ceux soulevés dans la procédure devant la Cour²⁵⁵². À ce propos, la Cour insiste sur le rôle primordial des organisations non gouvernementales :

« in modern-day societies, recourse to collective bodies such as associations is one of the accessible means, sometimes the only means, available to the citizens whereby they can defend their particular interests effectively »²⁵⁵³.

Au sujet de la situation spécifique des requérants, la Cour relève également que ceux-ci avaient craint d'autres attaques homophobes s'ils avaient eux-mêmes déposé plainte pénale. En reconnaissant l'importance du rôle des associations, la Cour se réfère également à l'arrêt *Câmpeanu* précité, qui s'inscrit dans le même phénomène tendant à reconnaître une plus grande place aux associations pour assurer l'effectivité de la protection offerte par le système conventionnel²⁵⁵⁴. 713

À des degrés différents, les deux affaires précitées indiquent que la vulnérabilité structurelle de certaines personnes, notamment de membres de minorités ou groupes vulnérables, peut également jouer un rôle en dehors du contexte très spécifique des régions connaissant des troubles civils. Elles indiquent comment la Cour pourrait tenir davantage compte de la vulnérabilité structurelle de certaines requérantes dans le contexte de l'épuisement des voies de recours internes, offrant ainsi des pistes pour l'évolution de la jurisprudence. 714

3) L'absence de capacité juridique

Nous avons déjà vu à plusieurs reprises que les personnes privées de leur capacité juridique sont dans une situation particulièrement vulnérable²⁵⁵⁵. La jurisprudence a expressément reconnu la privation de la capacité juridique 715

²⁵⁵¹ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 80.

²⁵⁵² *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 80.

²⁵⁵³ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 81 (citant *Gorraziz Lizarriga et autres c. Espagne*, requête n° 62543/00, 27 avril 2004, § 38).

²⁵⁵⁴ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, 14 janvier 2020, §§ 78, 80–81.

²⁵⁵⁵ Voir *supra*, nos 623–624, 629–632.

comme facteur de vulnérabilité²⁵⁵⁶ et comme obstacle à l'accès à la justice²⁵⁵⁷, mais pas nécessairement en lien avec l'accès à la Cour elle-même. Or, l'incapacité juridique complique de manière significative l'accès à la Cour²⁵⁵⁸. Nous l'avons mentionné dans le contexte de la recevabilité *ratione personae*, en lien avec la question de la représentation *de facto*²⁵⁵⁹ ; mais l'exigence de l'épuisement des voies de droit internes peut constituer, elle aussi, un obstacle majeur.

716 La Cour l'a occasionnellement reconnu²⁵⁶⁰. Ainsi, dans l'affaire *X. c. Croatie* portant sur l'adoption de l'enfant de la requérante, la Cour précise que la requérante, privée de l'exercice de ses droits civils, ne dispose pas de la capacité pour agir en droit interne et que, si le recours constitutionnel existe dans l'absolu, il ne lui est pas accessible²⁵⁶¹. Partant, la Cour rejette l'exception d'irrecevabilité de l'État défendeur²⁵⁶². Cet arrêt est par ailleurs intéressant parce que la Cour y avait enjoint à l'État, à titre de mesure provisoire, de désigner une avocate pour veiller à la sauvegarde des intérêts de la requérante²⁵⁶³. Prometteuse au niveau de l'effectivité de la protection des droits, une telle démarche est à notre connaissance restée isolée²⁵⁶⁴. Précisons que la notion de vulnérabilité n'apparaît pas dans le jugement *X. c. Croatie* précité, ce qui est regrettable du point de vue de la cohérence dans le raisonnement judiciaire. Une telle mention aurait également été en accord avec la jurisprudence dans d'autres contextes, et notamment avec la reconnaissance de la vulnérabilité particulière des personnes en situation de handicap mental ou psychique²⁵⁶⁵.

717 L'arrêt *Stanev c. Bulgarie* portait sur l'internement d'une personne avec une schizophrénie²⁵⁶⁶. Il est devenu célèbre parce que la Cour y conclut que le

²⁵⁵⁶ *Zehentner c. Autriche*, requête n° 20082/02, 16 juillet 2009, § 63 ; *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 120, 153.

²⁵⁵⁷ *Zehentner c. Autriche*, requête n° 20082/02, 16 juillet 2009, § 63 ; *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, not. §§ 172–175.

²⁵⁵⁸ Au sujet de l'affaire *Zehentner c. Autriche* précitée, voir aussi ZIMMERMANN, *Legislating*, p. 554.

²⁵⁵⁹ Voir *supra*, nos 623–624, 629–632.

²⁵⁶⁰ Pour une analyse du caractère limité de cette reconnaissance, voir en particulier COJOCARIU, *Handicapping*, pp. 691–692.

²⁵⁶¹ *X. c. Croatie*, requête n° 11223/04, 17 juillet 2008, § 32.

²⁵⁶² *X. c. Croatie*, requête n° 11223/04, 17 juillet 2008, § 33.

²⁵⁶³ *X. c. Croatie*, requête n° 11223/04, 17 juillet 2008, § 2 ; voir aussi SICILIANOS/KOSTOPOULOUS, p. 76.

²⁵⁶⁴ Voir aussi COJOCARIU, *Handicapping*, p. 692 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOUS, p. 76.

²⁵⁶⁵ Voir en particulier l'arrêt phare *Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010, § 42.

Pour plus de détails, voir en particulier PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1066 ; voir également *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 120, 153.

²⁵⁶⁶ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012.

placement du requérant, contre son gré et dans une institution pour ainsi dire fermée, constituait une détention contraire à l'article 5 par. 1 de la Convention²⁵⁶⁷. La Cour y constate également une violation de l'article 5 par. 4, le requérant étant incapable de faire contrôler la légalité de son placement, dans la mesure où il était privé de l'exercice des droits civils et ne pouvait compter ni sur l'assistance de sa curatrice ni sur celle de sa famille²⁵⁶⁸. Dans son raisonnement, la Cour mentionne à plusieurs reprises la situation vulnérable des personnes en situation de handicap mental privées de leur capacité juridique²⁵⁶⁹. Elle souligne notamment que l'État est tenu de « prendre des mesures offrant une protection effective aux personnes vulnérables »²⁵⁷⁰. Cela suppose au minimum l'existence de voies de droit réellement accessibles – donc aussi sans l'assistance d'une curatrice – permettant de faire contrôler la conformité de la détention à l'article 5 par. 1 CEDH. Les exigences de l'article 5 par. 4 CEDH coïncident donc ici avec celles liées à l'épuisement des voies de droit internes : dans la mesure où ces voies de droit n'étaient pas ouvertes au requérant agissant seul, il n'y avait pas non plus de voies de droit à épuiser avant de saisir la Cour²⁵⁷¹.

4) La difficulté ou l'incapacité de se plaindre

La Cour a par ailleurs régulièrement soulevé la nécessité de « tenir compte de la vulnérabilité [de certaines personnes], et de leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court »²⁵⁷². Cet adage vaut notamment pour les personnes en situation de handicap mental ou psychique²⁵⁷³ et pour les personnes mineures²⁵⁷⁴.

718

²⁵⁶⁷ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 148–160.

²⁵⁶⁸ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 172–178 ; voir aussi *M.S. c. Croatie* (n° 2), requête n° 75450/12, 19 février 2015, § 152 ; *Stefan Stankov c. Bulgarie*, requête n° 25820/07, 17 mars 2015, §§ 149–152.

²⁵⁶⁹ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 120, 153.

²⁵⁷⁰ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, § 120.

²⁵⁷¹ *Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012, §§ 170–178.

²⁵⁷² *Slawomir Musiał c. Pologne*, requête n° 28300/06, 20 janvier 2009, § 87 ; *V.D. c. Roumanie*, requête n° 7078/02, 16 février 2010, § 87 ; *A.M.M. c. Roumanie*, requête n° 2151/10, 14 février 2012, § 59 ; *B. c. Roumanie* (n° 2), requête n° 1285/03, 19 février 2013, § 78 ; *Comoraşu c. Roumanie*, requête n° 16270/12, 31 mai 2016, § 43 ; *Epure c. Roumanie*, requête n° 73731/17, 11 mai 2021, §§ 54–55 ; voir aussi *supra*, nos 268, 357, 510, et *infra*, nos 729–731.

²⁵⁷³ *Slawomir Musiał c. Pologne*, requête n° 28300/06, 20 janvier 2009, § 87 ; *V.D. c. Roumanie*, requête n° 7078/02, 16 février 2010, § 87 ; *M.M. c. Roumanie*, requête n° 2151/10, 14 février 2012, § 59 ; *Comoraşu c. Roumanie*, requête n° 16270/12, 31 mai 2016, § 43 ; *Epure c. Roumanie*, requête n° 73731/17, 11 mai 2021, § 54.

²⁵⁷⁴ *B. c. Roumanie* (n° 2), requête n° 1285/03, 19 février 2013, § 78.

719 Le lien étroit entre l'épuisement des voies de recours internes et les obligations positives procédurales découlant des articles 2 et 3, parfois en lien avec l'article 13 de la Convention²⁵⁷⁵, devient ici apparent. En effet, en cas d'allégation crédible de violation des articles 2 ou 3 CEDH, l'État doit mener une enquête prompte et diligente²⁵⁷⁶. L'absence d'une enquête satisfaisante peut traduire l'ineffectivité des voies de droit internes et ainsi dispenser les requérantes de les épuiser avant de saisir la Cour²⁵⁷⁷. En raison du lien étroit entre ces dispositions, la Cour examine d'ailleurs régulièrement la condition de l'épuisement des voies de droit internes dans son examen sur le fond, notamment dans les affaires concernant des allégations de traitement contraire à l'article 3 CEDH²⁵⁷⁸.

720 Or, pour remplir son obligation d'enquête, l'État doit avoir connaissance d'actes ou faits déclenchant une telle obligation et les requérantes doivent donc en principe aussi porter les violations potentielles à l'attention des autorités²⁵⁷⁹. Néanmoins, l'obligation de prêter attention à la capacité affaiblie de certaines personnes vulnérables de se plaindre de violations conventionnelles signifie que les États ont un devoir de vigilance accru dans ces cas. S'agissant notamment des victimes de torture²⁵⁸⁰ et des personnes en situation de handicap mental, la Cour souligne ainsi la vulnérabilité de ces personnes et leur « incapacité, dans certains cas, à se plaindre »²⁵⁸¹, éléments dont les États doivent tenir compte

²⁵⁷⁵ À propos du lien entre les articles 3 et 13 CEDH, voir p. ex. MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 16 ; VILLIGER, nos 855–858, 864.

²⁵⁷⁶ Au sujet de cette obligation, voir p. ex. MEYER-LADEWIG/LEHNERT, nos 14–18 ; PÉTERMANN, pp. 361–367.

²⁵⁷⁷ SCHABAS, pp. 552, 765–766 ; ZWAAK/HAECK/BURBANO HERRERA, p. 131 ; voir aussi MEYER-LADEWIG/RENGER, n° 30 (en lien avec l'article 13 CEDH).

²⁵⁷⁸ Voir p. ex. *Slawomir Musiał c. Pologne*, requête n° 28300/06, 20 janvier 2009, § 87 ; *V.D. c. Roumanie*, requête n° 7078/02, 16 février 2010, § 87 ; *A.M.M. c. Roumanie*, requête n° 2151/10, 14 février 2012, § 59 ; *B. c. Roumanie* (n° 2), requête n° 1285/03, 19 février 2013, § 78.

²⁵⁷⁹ Les États ont une obligation d'enquêter au sujet de toute allégation crédible qui fait naître un soupçon raisonnable de violation des articles 2 ou 3 CEDH (BREMS, *Procedural Protection*, pp. 141–144 ; HARRIS ET AL., pp. 216–221, 276–279 ; LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 61–66 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, nos 21–31 ; MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 14 ; SCHABAS, pp. 134–135, 191 ; STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 112–113 ; SUDRE, *Droit européen et international*, nos 299, 315–316).

²⁵⁸⁰ En lien avec des victimes de torture, voir *supra*, nos 277, 393.

²⁵⁸¹ *Slawomir Musiał c. Pologne*, requête n° 28300/06, 20 janvier 2009, § 87 ; *V.D. c. Roumanie*, requête n° 7078/02, 16 février 2010, § 87 ; *A.M.M. c. Roumanie*, requête n° 2151/10, 14 février 2012, § 59 ; *Claes c. Belgique*, requête n° 43418/09, 10 janvier 2013, § 93 ; *Comoraşu c. Roumanie*, requête n° 16270/12, 31 mai 2016, § 43 ; *Stepanian c. Roumanie*, requête n° 60103/11, 14 juin 2016, § 60 ; *Gömi c. Turquie*, requête n° 38704/11, 19 février 2019, § 61 ; *Jeanty c. Belgique*, requête n° 82284/17, 31 mars 2020, § 114.

dans le cadre leurs obligations d'enquête découlant des articles 2 et 3 de la Convention²⁵⁸².

5) Appréciation

Malgré leur diversité, les affaires examinées dans cette section ont un point commun : la Cour y a reconnu la vulnérabilité particulière des requérantes et les a dispensées, sur cette base, d'épuiser certaines voies de droit internes. BLONDEL en conclut que « le constat d'une vulnérabilité de l'individu permet de mettre en échec des exigences procédurales classiques »²⁵⁸³. Nous ne souscrivons pas à ce constat. Il nous paraît au contraire que la vulnérabilité s'insère parfaitement dans ces exigences procédurales : en effet, la Cour souligne de manière constante que l'exigence de l'épuisement des voies de droit internes s'apprécie à la lumière des circonstances du cas concret, et qu'il faut également tenir compte des circonstances personnelles des requérantes. La prise en compte de la vulnérabilité particulière, loin de constituer une rupture, s'insère donc parfaitement dans cette jurisprudence. Elle participe par ailleurs à une tendance plus générale d'interpréter les conditions de recevabilité à la lumière du principe de l'effectivité des droits humains²⁵⁸⁴. 721

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue l'importance de la condition de l'épuisement des voies de droit internes dans le système conventionnel. Ayant pour objectif de permettre aux États de prévenir ou redresser des violations alléguées avant que celles-ci ne soient soumises à la Cour, la condition de l'épuisement des voies de droit constitue une application par excellence du principe de subsidiarité, et la Cour y est profondément attachée²⁵⁸⁵. Ainsi, la souplesse au nom de la vulnérabilité constitue clairement une exception. Par ailleurs, il est bien possible que l'insistance sur le rôle subsidiaire de la Cour²⁵⁸⁶, élément qui a été inscrit dans le préambule même de la Convention avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 15, influe sur la manière dont la Cour apprécie la condition de l'épuisement des voies de droit internes, l'amenant à être plus restrictive sur cet élément. 722

²⁵⁸² BLONDEL, n°s 411–414 ; MEYER-LADEWIG/RENGER, n° 29 ; RUET, *Vulnérabilité*, pp. 330–331 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 152.

²⁵⁸³ BLONDEL, n° 413.

²⁵⁸⁴ Voir aussi en ce sens, LANTER, p. 72.

²⁵⁸⁵ Voir aussi LANTER, p. 72 ; VILLIGER, n°s 69–71, 87.

²⁵⁸⁶ Voir *supra*, note 2238 *in fine* et les réf. cit.

IV. Le délai pour introduire une requête

723 Après l'épuisement des voies de droit internes, la requête auprès de la Cour doit être déposée dans un délai déterminé. Plus complexe qu'il n'y paraît, la condition du délai permet, dans une certaine mesure, la prise en compte de la vulnérabilité particulière. Dans ce qui suit, nous rappelons tout d'abord brièvement les principes régissant cette condition de recevabilité (A), avant d'analyser de plus près quelques arrêts dans lesquels la Cour a insisté sur une certaine souplesse, se basant notamment sur la vulnérabilité particulière (B) et de conclure (C).

A. Principes

724 Une fois les voies de recours internes épuisées, la requête auprès de la Cour doit être déposée dans un délai déterminé. Longtemps fixé à six mois, le délai a été réduit à quatre mois avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 15²⁵⁸⁷. La Cour examine d'office le respect de cette condition qui « marque la limite temporelle du contrôle effectué par la Cour »²⁵⁸⁸. La finalité de cette règle est double : d'une part, laisser un délai suffisant pour introduire une requête, et d'autre part, limiter cette possibilité dans le temps, notamment afin d'assurer la sécurité juridique et de « protéger les autorités et autres personnes concernées de l'incertitude où les laisserait l'écoulement prolongé du temps »²⁵⁸⁹.

725 Le délai commence en principe à courir avec la décision définitive de la dernière instance nationale²⁵⁹⁰. En l'absence d'une voie (appropriée) en droit interne, le délai commence à courir avec l'acte ou la mesure contestée²⁵⁹¹. Si une voie de droit existe, mais se révèle par la suite ineffective, le délai commence à

²⁵⁸⁷ Art. 35 par. 1 CEDH ; art. 4 et art. 8 par. 3 du Protocole n° 15. La réduction du délai entre en vigueur six mois après l'entrée en vigueur du Protocole lui-même, à savoir le 1^{er} février 2022. Cependant, elle ne s'applique pas aux affaires dans lesquelles une décision définitive a été rendue avant l'entrée en vigueur du délai réduit.

²⁵⁸⁸ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 99.

²⁵⁸⁹ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n°s 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 258 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 98 ; GRABENWARTER/PABEL, p. 80 ; PEUKERT, Artikel 35, n° 33 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 47.

²⁵⁹⁰ Plus spécifiquement, le lendemain de sa réception par la requérante ou, cas échéant, son avocate, ou alors du moment où elle aurait dû en avoir connaissance (MEYER-LADEWIG/PETERS, n°s 26–28 ; PEUKERT, Artikel 35, n° 39 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 48–49). Au sujet de ce second aspect, voir en particulier RENUCCI, n° 1047 et les réf. cit.

²⁵⁹¹ Plus précisément, il s'agit du moment où la requérante est au courant de la violation alléguée, ou aurait dû l'être (MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 27 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 49).

courir au moment où les requérantes prennent conscience, ou auraient dû prendre conscience, de l'inefficacité des moyens de droit empruntés²⁵⁹². Ainsi, seuls des recours effectifs ont une influence sur la condition du délai, ce qui montre une fois de plus l'étroite relation entre les deux conditions de recevabilité²⁵⁹³. En principe, le délai ne court pas en présence d'une violation continue, c'est-à-dire tant qu'une situation (prétendument) contraire à la Convention perdure²⁵⁹⁴. Il peut par exemple s'agir d'une détention encore en cours ou d'une situation de violences domestiques²⁵⁹⁵. À ce propos, il faut toutefois tenir compte du devoir de diligence des requérantes.

La Cour a d'abord dégagé le devoir de diligence dans le contexte des disparitions forcées et l'a ensuite étendu aux autres situations de violations continues²⁵⁹⁶. Il comporte deux aspects : premièrement, l'obligation de saisir promptement les autorités internes et de s'enquérir auprès d'elles de l'avancement de l'enquête et deuxièmement, celle de saisir la Cour dès que les requérantes (prospectives) se rendent compte, ou auraient dû se rendre compte, de l'ineffectivité de l'enquête interne²⁵⁹⁷. S'agissant du second aspect, la Cour déclare irrecevables les requêtes en présence d'un « retard excessif ou inexplicable » dans le dépôt de la requête, en l'absence de chance réaliste que l'enquête produise encore des résultats²⁵⁹⁸. À ce propos, tant que les requérantes

726

²⁵⁹² COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 136 ; GRABENWARTER/PABEL, p. 80 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 218.

²⁵⁹³ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 113 ; GRABENWARTER/PABEL, p. 80 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, pp. 45, 48.

²⁵⁹⁴ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 115–118 ; GRABENWARTER/PABEL, p. 80 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 30 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 48 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 218.

²⁵⁹⁵ LEACH, n° 4.106 ; PEUKERT, Artikel 35, nos 42–43 ; pour d'autres exemples, voir COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 115–118, 135–143 et les réf. cit. Précisons que la violation elle-même doit être continue ; des effets persistants d'une violation passée ne suffisent pas (MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 29 ; PEUKERT, Artikel 35, n° 43 ; RAINEY/WICKS/OVEY, p. 39).

²⁵⁹⁶ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, nos 118, 138 ; SCHABAS, p. 773 ; SICILIANOS/KOSTOPOULOU, p. 48. Pour des exemples jurisprudentiels, voir *Varnava et autres c. Turquie* [GC], requêtes nos 16064/90 et al., 18 septembre 2009, §§ 161–166 ; *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, §§ 135, 140–142 ; *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011, §§ 134, 140–141. Précisons que la vulnérabilité est également un facteur pertinent pour qualifier une situation de violation continue : ainsi, la Cour s'y réfère pour juger que de multiples détentions dans l'aile psychiatrique d'une prison devaient être qualifiées de violation continue malgré de brèves périodes intermédiaires de liberté (*Venken et autres c. Belgique*, requêtes nos 46130/14 et al., 6 avril 2021, §§ 151–152).

²⁵⁹⁷ COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 139 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 29 ; SCHABAS, p. 773 ; voir en particulier *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014, §§ 264–269 ; *Tarak et Depe c. Turquie*, requête n° 40472/12, 9 avril 2019, § 47.

²⁵⁹⁸ *Melnichuk c. Roumanie*, requêtes nos 35279/10 et 34782/10, 5 mai 2015, § 83 et les réf. cit. ; voir aussi *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 268.

entretiennent encore un contact réel avec les autorités, ou tant qu'il existe « un [autre] indice ou une possibilité réaliste que les mesures d'enquête progressent, la question d'un éventuel retard excessif de la part des requérants ne se pos[e] généralement pas »²⁵⁹⁹.

727 À première vue, le délai pour déposer une requête auprès de la Cour ne se prête pas à une application « souple » à l'instar d'autres conditions de recevabilité²⁶⁰⁰. La Cour dispose cependant d'une certaine marge de manœuvre interprétative, notamment s'agissant du devoir de diligence des requérantes. En effet, comme nous le verrons à présent, celui-ci s'apprécie à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce, ce qui permet à la Cour de tenir compte de la situation particulièrement vulnérable de certaines requérantes.

B. Le devoir de diligence et la vulnérabilité particulière

728 Selon une jurisprudence constante, le respect de l'obligation de saisir promptement les autorités internes s'apprécie à la lumière des circonstances du cas concret²⁶⁰¹. La jurisprudence connaît en particulier deux cas de figure où l'obligation est tempérée. Le premier concerne les cas où les autorités, disposant d'indices suffisants de violations conventionnelles graves, sont dans l'obligation d'enquêter indépendamment de l'existence d'une plainte formelle (1). Le second, quant à lui, regroupe des cas où les requérantes sont dans une situation particulièrement vulnérable et que leur attente était raisonnable (2). Contrairement à ce que cette formulation laisse croire, la vulnérabilité est pertinente dans les deux cas, que nous analyserons donc par la suite à l'aide d'exemples choisis.

²⁵⁹⁹ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 269 ; voir aussi *Varnava et autres c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 16064/90 à 16073/90, 18 septembre 2009, §§ 165–166.

²⁶⁰⁰ La jurisprudence indique au contraire que la Cour interprète ce délai de manière stricte ; ainsi, elle a par exemple refusé de tenir compte des jours fériés dans la détermination du *dies ad quem*, voir en particulier *Sabri Güneş c. Turquie* [GC], requête n^o 27396/06, 29 juin 2012, §§ 43–59.

²⁶⁰¹ Voir p. ex. *El-Masri c. l'« Ex-République yougoslave de Macédoine »* [GC], requête n^o 399630/09, 13 décembre 2012, §§ 139, 142 ; *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 266 ; *Melnichuk c. Roumanie*, requêtes n^{os} 35279/10 et 34782/10, 5 mai 2015, § 81 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n^o 140 ; RENUCCI, n^o 1047 et les réf. cit.

1) La prise en compte indirecte de la vulnérabilité

Le premier cas de figure consiste en une prise en compte plutôt indirecte de la vulnérabilité. À ce propos, nous avons déjà indiqué le lien étroit entre les obligations d'enquête découlant notamment des articles 2 et 3 de la Convention d'une part, et les conditions de recevabilité d'autre part²⁶⁰². S'agissant du délai, d'après la jurisprudence constante, le retard d'une requérante à porter plainte devant les autorités internes n'est pas décisif lorsque celles-ci sont dans l'obligation d'enquêter indépendamment de l'existence d'une plainte formelle²⁶⁰³. Une telle obligation positive procédurale existe notamment en présence d'indices sérieux ou d'allégation crédible d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique²⁶⁰⁴.

La vulnérabilité entre en considération de deux manières. Premièrement, nous avons vu plus haut que la Cour a reconnu la vulnérabilité particulière des victimes de torture ou de mauvais traitements de la part d'agentes de l'État²⁶⁰⁵ ; les obligations positives procédurales peuvent être vues comme une réponse à – et une manière de compenser – cette forme de vulnérabilité particulière. Dans ce cadre, la Cour a également pris en considération les effets psychologiques d'actes de torture ou de mauvais traitements de la part des agentes étatiques, pouvant diminuer la capacité d'une personne à se plaindre ou à entreprendre des démarches²⁶⁰⁶. Deuxièmement, pour déterminer l'existence d'obligations positives d'enquête, les autorités doivent tenir compte de l'« incapacité de certaines personnes à se plaindre, ou à se plaindre de manière cohérente », notamment en raison de l'âge ou d'un handicap mental ou psychique²⁶⁰⁷. Ce

²⁶⁰² Voir *supra*, n^{os} 718–720.

²⁶⁰³ Voir p. ex. *Velev c. Bulgarie*, requête n^o 43531/08, 16 avril 2013, § 60 ; *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 265 ; *Mafalani c. Croatie*, requête n^o 32325/13, 9 juillet 2015, § 82 ; *Krsmanović c. Serbie*, requête n^o 19796/14, 19 décembre 2017, § 64 ; voir aussi COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n^o 140.

²⁶⁰⁴ À propos de ces obligations d'enquête, voir BREMS, *Procedural Protection*, pp. 141–144 ; HARRIS ET AL., pp. 216–221, 276–279 ; LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 61–66 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, n^{os} 21–31 ; MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n^o 14 ; SCHABAS, pp. 134–135, 191 ; STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 112–113 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n^{os} 299, 315–316.

²⁶⁰⁵ Voir *supra*, n^{os} 274–278, 393. La Cour a également reconnu l'expérience de mauvais traitements comme facteur de vulnérabilité s'agissant des violences domestiques (voir *infra*, n^{os} 797–803).

²⁶⁰⁶ *Koutcherouk c. Ukraine*, requête n^o 2570/04, 6 septembre 2007, § 148 ; *M.B. c. Roumanie*, requête n^o 43984/06, 3 novembre 2011, § 52 ; *Mafalani c. Croatie*, requête n^o 32325/13, 9 juillet 2015, § 82 ; *D. c. République de Moldova* [Comité], requête n^o 25397/09, 8 décembre 2020, § 54 ; *Tsuroyev et autres c. Russie* [Comité], requêtes n^{os} 8372/07 et al., 8 juin 2021, § 75.

²⁶⁰⁷ *Ślawomir Musiał c. Pologne*, requête n^o 28300/06, 20 janvier 2009, § 87 ; *V.D. c. Roumanie*, requête n^o 7078/02, 16 février 2010, § 87 ; *B. c. Roumanie* (n^o 2), requête n^o 1285/03, 19 février 2013, § 78 ; *Epure c. Roumanie*, requête n^o 73731/17, 11 mai 2021, §§ 54–55 ; voir aussi *supra*, n^{os} 268, 357, 510, 718–720.

principe trouve notamment application en lien avec les personnes détenues ayant un handicap mental ou psychique, vis-à-vis desquelles les autorités ont des obligations positives accrues²⁶⁰⁸. Dans les deux cas, la Cour soulève généralement la vulnérabilité en lien avec l'article 3 CEDH ; celle-ci est toutefois indirectement pertinente pour le devoir de diligence, dans la mesure où celui-ci est étroitement lié aux obligations positives d'enquête découlant de l'article 3 CEDH²⁶⁰⁹.

731 Sur la base de ces éléments, la Cour a par exemple jugé qu'une plainte pénale formelle déposée quatre ans après les mauvais traitements allégués n'était pas tardive²⁶¹⁰. À l'inverse, toutefois, elle a considéré que le requérant qui n'avait pas soulevé les violences policières lors d'un entretien avec un juge en présence de deux avocats de son choix avait manqué à son devoir de diligence²⁶¹¹. Enfin, précisons que l'obligation d'enquête des autorités n'absout pas les requérantes de respecter le second aspect de leur devoir de diligence, à savoir saisir la Cour dès lors que l'ineffectivité de l'enquête interne devient apparente²⁶¹².

2) La prise en compte directe de la vulnérabilité

732 Dans un second cas de figure, la Cour prend en considération la vulnérabilité des requérantes dans son analyse de l'article 35 par. 1 CEDH. Ainsi, la Cour souligne régulièrement qu'un « retard [à agir] n'affecte pas non plus la recevabilité de la requête lorsque le requérant était dans une situation particulièrement vulnérable eu égard à la complexité de l'affaire et à la nature des violations des droits de l'homme invoquées »²⁶¹³. La formulation indique déjà que ce n'est pas n'importe quelle vulnérabilité, mais que celle-ci doit être

²⁶⁰⁸ Voir aussi *supra*, nos 354–357.

²⁶⁰⁹ Voir p. ex. *Bati et autres c. Turquie*, nos 33097/96 et 57834/00, § 133 ; *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, § 49 ; voir aussi *supra*, nos 268, 357, 510, nos 718–720.

²⁶¹⁰ *Mafalani c. Croatie*, requête n° 32325/13, 9 juillet 2015, §§ 78–84.

²⁶¹¹ *Đurović c. Croatie* (déc.), requête n° 51714/13, 7 mars 2017, § 33.

²⁶¹² COUR EDH, Guide sur la recevabilité, n° 139 ; MEYER-LADEWIG/PETERS, n° 29 ; SCHABAS, p. 773. Il va de soi que ce critère est, lui aussi, sujet à interprétation.

²⁶¹³ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 265 ; *Melnichuk c. Roumanie*, requêtes nos 35279/10 et 34782/10, 5 mai 2015, § 81 ; *Mafalani c. Croatie*, requête n° 32325/13, 9 juillet 2015, § 78 ; *Đurović c. Croatie* (déc.), requête n° 51714/13, 7 mars 2017, § 30 ; *Krsmanović c. Serbie*, requête n° 19796/14, 19 décembre 2017, § 64 (notre traduction). La Cour mentionne et rappelle ce principe en lien avec le premier volet du devoir de diligence, à savoir l'obligation de saisir promptement les autorités internes ; toutefois, les affaires *Sargsyan c. Azerbaïdjan* et *Chiragov et autres c. Arménie* présentées ci-après indiquent que la vulnérabilité joue également un rôle en lien avec le second volet de ce devoir, à savoir l'obligation de saisir la Cour dès qu'une enquête se révèle ineffective.

due à un contexte assez particulier ; comme les exemples étudiés ci-après le montrent, il s'agit notamment de violations de droits humains à grande échelle²⁶¹⁴. Par ailleurs, la vulnérabilité des requérantes ne suffit pas : il faut par ailleurs « qu'il [fut] raisonnable de [leur] part d'attendre des évolutions qui auraient pu permettre de résoudre des questions factuelles ou juridiques cruciales »²⁶¹⁵. Deux affaires permettent de mieux cerner la signification de ce principe et de la vulnérabilité dans ce contexte.

L'affaire *Mocanu et autres c. Roumanie* s'inscrit dans le contexte des répressions violentes de manifestations ayant eu lieu à Bucarest entre fin 1989 et juin 1990²⁶¹⁶. Plus spécifiquement, elle portait sur des faits qui avaient eu lieu lors de manifestations en juin 1990, qui avaient entraîné le décès du mari de la première requérante et au cours desquelles le second requérant avait subi des mauvais traitements²⁶¹⁷. Celui-ci a attendu jusqu'en 2001 avant de porter plainte devant les autorités internes, et il se posait donc la question de savoir s'il avait fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui – s'il avait rempli son devoir de diligence – ou si, au contraire, sa requête était tardive.

La Cour établit tout d'abord sa compétence *ratione temporis*, en soulignant que les articles 2 et 3 génèrent des obligations procédurales indépendantes, et qu'elle est compétente pour examiner la compatibilité avec ces articles de l'enquête pénale menée après 1994, date de l'entrée en vigueur de la Convention pour la Roumanie²⁶¹⁸. Elle examine ensuite le respect du délai pour introduire une requête. La question principale est de savoir si l'inactivité du requérant jusqu'en 2001 rend sa requête tardive. La majorité de la Grande Chambre estime que ce n'est pas le cas. À cet égard, elle se base notamment sur « la vulnérabilité du requérant et son sentiment d'impuissance, qu'il partageait avec de nombreuses autres victimes qui, elles aussi, ont attendu longtemps avant de déposer plainte »²⁶¹⁹. Pour la majorité, ces éléments « représentent une explication plausible et acceptable pour son inactivité de 1990 à 2001 »²⁶²⁰.

²⁶¹⁴ Voir aussi DE VYLDER, *Mocanu*.

²⁶¹⁵ Voir aussi DE VYLDER, *Mocanu*.

²⁶¹⁶ Plus spécifiquement, les requérants avaient subi des violations lors d'une manifestation en juin 1990, qui elle-même visait à demander justice par rapport aux répressions violentes de manifestations contre le régime totalitaire ayant eu lieu en décembre 1989.

²⁶¹⁷ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 258.

²⁶¹⁸ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, §§ 205–211.

²⁶¹⁹ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 275.

²⁶²⁰ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 275.

735 Cette argumentation n'a toutefois pas convaincu l'ensemble des juges. Dans une opinion dissidente, les juges SILVIS et STRETEANU estiment que si « on peut comprendre que le requérant se trouvait dans une telle détresse au lendemain des événements de juin 1990 », ce raisonnement ne s'appliquait plus par la suite²⁶²¹. Ils se réfèrent à cet égard à l'arrêt de la Chambre²⁶²², qui avait jugé que :

« [s]i elle peut accepter que, dans des situations de violation massive des droits fondamentaux, il convient de prendre en compte la vulnérabilité des victimes, notamment leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre, par crainte de représailles, la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun argument convaincant justifiant que le requérant soit resté passif et ait attendu onze ans avant d'adresser sa plainte aux autorités compétentes »²⁶²³.

736 Or, ce raisonnement indique une compréhension étroite de la vulnérabilité, qui nécessite une proximité temporelle : le requérant aurait ainsi été vulnérable pendant qu'il était aux mains des fonctionnaires de police, peut-être encore tant qu'il avait raison de craindre des représailles, mais pas plus tard. Leur compréhension de la vulnérabilité est donc, pour reprendre les distinctions établies auparavant, situationnelle²⁶²⁴. À l'inverse, la majorité des juges composant la Grande Chambre fait preuve d'une compréhension à la fois plus large et plus nuancée de la vulnérabilité, qui tient compte de la complexité de ce phénomène. Ainsi,

« [I]a Cour reconnaît [...] que les conséquences psychologiques des mauvais traitements infligés par des agents de l'État peuvent aussi nuire à la capacité des victimes à se plaindre des traitements subis et, ainsi, constituer un obstacle majeur à l'exercice du droit à réparation des victimes de torture et autres mauvais traitements [...] Ce type de facteurs peut avoir pour effet de rendre la victime incapable d'entreprendre les démarches nécessaires pour intenter sans délai des poursuites à l'encontre de l'auteur des faits »²⁶²⁵.

737 Cet extrait montre que la Grande Chambre fait sienne l'argumentation mise en avant par l'organisation non gouvernementale *Redress* agissant à titre de

²⁶²¹ *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, op. diss. SILVIS, STRETEANU, §§ 2, 5.

²⁶²² *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n^{os} 10865/09 et al., 17 septembre 2014, op. diss. SILVIS, STRETEANU, § 2.

²⁶²³ *Mocanu et autres c. Roumanie*, requêtes n^{os} 10865/09 et al., 13 novembre 2012, § 272.

²⁶²⁴ Voir *supra*, n^o 141.

²⁶²⁵ *Mocanu et autres c. Roumanie*, requêtes n^{os} 10865/09 et al., 13 novembre 2012, § 274 (nous soulignons).

tierce intervenante. Celle-ci s'était notamment référée à diverses études scientifiques d'ordre psychologique soulignant la vulnérabilité particulière des victimes d'infractions commises par les agentes de l'État et non pas par des « criminels ordinaires », et concluant que « l'expérience de la maltraitance subie entre les mains des institutions sociales et politiques chargées notamment d'assurer la sécurité et le bien-être des individus peut avoir des effets psychologiques particuliers expliquant le retard dans l'introduction d'une plainte, voire l'absence de plainte »²⁶²⁶. Dans la lignée de ce raisonnement, la Cour indique également que le requérant ne représentait de loin pas un cas isolé, mais qu'il faisait au contraire partie de la majorité des victimes qui n'avaient porté plainte qu'en 1998, après qu'une décision du parquet leur avait donné l'impression de l'existence d'une réelle enquête et d'un véritable progrès dans celle-ci²⁶²⁷.

L'affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, quant à elle, concernait une personne qui avait dû fuir l'Azerbaïdjan et se réfugier en Arménie pendant le conflit du Haut-Karabakh en 1992, perdant de manière durable son domicile ainsi que l'accès à ses biens et sources de revenus²⁶²⁸. En effet, le requérant n'a jamais pu retourner dans son village²⁶²⁹. En 2006, soit un peu plus de quatre ans après la ratification de la Convention par l'Azerbaïdjan, M. Sargsyan décide de saisir la Cour. 738

Comme dans l'affaire *Mocanu et autres c. Roumanie* précitée, la Grande Chambre répond d'abord à la question de la compétence *ratione temporis*, en estimant qu'il s'agit d'une situation continue qui perdure au-delà de la ratification et qu'elle est donc compétente pour toutes les difficultés que le requérant a connues après 2002²⁶³⁰. Elle traite ensuite du délai de saisine. Précisons que, contrairement aux affaires précitées, il est ici question du deuxième aspect du devoir de diligence, c'est-à-dire l'obligation de saisir la 739

²⁶²⁶ *Mocanu et autres c. Roumanie*, requêtes n^{os} 10865/09 et al., 13 novembre 2012, § 253.

²⁶²⁷ *Mocanu et autres c. Roumanie*, requêtes n^{os} 10865/09 et al., 13 novembre 2012, § 275.

²⁶²⁸ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n^o 40167/06, 14 décembre 2011 ; *Sargsyan c. Azerbaïdjan* [GC], requête n^o 40167/06, 16 juin 2015. Précisons à cet égard que diverses requêtes issues de faits similaires sont arrivées devant la Cour. Dans l'arrêt *Sargsyan c. Azerbaïdjan* précité, la Cour mentionne un millier de requêtes pendantes devant elle, dont environ la moitié dirigée contre l'Azerbaïdjan et l'autre moitié contre l'Arménie (*idem*, § 216). Indiquons également l'affaire *Chiragov c. Arménie*, dont les jugements font miroir à ceux dans l'affaire *Sargsyan* que nous analysons ici (*Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n^o 13216/05, 14 décembre 2011 ; *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], requête n^o 13216/05, 16 juin 2015).

²⁶²⁹ Précisons à cet égard que le requérant est décédé en 2009, et que la requête a été poursuivie par sa femme (aussi décédée avant que la Cour rende son jugement) et ses enfants.

²⁶³⁰ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n^o 40167/06, 14 décembre 2011, §§ 88–92.

Cour face à l'ineffectivité des procédures internes²⁶³¹. En effet, le requérant n'avait pas effectué de démarches auprès des autorités internes ; à ce sujet, la Cour conclut qu'il n'existait pas, en l'occurrence, des voies de droit internes accessibles et effectives que le requérant aurait dû épuiser²⁶³².

740 En dépit de cette nuance, le raisonnement est similaire à celui de la majorité dans l'affaire *Mocanu*. Tout en considérant que les situations de violations continues ne se prêtent à aucune application stricte du délai, la Cour rappelle que le devoir de diligence des personnes requérantes exige néanmoins que celles-ci n'attendent pas excessivement avant d'entreprendre des démarches²⁶³³. Elle examine ensuite si, au vu de l'ensemble des faits du cas d'espèce, le requérant avait rempli son devoir de diligence. À cet égard, la Grande Chambre précise d'abord que le requérant a saisi la Cour quatorze ans après les faits, dont les effets perduraient, mais seulement quatre ans après que l'Azerbaïdjan avait ratifié la Convention. Elle souligne aussi que, dans un premier temps après la ratification, le requérant pouvait légitimement s'attendre à ce que l'Azerbaïdjan et l'Arménie entreprennent des démarches en vue de résoudre la situation²⁶³⁴.

741 Néanmoins, l'élément central pour la Cour a trait à la situation personnelle du requérant : forcé de quitter son pays, dépossédé de ses biens et sources de revenus, et dans l'impossibilité de retourner dans son village d'origine, le requérant appartient à un « groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable »²⁶³⁵. À cet égard, Cour tire un parallèle entre la

²⁶³¹ Précisons à ce sujet que la distinction entre les deux n'est pas toujours nette. Ainsi, dans l'affaire *Mocanu*, la Cour ne soulève pas la vulnérabilité dans l'examen des 11 ans pour saisir les autorités internes. Les juges dissidents, quant à eux, ne distinguent pas entre les deux éléments du devoir de diligence, mais considèrent à la fois le délai de onze ans pour porter plainte devant les autorités internes et le délai de 8 ans pour saisir la Cour (*Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014, op. diss. SILVIS, STRETEANU, §§ 2, 5).

²⁶³² *Sargsyan c. Azerbaïdjan* [GC], requête n° 40167/06, 16 juin 2015, §§ 115–120 ; voir aussi *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], requête n° 13216/05, 16 juin 2015, §§ 117–120. Précisons que la Cour a joint la question de l'épuisement des voies de recours internes au fond des affaires, raison pour laquelle elle a examiné cet aspect quatre ans plus tard. À ce propos, signalons également l'opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, qui estime que des voies de droit internes effectives et accessibles auraient existé (*Sargsyan c. Azerbaïdjan* [GC], requête n° 40167/06, 16 juin 2015, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 2–5 ; *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], requête n° 13216/05, 16 juin 2015, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 3–5).

²⁶³³ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011, §§ 138–141 ; voir aussi *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, §§ 139–142.

²⁶³⁴ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011, § 144 ; voir aussi *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, § 145.

²⁶³⁵ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011, § 145 ; voir aussi *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, § 146.

situation des personnes demandeuses de l'asile, citant notamment l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, et les personnes déplacées²⁶³⁶. Elle en conclut que l'introduction de la requête un peu plus de quatre après la ratification de la Convention par l'Azerbaïdjan ne constituait pas un délai excessif²⁶³⁷.

C. Appréciation

La question du délai ne constitue certes pas l'application la plus « spectaculaire » de la vulnérabilité s'agissant de l'accès à la Cour²⁶³⁸. Néanmoins, les affaires que nous venons d'analyser montrent que, dans ce domaine aussi, la vulnérabilité a sa place dans le raisonnement judiciaire. En effet, lorsque la Cour examine si une requérante a respecté son devoir de diligence, elle tient compte des circonstances individuelles de celle-ci, et en particulier de facteurs la plaçant dans une position particulièrement vulnérable. Elles sont d'autant plus importantes que le délai de saisine a été réduit à quatre mois avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 15²⁶³⁹, ce qui peut constituer un obstacle considérable à l'accès à la Cour pour certaines personnes en situation de vulnérabilité²⁶⁴⁰.

La vulnérabilité particulière de certaines requérantes, avant tout de victimes de traitement inhumain ou dégradant ou de torture, mais aussi de personnes ayant un handicap mental ou psychique, est un facteur dont la Cour tient compte lorsqu'elle examine l'obligation d'enquête des autorités découlant des articles 2 et 3 de la Convention. Cette vulnérabilité est liée à l'incapacité, ou à la capacité affaiblie, de se plaindre de certaines personnes, notamment des victimes de torture et de traitements inhumains et dégradants, un constat basé sur des connaissances psychologiques reconnues non seulement par la Cour, mais aussi par d'autres organes internationaux, notamment le Comité des

²⁶³⁶ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011, § 145 ; voir aussi *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, § 146.

²⁶³⁷ *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011, § 146 ; voir aussi *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, § 147.

²⁶³⁸ L'expression est empruntée à RUET, Vulnérabilité, p. 331, qui l'emploie dans le même contexte.

²⁶³⁹ Art. 35 par. 1 CEDH ; art. 4 et art. 8 par. 3 du Protocole n° 15.

²⁶⁴⁰ Voir aussi COJOCARIU, Hit and miss, p. 116.

Nations Unies contre la torture²⁶⁴¹. Cette prise en compte d'une capacité affaiblie à se plaindre n'est pas nécessairement limitée aux victimes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants : tout comme dans le cadre de l'épuisement des voies de droit internes, elle pourrait également être liée à un handicap mental. Le résultat est que les autorités ont un devoir de vigilance accru d'agir. Partant, la Cour devra se montrer plus stricte lorsqu'elle appréciera l'existence d'indices pour déterminer si les autorités étaient au courant – ou auraient dû l'être – d'une violation du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture et du traitement inhumain ou dégradant.

744 Par ailleurs, la Cour a également relevé la vulnérabilité particulière pour déterminer si le temps que les requérantes avaient mis à saisir les autorités internes ou la Cour était excessif. À cet égard, nous avons examiné les deux affaires *Mocanu et autres c. Roumanie* et *Sargsyan c. Azerbaïdjan*. Dans les deux cas, les requérants avaient attendu de nombreuses années avant de saisir respectivement les autorités internes et la Cour. Dans les deux cas, la Cour a souligné la vulnérabilité particulière des requérants : due, dans le cas de M. Mocanu, aux traitements contraires à l'article 3 CEDH subis des mains des autorités et, pour M. Sargsyan, à sa situation de personne déplacée. Tenant notamment compte de cette vulnérabilité, la Cour a conclu que l'inactivité des requérants était compréhensible, et que les requêtes n'étaient pas tardives. Or, il est difficile de généraliser les conclusions de la Cour dans les deux affaires précitées. Si la Cour les a confirmées dans des affaires relevant de la même situation factuelle²⁶⁴², il est difficile de prévoir dans quelles circonstances la Cour serait susceptible d'appliquer le même raisonnement. Il semblerait en tout cas que l'acceptabilité de laps de temps aussi importants que dans le présent cas

²⁶⁴¹ La Cour se réfère notamment à l'Observation générale n° 3 du CAT (*Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n°s 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 274). Cette observation souligne en effet divers obstacles à la réparation que les victimes de torture peuvent rencontrer, et les obligations positives des États pour les atténuer (CAT, Observation générale n° 3, § 38). La notion de vulnérabilité, elle, apparaît en lien avec les besoins spécifiques de membres de groupes vulnérables plutôt qu'au sujet des victimes de torture de manière générale (voir CAT, Observation générale n° 3, §§ 15, 18, 23, 32, 34). En revanche, l'expérience de torture est explicitement reconnue comme source de vulnérabilité dans une décision récente du CAT à l'égard de la Suisse (CAT, *A.N. c. Suisse*, communication n° 742/2016, 3 août 2018 [CAT/C/64/D/742/2016], §§ 8.6–8.7). Au sujet de la vulnérabilité des victimes de torture, voir aussi TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, pp. 303–305, 359 et les réf. cit.

²⁶⁴² Les constats de l'affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan* précitée se retrouvent dans la décision *Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011, §§ 135, 146–147 ; pour une situation similaire à celle à l'origine de l'affaire *Mocanu c. Roumanie* précitée, voir *Melnichuk et autres c. Roumanie*, requêtes n°s 35279/10 et 34782/10, 5 mai 2015, §§ 81, 85–90.

- notamment les onze ans dans l'affaire *Mocanu et autres c. Roumanie* - semble limitée à des violations massives ou à grande échelle de droits humains²⁶⁴³.

V. Synthèse et appréciation

Nous avons commencé ce chapitre par un double constat : d'une part, les conditions de recevabilité, bien que légitimes, limitent de manière significative l'accès à la Cour. D'autre part, ces limites n'affectent pas toutes les personnes de la même manière : simples inconvénients pour certaines, elles représentent des obstacles insurmontables pour d'autres. Ceci soulève la question de savoir si la reconnaissance, par la Cour, de la vulnérabilité accrue de certaines personnes peut œuvrer comme correctif face à cette inégalité factuelle devant l'accès à la justice. 745

Nous avons vu que la Cour soulève la vulnérabilité avant tout en lien avec trois conditions de recevabilité : la compatibilité *ratione personae* d'une requête avec la Convention - plus précisément, la question de la représentation d'une victime par une tierce personne -, l'épuisement des voies de droit internes et le délai pour déposer une requête. La pertinence respective de la vulnérabilité varie grandement d'une condition à l'autre. De même, la compréhension de la vulnérabilité diffère. 746

Les effets de la vulnérabilité ont sans doute été les plus spectaculaires en lien avec la première condition de recevabilité. En même temps, c'est aussi dans ce contexte que les effets sont limités à des situations de vulnérabilité extrême. Ainsi, la Cour a accepté à plusieurs reprises la représentation *de facto* - à savoir sans procuration valable - de victimes en situation de vulnérabilité extrême. Dans ce cadre, la Cour a même accepté qu'une association agisse au nom d'une victime. La portée de cette jurisprudence ne doit toutefois pas être surestimée : tout d'abord, elle est limitée aux situations de vulnérabilité extrêmes empêchant les victimes d'agir par elles-mêmes. Ensuite, la vulnérabilité n'est pas la seule condition d'une telle représentation *de facto*. Au contraire, la Cour tient également compte d'éléments comme l'absence de personne chargée de la représenter, la relation entre l'association et la victime, la qualité pour agir de 747

²⁶⁴³ Voir aussi en ce sens, DE VYLDER, *Mocanu*. Le caractère exceptionnel de cette relativisation du devoir de diligence ressort également d'autres affaires, voir p. ex. *Abuyeva et autres c. Russie*, requête n° 27065/05, 2 octobre 2010, § 179.

l'association en droit interne, ou encore l'absence de conflit d'intérêts. Finalement, la Cour a pris soin de qualifier cette jurisprudence d'exceptionnelle. Nous avons pourtant vu qu'il existe de bons arguments pour reconnaître, dans des situations de vulnérabilité extrême, un véritable droit à une représentation *de facto*. En effet, un tel droit constituerait un pas important vers plus d'égalité substantielle devant l'accès à la Cour, et se justifie donc dans une perspective asymétrique de l'égalité.

748 S'agissant des deux autres conditions de recevabilité, les exigences quant au degré de vulnérabilité sont nettement moins élevées, mais les implications – actuelles et potentielles – sont également beaucoup moins importantes. Elles sont néanmoins bien réelles. Dans les deux cas, la vulnérabilité est un élément de contexte dont la Cour tient compte et qui lui permet d'interpréter les conditions avec une certaine souplesse.

749 Concernant la condition de l'épuisement des voies de droit internes, la jurisprudence constante estime qu'elle doit être interprétée avec une certaine souplesse et en tenant compte des circonstances personnelles des requérantes. Dans ce cadre, elle prête attention à la vulnérabilité particulière de certaines requérantes. Cette vulnérabilité peut être d'origine structurelle, affectant des parties entières de la population, ou plutôt d'ordre individuel, ayant trait à la situation spécifique de l'individu. Nous avons ainsi pu identifier quatre cas de figure : la vulnérabilité structurelle due à un contexte politique très particulier – dans des affaires provenant exclusivement du sud-est de la Turquie – ; la vulnérabilité structurelle liée à une situation de discrimination, avant tout de personnes roms ; la vulnérabilité des personnes privées de la capacité juridique, qui est à première vue d'ordre individuel, mais s'inscrit souvent dans un contexte plus général de discrimination structurelle et enfin, la vulnérabilité, plus individuelle cette fois-ci, des personnes considérées comme incapables de se plaindre de manière cohérente. Les affaires examinées montrent des perspectives intéressantes pour une évolution jurisprudentielle, notamment s'agissant des personnes vulnérables à cause d'une discrimination structurelle et des personnes privées de la capacité juridique. Ce sont deux groupes défavorisés de la population qui se trouvent régulièrement privés de l'accès effectif à la Cour ; la prise en compte de leur vulnérabilité particulière permet de remédier, quoique de façon très partielle et ponctuelle, à ces difficultés.

La prise en considération de la vulnérabilité est peut-être plus inattendue en lien avec le délai pour introduire une requête. S'il est vrai que l'application du délai est en principe très stricte – et la Cour a régulièrement insisté sur ce point –, il existe des cas sujets à interprétation. Il en va ainsi des situations de violation continue ou en présence d'une obligation d'enquête : dans les deux cas, les requérantes ont un *devoir de diligence* qui les oblige à effectuer certaines démarches, sous peine de voir leur requête déclarée tardive. Or, le devoir de diligence est une notion décidément floue et sujette à interprétation, ce qui permet à la Cour de tenir compte de la vulnérabilité particulière de certaines requérantes. Néanmoins, comme nous l'avons vu, cette prise en compte est largement limitée à certains cas de figure bien précis. Outre la situation de certaines personnes que la Cour considère comme incapables de se plaindre, ces cas de figure sont limités à des violations de droits humains massives ou à large échelle. 750

En conclusion, nous constatons que la vulnérabilité joue effectivement le rôle d'un correctif permettant à la Cour d'interpréter ces conditions dans une perspective plus compatible avec l'égalité substantielle. La jurisprudence montre toutefois aussi que ce rôle est pour l'instant limité à certains cas de figure. La Cour suit par ailleurs une approche éminemment casuistique, à la fois en ce qui concerne la définition de la vulnérabilité que s'agissant de ses conséquences, ce qui porte non seulement préjudice à la sécurité du droit, mais limite aussi considérablement la portée des arrêts examinés. À cet égard, comme nous l'avons déjà indiqué, une approche plus systématique nous paraît possible – et souhaitable – en lien avec la question de la représentation *de facto* et s'agissant de l'épuisement des voies de droit internes. 751

CONCLUSION

Le droit de recours individuel est la « pierre angulaire » du système conventionnel²⁶⁴⁴. Comme nous l'avons précisé au début de cette partie, il constitue non seulement un trait distinctif par rapport à d'autres mécanismes de protection des droits humains, il explique également – du moins en partie – son succès²⁶⁴⁵. Il est également un outil indispensable pour garantir l'effectivité des droits conventionnels, en tout cas dans la vision que nous défendons ici²⁶⁴⁶. Pour jouer ce rôle, l'accès à la Cour doit être effectivement disponible. Or, cet accès est restreint de diverses manières : ainsi, pour parvenir jusqu'à devant la Cour, une requérante doit être capable, si ce n'est de dépasser sa propre vulnérabilité, en tout cas de mobiliser des ressources créatrices de résilience, qu'elles soient d'ordre temporel, matériel, ou encore personnel. 752

Face à ce constat, nous avons examiné dans quels contextes la Cour a constaté l'existence de vulnérabilités particulières obstruant l'accès à la Cour et avons analysé dans quelle mesure elle a déduit de ce constat des conséquences juridiques visant à garantir un accès effectif. Nous avons divisé notre analyse en deux temps. Dans un premier temps, nous avons en particulier examiné la question des entraves au droit de recours individuel, la question des mesures provisoires et la priorisation des requêtes (**chapitre 5**). Nous avons vu que la Cour a pris en considération la vulnérabilité, notamment celle liée à une situation sous le contrôle des autorités créant un risque de représailles, pour apprécier l'existence d'une entrave au droit de recours. Plus spécifiquement, elle a considéré que des actes de moindre gravité pouvaient constituer une entrave lorsque la personne se trouvait dans une position particulièrement vulnérable face aux autorités. Nous avons vu que la vulnérabilité est également une considération pertinente, quoique souvent implicite, s'agissant des mesures provisoires et de la priorisation des requêtes. Cependant, les situations de vulnérabilité prises en compte dans ce chapitre concernent des situations assez spécifiques, impliquant généralement des violations graves de la Convention. S'agissant spécifiquement des mesures provisoires, la Cour n'accède que 753

²⁶⁴⁴ SUDRE, Droit européen et international, n° 195 ; voir aussi *infra*, note 2244 et les réf. cit.

²⁶⁴⁵ Voir *supra*, n° 512.

²⁶⁴⁶ Au sujet des différents rôles de la Cour, et notamment de l'opposition entre l'accès individuel et le rôle constitutionnel, voir *supra*, note 2238 et les réf. cit.

rarement aux requêtes les concernant, limitant ainsi leur portée réelle pour garantir une protection effective des droits des personnes vulnérables.

754 Dans un second temps, nous nous sommes intéressées à l'influence de la vulnérabilité, reconnue par la Cour, sur certaines conditions de recevabilité des requêtes, à savoir la recevabilité *ratione personae*, la question de l'épuisement des voies de recours internes et le délai pour déposer une requête (**chapitre 6**). Nous avons vu que la Cour a constaté, en lien avec chacune de ces conditions, que celles-ci ne devaient pas être interprétées de manière trop rigide ; à ce propos, elle a parfois tenu compte de la vulnérabilité particulière des requérantes pour les assouplir. Nous nous sommes en particulier attardées sur la première, puisque c'est dans ce cadre que la notion de vulnérabilité a déployé ses effets les plus importants. À ce propos, nous avons examiné en détail l'affaire *Câmpeanu*, dans laquelle la Cour a accepté pour la première fois qu'une association puisse agir au nom de la victime directe sans disposer d'une quelconque procuration. Nous avons vu que la vulnérabilité extrême de M. Câmpeanu a joué un rôle déterminant dans le raisonnement de la Cour. Celui-ci fait aussi apparaître le lien étroit entre vulnérabilité et effectivité de l'accès à la Cour : la Cour a en effet souligné que l'association agissant au nom de M. Câmpeanu devait se voir reconnaître la qualité pour agir « afin d'éviter que l'État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention »²⁶⁴⁷.

755 En revanche, nous avons aussi vu que la portée de l'affaire *Câmpeanu* est potentiellement limitée, pour deux raisons. D'une part, la Cour a défini, en plus de la grande vulnérabilité de la victime directe, quatre autres critères, à savoir l'existence d'allégations sérieuses, l'incapacité de la victime directe de se plaindre, la qualité pour agir de l'association en droit interne et le contact entre l'association requérante et la victime directe. D'autre part, la Cour a fortement insisté sur le caractère exceptionnel de l'affaire *Câmpeanu*. Nous avons critiqué cette insistance et plaidé pour une approche de principe, qui érigerait la possibilité de la représentation *de facto* en véritable droit pour les victimes en situation de grande vulnérabilité et serait également préférable du point de vue de la sécurité du droit. Pour l'instant, ce n'est pas la voie choisie par la Cour, qui

²⁶⁴⁷ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 112. Pour une appréciation critique de ce raisonnement, voir *supra*, note 2340.

a encore récemment rappelé le caractère exceptionnel de la jurisprudence *Câmpeanu*²⁶⁴⁸. Néanmoins, cela ne l'a pas empêchée de l'appliquer dans plusieurs arrêts récents, confirmant ainsi sa volonté de tenir compte des difficultés d'accès à la Cour de certaines victimes en situation de grande vulnérabilité, en particulier les enfants et les personnes en situation de handicap mental vivant en institution²⁶⁴⁹.

Bien sûr, il ne faut pas oublier que l'accès effectif à la Cour reste illusoire pour de nombreuses personnes qui se trouvent en situation de vulnérabilité accrue. Rappelons à cet égard que chaque année, environ 95 % des requêtes introduites sont déclarées irrecevables²⁶⁵⁰ ; à cela s'ajoutent toutes les affaires qui ne parviennent jamais jusqu'à la Cour. Comme nous l'avons déjà indiqué, certaines limites à l'accessibilité sont inhérentes au système, la Cour étant une juridiction internationale et son rôle par définition subsidiaire à celui des tribunaux internes. Néanmoins, si la Cour est en quelque sorte une *ultima ratio* pour une victime, elle ne reste pas moins la garante ultime de la Convention. Pour qu'elle puisse pleinement jouer ce rôle, il est important que l'accès à la Cour ne soit pas dûment restreint. Les affaires analysées dans cette partie montrent que la vulnérabilité peut rendre difficile l'accès à la Cour, mais elles montrent également qu'en tenant compte de la vulnérabilité de certaines victimes, et en en faisant découler des conséquences juridiques, la Cour peut faire contrepoids à leur difficulté d'accès à la Cour. Ceci est d'autant plus important au vu des réformes récentes visant à restreindre l'accès à la Cour²⁶⁵¹.

756

²⁶⁴⁸ *L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020, §§ 47, 53 ; *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes nos 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020, §§ 121–122, 131.

²⁶⁴⁹ Voir *supra*, nos 652–671 et les réf. cit.

²⁶⁵⁰ Voir *supra*, note 1938 et les réf. cit.

²⁶⁵¹ Voir *supra*, n° 615.

Partie IV : La vulnérabilité et l'effectivité des droits : l'exemple des violences domestiques

Nous avons vu plus haut que la notion de vulnérabilité est étroitement liée à la question de l'effectivité des droits, sa reconnaissance permettant de réinterpréter les droits humains de manière à assurer leur effectivité et leur inclusivité et que les obligations positives constituent un outil de choix à cet égard²⁶⁵². Pour approfondir l'étude panoramique de la jurisprudence réalisée dans la partie II, nous nous concentrons ici sur un exemple en particulier. Les violences domestiques se sont imposées comme le meilleur exemple pour ce faire. 757

Tout d'abord, la majeure partie des arrêts y relatifs mentionnent la vulnérabilité. La jurisprudence est généralement assez succincte à ce sujet et se contente souvent de simplement soulever la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, sans la préciser. Or, les sources de vulnérabilité sont en réalité multiples, regroupant à la fois des facteurs intrinsèques, situationnels et structurels. Ainsi, la thématique des violences domestiques permet non seulement d'illustrer les fondements théoriques présentés dans la partie I, mais aussi d'approfondir la notion complexe qu'est la vulnérabilité à l'aune d'exemples jurisprudentiels. Par ailleurs, dans le domaine des violences domestiques se juxtaposent la vulnérabilité des victimes de violences domestiques et la vulnérabilité structurelle de certaines personnes aux violences domestiques, ce qui permet une analyse particulièrement riche de la notion. L'analyse de ces aspects à travers le prisme de la vulnérabilité mettra ainsi en lumière certaines carences de la jurisprudence et proposera des pistes afin d'y remédier. 758

²⁶⁵² Voir *supra*, nos 191–228.

Ensuite, les violences domestiques sont étroitement liées aux obligations positives. Ce n'est qu'à travers les obligations positives horizontales²⁶⁵³ – ou des constructions semblables, comme la *Drittwirkung*²⁶⁵⁴ – que l'État peut être tenu pour responsable de violences perpétrées par des personnes privées. Ainsi, la reconnaissance graduelle d'obligations positives de plus en plus poussées a permis de répondre à l'une des principales revendications de la littérature féministe de la seconde moitié du 20^e siècle, c'est-à-dire que le « privé est politique »²⁶⁵⁵ et que des violences « privées » sont un sujet politique engageant potentiellement la responsabilité de l'État²⁶⁵⁶. La reconnaissance des violences domestiques comme problématique relevant des droits humains était particulièrement ardue, celles-ci étant traditionnellement vues comme confinées à l'intimité du « foyer » dans laquelle les tierces personnes – et encore moins l'État – ne devraient s'immiscer²⁶⁵⁷. Comme nous l'avons vu auparavant, diverses auteures du *care* et des théoriciennes de la vulnérabilité comme FINEMAN ont soutenu que ces violences devraient être reconnues comme un problème de société appelant une réponse de la part de l'État²⁶⁵⁸. S'agissant de la vulnérabilité, les obligations positives peuvent être comprises comme la

²⁶⁵³ Ces obligations positives horizontales ont un effet horizontal indirect : elles déploient leurs effets dans les relations entre personnes privées, mais obligent l'État. Ainsi, elles ne concernent les personnes privées que de manière indirecte, à travers la médiation de l'autorité étatique, contrairement à l'effet horizontal direct (pour plus de détails, voir BESSON, *Obligations positives*, p. 67 ; BESSON, *Humaniser*, pp. 17–18 ; PÉTERMANN, pp. 89–95 ; XENOS, *Positive Obligations*, pp. 42–47).

²⁶⁵⁴ MADELEINE, n^{os} 93–107 ; SPIELMANN, p. 154 ; STAHL, pp. 44–46 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n^o 164.

²⁶⁵⁵ Voir *supra*, note 420.

²⁶⁵⁶ BUNCH, pp. 486–498 ; BOYD, p. 365 ; BYRNES, p. 58 (en lien avec la CEDEF) ; CHARLESWORTH/CHINKIN/WRIGHT, p. 622 ; McQUIGG, *Istanbul Convention*, pp. 11–22 ; ROMANY, pp. 106–121 ; SCHNEIDER, pp. 36–54 ; SJÖHOLM, pp. 54–60.

²⁶⁵⁷ FINEMAN, *Domestic Violence*, p. 215 ; SCHNEIDER, pp. 87–97 ; SJÖHOLM, pp. 56–58. La reconnaissance de la responsabilité publique dans le combat contre les violences domestiques s'est d'ailleurs faite en plusieurs étapes, et sur différents plans : en droit pénal national d'un côté, et en droit international des droits humains de l'autre (voir McQUIGG, *Istanbul Convention*, pp. 11–22 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, p. 161 ; SJÖHOLM, p. 388). Voir aussi *Myszk c. Pologne* (déc.), requête n^o 28244/95, 1^{er} juillet 1998, où la Commission a jugé la requête manifestement mal fondée, statuant explicitement que les violences du mari, « quoique répréhensibles, n'engagent pas la responsabilité de l'État » (notre traduction). Cette observation contraste avec divers arrêts rendus entre 1996 et 2003, concernant des violences domestiques à l'égard d'enfants, où la Cour conclut à plusieurs reprises à un manquement de l'État à ses obligations positives dû à la passivité des services sociaux (voir *supra*, n^o 280, et *supra*, note 1077 pour les références).

²⁶⁵⁸ Voir *supra*, n^{os} 38, 103 et 106.

concrétisation, en droits humains, de son concept de l'« État proactif » chargé de répondre et remédier à la vulnérabilité humaine²⁶⁵⁹.

Enfin, la thématique des violences domestiques permet également d'aborder l'interdiction des discriminations consacrée par l'article 14 de la Convention. En effet, les violences domestiques – souvent considérées comme une forme particulière de violences en raison du genre, comme nous le verrons plus loin – soulèvent nécessairement la question de la discrimination. Devant la Cour aussi, cette question s'est posée. Elle est pertinente à plusieurs égards : d'une part, elle nous oblige à nous interroger sur le lien entre vulnérabilité structurelle et interdiction des discriminations. D'autre part, elle soulève la question de savoir à quelles conditions la Cour conclut à une violation de l'article 14 CEDH.

Une précision s'impose. Nous traiterons principalement de la question des violences domestiques à l'égard de personnes adultes, et non pas d'enfants. Nous mentionnerons brièvement certaines affaires concernant des violences à l'égard d'enfants, notamment dans l'analyse des sources de vulnérabilité, à des fins de comparaison, mais celles-ci ne constituent pas notre objet d'étude principal. Ces affaires soulèvent des questions particulières – par exemple liées aux droits parentaux –, qui ont été traitées en détail par d'autres²⁶⁶⁰. Malgré ce choix, nous utiliserons l'expression « violences domestiques » (plutôt que « violences conjugales ») car il s'agit de l'expression consacrée par la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) et utilisée par la Cour²⁶⁶¹. Celle-ci rappelle aussi que les violences domestiques touchent également les ex-partenaires ou d'autres membres adultes de la famille²⁶⁶². Partant, nous réservons l'expression « violences conjugales » aux situations où

²⁶⁵⁹ Voir *supra*, n° 113. Une des affaires à l'origine des obligations positives concernait d'ailleurs déjà une situation de violences domestiques, même si celles-ci ne représentaient pas l'objet du litige de la Cour : l'affaire *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, portait sur la possibilité de la requérante de se séparer légalement de son mari violent. Or, l'affaire tourne avant tout autour de l'inaccessibilité de la voie de séparation judiciaire pour des questions matérielles (*idem*, §§ 24–28 ; voir toutefois *idem*, op. diss. O'DONOGHUE).

²⁶⁶⁰ Voir p. ex. BISCHOF ; OBREJA, *Childhood*, pp. 99–121 ; PRASONG, nos 330–592.

²⁶⁶¹ Voir le titre et l'article 3 let. b (définition) de la Convention d'Istanbul. Pour la jurisprudence, voir p. ex. *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009 (37 occurrences de « violence(s) domestique(s) » contre une seule de « violence conjugale ») ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017 (67 occurrences de « violence(s) domestique(s) » et aucune de « violence conjugale ») ; voir toutefois *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, *passim*.

²⁶⁶² McQUIGG, Istanbul Convention, p. 80 ; voir aussi *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

nous souhaitons les distinguer spécifiquement d'autres formes de violences domestiques.

762 Dans cette partie, nous approfondirons d'abord la question de la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, en examinant la jurisprudence de la Cour de manière critique (**chapitre 7**). Nous étudierons ensuite de manière détaillée les obligations étatiques pour faire face à ces violences telles que constatées par la Cour : les obligations positives et l'interdiction des discriminations (**chapitre 8**).

CHAPITRE 7 : LA VULNÉRABILITÉ DANS LE CONTEXTE DES VIOLENCES DOMESTIQUES

Ce chapitre analyse la vulnérabilité dans le contexte des violences domestiques. 763
Nous nous pencherons d'abord sur la définition des violences domestiques, avant d'étudier de manière nuancée les différentes sources de vulnérabilité reconnues de manière plus ou moins explicite par la jurisprudence de la Cour. Nous verrons que celles-ci sont à la fois d'ordre intrinsèque, situationnel et structurel, nous permettant ainsi d'étudier l'application juridictionnelle des différentes catégories établies par les théoriciennes de la vulnérabilité²⁶⁶³. Si la jurisprudence contient souvent peu d'explications au sujet des sources de la vulnérabilité, ce chapitre pallie cette lacune en s'inspirant, outre de la jurisprudence elle-même, de travaux que des auteures de diverses disciplines ont consacrés aux violences domestiques.

Notre analyse montrera que la Cour est plus à l'aise avec certaines sources de vulnérabilité qu'avec d'autres. Ainsi, si elle reconnaît de manière constante la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, une vulnérabilité *ex post* due à leur vécu individuel, elle est réticente à reconnaître la vulnérabilité structurelle aux violences domestiques. Or, la vulnérabilité structurelle ouvre des pistes intéressantes pour l'évolution jurisprudentielle que nous examinerons dans ce chapitre. 764

Nous commencerons ce chapitre avec quelques remarques au sujet de la définition des violences domestiques (I), avant d'analyser en détail les sources de vulnérabilité dans ce domaine (II), où l'on distinguera les cas où la Cour se réfère à des instruments internationaux comme indice de vulnérabilité (A) des cas où la Cour donne elle-même des indications sur les facteurs de vulnérabilité (B). 765

²⁶⁶³ Voir *supra*, n^{os} 139–146.

I. Les violences domestiques : aspects définitionnels

766 Au cours des dernières années, les violences à l'égard des femmes – et, dans la foulée, les violences domestiques – se sont imposées comme un sujet phare des droits humains²⁶⁶⁴. Le Comité CEDEF s'est déjà saisi de la thématique en 1992, avec la Recommandation générale n° 19 pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, actualisée entretemps par la Recommandation générale n° 35²⁶⁶⁵. Par la suite, les systèmes régionaux de protection des droits humains ont également vu l'émergence d'instruments spécifiques. Il s'agit de la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention de Belém do Pará) ; du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo) ainsi que de la Convention d'Istanbul. Si cette dernière a été adoptée tardivement, en 2011, elle a été précédée par des recommandations adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe²⁶⁶⁶.

767 Selon la Convention d'Istanbul, « le terme < violence à l'égard des femmes > doit être compris comme une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes, et désigne tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent pour des femmes, ou sont susceptibles d'entraîner, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée »²⁶⁶⁷. Précisons à cet égard que le terme « femme » comprend les filles mineures ainsi que toute personne qui s'identifie en tout ou en partie comme femme, indépendamment de son genre reconnu par l'état civil²⁶⁶⁸. Dans une optique de lutte contre les stéréotypes, le terme « femme » inclut également toute personne

²⁶⁶⁴ BUNCH/REILLY, pp. 28–30 ; DAUER, pp. 229–245 ; REILLY, pp. 1–18 ; SJÖHOLM, pp. 388–389, 418 ; SOSA, pp. 3–4.

²⁶⁶⁵ De façon plus marginale, voir déjà CEDEF, Recommandation générale n° 12.

²⁶⁶⁶ Voir en particulier COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2002)5 ; pour un aperçu historique, voir MCQUIGG, Istanbul Convention, pp. 37–68.

²⁶⁶⁷ Article 3 let. a de la Convention d'Istanbul.

²⁶⁶⁸ Articles 2 par. 1, 3 let. d et f, 4 par 3 de la Convention d'Istanbul ; voir aussi MAHON/GRAF/ZIMMERMANN, nos 23, 39. L'expression « violence basée sur le genre » est en soi préférable, car elle est plus inclusive, comprenant toutes les personnes victimes de violences en raison de leur identité ou expression de genre réelle ou perçue. En revanche, l'expression « violence à l'égard des femmes fondée sur le genre », également utilisée par la Convention d'Istanbul, est à notre sens tautologique.

qui est *perçue* comme femme. En effet, la Convention d'Istanbul insiste sur le rôle socialement construit du genre, en précisant que le « terme < genre > désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »²⁶⁶⁹.

La définition des violences à l'égard des femmes proposée par la Convention d'Istanbul correspond pour l'essentiel à celle prévalant sur le plan international et dans les autres instruments régionaux²⁶⁷⁰. À l'inverse, il n'existe pas, à ce jour, de définition uniforme des violences domestiques²⁶⁷¹. Aux termes de la Convention d'Istanbul, l'expression « violences domestiques » englobe « tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique qui surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre d'anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime »²⁶⁷².

Reprise par la Cour²⁶⁷³, cette définition appelle deux remarques en particulier. Premièrement, s'agissant de son champ matériel, la définition n'est explicitement pas limitée aux actes de violences physiques, mais reconnaît également d'autres formes d'abus, violence et coercition, qu'elles soient d'ordre psychique, économique ou matériel²⁶⁷⁴. Par ailleurs, la Cour a explicitement précisé que la cyberviolence entrait dans la définition consacrée par la Convention d'Istanbul²⁶⁷⁵. Cette définition large répond à une demande

²⁶⁶⁹ Article 3 let. c de la Convention d'Istanbul.

²⁶⁷⁰ SOSA, pp. 11–12. Voir en particulier les articles 1^{er} et 2 de la Convention de Belém do Pará ; l'article 1^{er} let j. du Protocole de Maputo ainsi que CEDEF, Recommandation générale n° 19, § 1. Pour une critique du concept des *violences à l'égard des femmes* plutôt que des *violences en raison du genre*, voir *infra*, note 2681 et les réf. cit.

²⁶⁷¹ McQUIGG, Istanbul Convention, pp. 69–80 ; OBREJA, Partner Violence, p. 65 ; SJÖHOLM, pp. 390–394.

²⁶⁷² Art. 3 let. b de la Convention d'Istanbul.

²⁶⁷³ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 47 et *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 60 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 38, 67.

²⁶⁷⁴ McQUIGG, Istanbul Convention, pp. 79–80 ; SJÖHOLM, p. 390.

²⁶⁷⁵ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 40–42, 74 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, §§ 48–49. La cyberviolence a été définie comme « l'utilisation de systèmes informatiques pour causer, faciliter ou menacer de causer à des personnes de la violence qui entraîne ou est susceptible d'entraîner un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles, psychologiques ou économiques et peut comprendre l'exploitation de leur situation, de leurs caractéristiques ou de leur vulnérabilité », en référence à la Convention d'Istanbul. Le cyberharcèlement, quant à lui, est une forme de « cyberviolence contre les femmes et les filles » (COMITÉ DE LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITÉ DU CONSEIL DE L'EUROPE, T-CY[2017]10, pp. 5, 7).

importante dans la littérature féministe, qui met en garde contre une focalisation excessive sur les violences physiques²⁶⁷⁶.

770 Deuxièmement, concernant son champ d'application personnel, la définition proposée par la Convention d'Istanbul est explicitement neutre au regard du genre²⁶⁷⁷, établissant les violences domestiques comme des violences pouvant toucher aussi bien des femmes que des hommes, et n'étant pas limitées aux seules violences entre partenaires intimes, ni aux seules relations hétérosexuelles²⁶⁷⁸. En effet, la Convention d'Istanbul se caractérise par une certaine asymétrie dans son champ d'application personnel et matériel, différenciant entre les violences à l'égard des femmes d'une part, et les violences domestiques d'autre part. Celles-ci sont définies de manière neutre, les États étant libres d'appliquer la Convention aux hommes ou non²⁶⁷⁹. Cette neutralité distingue la Convention d'Istanbul d'autres instruments internationaux, qui tendent à classer les violences domestiques dans la thématique plus générale des violences en raison du genre à l'égard des femmes²⁶⁸⁰.

771 La définition non genrée des violences domestiques est ambivalente. D'une part, son champ d'application personnel large a l'avantage de protéger également les victimes moins visibles de violences domestiques, comme les

²⁶⁷⁶ MEYERSFELD, *Reconceptualizing*, pp. 387–389 ; SCHNEIDER, p. 12.

²⁶⁷⁷ MCQUIGG, *Istanbul Convention*, pp. 74–75.

²⁶⁷⁸ C'est peut-être en raison de ses origines dans les mouvements féministes et en particulier le mouvement états-unien des « femmes battues » (*battered women's movement*), que la littérature au sujet des violences domestiques a pendant longtemps été hétéronormée (SCHNEIDER, p. 68 ; STILES-SHIELDS/CARROLL, p. 637), éclipsant les violences dans les couples de même genre (EATON, pp. 195–197 ; GOLDSCHIED, *Gender Neutrality*, pp. 313–319 ; JACQUIER/VUILLE, pp. 70–72 ; SOSA, p. 7). Or, les femmes lesbiennes courent un risque en tout cas pas moins élevé de subir des violences domestiques (ROLLÈ/GIARDINA/CALDARERA/GERINO/BRUSTIA, p. 2), un aspect qui peut – et doit – être thématisé à travers une analyse intersectionnelle (pour deux exemples, voir GOLDSCHIED, *Gender Neutrality*, pp. 313–319 ; SOSA, pp. 7–9, 13–37). Le reproche d'essentialisation qui a été fait à la littérature majoritaire au sujet des violences domestiques n'est pas limité à l'hétéronormativité, mais concerne plus généralement une trop grande focalisation sur la situation des femmes blanches occidentales (voir en particulier CRENSHAW, *Mapping*, pp. 1247–1250, qui a consacré le terme « intersectionnalité » ; GOLDSCHIED, *Gender Neutrality*, pp. 315–316 ; ROSENBLUM, pp. 131–136 ; SJÖHOLM, p. 393). À propos du risque d'essentialisation, voir *supra*, n^{os} 157–159.

²⁶⁷⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul*, § 37 ; pour plus de détails, voir MAHON/GRAF/ZIMMERMANN, n^{os} 24–25.

²⁶⁸⁰ MCQUIGG, *Istanbul Convention*, pp. 75–80 ; SJÖHOLM, p. 390 ; voir en particulier les articles 1 et 2 de la Convention de Belém do Pará, l'article 1^{er} let. j du Protocole de Maputo ainsi que CEDEF, *Recommandation générale n° 19*, § 1.

personnes vivant dans des couples de même genre ou les hommes²⁶⁸¹. La définition large couvre par ailleurs les abus commis sur les enfants et autres membres de la famille²⁶⁸². D'autre part, toutefois, une approche non genrée des violences domestiques occulte le fait que les violences domestiques touchent de manière disproportionnée les femmes²⁶⁸³. En effet, d'après les chiffres publiés par l'Organisation mondiale de la santé (OMS), environ un tiers de toutes les femmes dans le monde ont été victimes de violences domestiques ou sexuelles de la part de leur (ex-)partenaire²⁶⁸⁴. De la même manière, dans l'Union européenne, un tiers des femmes ont subi des violences physiques ou sexuelles, et une femme sur cinq a été victime de violences physiques ou sexuelles de la part de son (ex-)partenaire²⁶⁸⁵. Environ 43 % des femmes ont été victimes de violences psychologiques – abus psychologique, violences économiques, comportement contrôlant – dans leur relation intime²⁶⁸⁶.

Cependant, malgré sa définition des violences domestiques *a priori* neutre en termes de genre, la Convention d'Istanbul reconnaît également que les femmes sont particulièrement touchées par celles-ci²⁶⁸⁷. Ainsi, elle décrit explicitement les violences domestiques comme une forme de violences à l'égard des femmes²⁶⁸⁸. Cela vaut également pour la Cour, qui estime que les violences domestiques s'inscrivent dans la problématique plus large des violences à

772

²⁶⁸¹ GOLDSCHIED, *Gender Neutrality*, pp. 313–318 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, p. 160 ; OTTO, *Women's rights*, p. 318. En effet, le concept des *violences à l'égard des femmes* a été critiqué parce qu'il obscurcirait d'autres violences en raison du genre, notamment dans des relations entre personnes de même genre (GOLDSCHIED, *Gender Neutrality*, pp. 318–319), mais également parce qu'il ferait oublier le fait que les hommes peuvent, eux aussi, être victimes de violences domestiques, même si c'est bien moins fréquent et que les violences sont généralement moins intenses (GOLDSCHIED, *Gender Neutrality*, pp. 312–313). Voir aussi ROSENBLUM, pp. 99–107, qui critique notamment la consolidation de la binarité homme/femme et la réaffirmation d'identités stéréotypées (« la » femme en tant que victime) qui va de pair. Sur ce dernier point, voir aussi JAQUIER/VUILLE, pp. 84–90.

²⁶⁸² Art. 3 let. b de la Convention d'Istanbul (qui n'exige pas que l'auteure et la victime des violences partagent un même domicile).

²⁶⁸³ COPELON, p. 303 ; McQUIGG, *Istanbul Convention*, p. 79 ; MEYERSFELD, *Reconceptualizing*, p. 414 ; SCHNEIDER, p. 67 ; SJÖHOLM, p. 55.

²⁶⁸⁴ OMS, p. 2.

²⁶⁸⁵ FRA, *Violence against Women*, p. 29.

²⁶⁸⁶ FRA, *Violence against Women*, p. 71.

²⁶⁸⁷ Voir en particulier le Préambule de la Convention d'Istanbul (« reconnaissant que la violence domestique affecte les femmes de manière disproportionnée et que les hommes peuvent également être victimes de violence domestique »). Cette compréhension des violences domestiques est par ailleurs influencée par le fait que la Convention d'Istanbul, en tant qu'instrument, n'est pas neutre, mais vise spécifiquement les violences en raison du genre (McQUIGG, *Istanbul Convention*, pp. 56, 78).

²⁶⁸⁸ Art. 2 par. 1 et 2 de la Convention d'Istanbul ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul*, § 37 ; voir aussi MAHON/GRAF/ZIMMERMANN, n^{os} 38–39.

l'égard des femmes, reconnaissant ainsi l'existence d'un problème structurel²⁶⁸⁹. Il est effectivement possible d'affirmer à la fois que les hommes et les femmes peuvent être victimes de violences domestiques et que les femmes sont concernées de manière disproportionnée²⁶⁹⁰, ce qui entraîne des conséquences au niveau des obligations étatiques et s'agissant de l'interdiction des discriminations. Pouvons-nous en conclure que les femmes sont particulièrement vulnérables aux violences domestiques ? C'est une question que nous examinerons plus loin²⁶⁹¹.

II. Les sources de vulnérabilité

⁷⁷³ Depuis les premiers arrêts traitant des violences conjugales, la Cour reconnaît de manière régulière la vulnérabilité particulière de toutes les victimes de violences domestiques²⁶⁹² et, plus rarement, celle de certaines victimes

²⁶⁸⁹ Voir p. ex. *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 110 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 78 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 51, 56.

²⁶⁹⁰ Voir aussi Sjöholm, p. 403 ; voir p. ex. *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 76–77.

²⁶⁹¹ Voir *infra*, nos 822–830.

²⁶⁹² *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 65 ; *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, §§ 41, 46, 50 ; *M.T. et S.T. c. Slovaquie* (déc.), requête n° 59968/09, 29 mai 2012, §§ 64, 72 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012, § 37 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 58 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 73 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382, 16 juillet 2013, § 70 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 60 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 76 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 120 ; *Štulíř c. République tchèque* (déc.), requête n° 36705/12, 12 janvier 2017, § 60 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41327/14, 2 mars 2017, § 99 ; *Bălşan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 57 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 48 (citant la décision *Irene Wilson* précitée) ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 72 ; *Barsova c. Russie* [Comité], requête n° 20289/10, 22 octobre 2019, § 27 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, § 27 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, §§ 80, 87 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 47.

spécifiques²⁶⁹³. Exceptionnellement, elle s'est référée à la vulnérabilité de certaines parties de la population aux violences domestiques²⁶⁹⁴. Dans un premier temps, la référence est indirecte, la Cour se bornant à constater que cette vulnérabilité a été reconnue par divers instruments internationaux (A). Par la suite, la Cour a fait sienne cette affirmation, et donne des indications quant aux facteurs de cette vulnérabilité (B).

A. La référence à des sources externes

Dans le domaine des violences domestiques, la Cour se réfère souvent à des instruments existant sur le plan international ou européen ainsi qu'à la pratique d'autres organes de protection des droits humains²⁶⁹⁵. Elle s'y réfère non seulement pour déterminer les contours des obligations étatiques²⁶⁹⁶, mais également pour justifier son constat de vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques. Ainsi, dans l'arrêt *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, qui est le premier à conclure à une violation conventionnelle en raison de violences

774

²⁶⁹³ *Ristić c. Serbie*, requête n° 32181/08, 18 janvier 2011, § 50 (vulnérabilité en raison du jeune âge) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 51 (vulnérabilité en raison de l'âge avancé) ; *N.P. et N.I. c. Bulgarie* (déc.), requête n° 72226/11, 3 mai 2016, § 79 (vulnérabilité en raison de troubles psychiatriques et du jeune âge). Par ailleurs, certaines affaires, tout en reconnaissant la vulnérabilité particulière de toutes les victimes de violences domestiques, contiennent des formulations quelque peu ambiguës (« sans perdre de vue la vulnérabilité de nombreuses victimes de violences domestiques », dans *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 82 [notre traduction] et « prenant en compte à quel point les victimes d'abus domestiques sont généralement vulnérables » dans *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 46 [notre traduction]) ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n° 1609/13, 6 juillet 2021 (vulnérabilité psychologique de la victime avant son décès) ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 163 (vulnérabilité des enfants victimes de violences domestiques).

²⁶⁹⁴ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 99, 160. La vulnérabilité de certaines personnes aux violences domestiques peut également ressortir, de manière indirecte, de l'analyse de la Cour de l'interdiction des discriminations (voir *infra*, n°s 964–987).

²⁶⁹⁵ Voir en particulier *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 72–86, 147, 164, 185–190, 192, 200 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 57–60, 129, 145 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 51–66, 80, 84, 88, 98, 110, 117, 125–127, 131 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 167–197 ; à ce propos, voir aussi d'URSEL, p. 43. Au sujet de la portée de ces instruments pour la méthodologie interprétative de la Cour, voir, d'une manière générale, RACHOVITSA, pp. 868–872 ainsi que, plus spécifiquement concernant la Convention d'Istanbul, DE VIDO, Interpretative tool, pp. 57–74.

²⁶⁹⁶ Les obligations positives en matière de violences domestiques feront l'objet d'une analyse approfondie au chapitre 8.

conjugales²⁶⁹⁷, la Cour estime que « différents instruments internationaux soulignent la vulnérabilité particulière des victimes de violence domestique et la nécessité pour les États de s'impliquer activement dans la protection de celles-ci »²⁶⁹⁸. Une formulation similaire figure dans plusieurs arrêts ultérieurs²⁶⁹⁹. Parfois, la référence à des instruments internationaux constitue même la seule mention, aussi sommaire soit-elle, de la vulnérabilité²⁷⁰⁰.

775

La Cour se réfère notamment aux recommandations générales du Comité CEDEF ; à la Convention de Belém do Pará ; à la Recommandation (2002)5 sur la protection des femmes contre la violence du Comité des ministres du Conseil de l'Europe²⁷⁰¹ et à la Convention d'Istanbul²⁷⁰². Or, une lecture plus approfondie de ces documents révèle qu'aucun d'entre eux ne qualifie les victimes de violences domestiques en tant que telles de vulnérables. Au contraire, la notion de vulnérabilité, si elle y figure, sert à désigner certaines « catégories » de femmes qui seraient particulièrement vulnérables aux

²⁶⁹⁷ L'affaire *Kontrová c. Slovaquie* représente la première fois où la Cour conclut à une violation conventionnelle dans une situation de violences conjugales, même si la Cour se limite à constater une violation du droit à la vie en raison du meurtre des enfants par le mari violent et estime qu'il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner l'article 8 et les violences à l'égard de la requérante elle-même (*Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, §§ 55, 56–58). Pour une discussion des premières affaires au sujet des violences domestiques, voir McQUIGG, IHRL, pp. 48–52.

²⁶⁹⁸ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 64.

²⁶⁹⁹ *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 46 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 58 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 73 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 70 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 47 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, § 27.

²⁷⁰⁰ *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 58.

²⁷⁰¹ COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2002)5.

²⁷⁰² Voir, entre autres, *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, §§ 49–53 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 72–86 ; *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, §§ 27, 46 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012, § 37 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, §§ 47–49 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 33–37 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, §§ 27–30 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 51–66 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 73–98, 167–198.

violences pour des raisons structurelles²⁷⁰³, ou certaines victimes qui devraient être considérées comme particulièrement vulnérables²⁷⁰⁴. Ces instruments ont toutefois en commun qu'ils soulignent, par leur existence même, le besoin de protection spécifique des victimes de violences domestiques ou de violences en raison du genre et l'importance accordée à cette thématique. Nous avons vu auparavant qu'il est courant, dans le domaine des droits humains, de considérer l'existence d'instruments reconnaissant un besoin particulier de certaines personnes comme un indice de la vulnérabilité de celles-ci²⁷⁰⁵ ; le raisonnement de la Cour peut être compris en ce sens.

Or, la référence à ces instruments ne permet pas, à elle seule, d'expliquer la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques. En effet, il ne faut pas oublier que les situations de vulnérabilité existent indépendamment de leur reconnaissance sur le plan juridique²⁷⁰⁶. Une personne ne devient pas vulnérable parce qu'un instrument de protection des droits humains spécifique est adopté à son égard : celui-ci n'est ni plus, ni moins, que la reconnaissance d'une vulnérabilité préexistante, et une tentative d'y répondre et de la réduire – un moyen de résilience, pour reprendre la terminologie présentée plus haut²⁷⁰⁷. Par conséquent, il est préférable de séparer les facteurs de vulnérabilité et leur reconnaissance sur le plan international. La Cour elle-même l'a d'ailleurs fait

776

²⁷⁰³ CEDEF, Recommandation générale n° 19, § 15 (se référant à la vulnérabilité à la violence des prostituées) ; art. 9 de la Convention de Belém do Pará (« vulnérabilité de la femme aux actes de violence en raison, entre autres, de sa race ou de son origine ethnique, de sa condition de migrante, de réfugiée ou de personne déplacée ») ; art. 12 par. 3 et art. 46 let. c de la Convention d'Istanbul (« personne[s] rendue[s] vulnérable[s] du fait de circonstances particulières ») ; d'après le Rapport explicatif, ce sont « les femmes enceintes et les mères d'enfants en bas âge, les personnes handicapées, y compris celles atteintes de déficience cognitive ou mentale, les personnes vivant dans des zones rurales ou reculées, les consommateurs de substances toxiques, les personnes prostituées, les personnes appartenant à une minorité ethnique ou nationale, les migrants – notamment les migrants et réfugiés sans papiers, les personnes homosexuelles, bisexuelles ou transgenres, ainsi que les personnes séropositives, les sans-abris, les enfants et les personnes âgées » [CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, § 87]). À propos de la vulnérabilité structurelle, voir aussi *infra*, n°s 812–834.

²⁷⁰⁴ Art. 9 de la Convention de Belém do Pará (besoin de protection spécial de la femme « enceinte, handicapée, mineure ou d'âge mûr » ou qui « se trouve dans une situation économique défavorable, est touchée par des conflits armés ou est privée de sa liberté ») ; art. 18 par. 3 de la Convention d'Istanbul (« les personnes vulnérables, y compris les enfants victimes ») ; COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2002)5, § 35 (prévoyant que les États sont tenus d'incriminer « tout abus d'un état de vulnérabilité particulière, du fait d'une grossesse, d'une incapacité à se défendre, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou mentale ou d'un état de dépendance »).

²⁷⁰⁵ Voir *supra*, n° 51.

²⁷⁰⁶ À ce propos, RUET observe que la référence à de telles « sources d'inspiration n'engendre aucun automatisme de la reconnaissance de la vulnérabilité » (RUET, *Vulnérabilité*, p. 323). Au sujet du recours à des sources externes pour justifier le constat de vulnérabilité, voir aussi SCHAHMANECHE, pp. 74–83.

²⁷⁰⁷ Voir *supra*, n°s 165–175, 189.

dans certaines affaires, constatant d'abord que « les victimes de violence domestique sont particulièrement vulnérables » avant de poursuivre que « la nécessité pour les États de s'impliquer activement a été soulignée dans un certain nombre d'instruments internationaux », distinguant ainsi les deux éléments²⁷⁰⁸.

777 Néanmoins, la prise en compte d'autres instruments et de travaux d'autres organes de protection des droits humains doit être saluée du point de vue de la cohérence du droit international. En effet, la prolifération de traités et organes spécialisés – telles la CEDEF ou, dans le contexte du Conseil de l'Europe, la Convention d'Istanbul – crée un risque de fragmentation des droits humains²⁷⁰⁹. Ce risque soulève la question des manières de créer de la cohérence et de la convergence dans un système juridique polycentrique²⁷¹⁰. La prise en compte, par la Cour, d'instruments de droits humains autres que la CEDH, telle la Convention d'Istanbul, et d'instruments de *soft law*, représente un effort allant en ce sens²⁷¹¹. Cette prise en compte nous paraît particulièrement pertinente dans le cadre de l'analyse de l'article 14 CEDH, où des rapports ou observations faits dans le cadre d'instruments spécialisés comme la CEDEF ou la Convention d'Istanbul peuvent renseigner sur la pratique des autorités ou d'autres éléments pouvant constituer des facteurs de vulnérabilité²⁷¹². Par ailleurs, ces instruments, tels qu'interprétés par leurs organes respectifs, peuvent constituer

²⁷⁰⁸ *M.T. et S.T. c. Slovaquie* (déc.), requête n° 59968/09, 29 mai 2012, § 72 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012, § 37 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 48.

²⁷⁰⁹ AJEWSKI, pp. 87–88 ; PAYANDEH, p. 298. Concernant la fragmentation du droit international plus généralement, voir MARTINEAU ; PETERS, Fragmentation, pp. 1012–1013. Le thème central de la fragmentation est le manque de cohérence créé par une multiplication de régimes juridiques spécialisés (droit international de l'environnement, droit international économique, droit international pénal, droits humains) et, d'un point de vue institutionnel, par une multiplicité d'acteurs (ANDENAS/BJORGE, pp. 4–12 ; PETERS, Refinement, p. 675) ; à cela s'ajoute une fragmentation méthodologique (ANDENAS/BJORGE, pp. 7–12).

²⁷¹⁰ Au cours des dernières années, la rhétorique de la fragmentation a été graduellement abandonnée (ANDENAS/BJORGE, p. 2) et le débat a glissé vers l'interaction entre les différents régimes (YOUNG, pp. 1–19), en particulier le dialogue judiciaire (PETERS, Refinement, pp. 695–700 ; WEBB, pp. 145–202) et la constitutionnalisation du droit international (FOROWICZ, pp. 20–21 ; PETERS, Fragmentation, pp. 1013–1021).

²⁷¹¹ C'est d'autant plus important que la jurisprudence de la Cour a parfois été critiquée comme étant trop refermée sur elle-même (FOROWICZ, pp. 384–386). La prise en compte, par la Cour, d'autres instruments élaborés au sein du Conseil de l'Europe contribue par ailleurs à la constitutionnalisation de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (à ce propos, voir aussi PINTO DE ALBUQUERQUE, pp. 322–324).

²⁷¹² Voir aussi *infra*, n°s 831, 974–984.

une aide importante pour la Cour, lorsqu'elle doit concrétiser les obligations positives pesant sur les États en la matière²⁷¹³.

B. Les facteurs de vulnérabilité reconnus par la jurisprudence

La jurisprudence fait état de différents facteurs de vulnérabilité, mais contient généralement peu d'explications à leur sujet. L'étude qui suit compte remédier à cette absence d'explications, en complétant l'analyse jurisprudentielle par des réflexions issues de la littérature – juridique, sociologique, psychologique – au sujet des violences domestiques. Après un aperçu des différents facteurs soulevés – explicitement et implicitement – par la Cour (1), nous les examinerons successivement : les facteurs intrinsèques (2), les violences vécues (3), le risque de violences futures (4) et le contexte sociétal (5). 778

1) Aperçu

La Cour souligne pour la première fois la vulnérabilité des victimes adultes de violences domestiques dans l'arrêt *Bevacqua et S. c. Bulgarie*²⁷¹⁴. Rendu peu après, l'arrêt *Opuz c. Turquie* donne quelques indications sur les éléments à l'origine de cette vulnérabilité²⁷¹⁵. Cet arrêt est le premier dans lequel la Cour a reconnu une violation des articles 3 et 14 de la Convention dans le cadre de violences conjugales²⁷¹⁶. Il reste à ce jour un des arrêts de principe en la matière²⁷¹⁷. L'arrêt nous renseigne aussi davantage sur les origines de la vulnérabilité des victimes de violences domestiques²⁷¹⁸. L'affaire concernait une femme et sa mère qui subissaient des violences durant plusieurs années, menant à plusieurs hospitalisations et culminant dans l'homicide de la mère. Dans son analyse de l'article 3 de la Convention, la Cour observe que la requérante fait partie de la « catégorie des < personnes vulnérables > ayant droit à la protection de l'État », avant de poursuivre que : 779

²⁷¹³ Voir not. *infra*, nos 818, 831, 866, 868, 877, 885–886, 950, 966, 984.

²⁷¹⁴ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 64.

²⁷¹⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 99, 160.

²⁷¹⁶ HASSELBACHER, p. 211 ; LONDONO, *Principles*, p. 665 ; WESSELS, p. 340.

²⁷¹⁷ DANISI, p. 795 ; HASSELBACHER, p. 200 ; WESSELS, p. 342. La Cour continue à s'y référer de manière régulière, voir p. ex. *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, *passim* ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, *passim*.

²⁷¹⁸ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 99, 160.

« [à] cet égard, elle prend acte des violences que l'intéressée a subies par le passé, des menaces que [l'agresseur] a proférées contre elle à sa sortie de prison, de la peur que lui inspire la perspective de subir de nouveaux sévices et de la vulnérabilité des femmes dans le milieu social qui est le sien, celui du sud-est de la Turquie »²⁷¹⁹.

780 Ce passage fait état de trois éléments à l'origine de la vulnérabilité particulière de la requérante : son expérience passée, c'est-à-dire les violences qu'elle a vécues, son risque individualisé de subir de nouvelles violences et sa situation socio-économique²⁷²⁰. Chacun de ces éléments influe sur l'une, voire sur les deux composantes-clés de la vulnérabilité identifiées auparavant : l'exposition à un risque spécifique et la question des moyens de résilience afin de s'en défendre ou d'y faire face²⁷²¹. Les deux premiers – l'expérience passée et le risque encouru – ont trait à la situation personnelle de la requérante, et relèvent donc de la vulnérabilité situationnelle, selon la catégorisation établie précédemment²⁷²². Le troisième facteur de vulnérabilité soulevé dans l'arrêt *Opuz c. Turquie* renvoie au contexte sociétal dans lequel la requérante évolue, et peut donc être qualifiée de vulnérabilité structurelle. Ces différents facteurs reviennent ensuite dans la jurisprudence ultérieure. Dans certains arrêts, la Cour tient également compte d'aspects que nous qualifierons plutôt d'inhérents – ou intrinsèques –, comme l'âge des requérantes.

2) Les facteurs intrinsèques

781 La Cour s'est parfois référée à des facteurs de vulnérabilité qui sont généralement considérés comme intrinsèques, à savoir l'âge et le handicap. Dans ce qui suit, nous examinerons d'abord la question de l'âge (a), ensuite celle du handicap (b), avant de conclure avec quelques réflexions communes aux deux (c).

a) L'âge

782 L'âge – surtout le jeune âge – est un facteur de vulnérabilité fréquent dans la jurisprudence. Nous avons précisé en introduction de ce chapitre que nous nous

²⁷¹⁹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160.

²⁷²⁰ Voir aussi NIFOSI-SUTTON, p. 238.

²⁷²¹ Voir *supra*, nos 165–175.

²⁷²² Voir *supra*, n° 141.

concentrons ici sur la jurisprudence impliquant des victimes adultes²⁷²³ ; or, même dans ces cas, il arrive régulièrement que des enfants soient également victimes²⁷²⁴ et il faut donc s’y attarder brièvement.

Comme nous l’avons vu plus haut, la vulnérabilité des personnes mineures est désormais fermement établie dans la jurisprudence²⁷²⁵. Ce constat s’applique à tous les enfants, peu importe leur situation, et peut se cumuler avec d’autres facteurs de vulnérabilité, comme le fait d’être victime de violences domestiques²⁷²⁶ ou sexuelles²⁷²⁷. Dans le contexte des violences domestiques, la vulnérabilité des enfants s’explique par le fait qu’il leur est plus difficile de se défendre contre des violences de la part de membres adultes de leur famille comme par l’impact que de telles violences ont généralement sur le développement physique et psychique des enfants²⁷²⁸. À cet égard, la Cour a par exemple précisé que :

« [a]ssuring basic dignity to the child means that there can be no compromise in condemning violence against children, whether accepted as ‘tradition’ or disguised as ‘discipline’. Children’s uniqueness – their potential and vulnerability, their dependence on adults – makes it imperative that they

²⁷²³ Pour des exemples de violences domestiques concernant des enfants, voir *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012, § 81 (abus sexuel violent d’un garçon par son père) ; *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, §§ 54–56, 73 (abus sexuel d’une fille par un membre éloigné de la famille vivant avec la famille) ; *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, § 50 (garçon ayant subi des violences de la part de son père) ; *R.B. c. Estonie*, requête n° 22597/16, 22 juin 2021, § 78 (enfant de quatre ans ayant subi des violences sexuelles de la part de son père).

²⁷²⁴ *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007 (le mari violent tue les deux enfants de la requérante) ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013 (violences subies par une femme et ses deux filles de la part du mari et père) ; *N.P. et N.I. c. Bulgarie (déc.)*, requête n° 72226/11, 3 mai 2016, § 79 (une femme et son fils victimes de violences de la part du partenaire de la première) ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017 (fils de la requérante tué par son mari violent lorsqu’il essayait de s’interposer) ; *Kurt c. Autriche [GC]*, requête n° 62003/15, 15 juin 2021 (fils de la requérante tué par son mari violent).

²⁷²⁵ Voir *supra*, nos 280–284, 308–316.

²⁷²⁶ Voir p. ex. *Ristić c. Serbie*, requête n° 32181/08, 18 janvier 2011, § 50 (vulnérabilité en raison du jeune âge) ; *N.P. et N.I. c. Bulgarie (déc.)*, requête n° 72226/11, 3 mai 2016, § 79 (vulnérabilité en raison de troubles psychiatriques et du jeune âge) ; *Kurt c. Autriche [GC]*, requête n° 62003/15, 15 juin 2021, § 163 ; *R.B. c. Estonie*, requête n° 22597/16, 22 juin 2021, §§ 78, 84 ; voir aussi *supra*, nos 308–316 et les réf. cit.

²⁷²⁷ Voir p. ex. *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 150, 183 ; *M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011, § 119 ; *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012, § 81 ; *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, §§ 54–56 ; *Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020, §§ 68–70 ; *N.Ç. c. Turquie*, requête n° 40591/11, 9 février 2021, §§ 100, 101, 113, 119 ; *A.P. c. République de Moldova*, requête n° 41086/12, 26 octobre 2021, §§ 35–36.

²⁷²⁸ OBREJA, *Childhood*, p. 108 ; voir aussi *supra*, n° 282.

have more, not less, protection from violence, including from domestic corporal punishment, the latter being invariably degrading »²⁷²⁹.

784 La vulnérabilité particulière des enfants est pertinente à plusieurs égards. Premièrement, elle influe sur l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention²⁷³⁰. Le passage précité montre que la politique de la « tolérance zéro »²⁷³¹ s'agissant des violences à l'égard d'enfants vaut également dans des relations entre personnes privées. Deuxièmement, elle fait naître des obligations positives accrues et exige une diligence toute particulière dans la sauvegarde de leurs droits et intérêts²⁷³². Ceci implique aussi de ne pas exposer une enfant à un risque de violences. Par exemple, dans un contexte d'enlèvement international de deux enfants par la mère qui refusait de retourner auprès du père violent, la Cour a jugé que le renvoi des deux enfants auprès du père violait l'article 8 de la Convention²⁷³³. Troisièmement, la procédure doit être adaptée à vulnérabilité particulière des enfants²⁷³⁴. Précisons que les violences domestiques à l'égard d'enfants ne sont évidemment pas limitées à des violences infligées par des parents ou autres membres adultes de la famille, mais peuvent aussi s'inscrire dans une relation amoureuse²⁷³⁵.

785 En dehors des cas concernant les enfants, l'âge d'une jeune personne adulte pourrait également constituer un facteur de vulnérabilité, notamment lorsqu'il existe une différence d'âge considérable entre les partenaires intimes. S'il est vrai que la jurisprudence ne va généralement pas au-delà de la majorité s'agissant du jeune âge comme facteur de vulnérabilité²⁷³⁶, la différence d'âge a été citée comme une source de vulnérabilité, parce qu'elle peut créer une inégalité de pouvoirs dans une relation – tout comme d'autres facteurs

²⁷²⁹ *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, § 50.

²⁷³⁰ Voir p. ex. *N.Ç. c. Turquie*, requête n° 40591/11, 9 février 2021, § 100.

²⁷³¹ Voir en particulier *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 105–113 ; pour l'expression, voir *idem*, op. diss. DE GAETANO, LEMMENS, MAHONEY, § 9.

²⁷³² Voir p. ex. *Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020, §§ 67–70 ; voir aussi *supra*, n°^os 311–316.

²⁷³³ *O.C.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 49450/17, 21 mai 2019, §§ 37–49 (dans ce contexte, voir aussi l'article 13 CLaH 80).

²⁷³⁴ *N.Ç. c. Turquie*, requête n° 40591/11, 9 février 2021, § 101 ; *A.P. c. République de Moldova*, requête n° 41086/12, 26 octobre 2021, §§ 35–36.

²⁷³⁵ Voir p. ex. BISCHOF, p. 21 ; OBREJA, *Childhood*, pp. 101–102.

²⁷³⁶ Voir *supra*, n° 309 et les réf. cit.

situationnels comme une dépendance financière ou matérielle²⁷³⁷ – et ainsi favoriser les violences domestiques²⁷³⁸.

Les violences domestiques figurent également parmi les rares domaines où la Cour a reconnu l'âge avancé comme source de vulnérabilité²⁷³⁹. Deux affaires méritent d'être mentionnées : la première concernait une femme âgée de soixante-douze ans subissant des violences de son ex-mari²⁷⁴⁰. La seconde, elle, était plus atypique : il s'agissait d'une femme retraitée, âgée d'un peu plus de soixante ans, harcelée par les copropriétaires de son appartement qui espéraient la pousser à renoncer à sa part de propriété²⁷⁴¹, rappelant également que toutes les violences domestiques ne sont pas conjugales. Dans chacune de ces affaires, en plus de l'âge, la Cour cite également la situation des requérantes en tant que « femme célibataire »²⁷⁴² ou « femme célibataire retraitée »²⁷⁴³ comme source de vulnérabilité. Elle y tient par ailleurs compte du fait que les victimes de harcèlement et de violences sont plus à risque de subir de nouvelles violences²⁷⁴⁴.

La reconnaissance de l'âge avancé comme source de vulnérabilité est en accord avec des analyses doctrinales²⁷⁴⁵. Cette vulnérabilité serait moins due au risque de subir des violences, qui tend plutôt à décroître avec l'âge, mais à la multiplication d'obstacles empêchant une personne de chercher de l'aide ou de quitter une relation abusive²⁷⁴⁶. Parmi les éléments qui peuvent diminuer la résilience des personnes âgées figurent : la longue durée des relations abusives,

²⁷³⁷ FRA, *Violence against Women*, p. 52 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, p. 133 ; SJÖHOLM, p. 394.

²⁷³⁸ GAFFNEY-RHIS, p. 349 ; OMS, p. 22 ; voir aussi BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 818, citant le jeune âge comme facteur de vulnérabilité pour les femmes en situation de handicap.

²⁷³⁹ À propos de l'âge avancé comme facteur de vulnérabilité, voir *supra*, nos 317–321.

²⁷⁴⁰ *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013.

²⁷⁴¹ *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016. Incidemment, cette affaire montre aussi la pertinence de la définition large des violences domestiques, n'étant justement pas limitées aux violences conjugales, infligées par les partenaires intimes, mais englobant les violences infligées par d'autres membres du « foyer » au sens large (à propos de la définition, voir *supra*, nos 766–772).

²⁷⁴² *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 51.

²⁷⁴³ *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016, §§ 69, 72. Pour être tout à fait exacte, dans cette affaire – et contrairement à l'affaire *Mudric c. République de Moldova* –, la Cour ne relève pas l'âge de la requérante comme facteur de vulnérabilité. Elle ne s'y réfère que de manière indirecte, en citant son statut de retraitée et le fait que les perpétrateurs étaient des hommes « plus jeunes et plus forts » (*idem*, § 72). Le gouvernement défendeur avait reconnu ces éléments comme source de vulnérabilité (*idem*, § 69).

²⁷⁴⁴ *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 27, 51 ; voir aussi, de manière plus implicite, *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016, § 71.

²⁷⁴⁵ BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 808 ; WENDT/ZANNETTINO, pp. 59–64.

²⁷⁴⁶ WENDT/ZANNETTINO, pp. 59–64.

qui participe à les « normaliser » et compliquer davantage la sortie ; une socialisation différente des personnes âgées, qui auraient plus tendance à considérer les relations conjugales comme privées et seraient ainsi plus réticentes à chercher de l'aide extérieure ; l'inadaptation des réseaux de soutien officiels, comme les maisons d'accueil, aux besoins des personnes âgées ; ou encore la perte graduelle du système de support personnel (amies, famille, connaissances) avec l'âge²⁷⁴⁷. L'âge accroît également le risque de handicap, tant pour la personne abusée que pour celle perpétrant les violences²⁷⁴⁸. Si le handicap de la première peut constituer un facteur de risque supplémentaire, celui de la seconde peut empêcher la victime de sortir de la relation abusive²⁷⁴⁹. C'est d'autant plus vrai lorsqu'il existe une répartition traditionnelle au sein du couple, la victime remplissant les tâches de *care*²⁷⁵⁰.

788 Les éléments précités montrent que l'âge, facteur de vulnérabilité *a priori* inhérent, ne peut être examiné indépendamment de l'aspect situationnel²⁷⁵¹. L'interaction entre ces deux éléments se trouve également reflétée dans la jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *Mudric c. République de Moldova*, la Cour tient non seulement compte de l'âge de la requérante, mais également du fait qu'elle vivait seule²⁷⁵². Dans d'autres affaires, l'élément situationnel est encore plus fort. Dans l'arrêt *Eremia c. République de Moldova*, la Cour observe que la requérante, victime de violences de la part de son mari, était particulièrement vulnérable puisqu'elle était « incapable de se défendre contre [son agresseur], qui était un officier de police formé à vaincre toute résistance » de sa part²⁷⁵³. Cela correspond au constat fait plus haut, à savoir que même la vulnérabilité dite inhérente dépend du contexte dans lequel l'individu en question se trouve, se confondant en tout cas partiellement avec la vulnérabilité situationnelle²⁷⁵⁴. L'aspect contextuel ne se limite pas aux circonstances éminemment personnelles de la victime, mais concerne aussi le paysage socioculturel, économique et politique dans lequel la situation personnelle s'inscrit, qui peut être source de vulnérabilités structurelles²⁷⁵⁵.

2747 WENDT/ZANNETTINO, pp. 59–64.

2748 BROWNIDGE, *Disabilities*, p. 808 et les réf. cit.

2749 WENDT/ZANNETTINO, p. 62.

2750 WENDT/ZANNETTINO, p. 62 ; à propos du *care*, voir *supra*, nos 97–105.

2751 À propos de l'interaction entre facteurs intrinsèques et extrinsèques, voir *supra*, 143–144.

2752 *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 17 juillet 2013, § 51.

2753 *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 61 (notre traduction).

2754 Voir *supra*, nos 142–144.

2755 Voir *supra*, nos 141–144, 173–174.

b) Le handicap

Le handicap est un autre facteur de vulnérabilité souvent considéré comme intrinsèque²⁷⁵⁶. Cette qualification est toutefois sujette à critiques. En effet, comme nous l'avons indiqué précédemment, la vision médicale du handicap s'est graduellement estompée au profit d'une approche sociale du handicap²⁷⁵⁷. De la même manière, la vulnérabilité liée au handicap doit être considérée comme étant socialement (co-)produite et donc situationnelle ou structurelle, voire les deux²⁷⁵⁸. Dans la jurisprudence de la Cour, le handicap est parfois traité comme facteur de vulnérabilité intrinsèque²⁷⁵⁹ ; la Cour a toutefois aussi insisté sur un élément structurel, à savoir l'histoire de stigmatisation et marginalisation dont ont été victimes les personnes en situation de handicap mental ou psychique²⁷⁶⁰.

Dans plusieurs affaires concernant des violences sexuelles, la Cour a tiré un parallèle entre les « enfants [et] autres personnes vulnérables comme les personnes ayant un handicap mental »²⁷⁶¹. Si ce parallèle peut être lui-même stigmatisant²⁷⁶², ce risque est quelque peu tempéré par le langage de la Cour, qui reconnaît l'aspect situationnel de cette vulnérabilité, en estimant que le handicap mental d'une requérante la plaçait dans un « état particulièrement vulnérable »²⁷⁶³. Elle en a déduit une série d'obligations positives pour les États²⁷⁶⁴. Ces affaires, faute d'avoir impliqué des membres de la famille, n'entrent pas dans le champ des violences domestiques à strictement parler. Néanmoins, elles établissent un certain nombre de principes qui sont également applicables dans des violences domestiques commises à l'égard de personnes

²⁷⁵⁶ BESSON, Vulnérabilité, p. 70 ; CLOUGH, p. 474 ; LEACH SCULLY, p. 207 ; MACKENZIE/ROGERS/DODDS, p. 7 ; RUET, Sentiments, p. 357 ; TIMMER, Vulnerability, pp. 152–153. À propos de cette notion, voir *supra*, nos 140–145.

²⁷⁵⁷ Voir *supra*, nos 143, 322.

²⁷⁵⁸ GILL, pp. 183–189 ; LEACH SCULLY, pp. 207–210.

²⁷⁵⁹ C'est notamment le cas des arrêts dans lesquels la Cour souligne « qu'il faut, dans le cas des malades mentaux, tenir compte de leur particulière vulnérabilité » (voir p. ex. *Renolde c. France*, requête n° 5608/05, 16 octobre 2008, § 84 ; *Bureš c. République tchèque*, requête n° 37679/08, 18 octobre 2012, § 85 [en anglais] ; *Comorașu c. Roumanie*, requête n° 16270/12, 31 mai 2016, § 43 ; *Fabris et Parziale c. Italie*, requête n° 41603/13, 19 mars 2020, § 77).

²⁷⁶⁰ Voir *supra*, nos 330–336.

²⁷⁶¹ *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, § 55 (notre traduction) ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, § 59 (notre traduction).

²⁷⁶² À propos du risque de stigmatisation en lien avec la notion de vulnérabilité, voir *supra*, nos 154–159.

²⁷⁶³ *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, § 56 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, § 60 (nous soulignons et traduisons [« heightened state of vulnerability »]) ; voir aussi *B. c. Roumanie*, requête n° 42390/07, 10 janvier 2012, § 50.

²⁷⁶⁴ MARGUÉNAUD, pp. 38–40 ; voir aussi *infra*, nos 867–868.

en situation de handicap mental, raison pour laquelle nous les mentionnerons brièvement dans le cadre des obligations positives²⁷⁶⁵. Elles sont d'autant plus importantes que, pour l'instant, le handicap n'apparaît que très rarement dans la jurisprudence relative aux violences domestiques²⁷⁶⁶. Si cela est probablement dû à un manque d'occasion pour ce qui concerne le handicap mental, la situation est moins évidente pour le handicap physique : en effet, la notion de vulnérabilité est relativement absente de la jurisprudence impliquant des personnes ayant un handicap physique²⁷⁶⁷. Si cette absence peut s'expliquer pour diverses raisons²⁷⁶⁸, elle va de pair avec une réticence plus générale de la Cour de reconnaître des droits dans ce domaine²⁷⁶⁹.

791 À notre sens, la Cour devrait – dès que l'occasion se présente – qualifier tant le handicap mental que le handicap physique comme facteurs de vulnérabilité additionnels pour les victimes de violences domestiques, en insistant toutefois sur les aspects situationnels et structurels de cette vulnérabilité²⁷⁷⁰. Cette vulnérabilité ressort non seulement de la littérature²⁷⁷¹, mais également de la pratique du Comité des droits des personnes handicapées, qui a reconnu les violences domestiques comme un problème majeur pour les personnes en situation de handicap, souvent rendu invisible par le manque de statistiques spécifiques²⁷⁷².

792 Divers éléments expliquent la vulnérabilité particulière vis-à-vis des violences domestiques des personnes en situation de handicap. D'une part, celles-ci sont statistiquement plus à risque de subir des violences²⁷⁷³. Ce risque découlerait entre autres de la relation de *care* entre une partenaire « valide » et

²⁷⁶⁵ Voir *infra*, n° 867.

²⁷⁶⁶ Dans l'affaire *N.P. et N.I. c. Bulgarie* (déc.), requête n° 72226/11, 3 mai 2016, § 79, la Cour considère que la requérante, victime de violences domestiques, était vulnérable en raison de ses troubles psychiatriques. Par ailleurs, certaines affaires mentionnent la vulnérabilité due au handicap, mais de façon marginale, en citant une recommandation du Comité des Ministres (voir *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 46 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 27, citant toutes deux COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2002]5, § 35).

²⁷⁶⁷ À propos du handicap physique comme source de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour, voir *supra*, n°s 323–329.

²⁷⁶⁸ Outre le hasard, elle pourrait par exemple être due à une peur de stigmatisation liée à la notion de vulnérabilité (voir aussi *supra*, n° 155).

²⁷⁶⁹ Voir *supra*, n° 323 ; voir toutefois aussi *supra*, n°s 324–329.

²⁷⁷⁰ À ce propos, voir aussi *supra*, n° 141.

²⁷⁷¹ BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 808 ; HARPUR/DOUGLAS, pp. 267–272 ; OBREJA, *Partner Violence*, pp. 74–75 ; WENDT/ZANNETTINO, p. 192.

²⁷⁷² Voir en particulier CDPH, *Observation générale n° 3* ; pour une vue d'ensemble des recommandations faites, voir HARPUR/DOUGLAS, pp. 272–278 et les réf. cit.

²⁷⁷³ HARPUR/DOUGLAS, p. 269.

sa conjointe en situation de handicap en raison des pressions et difficultés qu'elle génère, mais aussi en raison d'un sens de « supériorité » que la relation de dépendance peut créer chez les partenaires responsables du travail de *care*, notamment lorsque les partenaires adoptent une vision médicale du handicap²⁷⁷⁴. La littérature spécialisée fait également état de violences spécifiques à l'égard des personnes en situation de handicap, comme le fait de priver une personne de ses moyens d'aide, comme des béquilles ou un fauteuil roulant²⁷⁷⁵. Des analyses intersectionnelles soulignent par ailleurs la vulnérabilité multiple des femmes en situation de handicap²⁷⁷⁶, notamment parce que celles-ci seraient vues comme « plus faciles à dominer » par leurs partenaires, cette domination pouvant inclure un recours à la violence²⁷⁷⁷.

D'autre part, les personnes en situation de handicap rencontrent souvent des difficultés accrues pour faire face aux violences. Celles-ci sont en partie liées au fait que les violences infligées aux personnes en situation de handicap ne sont pas toujours reconnues comme telles, privant les victimes de l'assistance nécessaire²⁷⁷⁸ ; elles sont également aggravées par la situation de dépendance – matérielle, parfois aussi économique – dans laquelle se trouvent souvent (quoique pas nécessairement) les partenaires en situation de handicap²⁷⁷⁹. S'y ajoutent des attitudes négatives, voire discriminatoires, de la part de l'entourage ou de la société, y compris des autorités étatiques, ainsi que l'absence d'une réponse adéquate par ces dernières²⁷⁸⁰. Pour les personnes ayant un handicap mental en particulier, il existe un risque d'être décrédibilisées et de ne pas être

793

²⁷⁷⁴ HARPUR/DOUGLAS, p. 270. Au sujet du *care*, voir *supra*, n^{os} 97–105.

²⁷⁷⁵ HARPUR/DOUGLAS, p. 270 ; WENDT/ZANNETTINO, p. 192.

²⁷⁷⁶ BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 808 ; HARPUR/DOUGLAS, pp. 276–277 ; WENDT/ZANNETTINO, p. 199. Dans une perspective pleinement intersectionnelle, il faut reconnaître que cette vulnérabilité n'est souvent pas seulement double, mais bien multiple : aux questions de genre et de handicap s'ajoutent des questions d'éducation et de statut socio-économique, souvent lié à la question du handicap, mental en particulier (à ce propos, voir BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 808). À cela peuvent s'ajouter d'autres facteurs, comme le statut juridique ou l'orientation sexuelle d'une personne.

²⁷⁷⁷ BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 809 ; HARPUR/DOUGLAS, p. 270.

²⁷⁷⁸ HARPUR/DOUGLAS, p. 269.

²⁷⁷⁹ BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 807 ; HARPUR/DOUGLAS, pp. 268–269. Par ailleurs, HAGUE/THIARA/MAGOWAN/MULLENDER soulignent que cette dépendance est parfois créée ou renforcée par l'auteur des violences, car elle lui permet de mieux contrôler sa partenaire (HAGUE/THIARA/MAGOWAN/MULLENDER, pp. 48–50). Par ailleurs, une dépendance émotionnelle peut résulter du fait que la personne en situation de handicap pense devoir de la reconnaissance pour les soins reçus, même si ceux-ci s'accompagnent de comportements abusifs ou violents (HAGUE/THIARA/MAGOWAN/MULLENDER, pp. 47–48 ; WENDT/ZANNETTINO, p. 192). Ce type de ressenti n'est par ailleurs pas limité aux personnes en situation de handicap, mais fait au contraire partie des émotions paradoxales courantes dans des relations abusives ou violentes (MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 122–123, 130).

²⁷⁸⁰ BROWNRIDGE, *Disabilities*, p. 808 ; HARPUR/DOUGLAS, p. 271.

prises au sérieux, une perception que certaines partenaires violentes favorisent activement²⁷⁸¹.

794 L'ensemble de ces éléments montrent non seulement que le handicap physique ou psychique constitue un facteur de vulnérabilité dans le contexte des violences domestiques, mais également l'interaction d'aspects intrinsèques, situationnels et structurels²⁷⁸². Ainsi, le handicap est notamment une source de vulnérabilité additionnelle dans le contexte des violences domestiques en raison des discriminations et stigmatisations qui vont de pair avec lui.

c) Appréciation

795 En conclusion, tant l'âge que le handicap constituent des facteurs de vulnérabilité pertinents en lien avec les violences domestiques. Si ces facteurs sont souvent considérés comme intrinsèques, les considérations qui précèdent montrent qu'ils sont indissociables du contexte et des circonstances concrètes d'une personne. Le fait de reconnaître cette interaction permet également d'éviter le risque de stigmatisation particulièrement présent dans la notion de vulnérabilité inhérente ou intrinsèque²⁷⁸³, parce que celle-ci peut donner l'impression – erronée – que la vulnérabilité serait une fatalité, figée et inaltérable, méconnaissant l'agentivité des personnes en les dépeignant comme « inévitablement » vulnérables²⁷⁸⁴.

796 Ainsi, tout en acceptant que certaines vulnérabilités puissent trouver leur source primaire dans une caractéristique liée à la victime²⁷⁸⁵, celles-ci ne peuvent être examinées indépendamment de la situation personnelle et du contexte sociétal plus large dans lequel la victime évolue. À ce titre, nous saluons l'approche établie dans l'affaire *Opuz c. Turquie*, qui accorde une importance

²⁷⁸¹ HARPUR/DOUGLAS, p. 271.

²⁷⁸² À ce propos, voir *supra*, n^{os} 139–146.

²⁷⁸³ Précisons à cet égard que le Comité des droits des personnes handicapées cite la vulnérabilité comme un « stéréotype [...] particulièrement préjudiciable [...] », ensemble avec d'autres éléments comme le fait d'être « une charge pour les autres » ou d'« être victimes » (voir CDPH, Observation générale n^o 3, § 47).

²⁷⁸⁴ Voir aussi *supra*, n^{os} 144, 159. Ironiquement, le fait de décrire les personnes en situation de handicap comme des victimes passives et « incapables » a été lui-même cité comme source de vulnérabilité supplémentaire, puisqu'il a un effet négatif sur la confiance des victimes en elles-mêmes et leur capacité de résister (WENDT/ZANNETTINO, p. 192).

²⁷⁸⁵ Le fait de reconnaître des facteurs de vulnérabilité liés à la victime ne revient en aucun cas à la considérer comme « faible » parce qu'incapable de se défendre, et encore moins à la « blâmer » pour ce qui lui arrive. Voir aussi BROWNRIDGE, *Disabilities*, pp. 807–808 et les réf. cit. Pour le phénomène consistant à « blâmer la victime », voir *supra*, n^o 171 et *infra*, n^o 971.

primordiale à des aspects contextuels : les violences vécues par la victime, son risque de violences futures, et le contexte sociétal.

3) Les violences vécues

Les violences subies par la victime sont le premier facteur de vulnérabilité que la Cour mentionne dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*²⁷⁸⁶, un constat qui est confirmé par la jurisprudence ultérieure²⁷⁸⁷. Ainsi, dans l'arrêt *Rumor c. Italie*, la Cour constate que la requérante « était un < individu vulnérable > eu égard aux blessures dont elle avait souffert [...] »²⁷⁸⁸. Dans l'arrêt *Talpis c. Italie*, elle confirme que « la requérante peut être considérée comme relevant de la catégorie de < personnes vulnérables > [...] [prenant] acte des violences que la requérante a subies par le passé »²⁷⁸⁹.

Reprenant la classification élaborée plus haut, cette vulnérabilité peut être qualifiée de situationnelle²⁷⁹⁰ ; elle est également *ex post*, dans la mesure où elle trouve son origine dans le vécu de la victime²⁷⁹¹. Elle peut être d'ordre physique, due à des séquelles causées par les violences, mais également d'ordre psychique, les deux étant par ailleurs étroitement liés. La psychologue Barbara MISZTAL décrit le phénomène ainsi :

« Studies of such events show the profound emotional damage they cause and document the ensuing feelings of hopelessness, lack of control, diminished self-regard, decline of inner vitality and cohesion of the self and the increasing self-fragmentation [...]. As long as the memory of a psychic injury caused by emotional shock remains suppressed, unhealed trauma's emotional burden makes the victim vulnerable. The victims of trauma are particularly fragile, since trauma generates powerful emotions which cause a sense of insecurity in the individual »²⁷⁹².

Ces éléments sont reflétés, jusqu'à un certain point, dans la jurisprudence. La Cour a notamment précisé qu'elle « ne peut pas ignorer la dimension psychologique des mauvais traitements allégués » et a reconnu que « les

²⁷⁸⁶ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160.

²⁷⁸⁷ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 60 (notre traduction) ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 126.

²⁷⁸⁸ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 60 (notre traduction).

²⁷⁸⁹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 126.

²⁷⁹⁰ Voir *supra*, n° 141.

²⁷⁹¹ Voir aussi SJÖHOLM, p. 433 ; TIMMER, *Vulnerability*, p. 175.

²⁷⁹² MISZTAL, p. 97.

conséquences psychologiques de la violence domestique constituent une dimension importante de celle-ci »²⁷⁹³. Dans certains arrêts, la Cour mentionne plus particulièrement les « sentiments de peur et d'impuissance » [helplessness] »²⁷⁹⁴ de la victime, et les situations propres à « inspirer des sentiments de peur, de vulnérabilité et d'insécurité »²⁷⁹⁵. Ces formulations soulignent les effets psychologiques et l'impact fragilisant, des violences domestiques, y compris lorsque celles-ci sont d'abord d'ordre physique, sexuel ou économique²⁷⁹⁶.

800 À première vue, la mention de « *sentiments* de vulnérabilité » peut surprendre. Or, contrairement à ce que l'on pourrait croire, cette formule ne sous-entend pas que certaines victimes *se sentent* seulement vulnérables alors que d'autres *le sont*²⁷⁹⁷. Tout d'abord, il n'est pas question des sentiments réellement ressentis par la victime ; ceux-ci sont simplement déduits par la Cour des circonstances dans lesquelles la victime se trouve²⁷⁹⁸. Ensuite, ceux-ci s'inscrivent dans l'analyse du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention, en d'autres termes, ils contribuent à déterminer si un acte peut être qualifié d'inhumain ou dégradant, voire de torture²⁷⁹⁹. En effet, selon la formule consacrée, le traitement dégradant se définit comme un traitement qui « humilie ou avilit un individu, [...] témoigne d'un manque de respect pour sa dignité humaine, voire la diminue, ou [...] suscite chez l'intéressé des sentiments de

²⁷⁹³ À propos de ce lien, voir p. ex. *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 69 ; voir aussi *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 56, 74, citant en particulier Comité CEDEF, *VK c. Bulgarie*, communication n° 20/2008, 25 juillet 2011 (CEDAW/C/49/D/20/2008).

²⁷⁹⁴ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 70 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, § 28. Des formulations similaires se trouvent dans d'autres arrêts concernant des victimes d'autres formes de violence (voir AL TAMIMI, p. 566 et les réf. cit.).

²⁷⁹⁵ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 105.

²⁷⁹⁶ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/7/3, § 45 ; COPELON, pp. 313–319 ; DALIGAND, pp. 78–83 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 117–118.

²⁷⁹⁷ *Contra* : AL TAMIMI, pp. 574–575, qui lit la référence aux « sentiments de vulnérabilité » comme l'expression d'une vulnérabilité « hypothétique ». À notre sens, cette lecture ne tient pas compte de l'importance du ressenti personnel dans la jurisprudence de la Cour. En effet, tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour interaméricaine des droits de l'homme reconnaissent les sentiments de vulnérabilité d'une personne comme source indépendante et valable de vulnérabilité (voir HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 66, citant l'affaire Cour IADH, *Rosendo Cantú et al. c. Mexique*, Série C n° 216, 31 août 2010, § 138, et HERI, *Rights of the Vulnerable*, pp. 156–158, pour la Cour européenne des droits de l'homme).

²⁷⁹⁸ HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 157 ; RUET, *Vulnérabilité*, p. 321. À propos du rôle des sentiments dans la jurisprudence de la Cour, voir RUET, *Sentiments*, pp. 351–379.

²⁷⁹⁹ HERI, *Rights of the Vulnerable*, p. 156 et les réf. cit. ; RUET, *Vulnérabilité*, pp. 321, 333. La Cour s'est également référée aux sentiments de vulnérabilité en lien avec la dysphorie de genre, sous l'article 8 CEDH, mais dans un objectif similaire, à savoir souligner la gravité du vécu de la requérante (voir *supra*, n°s 443–444).

peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et psychique »²⁸⁰⁰. Or, il arrive que la Cour substitue la notion de *vulnérabilité* à celle d'*infériorité*, se référant aux « sentiments de peur, d'angoisse et de vulnérabilité » de la victime²⁸⁰¹. Partant, la référence aux « sentiments de vulnérabilité » est à la fois un indice de la gravité des violences vécues, notamment en l'absence de séquelles physiques, et une manière de reconnaître la souffrance psychique en tant que violation indépendante de l'article 3 CEDH²⁸⁰².

La référence aux sentiments de vulnérabilité dans ce contexte peut toutefois porter à confusion en raison des autres usages – bien plus fréquents – du terme vulnérabilité : il faut notamment les distinguer de la référence à des vulnérabilités préexistantes, qui peuvent exacerber les sentiments de détresse et les souffrances de la victime et, à ce titre, influencer sur l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH²⁸⁰³. Rappelons à cet égard que l'appréciation de ce seuil est relative et tient compte des caractéristiques spécifiques de la victime comme son « sexe, âge, état de santé »²⁸⁰⁴ ou encore sa situation de vulnérabilité particulière²⁸⁰⁵. 801

La Cour a par ailleurs reconnu que le fait de subir des traitements inhumains ou dégradants peut, en lui-même, être une source de vulnérabilité particulière qui perdure au-delà du moment pendant lequel ces actes ont lieu²⁸⁰⁶. Cette vulnérabilité *ex post facto* ne se confond pas avec le champ d'application de 802

²⁸⁰⁰ SUDRE, Droit européen et international, n° 317, citant notamment *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, § 220. Voir également *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 66 (dans un contexte de violences domestiques), ainsi que *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 87, qui contient par ailleurs des réflexions plus détaillées sur le lien entre traitement inhumain ou dégradant et la dignité humaine (*Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, §§ 87–90). Enfin, précisons que nous nous concentrons ici sur la définition du traitement dégradant dans la mesure où il se situe en bas de l'échelle des traitements prohibés par l'article 3 CEDH et qu'il soulève donc la question du seuil de gravité de celui-ci. Pour les définitions du traitement inhumain et de la torture, voir *infra*, n° 851.

²⁸⁰¹ *Ilaşcu et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], requête n° 48787/99, 8 juillet 2004, § 446 ; *Ülke c. Turquie*, requête n° 39437/98, 24 janvier 2006, § 62 ; voir aussi *Kaboğlu et Oran c. Turquie*, requêtes n°s 1759/08 et al., 30 octobre 2018, § 87 (pour la même formule dans le cadre de l'article 8 CEDH).

²⁸⁰² HERRI, Rights of the Vulnerable, p. 158.

²⁸⁰³ BESSON, Vulnérabilité, p. 76 ; BLONDEL, n°s 552–555 ; PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups, p. 1079 ; RUET, Vulnérabilité, pp. 321, 333 ; ZIMMERMANN, Legislating, p. 562.

²⁸⁰⁴ SCHABAS, p. 171 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 317 et les réf. cit. Au sujet de la qualification des actes de violence domestique au regard de la Convention, voir *infra*, n°s 845–859.

²⁸⁰⁵ BESSON, Vulnérabilité, p. 76 ; BLONDEL, n°s 552–555 ; PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups, p. 1079 ; RUET, Vulnérabilité, pp. 321, 333 ; ZIMMERMANN, Legislating, p. 562.

²⁸⁰⁶ Voir p. ex. *supra*, n°s 277, 393, 736–737.

l'article 3 de la Convention, mais revêt un sens spécifique dans la jurisprudence²⁸⁰⁷. Elle apparaît avant tout – mais pas systématiquement – en lien avec les victimes de torture ou de mauvais traitements de la part d'agentes de l'État, notamment pendant leur détention ou garde à vue²⁸⁰⁸ et dans des affaires portant sur des violences domestiques²⁸⁰⁹. Les deux situations se caractérisent par un déséquilibre de pouvoir entre la victime et l'auteure des violences²⁸¹⁰. La reconnaissance de cette vulnérabilité, loin d'insinuer que la victime serait « faible »²⁸¹¹, permet de souligner la signification et la gravité particulière d'actes, gestes ou paroles lorsqu'ils s'inscrivent dans un contexte de dépendance et de déséquilibre de pouvoir²⁸¹². Elle entraîne des obligations positives qui visent à compenser cette vulnérabilité²⁸¹³. Par exemple, l'obligation de poursuivre d'office certaines violences domestiques a pour objectif de compenser la difficulté avérée pour de nombreuses victimes de porter plainte²⁸¹⁴. Par ailleurs, malgré son caractère *ex post*, en cas de violences

²⁸⁰⁷ Du même avis, voir HERI, Rights of the Vulnerable, pp. 157–158.

²⁸⁰⁸ *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996 ; *Ilhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000, § 61 ; *Dikme c. Turquie*, requête n° 20869/92, 11 juillet 2000, § 91 ; *Ilaşcu et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], requête n° 48787/99, 8 juillet 2004, § 446 ; *Bilen c. Turquie*, requête n° 344482/97, 21 février 2006, § 35 ; *Doganay c. Turquie*, requête n° 50125/99, 21 février 2006, § 32 ; *Gisayev c. Russie*, requête n° 14811/04, 20 janvier 2011, § 116 ; *Stanimirović c. Serbie*, requête n° 26088/06, 18 octobre 2011, § 39 ; *Buzilo c. République de Moldova*, requête n° 52643/07, 21 février 2012, § 29 ; *Otašević c. Serbie*, requête n° 32198/07, 5 février 2013, § 30 ; *Eduard Popa c. République de Moldova*, requête n° 17008/07, 12 février 2013, § 46 ; *Đekić et autres c. Serbie*, requête n° 32277/07, 29 avril 2014, § 32 ; *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes n°s 10865/09 et al., 17 septembre 2014, § 275 ; *Bulgaru c. République de Moldova*, requête n° 35840/09, 30 septembre 2014, § 17 ; *Daşlik c. Turquie*, requête n° 38305/07, 13 juin 2017, § 51 (non-violation de l'article 3 CEDH, faute de preuves suffisantes) ; *Krsmanović c. Serbie*, requête n° 19796/14, 19 décembre 2017, § 73 ; *I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020, § 49. Voir aussi *Ülke c. Turquie*, requête n° 39437/98, 24 janvier 2006, § 62, pour un cas un peu différent, le requérant ayant fait l'objet de diverses poursuites pénales, l'astreignant à la clandestinité et la « mort civile » en raison de son refus du service militaire.

²⁸⁰⁹ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 105.

²⁸¹⁰ HERI, Rights of the Vulnerable, pp. 152–153, 156–158.

²⁸¹¹ COLE, Political Ambiguity, p. 264 ; COLE, Verbiçide, p. 147.

²⁸¹² HERI, Rights of the Vulnerable, pp. 157–158, identifie le point commun entre ces affaires comme étant « la peur et l'angoisse extrêmes » (« extreme fear and anguish ») ressenties par les victimes. Or, sans remettre en question ce constat, nous considérons que le point commun le plus important est ici le déséquilibre de pouvoir entre victime et agresseuse. Précisons à cet égard que l'analogie entre les personnes détenues par l'État et les victimes de violences domestiques ainsi que la relation de domination inhérente aux violences domestiques, et les similarités au pouvoir exercé par les autorités étatiques, ont fait l'objet d'une vaste littérature, notamment dans le but de faire reconnaître les violences domestiques comme étant constitutives de torture (voir en particulier COPELON, pp. 315, 317 ; EDWARDS, pp. 216–261 ; MACKINNON, pp. 17–27 ; MEYERSFELD, Domestic Violence, pp. 99–100 ; SJÖHOLM, pp. 391–392).

²⁸¹³ Voir *supra*, n°s 274–278, 393 (s'agissant des victimes de torture) et *infra*, n°s 860–963 (à propos des obligations positives visant à répondre à la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques) ; voir aussi HERI, pp. 156–158.

²⁸¹⁴ Voir aussi HERI, Rights of the Vulnerable, p. 158.

continues, cette vulnérabilité peut également influencer sur l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH, comme d'autres vulnérabilités préexistantes²⁸¹⁵.

Ainsi, nous pouvons considérer que, dans les affaires ayant trait aux violences domestiques, la référence à la vulnérabilité de la victime en raison de son vécu est une manière de tenir compte des spécificités entourant les violences domestiques, notamment l'aspect psychologique de telles violences, la continuité dans laquelle elles s'inscrivent et la proximité entre victime et perpétratrice²⁸¹⁶. Si l'expérience de fragilisation physique et psychique est partagée, à différents degrés, par l'ensemble des victimes de violences domestiques, le vécu et le ressenti de vulnérabilité de la victime varient forcément d'une situation à l'autre. La situation d'une victime peut notamment être exacerbée par une vulnérabilité préexistante, qu'elle soit liée à des facteurs qualifiés d'intrinsèques²⁸¹⁷ – âge, handicap physique ou mental – ou d'extrinsèques, telle une dépendance financière²⁸¹⁸. Reconnaisant la diversité des facteurs rendant une victime vulnérable et l'interaction entre eux, la Cour a d'ailleurs précisé que la situation de précarité et de vulnérabilité de la victime peut être d'ordre moral, physique ou matériel²⁸¹⁹. Issue de l'interaction de ces différents éléments, la vulnérabilité peut constituer un obstacle puissant dissuadant les victimes de violences domestiques de chercher de l'aide²⁸²⁰ et est donc étroitement liée aux risques de violences futures que nous examinerons dans la section suivante.

803

4) Le lien avec les violences futures

Le deuxième facteur de vulnérabilité que la Cour mentionne dans l'arrêt *Opuz c. Turquie* est le risque de violences futures. Plus spécifiquement, la Cour soulève les « menaces que [l'agresseur] a proférées contre [la requérante] à sa sortie de prison » et « la peur que lui inspire la perspective de subir de nouveaux sévices » comme facteurs à l'origine de la vulnérabilité de la requérante²⁸²¹. Les menaces

804

²⁸¹⁵ Voir *supra*, n° 802.

²⁸¹⁶ Au sujet de ces spécificités, voir en particulier COPELON, pp. 309–319 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 159–160 ; MEYERSFELD, *Reconceptualizing*, p. 390.

²⁸¹⁷ RUET, *Vulnérabilité*, p. 333 ; WENDT/ZANNETTINO, p. 192 ; voir aussi *N.P. et I.P. c. Bulgarie* (déc.), requête n° 72226/11, 3 mai 2016, § 79. À propos de cette notion, voir aussi *supra*, n°s 140–145.

²⁸¹⁸ Au sujet de l'importance des facteurs matériels, et donc extrinsèques, voir aussi *infra*, n°s 808–809.

²⁸¹⁹ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 95 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 92 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 115, 130.

²⁸²⁰ DALIGAND, p. 4.

²⁸²¹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160.

proférées à l'égard des victimes reviennent souvent dans la jurisprudence, non seulement comme facteur de leur vulnérabilité, mais encore comme indice de leur risque réel de subir de nouvelles violences, et donc comme l'un des éléments permettant de délimiter l'obligation de l'État de prendre des mesures préventives²⁸²².

805 Lorsqu'elles sont suffisamment sérieuses, les menaces peuvent par ailleurs en elles-mêmes constituer un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, en raison de la souffrance mentale – peur, angoisse, crainte – qu'elles engendrent²⁸²³. Les menaces sont en effet une forme courante de violences psychiques dans le contexte des violences domestiques, permettant de contrôler la victime et d'exercer un pouvoir sur elle²⁸²⁴. Si elles sont *a priori* objectives, leur gravité se mesure également de par leur effet sur la victime, qui peut être amplifié par la situation vulnérable de cette dernière. Ainsi, la Cour a souligné que « les menaces [étaient] une forme de violence psychologique et une victime vulnérable peut éprouver des craintes, quelle que soit la nature objective de ce comportement intimidant »²⁸²⁵.

806 Même en l'absence de menaces explicites, les victimes de violences domestiques courent un risque accru de subir de nouvelles violences. Ce risque est dû aux spécificités des violences domestiques ou conjugales, qui s'inscrivent souvent dans la durée : suivant fréquemment un « cycle de violences », elles s'aggravent généralement avec le temps et peuvent soudainement dégénérer²⁸²⁶. Ces aspects, outre leur importance pour déterminer les obligations positives étatiques²⁸²⁷, sont également pertinents pour expliquer la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques. Ils peuvent eux-mêmes être décortiqués en divers sous-aspects. Par exemple, l'augmentation de la fréquence et de l'intensité des violences augmentent le risque d'une victime de subir de nouvelles violences, y compris létales²⁸²⁸. Le risque accru de subir des violences

²⁸²² Au sujet des obligations positives de prévention, voir *infra*, n^{os} 900–958.

²⁸²³ HARRIS ET AL., p. 242 ; LEACH, n^o 6.113.

²⁸²⁴ MAHONEY, p. 88.

²⁸²⁵ *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, § 98 (notre traduction).

²⁸²⁶ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/7/3, § 45 ; DALIGAND, pp. 62–71 ; GRDINIC, p. 239 ; MAHONEY, p. 83 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, p. 123 ; WALKER, *Battered*, pp. 55–70 ; voir aussi *infra*, n^o 810.

²⁸²⁷ *Mudric c. République de Moldova*, requête n^o 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 27, 51. Voir aussi, de manière plus implicite, *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n^o 1870/05, 13 octobre 2016, § 71.

²⁸²⁸ Voir p. ex. la tierce intervention du GREVIO dans *Kurt c. Autriche* [GC], requête n^o 62903/15, 15 juin 2021, §§ 137–145.

est non seulement une source de vulnérabilité en lui-même ; il peut également générer des peurs et craintes de la part de la victime qui accentuent à leur tour sa vulnérabilité psychologique²⁸²⁹.

Les craintes sont à la fois tournées vers l'avenir et profondément enracinées dans l'expérience passée de la victime. Le lien entre les deux est apparent dans l'arrêt *Rumor c. Italie* précité, dans lequel la Cour estime que la requérante « était un < individu vulnérable > », non seulement « eu égard aux blessures dont elle avait souffert », mais également « à sa peur d'autres actes de violence »²⁸³⁰. De la même manière, les « sentiments de peur, de vulnérabilité et d'insécurité »²⁸³¹ mentionnés dans la section précédente trouvent leur origine dans le vécu de la victime, mais ont également trait au risque – perçu – de violences futures. Ces craintes peuvent elles-mêmes être constitutives d'un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention²⁸³². La vulnérabilité, elle aussi, existe indépendamment de la question de savoir si le risque se matérialise ou non.

Par ailleurs, le risque de violences futures est étroitement lié aux facteurs de résilience à disposition d'une victime. Il est par exemple important de garder en tête que les victimes de violences conjugales hésitent souvent à dénoncer ces violences ou à porter plainte²⁸³³, un élément qui est à la fois une conséquence de la vulnérabilité particulière de victimes de violences domestiques et une (potentielle) source de vulnérabilités additionnelles²⁸³⁴. Cette réticence a été expliquée par les effets psychologiques des violences domestiques, résultant régulièrement en une perte d'autonomie et d'estime de soi ou un sentiment de honte²⁸³⁵, qui est renforcé par des attitudes sociétales tendant à banaliser ce type

²⁸²⁹ MISZTAL, p. 97.

²⁸³⁰ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 60 (notre traduction).

²⁸³¹ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 105.

²⁸³² *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 54 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, §§ 104–107 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 75.

²⁸³³ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 60 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 66, citant un rapport de Human Rights Watch indiquant que seulement 10 % des femmes informent la police ; voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, § 273.

²⁸³⁴ La formulation de la Cour est relativement vague : « [c]onsidering the particular vulnerability of victims of domestic violence, who often fail to report incidents » (*T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 60).

²⁸³⁵ BOGRAD, p. 34 ; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/7/3, § 45 ; COPELON, pp. 313–319 ; MEYERSFELD, Domestic Violence, pp. 129–130 ; WALKER, *Battered*, pp. 42–54 (avec des explications détaillées sur le phénomène de l'« impuissance acquise » [« learned helplessness »]).

de violences²⁸³⁶. Néanmoins, il ne faut pas surévaluer ces aspects psychologiques, sous peine de « blâmer » la victime²⁸³⁷. Ainsi, diverses auteures soulignent le rôle de facteurs matériels diminuant la résilience d'une victime dans un contexte donné²⁸³⁸ – en particulier sa capacité de chercher de l'aide pour mettre fin aux violences ou à la relation²⁸³⁹. Il en va de l'absence de moyens économiques indépendants suffisants ou d'un réseau de support dû entre autres à l'isolement personnel et social²⁸⁴⁰. Ainsi, il ne faut pas oublier que :

« [d]isputing the stereotype of passivity, weakness, dysfunction and loss of agency implied by the term < helplessness >, scholars stress the concrete constraints against leaving : lack of economic means and support systems to find shelter and provide for themselves and their children. Fearing pursuit, women may need to find clandestine shelter or move miles away and assume new identities »²⁸⁴¹.

809 Ces obstacles, qui influent sur la résilience de la victime et donc sur sa vulnérabilité, n'ont pas seulement trait à la situation personnelle d'une victime, mais sont également d'ordre structurel. Ainsi, un manque de reconnaissance de la gravité du phénomène des violences domestiques contribue à une réponse étatique insuffisante et réduit ainsi considérablement les moyens d'action à disposition des victimes²⁸⁴². De plus, dans une perspective intersectionnelle, il faut reconnaître que toutes les victimes ne rencontrent pas les mêmes obstacles et ne sont donc pas vulnérables au même degré²⁸⁴³. Pour ne citer que trois exemples, un facteur important d'isolement des femmes migrantes est la peur

²⁸³⁶ FÁBIÁN, p. 135 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, p. 117.

²⁸³⁷ Le fait de blâmer la victime est un phénomène courant dans le contexte des violences domestiques et sexuelles (voir EVANS/McILWAINE, p. 7 ; FRA, *Violence against women*, p. 69 ; FRA, *Women as victims*, p. 46 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 53). À propos du phénomène consistant à blâmer les victimes plus généralement, voir COLE, *Verbicide*, pp. 137–152.

²⁸³⁸ COPELON, pp. 317–318 ; SCHNEIDER, pp. 79–81.

²⁸³⁹ Dans ce contexte, une erreur commune est d'assumer que la seule issue positive pour une victime de violences domestiques serait de mettre fin à la relation (MAHONEY, pp. 73–81 ; SCHNEIDER, p. 78), ce qui contribue à stigmatiser les victimes qui restent dans une relation abusive ou violente. Or, même si cela est souvent vu avec suspicion, maintenir une telle relation est parfois l'option la plus « sûre » à court terme, en l'absence de moyens d'action et d'alternatives réelles (MAHONEY, p. 60).

²⁸⁴⁰ COPELON, pp. 317–318 ; FRA, *Violence against Women*, p. 29 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 127–134 (indiquant que l'isolement social peut être spécifiquement visé par la personne à l'origine des violences, ou un effet secondaire de celles-ci) ; WALKER, *Battered*, p. 129. Pour une analyse succincte, mais très complète, des facteurs de vulnérabilité et leur interaction, voir aussi COKER, pp. 39–40.

²⁸⁴¹ COPELON, p. 318.

²⁸⁴² Voir *infra*, n^{os} 964–987.

²⁸⁴³ BOGRAD, p. 27 ; LEHMANN, *Immigrant Women*, p. 98 ; SJÖHOLM, p. 395 ; SOSA, p. 249.

de la perte de statut de séjour et d'expulsion du territoire²⁸⁴⁴ ; une femme lesbienne ou bi peut craindre un « outing » lors de la dénonciation de sa partenaire²⁸⁴⁵ ; une femme appartenant à une minorité discriminée qui est fréquemment la cible de violences policières – par exemple, les personnes roms en Europe centrale²⁸⁴⁶ – peut être réticente à recourir à la police, de crainte de subir elle-même du racisme²⁸⁴⁷. Ces exemples montrent que les facteurs situationnels ont souvent une origine structurelle²⁸⁴⁸.

Aux éléments abordés ci-dessus s'ajoute la peur de représailles. En effet, il est connu que les violences domestiques tendent à dégénérer au moment même où la victime cherche de l'aide extérieure, dénonce la personne auteure des violences ou cherche à la quitter²⁸⁴⁹. Ce phénomène a été attribué à la peur de l'agresseuse de perdre contrôle sur la victime, les violences étant un moyen de reprendre ce contrôle et pouvoir²⁸⁵⁰. Il a été soulevé que ces agressions se déroulent près du lieu de travail²⁸⁵¹. Celui-ci est non seulement difficile à changer pour une victime qui essaierait de se mettre à l'abri, mais également une source d'indépendance et, à ce titre, une cible intéressante pour une partenaire qui essaie de contrôler sa conjointe²⁸⁵². Ceci montre l'étendue potentielle de l'oppression par le biais des violences domestiques et permet par ailleurs de rappeler que la « violence domestique n'arrive pas seulement aux femmes qui correspondent au stéréotype de la femme battue comme étant dépendante, impuissante ou confinée à la maison »²⁸⁵³, mais qu'elle peut au contraire être une manière pour la personne auteure des violences de « punir »

810

²⁸⁴⁴ CRENSHAW, Mapping, pp. 1248–1249 ; FLEGAR/IEDEMA, p. 22 ; MEYERSFELD, Domestic Violence, p. 129 ; SOKOLOFF/DUPONT, p. 52. Les personnes migrantes courent par ailleurs un risque accru de subir des réactions racistes ou xénophobes (CONDON/LESNÉ/SCHRÖTTLE, p. 70 ; LEHMANN, Immigrant Women, p. 109).

²⁸⁴⁵ MEYERSFELD, Domestic Violence, p. 129 ; SERRA, p. 599 ; SOKOLOFF/DUPONT, p. 43.

²⁸⁴⁶ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Roma and Travellers, pp. 75–86 ; FEJZULA, pp. 2107–2018 ; HERA, p. 396.

²⁸⁴⁷ En lien avec les femmes d'origine rom, voir LEHMANN, Immigrant Women, pp. 100–102 ; SOSA, p. 207. En lien avec les femmes noires dans le contexte états-unien, voir CRENSHAW, Mapping, p. 1257 ; SOKOLOFF/DUPONT, p. 53.

²⁸⁴⁸ Pour la vulnérabilité structurelle, voir *infra*, n^{os} 812–834.

²⁸⁴⁹ COPELON, p. 318 ; MAHONEY, pp. 60, 79–80, 83 ; MEYERSFELD, Domestic Violence, pp. 128–129.

²⁸⁵⁰ MAHONEY, pp. 79–80. Ce phénomène est devenu connu sous le nom de la « roue du pouvoir et du contrôle » (« wheel of power and control ») (*idem*, p. 88). Par ailleurs, voir MURPHY, qui analyse, en lien avec les violences sexuelles, comment l'expérience de vulnérabilité d'une personne peut l'inciter à être violente envers d'autres (MURPHY, pp. 56–63).

²⁸⁵¹ MAHONEY, p. 80.

²⁸⁵² MAHONEY, p. 80.

²⁸⁵³ MAHONEY, p. 80 (notre traduction).

et de soumettre des victimes qui ne se conformeraient pas à ce rôle stéréotypé²⁸⁵⁴.

811 Le risque d'une victime de subir de nouvelles violences, y compris de subir une atteinte à sa vie (« risque de létalité »), peut être décortiqué en divers facteurs de risque. L'augmentation de la fréquence et l'intensité des violences, une dénonciation ou une séparation constituent de tels facteurs de risque ; d'autres sont, par exemple, la possession d'armes, la consommation de drogues ou l'abus d'alcool²⁸⁵⁵. Comme nous le verrons encore, les autorités ont l'obligation de procéder à une évaluation holistique de ces risques, qui doit tenir compte des divers facteurs présents dans le cas d'espèce²⁸⁵⁶. Dans bon nombre d'États du Conseil de l'Europe, cette évaluation est effectuée à l'aide d'outils standardisés comme l'échelle d'évaluation du risque de violence conjugale (*Spousal Assault Risk Assessment*) ou les conférences interinstitutionnelles d'évaluation des risques (*Multi-Agency Risk Assessment Conference*)²⁸⁵⁷.

5) Le contexte sociétal

812 Le dernier facteur de vulnérabilité que la Cour mentionne dans l'arrêt *Opuz c. Turquie* est le « milieu social » de la requérante²⁸⁵⁸. Cette expression a trait à la vulnérabilité *structurelle*, liée au contexte culturel, socio-économique et politique dans lequel la requérante évolue. À cet égard, deux tendances se dessinent dans la jurisprudence. Dans l'affaire *Opuz c. Turquie*²⁸⁵⁹, la Cour reconnaît surtout la vulnérabilité structurelle de certaines femmes, appartenant à des sous-groupes de la population (a). Cependant, il est aussi possible de déduire de la jurisprudence la reconnaissance implicite de la vulnérabilité structurelle de toutes les femmes à la violence domestique (b). L'appréciation de ces éléments soulèvera également la question du lien entre vulnérabilité structurelle et interdiction des discriminations (c).

2854 COPELON, pp. 333–339 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 59 ; SJÖHOLM, p. 392.

2855 Voir p. ex. la tierce intervention du GREVIO dans l'affaire *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 137–145.

2856 Voir p. ex. *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 168 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 54 ; voir aussi *infra*, n° 933.

2857 À propos de ces éléments, voir p. ex. la tierce intervention du GREVIO dans l'affaire *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 137–145.

2858 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160.

2859 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009.

a) Les éléments concernant certaines femmes

Trois arrêts sont pertinents s'agissant de la vulnérabilité structurelle de certaines femmes. L'arrêt *Opuz c. Turquie* se démarque par la reconnaissance explicite de vulnérabilités structurelles, avec à l'appui quelques indications quant à leurs origines²⁸⁶⁰. L'arrêt *Talpis c. Italie* est moins explicite, mais mérite tout de même d'être évoqué dans ce contexte²⁸⁶¹. L'arrêt *Kurt c. Autriche*, enfin, se caractérise avant tout par l'absence de prise en compte de facteurs structurels, pourtant également présents dans le cas d'espèce²⁸⁶².

Dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*, la Cour fait référence à un contexte sociétal relativement précis, en retenant la « vulnérabilité des femmes dans le milieu social qui est le sien, celui du sud-est de la Turquie »²⁸⁶³. L'expression « milieu social » renvoie aux « femmes d'origine kurde illettrées ou faiblement éduquées et ne disposant généralement pas de revenus propres » qui, selon les statistiques citées dans l'arrêt, sont particulièrement touchées par la violence domestique²⁸⁶⁴. Les documents cités par la Cour font également état d'obstacles auxquels les femmes sont souvent confrontées lorsqu'elles essaient de porter plainte, avant tout le fait que la violence à l'égard des femmes est tolérée, voire cautionnée, par la société et par les autorités policières et judiciaires²⁸⁶⁵. Ainsi, la police refuse fréquemment d'enquêter sur des situations de violence conjugale ou de prendre des mesures de protection, estimant soit qu'il s'agit d'une affaire privée dans laquelle il ne faut pas s'immiscer, soit que son rôle consiste à « réconcilier » le couple²⁸⁶⁶. Dans le cadre de procédures judiciaires, les juges usent régulièrement de leur marge d'appréciation pour atténuer les peines, voire exempter les auteurs de toute peine, notamment en estimant que les victimes auraient provoqué la violence²⁸⁶⁷. Au vu de cette situation, la Cour

²⁸⁶⁰ Sosa, pp. 141, 145–146, qui critique la faible prise en compte d'éléments structurels dans beaucoup d'arrêts.

²⁸⁶¹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160.

²⁸⁶² *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021.

²⁸⁶³ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160 ; voir aussi *supra*, n° 779.

²⁸⁶⁴ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 98, 104.

²⁸⁶⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 91–106.

²⁸⁶⁶ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 100–102. L'État défendeur a d'ailleurs mis en avant que la violence domestique serait une « affaire privée » pour justifier la passivité de ses autorités (voir *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 144). La même chose vaut pour l'affaire *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 83.

²⁸⁶⁷ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 102–103.

conclut que la violence à l'égard des femmes reste largement impunie, particulièrement dans les régions rurales du sud-est de ce pays²⁸⁶⁸.

815 Les éléments soulevés par la Cour dans l'affaire *Opuz c. Turquie* ont trait à la fois au risque de subir des violences et aux facteurs de résilience, comme le fait d'être privée d'un accès effectif à la justice²⁸⁶⁹. Ils relèvent de la vulnérabilité structurelle, dans la mesure où ils dépassent la seule situation individuelle de la requérante et font référence au contexte culturel, socio-économique et politique plus large dans lequel elle évolue²⁸⁷⁰. Reflétés dans l'expérience personnelle de la requérante²⁸⁷¹, ces éléments mènent la Cour, par la suite, à constater une discrimination en raison du genre prohibée par l'article 14 de la Convention²⁸⁷². Précisons à cet égard que malgré la mention du « milieu social » de la requérante et des « régions rurales » dans le « sud-est du pays »²⁸⁷³, la Cour n'aborde pas en détail l'intersection de ces différents éléments²⁸⁷⁴. Ainsi, si la Cour soulève des éléments relatifs à l'origine et à la classe sociale de la requérante, le genre de la requérante est le facteur déterminant sur lequel la Cour base son constat de discrimination²⁸⁷⁵. Cette interprétation est confirmée par des arrêts ultérieurs à l'égard de la Turquie, dans lesquels la Cour cite l'affaire *Opuz c. Turquie* comme indice de la discrimination structurelle à l'égard de toutes les femmes dans ce pays²⁸⁷⁶.

816 L'arrêt *Talpis c. Italie* contient, lui aussi, quelques éléments indiquant la vulnérabilité particulière de certains groupes de femmes²⁸⁷⁷. Dans cette affaire concernant une femme d'origine moldave qui avait suivi son mari en Italie, la Cour cite des statistiques montrant non seulement le risque élevé des femmes en Italie de subir des violences domestiques, mais aussi le risque accru encouru

2868 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 200 ; voir aussi les rapports cités (*idem*, §§ 98–99).

2869 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 99.

2870 GRABENWARTER, Artikel 3, n° 18 ; SOSA, p. 141. Pour la notion de vulnérabilité structurelle, voir *supra*, n° 141.

2871 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 200 ; voir aussi *idem*, § 169.

2872 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 194 (renvoyant au § 98), 200. À propos du constat de violation de l'article 14 CEDH, voir *infra*, n°s 964–987.

2873 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160 (renvoyant aux §§ 99, 102).

2874 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 192–198.

2875 Voir aussi SOSA, p. 140.

2876 *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, § 65 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 96 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 115 ; voir aussi SjöHOLM, p. 425, qui parvient à la même conclusion.

2877 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017.

par les femmes d'origine moldave et roumaine²⁸⁷⁸. Elle n'en tire toutefois aucune conclusion spécifique sur la vulnérabilité particulière en raison de l'origine nationale, considérant plus généralement « l'ampleur du problème des violences domestiques en Italie et la discrimination que subissent les femmes à ce sujet »²⁸⁷⁹. Sans remettre en doute l'importance de cette affirmation générale, l'affaire *Talpis c. Italie* représente une occasion manquée pour une analyse plus intersectionnelle, notamment s'agissant des moyens de résilience à disposition d'une victime²⁸⁸⁰. En particulier, il aurait été souhaitable que la Cour retienne la vulnérabilité particulière de la requérante en tant que femme migrante récemment arrivée en Italie, sans emploi et sans moyens financiers, autant d'éléments créant des obstacles à sa fuite et affectant ainsi négativement les moyens de résilience à sa disposition²⁸⁸¹.

Des aspects structurels étaient également présents dans l'affaire *Kurt c. Autriche*, bien que la Cour ne les ait pas soulevés. Cette omission est au cœur de l'opinion dissidente de la juge ELÓSEGUI²⁸⁸², qui souligne l'importance du « contexte culturel » pour l'évaluation des facteurs de risque présents dans un cas d'espèce²⁸⁸³. Elle estime que « les autorités doivent déployer des efforts importants » afin de « déterminer si une femme appartient à une catégorie

²⁸⁷⁸ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 55, 145.

²⁸⁷⁹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 145.

²⁸⁸⁰ En effet, il est délicat de considérer que les personnes appartenant à des minorités ethniques ou des parties socio-économiquement défavorisées de la population courent nécessairement un plus grand risque de violences domestiques, cette réflexion comportant nécessairement un risque de stigmatiser ou d'altérer ces groupes (sur la notion d'altération, voir *supra*, n° 157 et *infra*, nos 819–821 ; voir par ailleurs CRENSHAW, p. 1259 (notes 55 et 56), sur des éléments qui peuvent fausser de telles statistiques, comme une plus grande visibilité statistique des violences dans les ménages pauvres). Afin d'éviter la stigmatisation de certains groupes, il est indispensable de s'interroger, d'une part, sur les facteurs qui rendent certaines femmes plus à risque, et de se concentrer, d'autre part, sur les obstacles à la résilience que peuvent rencontrer des personnes appartenant à des minorités ou ayant peu de ressources socio-économiques à leur disposition (voir *supra*, n° 810 et les réf. cit.). Ce glissement de perspective permet également de se concentrer sur le caractère dynamique et relationnel de la vulnérabilité, et les structures sociales qui la renforcent ou qui, au contraire, permettent de l'atténuer (voir aussi PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 54–55).

²⁸⁸¹ Ainsi, la requérante a d'abord vécu un temps dans sa cave, avant d'être hébergée par une association. Trois mois plus tard, après avoir été informée que les services sociaux ne pouvaient prendre en charge les frais de l'association, elle a quitté l'association et dormait dans la rue avant d'être hébergée par une amie (*Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 25–28, 83). Ces éléments montrent comment sa vulnérabilité en tant que victime de violences domestiques a été exacerbée par son manque de moyens financiers. Par ailleurs, nous pouvons imaginer que sa situation de femme récemment immigrée (quelques mois avant sa première plainte à la police italienne), sans moyens financiers indépendants, a pu accroître sa difficulté à comprendre le fonctionnement des services sociaux italiens et les démarches qu'elle aurait dû entreprendre pour être prise en charge (*idem*, §§ 8, 26).

²⁸⁸² *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, §§ 2–16.

²⁸⁸³ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, § 2.

vulnérable », un aspect qu'elle considère comme indispensable pour « interpréter correctement les symptômes et les signaux d'alarme » et « cerner le risque » pesant sur la victime et ses enfants²⁸⁸⁴. À ce propos, tout en prenant soin de rappeler que les violences à l'égard des femmes existent dans toutes les sociétés et toutes les strates socio-économiques, la juge ELÓSEGUI estime que l'origine turque de la requérante était un facteur dont les autorités auraient dû tenir compte dans l'évaluation du risque. Elle cite des facteurs « culturels », influant en particulier sur la répartition des rôles dans le couple ou sur la gêne à approcher les autorités avec des affaires perçues comme privées. Ces réflexions un peu vagues liées à la « culture d'origine » ne sont pas sans poser problème²⁸⁸⁵. Elles risquent en effet d'altérer indûment la requérante, réduite à son origine ethnique alors même qu'elle possédait la nationalité autrichienne. Toutefois, la juge ELÓSEGUI mentionne également d'autres aspects, plus concrets, à savoir le manque de maîtrise de l'allemand, la situation socio-économique tendue ou encore la dépendance financière du mari²⁸⁸⁶. Elle estime que les autorités auraient dû tenir compte de l'ensemble de ces éléments lors de leur évaluation du risque pesant sur la requérante et ses enfants²⁸⁸⁷.

818 Précisons à cet égard que tant la doctrine²⁸⁸⁸ que des organes de droits humains²⁸⁸⁹ citent le statut migratoire comme facteur de vulnérabilité structurelle, notamment en raison de l'isolation sociale, de la précarité matérielle et juridique, des expériences de discrimination ou de stigmatisation qu'il peut entraîner²⁸⁹⁰. Tous ces éléments peuvent obstruer l'accès de la victime

²⁸⁸⁴ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, § 5.

²⁸⁸⁵ Voir aussi PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 50–52 ; SOSA, p. 145.

²⁸⁸⁶ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, §§ 8–10.

²⁸⁸⁷ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, §§ 14–16.

²⁸⁸⁸ CONDON/LESNÉ/SCHRÖTTLE, pp. 68–70 ; ESTRADA-TANCK, p. 247 ; EVANS/MCÍLWAINÉ, pp. 3, 5–6 ; LEHMANN, *Immigrant Women*, p. 98 ; MASSON/ROUX, p. 131 ; PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 61–64.

²⁸⁸⁹ Comité CEDEF, *Isatou Jallow c. Bulgarie*, communication n° 32/2011, 23 juillet 2012 (CEDAW/C/52/D/32/2011), §§ 8.2, 8.5, 8.6 (pour une analyse, voir GOLDSCHIED, *Gender Violence*, pp. 585–586 ; SOSA, pp. 93–94 ; ainsi que, plus généralement sur la pratique du Comité CEDEF, FLEGAR/IEDEMA, pp. 1–41) ; voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul*, §§ 87, 298. Pour une discussion critique de l'approche de la vulnérabilité dans ce rapport, voir en particulier PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 61–64. Voir enfin l'article 9 de la Convention de Belém do Para, qui prévoit que « [...] les États parties tiennent spécialement compte de la vulnérabilité de la femme aux actes de violence en raison, entre autres, de sa race ou de son origine ethnique, de sa condition de migrante, de réfugiée ou de personne déplacée ».

²⁸⁹⁰ CONDON/LESNÉ/SCHRÖTTLE, pp. 68–70 ; EVANS/MCÍLWAINÉ, pp. 3–8 ; LEHMANN, *Immigrant Women*, p. 98 ; MASSON/ROUX, p. 131 ; MEYERSFELD, pp. 129, 179 ; SCHRÖTTLE/KHELALFAT, p. 197.

à des moyens de résilience, comme son accès effectif à la justice²⁸⁹¹. À notre sens, il s'agit là d'éléments auxquels tant la Cour que les autorités internes devraient être attentives, afin de remplir leur obligation « de tenir compte de la situation de précarité et de vulnérabilité particulière, morale, physique et matérielle, dans laquelle se trouvait la requérante et d'apprécier la situation en conséquence, en lui offrant un accompagnement approprié »²⁸⁹². La Convention d'Istanbul prévoit par ailleurs différentes mesures pour répondre à la vulnérabilité particulière en raison du statut migratoire, notamment pour atténuer le risque d'expulsion ou de renvoi du territoire²⁸⁹³.

La prise en compte de vulnérabilités structurelles multiples, dues à divers facteurs qui s'entrecroisent et se renforcent mutuellement, répond aux critiques issues des théories de l'intersectionnalité en ce qu'elle permet de rendre visible et de lutter contre des discriminations multiples²⁸⁹⁴. Toutefois, le fait de désigner certains groupes de femmes comme étant vulnérables peut également avoir des effets contre-productifs. C'est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de femmes partageant une même origine ethnique ou nationale²⁸⁹⁵, mais également pour d'autres groupes tels que les femmes migrantes ou les femmes pauvres, qui sont parfois traités à tort comme des groupes homogènes²⁸⁹⁶. Elle peut en effet mener à une vision essentialiste de certains groupes de la société chez lesquels la violence s'expliquerait par des facteurs « culturels »²⁸⁹⁷, avec pour effet de

819

²⁸⁹¹ Voir LEHMANN, *Häusliche Gewalt*, pp. 160–161, pour un exemple intéressant, qui montre par ailleurs comme les facteurs sociétaux peuvent interagir et renforcer des dynamiques violentes à l'intérieur du couple. Son étude de cas portait sur une femme d'origine rom qui subissait des violences de la part de son mari, de nationalité allemande, et montrait comment les travailleuses sociales prenaient systématiquement le parti de son mari.

²⁸⁹² *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 115 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 115 et *infra*, n°s 895.

²⁸⁹³ Voir en particulier les articles 59 par. 1–3, 60 et 61 de la Convention d'Istanbul ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, §§ 301–322.

²⁸⁹⁴ PERONI, *Postcolonial lens*, p. 62 ; SJÖHOLM, pp. 395, 434 ; TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, p. 227. Sosa propose une analyse nuancée, qui distingue plusieurs « étapes » dans le raisonnement des organes de droits humains, allant de la mention de la vulnérabilité particulière de certains groupes à une analyse intersectionnelle explicite en passant par une analyse intersectionnelle implicite, souvent au travers de la notion de discrimination multiple (Sosa, pp. 117–120, 252).

²⁸⁹⁵ PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 50–52 ; Sosa, p. 145.

²⁸⁹⁶ KAPUR, *Makeshift Migrants*, p. 6 : « And these responses are based on and reproduce the specific idea that women, especially from the global south or poor women, are victims, infantile, lack agency, and the capacity to choose. The result is that legal discourse often reproduces and reinforces the migrant woman as the disempowered subject in a perpetual state of victimization ».

²⁸⁹⁷ PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 53–55 ; RÖMKENS/LALAH, pp. 89–91.

normaliser ces violences²⁸⁹⁸ ou de susciter des réponses visant à « sauver » ces femmes de leurs « cultures oppressives »²⁸⁹⁹. Ce phénomène, présent par exemple en lien avec la situation des femmes portant le voile islamique²⁹⁰⁰, a été décrit par le terme d'altérisation²⁹⁰¹ ou encore, plus spécifiquement, par une « ethnicisation du sexisme »²⁹⁰².

820 Le résultat est une conception qui stigmatise tant le groupe en lui-même que les femmes concernées, considérées comme intrinsèquement vulnérables et « faibles » et qui favorise des politiques tendant à une protection paternaliste des femmes concernées plutôt qu'à des solutions favorisant leur autonomie et résilience²⁹⁰³. Enfin, l'altérisation de femmes appartenant à certaines parties de la population dissimule le fait que les violences domestiques sont largement répandues dans l'ensemble des pays du Conseil de l'Europe, et constituent un phénomène traversant toutes les couches sociales²⁹⁰⁴.

²⁸⁹⁸ Cette normalisation peut mener soit à banaliser des violences, en considérant qu'elles seraient inhérentes à certaines « cultures » (THIARA, p. 229), soit à focaliser de manière excessive sur les violences dans certains groupes minorisés, en minimisant parallèlement leur prévalence dans la société majoritaire (MONTROYA/ROLANSEN AGUSTÍN, p. 539). Elle peut avoir pour résultat des politiques sociales contre les violences domestiques inadaptées aux besoins de ces femmes (voir p. ex. CRENSHAW, Mapping, pp. 1259–1261, sur l'inadaptation des politiques sociales pour les femmes ne correspondant pas au stéréotype de la « femme blanche de la classe moyenne » ; voir aussi NICHOLLS, p. 178).

²⁸⁹⁹ KAPUR, Victimization Rhetoric, p. 32 ; MONTROYA/ROLANSEN AGUSTÍN, p. 539 ; OTTO, Lost in translation, pp. 320, 335, 342, 347 ; PERONI, Postcolonial lens, pp. 52–53.

²⁹⁰⁰ Voir p. ex. MORONDO TARAMUNDI, Oppression, pp. 219–231.

²⁹⁰¹ BAER, pp. 56–76 ; MONTROYA/ROLANSEN AGUSTÍN, pp. 534–557 ; voir aussi *supra*, n° 157, pour la notion d'altérisation.

²⁹⁰² MORONDO TARAMUNDI, Oppression, pp. 219–220.

²⁹⁰³ KAPUR, Makeshift Migrants, p. 10 ; PERONI, Postcolonial lens, pp. 50–53, 59–61 ; à propos de ces risques, voir aussi *supra*, nos 148–159. Un autre risque est de limiter indûment la protection des victimes qui ne correspondent pas à ce stéréotype de vulnérabilité. Ainsi, PERONI montre comment la Cour cite la force (« strength »), la capacité de s'affirmer (« assertiveness ») et la débrouillardise (« resourcefulness ») des requérantes comme indices qu'elles pourront se défendre contre des violences et que, partant, un renvoi vers leur pays d'origine n'emporterait pas violation de l'article 3 CEDH (PERONI, Women asylum seekers, pp. 359–363). Citons à cet égard l'affaire *A.A. c. Suède* concernant une femme yéménite victime de violences domestiques qui, craignant d'être la cible de nouvelles violences et de meurtre rétributif à son retour au Yémen, demandait l'asile en Suède avec ses cinq enfants. Dans son arrêt, la Cour retient que la requérante avait fait preuve d'indépendance en saisissant les tribunaux yéménites à plusieurs reprises d'une action en divorce et en trouvant les ressources pratiques et financières nécessaires pour quitter le pays (*A.A. c. Suède*, requête n° 14499/09, 28 juin 2012, § 83). C'est un des éléments (avec des questions concernant la crédibilité de ses allégations [*idem*, § 81] et le fait, de manière quelque peu paradoxale, qu'elle disposait de membres de la famille masculins au Yémen qui pouvaient la protéger [*idem*, § 83]) sur lesquels la Cour se base pour conclure que son renvoi ne violerait ni l'article 2 ni l'article 3 CEDH. En d'autres termes, le manque de reconnaissance de la vulnérabilité particulière de la requérante, pourtant victime de violences domestiques et requérante d'asile, a constitué un obstacle à la protection de ses droits conventionnels. Au sujet du risque de stéréotypisation, voire de stigmatisation en lien avec la vulnérabilité, voir aussi *supra*, nos 154–159.

²⁹⁰⁴ BAER, p. 62 ; MONTROYA/ROLANSEN AGUSTÍN, p. 539 ; RÖMKENS/LALAH, p. 91.

Pour contrer ces risques, il est essentiel de reconnaître le caractère dynamique et relationnel de la vulnérabilité, à savoir que celle-ci dépend toujours du contexte personnel, social, historique et institutionnel dans lequel une personne évolue²⁹⁰⁵. Cela signifie aussi recentrer le débat sur les solutions créant de la résilience, les obligations positives pouvant être un outil puissant dans ce processus²⁹⁰⁶. Enfin, pour éviter l'altérisation de certains groupes de la population, il est indispensable de reconnaître la vulnérabilité structurelle des femmes en tant que telles aux violences domestiques. Cet aspect sera examiné dans la section suivante.

821

b) Les éléments concernant toutes les femmes

La Cour a jusqu'à maintenant évité de qualifier les femmes elles-mêmes de particulièrement vulnérables, même dans le contexte spécifique et bien délimité des violences domestiques²⁹⁰⁷. Au contraire, elle a même affirmé, à l'occasion de l'arrêt *Valiulienė c. Lituanie*, qu'elle « ne partage[ait] pas pleinement la position de la requérante selon laquelle celle-ci, en tant que femme, entre automatiquement dans la catégorie des personnes vulnérables »²⁹⁰⁸. Cette précision est d'autant plus intéressante que la requérante n'avait pas invoqué sa vulnérabilité en tant que femme, mais en tant que femme victime de violences domestiques²⁹⁰⁹. Elle est symptomatique du raisonnement de la Cour dans cette affaire, qui propose une lecture individualiste ne tenant pas compte du caractère genré des violences domestiques, un aspect qui a d'ailleurs été critiqué²⁹¹⁰.

822

²⁹⁰⁵ PERONI, *Postcolonial lens*, p. 62 ; PERONI/TIMMER, *Vulnerable Groups*, p. 1064.

²⁹⁰⁶ Voir aussi *supra*, nos 200–205 et *infra*, nos 860–963, 995.

²⁹⁰⁷ DAVIDSON, pp. 127–128 ; SJÖHOLM, p. 433 ; SOSA, pp. 141–142. La Cour n'est pas seule à être réticente à utiliser la vulnérabilité à propos des femmes. En effet, diverses auteures ont mis en garde devant le risque de stéréotypisation lorsque la vulnérabilité est utilisée à propos des femmes (COLE, *Verbicide*, p. 147 ; KAPUR, *Victimization Rhetoric*, p. 36 ; OTTO, *Women's rights*, pp. 316, 345 ; PERONI, *Postcolonial lens*, p. 52 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 47–48 ; SCULLY, pp. 119–121). Voir aussi BUTLER/GAMBETTI/SABSAY, p. 2 : « As we know, there is always something both risky and true in claiming that women or other socially disadvantaged groups are especially vulnerable. On the one hand, we very much want to point it out where it exists. Yet one might conclude that women are in a powerless position and, by implication, that men are always in a powerful one ».

²⁹⁰⁸ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 69.

²⁹⁰⁹ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 51, 69. Plus encore qu'à l'argumentation de la requérante, elle semble répondre à celle du gouvernement, qui avait avancé la thèse selon laquelle la requérante ne pouvait « être considérée comme une personne vulnérable sur le fondement de son âge, de son sexe ou de son statut social », distinguant explicitement son cas de l'affaire *Opuz c. Turquie* précitée (*idem*, § 60). La Cour n'examine pas l'article 14 CEDH dans cette affaire.

²⁹¹⁰ Voir en particulier la critique du juge PINTO DE ALBUQUERQUE (*Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE) ; voir aussi DAVIDSON, p. 127–128 ; MCQUIGG, *ECHR and domestic violence*, p. 762 ; SJÖHOLM, p. 433 ; SOSA, pp. 141–142.

823

L'arrêt *Valiulienė c. Lituanie* exprime la réticence de la Cour à qualifier les femmes de vulnérables aux violences domestiques qui caractérise sa jurisprudence. Cependant, sa lecture non genrée des violences domestiques n'est pas représentative de la jurisprudence en matière de violences domestiques : en effet, à quelques exceptions près²⁹¹¹, la jurisprudence établie confirme que les violences domestiques s'inscrivent dans le cadre des violences à l'égard des femmes en raison du genre dans la mesure où elles frappent de manière prépondérante les femmes et sont étroitement liées aux inégalités persistantes et structurellement enracinées entre les genres²⁹¹². À cet égard, la Cour s'appuie fortement sur les travaux onusiens et leurs analyses détaillées de la question de la violence à l'égard des femmes, deux citations méritant d'être relevées en particulier.

824

Dans l'affaire *Eremia c. République de Moldova*, la Cour cite la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, qui estima ce qui suit :

« Parallèlement, les comportements paternalistes et discriminatoires augmentent la vulnérabilité des femmes à la violence et aux mauvais traitements. Dans ce contexte, la violence familiale est particulièrement répandue et largement tolérée par la société tout en n'étant pas dûment reconnue par les instances

²⁹¹¹ La Cour rappelle occasionnellement que la violence domestique « ne concerne pas exclusivement les femmes » et que « les hommes peuvent eux aussi faire l'objet de violences domestiques » (*Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 132 ; *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, § 50). Si, dans le premier cas, ce constat ne porte guère à conséquences, dans le second, il représente un élément essentiel de l'argumentation de la Cour qui refuse d'examiner la question de l'interdiction de la discrimination en l'occurrence (*Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, § 69), en contraste avec les autres affaires turques reconnaissant une violation de l'article 14 en lien avec les articles 2 ou 3 CEDH (voir en particulier l'affaire *Opuz c. Turquie* précitée ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 108–118 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 26 juin 2016, §§ 112–122). Voir aussi l'affaire *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, § 65, dans laquelle la Cour souligne que la violence domestique concerne *a priori* les femmes de manière disproportionnée et que la passivité des autorités est discriminatoire. L'arrêt ne fait toutefois pas référence à l'article 14 CEDH, qui semble ne pas avoir été invoqué par la requérante.

²⁹¹² *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 198 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 37, 85–91 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 30 (dans la discussion du droit international pertinent, sans que l'article 14 CEDH soit examiné dans l'arrêt) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 61–65 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 57–64 ; *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, § 65 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 108–118 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 26 juin 2016, §§ 112–122 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 141–149 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 78 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 51, 56.

officielles et les femmes elles-mêmes, de sorte que les infrastructures visant à protéger les victimes de violence sont insuffisantes »²⁹¹³.

Ce passage mentionne explicitement la « vulnérabilité des femmes à la violence », indiquant que les instances onusiennes sont moins réticentes que la Cour à qualifier les femmes de vulnérables²⁹¹⁴. La Cour s’y réfère dans son analyse, notamment pour souligner la gravité et l’étendue du problème des violences domestiques et son caractère discriminatoire envers les femmes²⁹¹⁵. Dans cette affaire et dans plusieurs autres affaires moldaves, la Cour a reconnu une violation de l’interdiction de la discrimination²⁹¹⁶. Enfin, le passage montre bien le lien avec les obligations des États dans ce domaine, à savoir mettre en place des mesures qui créent de la résilience face à cette vulnérabilité²⁹¹⁷.

Dans l’affaire *Volodina c. Russie*, la Cour cite la Recommandation générale n° 35 du Comité CEDEF :

« [J]e Comité considère que la violence à l’égard des femmes fondée sur le genre se fonde sur des critères liés au genre tels que l’idéologie qui accorde aux hommes des droits et des privilèges au détriment des femmes, les normes sociales définissant la masculinité, et le besoin de l’homme d’affirmer son contrôle ou son pouvoir, de mettre en place des rôles liés au genre, ou de prévenir, décourager ou punir ce qui est considéré comme un comportement inacceptable de la part d’une femme. Ces critères contribuent aussi à l’acceptation sociale, explicite ou implicite, de la violence fondée sur le genre à l’égard des femmes, qui est encore souvent considérée comme relevant de la sphère privée, et à l’impunité généralisée dont elle bénéficie »²⁹¹⁸.

²⁹¹³ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 37, citant CONSEIL DES DROITS DE L’HOMME, A/HRC/11/6/Add.4), p. 2 (nous soulignons).

²⁹¹⁴ Dans la pratique des diverses instances onusiennes, on trouve à la fois la reconnaissance de la vulnérabilité de toutes les femmes dans certains contextes, et de celle, accrue, de certaines d’entre elles (par exemple, les femmes âgées ou les femmes migrantes). Pour un aperçu général, voir MORAWA, *Vulnerability*, pp. 139–155 ; TRUSCAN, *Vulnerable Groups*, pp. 53–55, 155–176 ; pour la pratique du CDESC, voir CHAPMAN/CARBONETTI, pp. 682–732 ; pour une analyse de la pratique du comité CEDEF, surtout par rapport aux femmes migrantes, voir FLEGAR/IEDEMA, pp. 1–41.

²⁹¹⁵ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 89.

²⁹¹⁶ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 37, 85–91 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 61–65 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 57–64 ; voir aussi *infra*, n°s 968–973.

²⁹¹⁷ Voir aussi *supra*, n°s 200–205 et *infra*, n°s 860–963, 995.

²⁹¹⁸ *Volodina c. Russie*, requête n°4121/17, 9 juillet 2019, § 55, citant CEDEF, Recommandation générale n° 35, § 19.

827 La Cour déduit de ces éléments que les violences domestiques constituent une forme de discrimination à l'encontre des femmes et qu'une égalité substantielle ne peut être atteinte qu'à travers une interprétation et une application de la Convention sensibles aux questions de genre²⁹¹⁹. Partant, les États ont l'obligation positive de « contrebalancer ces réalités [...] qui exposent les femmes et d'autres catégories vulnérables de personnes à un plus grand risque de violences domestiques »²⁹²⁰. Or, en l'occurrence, les autorités internes avaient au contraire aggravé cette vulnérabilité avec leur réponse insuffisante, menant la Cour à conclure à une violation de l'article 14 en lien avec l'article 3 de la Convention²⁹²¹.

828 La plupart du temps, le raisonnement de la Cour se réfère à un pays spécifique. Ainsi, dans le sillage de l'arrêt *Opuz c. Turquie* et en renvoyant à celui-ci, plusieurs arrêts ont établi et confirmé l'existence d'une discrimination structurelle à l'égard de toutes les femmes en Turquie²⁹²². Sans négliger les différences considérables entre ces États, la Cour est parvenue à une conclusion similaire au sujet de la République de Moldova dans une série d'affaires à l'égard de ce pays²⁹²³ et de l'Italie dans l'affaire *Talpis c. Italie*²⁹²⁴. Dans tous ces arrêts, les violences domestiques ne sont pas cantonnées à certaines régions ou certains sous-groupes de la population, mais restent spécifiques à un pays. Cela s'explique facilement par le système conventionnel : chaque jugement de la Cour concerne un État spécifique, et analyse donc la situation dans cet État. Néanmoins, la jurisprudence contient également des affirmations plus générales, reconnaissant que les violences domestiques sont un problème au-delà des frontières nationales. En particulier, la Cour a reconnu que les violences domestiques étaient un « problème général commun à tous les États

²⁹¹⁹ *Volodina c. Russie*, requête n°4121/17, 9 juillet 2019, §§ 110–111. Ce constat doit être distingué de celui de la violation de l'interdiction de la discrimination au sens de la Convention (art. 14 CEDH). Pour cette question, voir *infra*, n°s 968–973.

²⁹²⁰ *Volodina c. Russie*, requête n°4121/17, 9 juillet 2019, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE, § 2.

²⁹²¹ *Volodina c. Russie*, requête n°4121/17, 9 juillet 2019, § 133 ; voir aussi *infra*, n° 979.

²⁹²² *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, § 65 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 96 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 115. SÖHOLM, p. 425, parvient à la même conclusion.

²⁹²³ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 37, 85–91 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 61–65 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 57–64.

²⁹²⁴ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 141–149 ; voir toutefois l'arrêt *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, §§ 63–77, où la Cour considère que les autorités avaient rempli toutes leurs obligations positives et que, par conséquent, ni l'article 3 ni l'article 14 CEDH n'avaient été violés. Pour une discussion plus détaillée de ces deux arrêts sous l'angle de l'interdiction des discriminations, voir *infra*, n°s 981–984, 986–987.

membres »²⁹²⁵ et que les violences – domestiques notamment – à l’égard des femmes représentaient un phénomène « particulièrement préoccupant [...] dans les sociétés européennes d’aujourd’hui »²⁹²⁶.

En conclusion, le caractère genré des violences domestiques – du fait qu’elles touchent majoritairement les femmes en raison de leur genre et qu’elles tendent encore aujourd’hui à être plus facilement tolérées que d’autres formes de violence – est désormais établi dans la jurisprudence, même si cela ne libère pas la requérante de l’obligation d’apporter des indices de discrimination spécifiques à son pays²⁹²⁷. Or, ce constat équivaut à une reconnaissance implicite du genre comme facteur de vulnérabilité structurelle, et donc des femmes comme étant particulièrement vulnérables aux violences domestiques²⁹²⁸. Précisons que ce constat n’implique en rien de considérer que les femmes seraient « par nature » vulnérables²⁹²⁹ : d’ordre structurel, cette vulnérabilité est le résultat de facteurs historiques, politiques et sociétaux, et notamment du rôle subordonné qui a été attribué aux femmes pendant des siècles et continue parfois à l’être. Ce constat se limite par ailleurs à un contexte bien spécifique : c’est la vulnérabilité aux violences – notamment domestiques –, à savoir que les femmes courent un risque plus élevé, dans nos sociétés actuelles, de subir de telles violences en raison de leur genre et qu’il existe des obstacles structurels pour lutter contre de telles violences²⁹³⁰. Ce constat est donc également appelé à se modifier à mesure que la société évolue.

Rappelons enfin qu’il ne s’agit pas d’une vulnérabilité, mais plutôt de vulnérabilités qui se déclinent au pluriel et sont réparties de manière inégale. En effet, reconnaître que cette vulnérabilité est partagée, jusqu’à un certain degré, par toutes les femmes dans nos sociétés actuelles, ne doit pas faire perdre de vue les différences considérables entre elles, tant au niveau des risques encourus que des moyens de résilience à disposition des victimes. Ainsi, comme nous l’avons vu dans la section précédente, la vulnérabilité liée au genre est amplifiée par

²⁹²⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 132 ; *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, § 50.

²⁹²⁶ *Rohlana c. République tchèque* [GC], requête n° 59552/08, 27 janvier 2015, § 71.

²⁹²⁷ Pour la question de la preuve en lien avec l’article 14 CEDH, voir en particulier ARNARDÓTTIR, Burden, pp. 13–39 ; MAČKIČ, pp. 158–228.

²⁹²⁸ Voir aussi SJÖHOLM, p. 433 ; STOYANOVA, Due diligence, p. 119.

²⁹²⁹ À ce sujet, il faut en particulier éviter de comprendre la vulnérabilité comme une sorte de « prédisposition [...] à être affectées » ou « prédisposition à devenir des victimes » (BOEHRINGER/FERRARESE, p. 14) ; voir aussi *supra*, n° 171 et *infra*, n° 833.

²⁹³⁰ Voir *supra*, n°s 771–772.

d'autres facteurs – comme le fait d'appartenir à une minorité, d'être une personne migrante ou en situation de handicap²⁹³¹.

c) Appréciation

831 Dans cette section, nous avons examiné différents facteurs de vulnérabilité structurelle auxquels la Cour fait allusion. Nous avons d'abord examiné des facteurs de vulnérabilité structurelle – l'appartenance à une minorité, la situation socio-économique, le statut migratoire – qui concernent seulement certaines femmes. Ces facteurs interagissent avec le genre, facteur de vulnérabilité structurel le plus visible, pour créer des vulnérabilités multiples ou composées. Notre analyse a montré que la Cour n'a que très rarement fait référence à une vulnérabilité basée sur des facteurs structurels : de telles considérations apparaissent essentiellement dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*, dans lequel il était question de l'ethnicité et du statut socio-économique de la requérante. Cette réticence de la Cour contraste avec d'autres instruments internationaux, en particulier la Convention d'Istanbul, qui reconnaît différents facteurs de vulnérabilité structurelle, par exemple le statut migratoire. Nous avons suggéré que la Cour pourrait s'en inspirer. Cela pourrait non seulement servir à reconnaître des formes de discriminations multiples, mais aussi à guider la Cour dans la manière dont elle concrétise les obligations positives afin que celles-ci puissent mieux répondre aux vulnérabilités spécifiques de ces personnes.

832 Nous nous sommes ensuite penchées sur la vulnérabilité structurelle en raison du genre de manière générale. Nous avons vu que la Cour est encore plus réticente à se référer à la vulnérabilité dans ce contexte, c'est-à-dire qu'elle n'a jamais reconnu que les femmes en tant que telles étaient particulièrement vulnérables aux violences domestiques. La Cour reconnaît en revanche de manière régulière que les femmes sont touchées de manière disproportionnée par les violences domestiques et que ces violences sont des violences à l'égard des femmes en raison du genre. Cela revient à reconnaître de manière implicite la vulnérabilité structurelle des femmes.

833 La réticence de la Cour à qualifier les femmes de particulièrement vulnérables est également reflétée dans la doctrine. Plusieurs auteures ont souligné que le

²⁹³¹ Voir *supra*, nos 789–794, 816–821.

fait de qualifier les femmes de vulnérables – tout comme la focalisation excessive sur les violences à l’égard des femmes, à l’exclusion d’autres violences en raison du genre – risque de renforcer les stéréotypes sexistes présentant les femmes comme étant « par nature » « faibles » et « passives »²⁹³². Ce genre de stéréotypes se retrouvent parfois dans les arrêts, par exemple lorsqu’un État souligne que la requérante était éduquée et socialement et financièrement indépendante, consolidant par là le mythe que des violences domestiques ne concerneraient pas des femmes éduquées ou financièrement indépendantes²⁹³³. Toutefois, le risque de stigmatisation qui va de pair avec la notion de vulnérabilité peut être évité en reconnaissant la vulnérabilité comme une caractéristique non pas « innée », mais déterminée par les circonstances et structures sociétales, et qui n’empêche pas qu’une personne puisse être simultanément vulnérable et résiliente²⁹³⁴.

Enfin, la question de la vulnérabilité structurelle doit être distinguée de celle de l’existence d’une discrimination prohibée par l’article 14 de la Convention. En effet, vulnérabilité structurelle et discrimination au sens de la Convention sont deux éléments distincts, mais étroitement liés. Comme nous l’avons vu, la vulnérabilité structurelle décrit le risque plus élevé, dû à un certain nombre de facteurs, de subir des violences domestiques et de rencontrer des difficultés pour y faire face. Le genre est une source de vulnérabilité en raison des attitudes patriarcales prévalant encore aujourd’hui, rendant ainsi les femmes structurellement plus vulnérables à la violence domestique que les hommes²⁹³⁵. Cette situation a également été décrite par une discrimination structurelle²⁹³⁶, ce qui ne signifie pas encore que la Cour conclue nécessairement à une discrimination contraire à l’article 14 de la Convention. En effet, la discrimination selon l’article 14 de la Convention tente d’évaluer ce que les États font pour répondre et remédier à cette vulnérabilité²⁹³⁷. Ainsi, ce n’est pas la

834

²⁹³² COLE, *Verbicide*, p. 147 ; KAPUR, *Victimization Rhetoric*, p. 36 ; OTTO, *Women’s rights*, pp. 316, 345 ; PERONI, *Postcolonial lens*, p. 52 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 47–48 ; SCULLY, pp. 119–121 ; voir aussi BRUN/GAILLARD, pp. 145–165 et DIXON/NUSSBAUM, p. 576 au sujet de l’infantilisation de femmes adultes qui a longtemps prévalu.

²⁹³³ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 60. Sur cet aspect, voir not. PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 47–48, 56.

²⁹³⁴ PERONI, *Postcolonial lens*, pp. 54–55 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 56 ; SJÖHOLM, pp. 393, 433.

²⁹³⁵ FREDMAN, *Emerging*, p. 293 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 46 ; SJÖHOLM, pp. 55, 433. Voir aussi, sans référence explicite à la vulnérabilité, COPELON, p. 297 ; MACKINNON, pp. 105–111 ; McQUIGG, *Istanbul Convention*, p. 50 ; MEYERSFELD, *Reconceptualizing*, pp. 400, 411 ; SCHNEIDER, pp. 72–73.

²⁹³⁶ Voir notamment HENN, pp. 119–125.

²⁹³⁷ À propos de la relation entre vulnérabilité et discrimination, voir en particulier ARNARDÓTTIR, *Vulnerability*, pp. 151–171 ; voir aussi *infra*, nos 964–987.

vulnérabilité en elle-même, mais l'absence de mesures suffisantes qui est constitutive d'une discrimination au sens de la CEDH, parce qu'elle revient à cautionner ces violences²⁹³⁸. Nous approfondirons cette question après avoir analysé les obligations positives en matière de violences domestiques²⁹³⁹.

III. Synthèse et appréciation

835 Nous avons commencé ce chapitre avec quelques remarques introductives au sujet de la définition des violences domestiques. À ce sujet, nous avons notamment vu que la Cour a repris la définition non genrée consacrée par la Convention d'Istanbul, mais que, malgré cette neutralité apparente, tant la Cour que la Convention d'Istanbul reconnaissent l'impact disproportionné des violences domestiques sur les femmes.

836 Ensuite, nous avons examiné les sources de la vulnérabilité dans la jurisprudence au sujet des violences domestiques. Nous avons vu que, si la Cour affirme de manière constante la vulnérabilité des violences domestiques, celle-ci n'est pas toujours expliquée. Dans ce contexte, nous avons distingué les cas où la Cour déduit cette vulnérabilité d'instruments internationaux externes au régime conventionnel des cas où son raisonnement donne des indications supplémentaires quant aux sources de la vulnérabilité. Notre analyse a complété ces indications avec des explications issues de la littérature spécialisée traitant des violences domestiques.

837 Nous avons d'abord examiné des facteurs qui sont souvent qualifiés d'intrinsèques, en particulier l'âge et le handicap. Toutefois, notre analyse a aussi montré que ce qualificatif doit être utilisé avec prudence : d'une part, il risque d'avoir un effet stigmatisant, notamment vis-à-vis des personnes en situation de handicap et d'autre part, ces facteurs sont très fortement influencés par des éléments situationnels et structurels.

838 Nous avons ensuite examiné deux facteurs de vulnérabilité situationnelle récurrents dans la jurisprudence : le fait même d'avoir subi des violences et le risque individualisé de violences futures. Ces deux éléments sont étroitement liés : d'une part, le fait d'avoir subi des violences peut créer des traumatismes

²⁹³⁸ Voir *infra*, n° 984.

²⁹³⁹ Voir *infra*, n°s 964–987.

rendant plus difficile de faire face à de nouvelles violences et d'autre part, les personnes qui ont déjà subi des violences sont plus à risque d'en subir à nouveau. Ces deux facteurs de vulnérabilité situationnelle interagissent avec d'autres facteurs de vulnérabilité comme la dépendance économique ou l'isolement social. S'il est important de reconnaître ces éléments, il faut éviter de tomber dans une analyse stéréotypée ou essentialiste : des personnes financièrement indépendantes peuvent tout aussi bien se retrouver victimes de violences²⁹⁴⁰. Tous ces éléments caractérisent la situation spécifique des victimes de violences domestiques et sous-tendent leur qualification de vulnérables dans la jurisprudence constante.

Enfin, notre analyse de la jurisprudence a fait état de facteurs structurels. Prenant l'arrêt *Opuz c. Turquie* comme point de départ, nous avons d'abord analysé des facteurs qui concernent des femmes appartenant à certaines parties de la population, comme l'appartenance à une minorité ou le statut migratoire d'une personne. Nous nous sommes ensuite interrogées sur le genre comme facteur de vulnérabilité structurel. À cet égard, nous avons vu que la jurisprudence peut être interprétée comme reconnaissant de manière indirecte la vulnérabilité structurelle des femmes aux violences domestiques, mais que la Cour n'a pas explicitement qualifié les femmes de vulnérables. Nous avons également vu qu'une des explications possibles de cette réticence est la peur de stigmatiser les femmes en les qualifiant de vulnérables, même s'il s'agit de la vulnérabilité spécifique et délimitée aux violences domestiques. 839

Cette peur rejoint une critique plus générale de la vulnérabilité qui serait victimisante et renforcerait une vision stéréotypée des sujets vulnérables comme étant faibles, incapables de se défendre eux-mêmes ou passifs²⁹⁴¹. Pour contrer cette vision, les théoriciennes de la vulnérabilité ont fortement insisté sur le potentiel positif et créateur de la vulnérabilité, mais aussi sur l'agentivité du sujet vulnérable²⁹⁴². Ce faisant, elles ont notamment rejeté toute association entre sujets vulnérables et victimes²⁹⁴³. De manière plus générale, la notion de victime est rejetée par diverses auteures féministes qui lui préfèrent le terme de « survivante » évoquant la capacité de rebondir, ou la résilience, des 840

²⁹⁴⁰ PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, p. 56.

²⁹⁴¹ Voir *supra*, n° 833 ; voir aussi *supra*, n° 155.

²⁹⁴² Voir aussi *supra*, n°s 149, 152.

²⁹⁴³ COLE, *Political Ambiguity*, pp. 262–265, 269–271.

victimes²⁹⁴⁴. Ce terme peut lui aussi être critiqué en raison de la pression qu'il met sur les victimes de surmonter ce qui leur est arrivé²⁹⁴⁵. De plus, ni la notion de personne vulnérable ni celle de victime ne doivent être considérées comme synonymes d'impuissance ou de faiblesse. Ces deux notions doivent plutôt être considérées comme des indicateurs de risques d'atteintes, voire d'atteintes, aux droits d'une personne contre lesquels des mesures doivent être déployées : c'est justement un fondement des obligations positives étatiques. Par ailleurs, d'un point de vue juridique, la reconnaissance du statut de victime est indispensable pour faire valoir ses droits.

²⁹⁴⁴ COLE, *Verbicide*, p. 152 ; COLE, *Victimhood*, pp. 2–3, 137–140 ; HARPUR/DOUGLAS, pp. 267–278 ; SCHNEIDER, p. 61 ; SCULLY, p. 118.

²⁹⁴⁵ COLE, *Political Ambiguity*, p. 262 ; voir aussi SCHNEIDER, qui oppose le « victim feminism » au « power feminism », en démontrant qu'aucun des deux extrêmes ne fait justice à la complexité des violences domestiques (SCHNEIDER, p. 75). Pour le phénomène consistant à « blâmer la victime », voir *supra*, n° 171 et *infra*, n° 971.

CHAPITRE 8 : LES OBLIGATIONS ÉTATIQUES EN MATIÈRE DE VIOLENCES DOMESTIQUES

La vulnérabilité que nous avons examinée au chapitre précédent entraîne des 841
conséquences juridiques : elle influe sur les obligations étatiques, tant au niveau
des obligations positives que de l'interdiction des discriminations. Ce sont ces
deux éléments que nous analyserons dans le présent chapitre.

S'agissant des obligations positives, les violences domestiques constituent un 842
cas d'application par excellence²⁹⁴⁶. En effet, impliquant des personnes privées,
les violences domestiques ont longtemps été considérées comme étant en dehors
du champ d'application des droits humains, ce qui n'a changé qu'avec
l'avènement des obligations positives²⁹⁴⁷. Comme nous le verrons, la
vulnérabilité est importante dans ce contexte de par le double lien qu'elle
entretient avec les obligations positives : d'une part, ces dernières sont
particulièrement importantes pour les personnes qui sont dans une situation de
vulnérabilité ; d'autre part, les obligations positives reconnues peuvent être plus
étendues en raison justement de cette vulnérabilité.

Concernant l'interdiction des discriminations, un nombre considérable 843
d'arrêtés, surtout récents, reconnaissent l'existence d'une discrimination en
raison du genre dans le domaine des violences domestiques. Même si la Cour
ne le précise pas explicitement, la discrimination est également liée à la
vulnérabilité. En effet, la reconnaissance du caractère genré des violences, en
d'autres termes de la vulnérabilité structurelle des femmes, constitue la
première étape de l'analyse de la Cour dans le cadre de l'article 14 CEDH.

Dans ce qui suit, nous examinerons plus en détail ces obligations étatiques. 844
Après un aperçu des droits et obligations pertinents dans le contexte des
violences domestiques (I), nous examinerons les obligations positives (II). Dans
ce cadre, nous nous pencherons successivement sur les obligations législatives
(A), les obligations d'enquête (B) et l'obligation de prendre des mesures

²⁹⁴⁶ Cette affirmation ne devrait en rien relativiser l'importance des obligations positives dans d'autres domaines, ni leur lien avec la vulnérabilité dans d'autres thématiques. Pour des exemples d'application, nous renvoyons à l'analyse effectuée dans le chapitre 4.

²⁹⁴⁷ Voir *supra*, n° 759.

opérationnelles (C), avant de conclure (D). Enfin, nous analyserons l'interdiction des discriminations (III), en commençant par les cas où les autorités ont fait preuve d'une attitude explicitement discriminatoire (A), puis en traitant des cas de discrimination structurelle (B), avant de terminer par une appréciation (C). Une brève synthèse nous permettra de revenir sur ces différents éléments du chapitre (IV).

I. Les droits et obligations pertinents : aperçu

⁸⁴⁵ Dans le cadre des violences domestiques, les obligations positives étatiques découlent, selon les circonstances du cas d'espèce, du droit à la vie (A), de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et du droit à la vie privée et familiale (B)²⁹⁴⁸. À cela s'ajoute l'interdiction de la discrimination (C).

A. Le droit à la vie (article 2 CEDH)

⁸⁴⁶ Le droit à la vie consacré à l'article 2 de la Convention contient une obligation générale de l'État de protéger la vie, qui s'applique également – via le concept des obligations positives – aux atteintes provenant de personnes privées²⁹⁴⁹. Cette obligation comporte notamment le devoir de criminaliser les atteintes à la vie et à l'intégrité physique et, plus généralement, de mettre en place un cadre légal qui permet la prévention, mais également la punition de telles atteintes²⁹⁵⁰. L'existence de dispositions légales adéquates ne suffit pas, encore faut-il que celles-ci soient effectivement appliquées²⁹⁵¹. Dans le domaine des violences

²⁹⁴⁸ Très rarement, la Cour a également examiné des dispositions procédurales de la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, §§ 85–93, où la Cour examine une éventuelle violation – *in fine* niée – de l'article 6 par. 1 CEDH (toutefois en lien avec la longueur de la procédure relative au droit de garde, un aspect que nous n'examinons pas dans le présent chapitre) ainsi que *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, §§ 59–65, où la Cour conclut à la violation de l'article 13 CEDH en lien avec l'article 2 CEDH en raison de l'absence d'un recours permettant à la requérante de demander une indemnisation pour tort moral en raison du décès de ses deux enfants. Dans les autres affaires, la Cour traite des aspects procéduraux dans le cadre des articles substantiels (not. art. 2 et 3 CEDH).

²⁹⁴⁹ FROWEIN, Artikel 2, n°s 7–8 ; GRABENWARTER, Artikel 2, n°s 1, 16–20 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, n°s 10, 12 ; SCHABAS, p. 126 ; SUDRE, Droit européen et international, n°s 300–302.

²⁹⁵⁰ MEYER-LADEWIG/HUBER, n° 12 ; SCHABAS, pp. 126–129 ; SUDRE, Droit européen et international, n°s 296, 302, 305–306.

²⁹⁵¹ FROWEIN, Artikel 2, n° 7 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, n°s 12–13 ; SCHABAS, pp. 126–129.

domestiques, le manque d'application effective du cadre légal est un problème récurrent amenant la Cour à conclure à une violation du droit à la vie²⁹⁵².

A posteriori, l'article 2 CEDH comporte un devoir de mener une enquête prompt, indépendante et effective²⁹⁵³. Dans certaines affaires de violences domestiques, la Cour a d'ailleurs conclu à une violation du seul volet procédural de l'article 2 de la Convention, faute d'enquête prompt et effective. Il en va ainsi dans des affaires dans lesquelles les autorités acceptent très – trop – facilement la thèse du suicide proposé par le mari de la victime, qui était pourtant le principal suspect²⁹⁵⁴. Dans certaines circonstances, les obligations étatiques vont plus loin, et incluent notamment l'obligation de prendre des mesures préventives d'ordre pratique pour protéger des individus contre des menaces à leur vie²⁹⁵⁵. Ces obligations revêtent une importance particulière dans le domaine des violences domestiques²⁹⁵⁶, raison pour laquelle nous les examinerons en détail par la suite²⁹⁵⁷. Même en l'absence d'un décès, des blessures potentiellement mortelles peuvent constituer une violation de l'article 2 de la Convention, si l'État a manqué à ses obligations positives²⁹⁵⁸.

Enfin, précisons que l'obligation procédurale découlant de l'article 2 CEDH ne se limite pas à la poursuite des auteurs de violences, mais concerne également les autorités elles-mêmes. Une enquête pénale s'impose lorsque les

²⁹⁵² *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, §§ 46–55 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 137–151 ; *Halime Kılıç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 91–102 ; *Tërshana c. Albanie*, requête n° 48756/14, 4 août 2020, § 157 ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n° 1609/13, 6 juillet 2021, §§ 36–47 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 50–52.

²⁹⁵³ FROWEIN, Artikel 2, n°s 16–17 ; GRABENWARTER, Artikel 2, n°s 22–24 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, n°s 21–31 ; SCHABAS, pp. 134–139 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 299.

²⁹⁵⁴ *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, §§ 56–67 ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n° 1609/13, 6 juillet 2021, §§ 36–47.

²⁹⁵⁵ GRABENWARTER, Artikel 2, n° 18 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, n° 13 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 305. Une telle obligation préventive a été reconnue pour la première fois dans l'arrêt *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, §§ 115–116 (voir aussi *infra*, n°s 903–905). Pour une analyse détaillée dans le cadre des violences domestiques, voir *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 157–211.

²⁹⁵⁶ *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, §§ 46–55 ; *Branko Tomašić et autres c. Croatie*, requête n° 46598/06, 15 janvier 2009, §§ 112–134 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 133–149 ; *Bljakaj et autres c. Croatie*, requête n° 74448/12, 18 septembre 2014, §§ 112–134 (dans une affaire de violences domestiques, l'homicide concernant toutefois l'avocate ayant représenté l'agresseur dans la procédure de divorce) ; *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, §§ 49–66 ; *Halime Kılıç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 91–102 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 115–125 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 161–190).

²⁹⁵⁷ Voir *infra*, n°s 900–958.

²⁹⁵⁸ MEYER-LADEWIG/HUBER, n° 4 ; SCHABAS, pp. 125–126. Dans le domaine des violences domestiques, voir *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 108–124.

agentes de l'État font preuve d'une inaction fautive qui « va au-delà d'une erreur de jugement ou d'une imprudence »²⁹⁵⁹. Tel peut être le cas lorsque les autorités manquent à leurs obligations positives de prévention²⁹⁶⁰. Dans ce cas, la Cour a par ailleurs jugé que l'enquête devait également porter sur d'éventuels biais de genre ayant motivé l'inaction des autorités²⁹⁶¹.

B. L'interdiction des mauvais traitements (articles 3 et 8 CEDH)

⁸⁴⁹ Des obligations positives similaires à celles que nous venons d'énoncer découlent également des articles 3 et 8 de la Convention. Après un aperçu de ces obligations (1), qui seront approfondies dans la suite du chapitre²⁹⁶², nous analyserons plus en détail la délimitation entre les articles 3 et 8 CEDH (2).

1) Les obligations positives en la matière

⁸⁵⁰ Dans le cadre tant de l'article 3 que de l'article 8 de la Convention, la Cour a reconnu trois types d'obligations positives pertinentes pour les violences domestiques, qui se recoupent en partie²⁹⁶³ : l'obligation de mettre en place et d'appliquer un cadre juridique adéquat, y compris avec des sanctions suffisamment sérieuses pour être dissuasives²⁹⁶⁴ ; l'obligation de prendre des mesures opérationnelles préventives²⁹⁶⁵ et l'obligation de mener une enquête prompte et effective en cas d'allégation crédible de violences²⁹⁶⁶. Plus connue

²⁹⁵⁹ Voir, de manière générale sur cette obligation, *Öneriyildiz c. Turquie* [GC], requête n° 48939/99, 30 novembre 2004, § 93 ; *Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n° 48609/06, 18 juin 2013, § 113 ; *Zinatullin c. Russie*, requête n° 10551/10, 28 janvier 2020, § 33. Dans le contexte des violences domestiques, voir en particulier *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 59–60.

²⁹⁶⁰ *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 59–60.

²⁹⁶¹ *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 60.

²⁹⁶² Voir *infra*, n°s 860–963.

²⁹⁶³ Citant les trois types d'obligations positives, voir p. ex. *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, § 51 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 77 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 49. Citant les deux derniers types d'obligations positives, voir p. ex. *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 136 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 57 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête 56867/15, 11 février 2020, § 60.

²⁹⁶⁴ Voir *infra*, n°s 861–889.

²⁹⁶⁵ Voir *infra*, n°s 891–898.

²⁹⁶⁶ Voir *infra*, n°s 900–958.

dans le cadre de l'article 3 de la Convention²⁹⁶⁷, cette dernière obligation existe également dans le cadre de son article 8 lorsqu'une violation de l'intégrité physique ou psychique est alléguée²⁹⁶⁸.

2) La délimitation entre les articles 3 et 8 CEDH

La plupart des affaires de violences domestiques – y compris lorsqu'elles incluaient des menaces de mort²⁹⁶⁹ – ont été examinées sous l'angle de l'article 3²⁹⁷⁰ ou de l'article 8²⁹⁷¹ de la Convention, et parfois des deux²⁹⁷². L'article 3 CEDH impose aux États des obligations positives visant à éviter que les personnes relevant de leur juridiction « ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers »²⁹⁷³. Le traitement dégradant a été défini comme un traitement qui « humilie ou avilit un individu [...], témoin d'un manque de respect pour sa

851

- ²⁹⁶⁷ MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 17 ; SCHABAS, pp. 191–194 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 315. Pour un exemple, voir *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, § 53 (durée excessive et manque d'enquête à la suite d'allégations concernant des violences domestiques à l'égard d'une personne mineure).
- ²⁹⁶⁸ BREMS, *Procedural Protection*, pp. 31–32, citant en particulier *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 152.
- ²⁹⁶⁹ Voir par exemple *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, pp. 55–61 ; à ce propos, voir aussi LONDONO, *Positive Obligations*, p. 343.
- ²⁹⁷⁰ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009 (aussi violation de l'article 2 CEDH) ; *N. c. Suède*, requête n° 23505/09, 20 juillet 2010 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013 ; *D.P. c. Lituanie* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 27920/08, 22 octobre 2013 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014 ; *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014 (non-violation) ; *Ibrahim Demirtas c. Turquie*, requête n° 25018/10, 28 octobre 2014 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016 ; *N.P. et N.I. c. Bulgarie* (déc.), requête n° 72226/11, 3 mai 2016 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017 (aussi violation de l'article 2 CEDH) ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019 ; *Barsova c. Russie* [Comité], requête n° 20289/10, 22 octobre 2019 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020.
- ²⁹⁷¹ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008 ; *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 3 mars 2009 ; *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010 ; *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010 ; *Kaluczka c. Hongrie*, requête n° 57693/10, 24 avril 2012 ; *M.T. et S.T. c. Slovaquie* (déc.), requête n° 59968/09, 29 mai 2012 ; *Kowal c. Pologne* (déc.), requête n° 21913/05, 2 octobre 2012 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012 ; *R.A. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 73521/12, 3 mai 2016 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021.
- ²⁹⁷² *E.S. et autres c. Slovaquie*, requête n° 8227/04, 15 septembre 2009 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013 ; *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020.
- ²⁹⁷³ *A. c. Royaume-Uni*, requête n° 25599/94, 23 septembre 1998, § 22 (en lien avec des enfants victimes de mauvais traitements ; à ce propos, voir aussi *supra*, n° 286) ; *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 136 ; voir aussi AKANDJI-KOMBE, p. 29 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n° 314.

dignité humaine, voire la diminue, ou [...] suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité »²⁹⁷⁴. Un traitement est qualifié d'« inhumain » si, appliqué avec préméditation, il cause des lésions corporelles ou de vives souffrances physiques ou mentales²⁹⁷⁵. La torture, quant à elle, se caractérise par des « traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »²⁹⁷⁶. Quant à l'article 8 de la Convention, la jurisprudence constante reconnaît que le droit à une vie privée inclut également la protection de « l'intégrité physique et morale » d'une personne²⁹⁷⁷, et qu'il existe des « obligations positives inhérentes à un < respect > effectif » de ce droit²⁹⁷⁸.

852 Les violences domestiques – à moins qu'elles ne concernent certains aspects spécifiques du droit à la protection du domicile ou à la vie familiale – tombent donc à la fois dans le champ d'application de l'article 3 et de celui de l'article 8 de la Convention²⁹⁷⁹. À première vue, on pourrait s'attendre à ce que la Cour examine sous l'angle de l'article 8 CEDH les violences n'atteignant pas, à ses yeux, le seuil de gravité minimum requis sous l'article 3 CEDH, comme c'est

²⁹⁷⁴ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, § 220 ; voir aussi *Irlande c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, § 167 ; *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 92 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 66.

²⁹⁷⁵ *Irlande c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, § 167 ; *Kudła c. Pologne* [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000, § 92 ; *Tchember c. Russie*, requête n° 7188/03, 3 juillet 2008, § 51 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 66.

²⁹⁷⁶ *Irlande c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, § 167 ; *Selmouni c. France* [GC], requête n° 25803/4, 28 juillet 1999, § 96.

²⁹⁷⁷ *X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80, 26 mars 1985, § 22 ; *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 65 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012, § 37 ; *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 45 ; *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 58 ; *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 46 ; *Kaluza c. Hongrie*, requête n° 57693/10, 24 avril 2012, § 59 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 73 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 70 ; voir également SUDRE, Droit européen et international, n° 459.

²⁹⁷⁸ *Marckx c. Belgique* [Cour plénière], requête n° 6833/74, 13 juin 1979, § 31 ; *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 32 ; *X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80, 26 mars 1985, § 23 ; *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 64 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012, § 37 ; *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 44 ; *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 59 ; *Kowal c. Pologne* (déc.), requête n° 21913/05, 2 octobre 2012, § 45. Les arrêts plus récents se passent de ces explications pour se concentrer directement sur les obligations positives découlant de l'article 8 CEDH (voir p. ex. *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 57 ; *Volodina c. Russie* [n° 2], requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 49).

²⁹⁷⁹ McQUIGG, IHRL, pp. 46–52 ; SJÖHOLM, pp. 403–414.

généralement le cas dans sa jurisprudence²⁹⁸⁰. Or, dans le domaine des violences domestiques, la jurisprudence est loin d'être constante sur ce point et ne reflète pas une approche de principe²⁹⁸¹. Au contraire, le choix d'examiner certaines affaires sous l'angle de l'article 8 de la Convention semble s'expliquer par une question de « praticabilité », ce dernier permettant une analyse plus expéditive²⁹⁸². Si un tel raisonnement est compréhensible, au vu notamment de la grande quantité d'affaires à juger²⁹⁸³, il n'est pas sans poser problème. Il risque notamment de donner l'impression erronée qu'une situation donnée ne serait pas suffisamment grave pour « mériter » une analyse sous l'angle de l'article 3 de la Convention²⁹⁸⁴.

L'affaire *Valiulienė c. Lituanie* permet d'illustrer ces propos²⁹⁸⁵. L'État défendeur avait soumis une déclaration unilatérale admettant à une violation de l'article 8 de la Convention dans l'espoir d'éviter un constat de violation de l'article 3 CEDH²⁹⁸⁶. Or, la Cour refuse d'accepter ce raisonnement, prenant soin d'expliquer pourquoi les faits de l'affaire entrent dans le champ de l'article 3 CEDH, même en l'absence de blessures graves ou séquelles durables. Elle souligne d'une part que la requérante a été battue par son mari à cinq reprises au cours d'un mois, ainsi que le caractère continu des violences représentant un facteur aggravant, et insiste, d'autre part, sur l'impact psychologique des violences domestiques²⁹⁸⁷. Dans d'autres affaires, elle a similairement tenu compte de l'effet combiné des blessures physiques et des « sentiments de peur

853

²⁹⁸⁰ MEYER-LADEWIG/LEHNERT, n° 85 ; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n°s 11, 123 ; SCHABAS, p. 370 ; SJÖHOLM, pp. 273–276 ; SUDRE, Droit européen et international, n° 459. Pour une analyse de la jurisprudence relative aux violences sexuelles, voir SJÖHOLM, pp. 228–344.

²⁹⁸¹ McQUIGG, ECHR and domestic violence, p. 764 ; SJÖHOLM, p. 406.

²⁹⁸² McQUIGG, Human rights issue, p. 1015 ; SJÖHOLM, p. 406. Cette analyse est basée sur la prémisse qu'il est plus facile d'établir une violation de l'article 8 CEDH, dont le champ d'application est plus large et qui ne contient pas de seuil de gravité limitant son application (à ce sujet, voir explicitement *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 57). Un raisonnement similaire pourrait conduire les juges à examiner une affaire sous l'angle des articles 3 et 8 CEDH pris ensemble, à l'instar des arrêts *E.S. et autres c. Slovaquie*, requête n° 8227/04, 15 septembre 2009, §§ 39–44 et *Buturugă c. Roumanie*, requête 56867/15, 11 février 2020, § 63.

²⁹⁸³ Voir *supra*, n°s 591–593.

²⁹⁸⁴ McQUIGG, Human rights issue, p. 1015 ; pour une illustration, voir *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. diss. JOČIENĖ, § 14.

²⁹⁸⁵ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013.

²⁹⁸⁶ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 5, 54–55 ; voir aussi McQUIGG, ECHR and domestic violence, pp. 758–759. La gravité de la violation reconnue influe par ailleurs sur les dédommagements en application de l'article 41 CEDH (ALTWICKER-HÁMORI/ALTWICKER/PETERS, pp. 18–19 ; MEYER-LADEWIG/BRUNOZZI, n° 22).

²⁹⁸⁷ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 67–69. Voir toutefois *idem*, op. diss. JOČIENĖ, § 14, qui soutient la position opposée, en accordant, selon nous, un poids excessif à l'absence de lésions physiques (voir aussi SJÖHOLM, p. 410).

et d'impuissance » pour conclure que le seuil de gravité de l'article 3 était atteint²⁹⁸⁸.

854 Si le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Valiulienė c. Lituanie* apporte quelques précisions importantes sur les éléments pertinents pour apprécier le seuil de gravité sous l'article 3 CEDH, il n'établit pas de principe valable au-delà des circonstances concrètes du cas d'espèce. C'est un point que le juge PINTO DE ALBUQUERQUE déplore dans son opinion concordante. D'après lui, « les actes de violence domestique ont un caractère intrinsèquement humiliant et rabaisant pour la victime, qui est précisément le but de leur auteur »²⁹⁸⁹. Il met en garde contre une approche accordant trop d'importance aux lésions ou aux souffrances physiques, insistant sur le fait que n'importe quel acte de violence domestique « vise à [...] diminuer la dignité du partenaire et porte un message d'humiliation et de dégradation »²⁹⁹⁰. Nous rejoignons cette analyse, qui permet au passage de rappeler que les violences domestiques ne se limitent pas aux violences physiques. Précisant par ailleurs que « les violences domestiques ont émergé comme une violation autonome des droits de l'homme », il en conclut que tout acte de violences domestiques devrait entraîner l'applicabilité de l'article 3 de la Convention²⁹⁹¹.

855 Au vu de la définition évoquée plus haut²⁹⁹², nous ne pouvons que nous rallier à la position de principe exprimée par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE²⁹⁹³. Cette conclusion s'impose d'autant plus au vu de la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques, confirmée par la jurisprudence constante. D'ailleurs, la jurisprudence ultérieure confirme cette position : tout d'abord, plusieurs arrêts récents indiquent une tendance à examiner la question des violences domestiques sous l'angle de l'article 3 plutôt que de l'article 8 de

2988 Voir p. ex. *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 60. Précisons toutefois que, dans cette affaire, les trois incidences de violences avaient entraîné des blessures mettant entre deux et dix jours pour guérir (*idem*, § 59).

2989 *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

2990 *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

2991 *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

2992 Voir *supra*, note 2973 et les réf. cit.

2993 Voir aussi McQUIGG, IHRL, pp. 47–48 ; SJÖHOLM, pp. 426, 435.

la Convention²⁹⁹⁴. Ensuite, l'arrêt *Volodina c. Russie* rendu en 2019 contient la précision suivante :

« The Court reiterates that the prohibition of ill-treatment under Article 3 covers all forms of domestic violence without exception [...] Even a single blow may arouse feelings of fear and anguish in the victim and seek to break her moral and physical resistance [...] Threats are a form of psychological violence and a vulnerable victim may experience fear regardless of the objective nature of such intimidating conduct »²⁹⁹⁵.

Sans perdre de vue que les jugements de la Cour concernent toujours un cas d'espèce concret, ce passage pourrait bien révéler une nouvelle position de principe de la Cour, à savoir que les violences domestiques atteignent, en tant que telles, le seuil de gravité de l'article 3 CEDH, indépendamment de la gravité d'éventuelles lésions ou séquelles. Précisons que les juges PINTO DE ALBUQUERQUE et DEDOV, pour leur part, vont encore un pas plus loin dans leur opinion séparée. Rappelant les faits de l'affaire *Volodina c. Russie* – violences physiques graves, menant à une interruption de grossesse, violences psychologiques, contrôle des déplacements, menaces de mort concrètes, enlèvement – les juges estiment que les violences subies par la requérante étaient d'une gravité telle qu'elles devraient être qualifiées de torture²⁹⁹⁶. Outre la reconnaissance morale de la gravité des faits, cette qualification peut également mener à une analyse plus stricte des obligations positives étatiques et influe par

856

²⁹⁹⁴ McQuigg, Human rights issue, pp. 1014–1018 ; voir p. ex. *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014 (article 3 CEDH, non-violation) ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016 (articles 3 et 14 CEDH, violation) ; *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016 (articles 3 et 8 CEDH, violation) ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017 (articles 2, 3, et 14 CEDH, violation) ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017 (articles 3 et 14 CEDH, violation) ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019 (articles 3 et 14 CEDH, violation) ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020 (articles 3 et 14 CEDH) ; voir aussi *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020 (articles 3 et 8 CEDH examinés conjointement). Voir toutefois *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 47, où la Cour se contente d'une référence laconique à l'affaire *Bevacqua et S. c. Bulgarie* pour ensuite statuer que l'article 8 CEDH lui paraît être plus adapté pour examiner l'affaire en question, portant sur des violences multiples sur une période de deux ans. Voir par ailleurs les arrêts suivants, examinés sous l'angle de l'article 8 CEDH sans précisions à propos de l'article 3 : *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021 (cyberharcèlement par l'ex-partenaire).

²⁹⁹⁵ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 98 (nous soulignons) ; voir également *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 70. Bien évidemment, il est difficile d'imaginer qu'une situation de violences domestiques impliquant « un seul coup » serait portée jusqu'à devant la Cour et, qui plus est, qu'une telle affaire serait déclarée recevable par la Cour.

²⁹⁹⁶ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE, DEDOV, §§ 6–10.

ailleurs sur la hauteur de la satisfaction équitable allouée en application de l'article 41 CEDH²⁹⁹⁷.

857

L'affirmation, quoique faite dans le contexte de l'affaire en question, s'inscrit dans un débat plus large. En effet, elle fait écho à la revendication de longue date d'auteurs féministes demandant que les violences conjugales soient qualifiées de torture²⁹⁹⁸, une opinion qui se trouve également reflétée dans la pratique onusienne²⁹⁹⁹, mais pas – pour l'instant – dans celle de la Cour³⁰⁰⁰. Cette revendication a notamment pour objectif de faire reconnaître, sans équivoque, la gravité des violences domestiques³⁰⁰¹ et de rejeter définitivement toute forme de normalisation, voire de sentimentalité sexiste³⁰⁰². Divers éléments ont été soulevés à cet égard, en référence à l'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT) : la complicité de l'État de par sa tolérance ; le fait que ces violences soient infligées de manière délibérée, dans le but de provoquer des souffrances ou de subjuguer une personne, qu'elles causent de vives souffrances physiques ou psychiques ou encore qu'elles s'inscrivent dans une relation où une personne a un pouvoir disproportionné sur l'autre³⁰⁰³. Ces éléments ont également été reconnus par des organes de droits humains sur le plan international³⁰⁰⁴.

858

En vue de l'interprétation dynamique de la Convention, qui mène à un « niveau d'exigence croissant » et « inéluctablement, une plus grande fermeté »³⁰⁰⁵, il n'est pas impossible que la définition de la torture évolue pour s'appliquer, à l'avenir, à certains actes particulièrement graves de violences

²⁹⁹⁷ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE, DEDOV, § 9 ; voir toutefois *idem*, op. conc. DEDOV.

²⁹⁹⁸ COPELON, pp. 315, 317 ; EDWARDS, pp. 216–261 ; MACKINNON, pp. 17–27 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 99–100 ; MEYERSFELD, *Reconceptualizing*, p. 375 ; SJÖHOLM, pp. 391–392.

²⁹⁹⁹ Voir en particulier CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/31/57, §§ 8–9 ainsi que CEDEF, *Recommandation générale n° 35*, § 17.

³⁰⁰⁰ Voir aussi McQUIGG, IHRL, pp. 47–48 ; MUJUZI, p. 176 ; SJÖHOLM, p. 423.

³⁰⁰¹ COPELON, pp. 315, 317 ; EDWARDS, pp. 216–261 ; MACKINNON, pp. 17–27 ; MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 99–100 ; MEYERSFELD, *Reconceptualizing*, p. 375 ; SJÖHOLM, pp. 391–392.

³⁰⁰² COPELON, p. 349 (traitant notamment de la glorification des attitudes possessives) ; McQUIGG, IHRL, p. 47.

³⁰⁰³ COPELON, pp. 311–350 ; GRDINIC, pp. 226–246 ; MACKINNON, pp. 22–27 ; MCGLYNN, *Feminist Strategy*, pp. 73–76 ; McQUIGG, IHRL, pp. 47–48 ; SJÖHOLM, p. 423.

³⁰⁰⁴ Voir, entre autres, CAT, *Observation générale n° 2*, § 22 ; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/31/57, § 55.

³⁰⁰⁵ *Selmouni c. France* [GC], requête n° 25803/94, 28 juillet 1999, § 101, où la Cour a précisé que « certains actes autrefois qualifiés de < traitements inhumains et dégradants >, et non de < torture >, pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir ».

domestiques, même si ceux-ci sont commis par des personnes privées³⁰⁰⁶. Le même principe fait que tous les actes de violences domestiques devraient être considérés comme suffisamment graves pour atteindre le seuil de gravité de l'article 3 CEDH et être analysés sous cet angle³⁰⁰⁷.

C. L'interdiction des discriminations (article 14 CEDH)

Dans diverses affaires liées aux violences domestiques, la Cour a par ailleurs conclu à une violation de l'interdiction des discriminations, en lien³⁰⁰⁸ avec l'un ou plusieurs des articles susmentionnés³⁰⁰⁹. Cette violation est étroitement liée au fait que les violences domestiques sont des *violences en raison du genre*, trouvant leur racine dans des attitudes patriarcales et de domination masculine et ciblant, dans une large proportion, les femmes en raison de leur genre³⁰¹⁰. À cela s'ajoute, selon les cas, une attitude discriminatoire spécifique de la part des forces de l'ordre ou des autorités³⁰¹¹ ou, plus généralement, à l'absence de mesures d'enquête ou de protection suffisantes, créant un contexte d'impunité favorable à la commission de nouvelles violences³⁰¹². La question de l'interdiction des discriminations sera analysée plus en détail par la suite³⁰¹³.

859

³⁰⁰⁶ Voir aussi GRDINIC, pp. 242–246 ; McQUIGG, IHRL, p. 47 ; SJÖHOLM, p. 423. Pour la même question en lien avec les violences sexuelles, voir McGLYNN, *Feminist Strategy*, p. 71 ; SJÖHOLM, p. 278.

³⁰⁰⁷ Voir aussi McQUIGG, IHRL, pp. 47–48 ; SJÖHOLM, pp. 426, 435.

³⁰⁰⁸ L'interdiction des discriminations consacrée par l'article 14 CEDH a une portée autonome et non pas dépendante, à savoir qu'elle porte sur tous les droits qui entrent dans le champ de protection d'un des autres droits garantis par la Convention ou ses protocoles additionnels. Il n'est toutefois pas nécessaire que ce droit soit violé pour que la Cour puisse conclure à une violation de l'article 14 CEDH (voir GRABENWARTER, Artikel 14, n^{os} 4–7 ; MEYER-LADEWIG/LEHNER, n^{os} 5–8 ; PEUKERT, Artikel 14, n^{os} 2–4 ; SCHABAS, pp. 562–564 ; SUDRE, *Droit européen et international*, n^{os} 267–270).

³⁰⁰⁹ *Opuz c. Turquie*, requête n^o 33401/02, 9 juin 2009, §§ 199–202 (en lien avec les articles 2 et 3 CEDH) ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n^o 3564/11, 28 mai 2013, §§ 85–90 (à l'égard de l'épouse, une des requérantes en l'espèce) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n^o 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 61–64 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n^o 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 57–63 ; *M.G. c. Turquie*, requête n^o 646/10, 22 mars 2016, §§ 114–118 (sans se prononcer sur une éventuelle discrimination des femmes divorcées par rapport aux femmes mariées [voir en particulier les §§ 108 *in fine*, 118]) ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n^o 63034/11, 28 juin 2016, §§ 112–122 (en lien avec l'article 2 CEDH) ; *Talpis c. Italie*, requête n^o 41237/14, 2 mars 2017, §§ 141–149 (en lien avec les articles 2 et 3 CEDH) ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n^o 49645/09, 23 mai 2017, §§ 78–89 ; *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 115–133.

³⁰¹⁰ Voir p. ex. *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 110, 117–124 ; voir aussi *supra*, n^{os} 769–772 et *infra*, n^{os} 964–987.

³⁰¹¹ Voir *infra*, n^{os} 968–973.

³⁰¹² Voir *infra*, n^{os} 974–984.

³⁰¹³ Voir *infra*, n^{os} 964–987.

II. Les obligations positives

860 Les obligations positives sont étroitement liées à la notion de vulnérabilité dans les affaires relatives aux violences domestiques. Ainsi, la Cour affirme régulièrement que « les enfants et autres personnes vulnérables – dont font partie les victimes de violences domestiques – en particulier ont droit à la protection de l'État »³⁰¹⁴. De la même manière, la Cour a estimé qu'une requérante, victime de violences domestiques, relevait « de la catégorie des < personnes vulnérables > qui ont droit à la protection de l'État »³⁰¹⁵. Dans une autre formule récurrente, la Cour souligne « la vulnérabilité des victimes de violence domestique et le besoin d'une implication active de l'État »³⁰¹⁶. Dans ce qui suit, nous examinerons les contours de ces obligations pesant sur les États. Celles-ci sont de trois sortes : mettre en place un cadre juridique adéquat (A), mener une enquête prompte et effective (B) et prendre des mesures de prévention et de protection (C). Une synthèse et appréciation nous permettra de revenir brièvement sur ces différentes obligations (D).

³⁰¹⁴ *Tajpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 99. Pour une formule quasiment identique, voir aussi *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 159 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 76 ; *N.P. et N.I. c. Bulgarie* (déc.), requête n° 72226/11, 3 mai 2016, § 67 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 92 ; voir similairement *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 47. L'arrêt *Kurt c. Autriche*, quant à lui, considère plus spécifiquement que « les enfants qui sont victimes de violences domestiques sont des personnes particulièrement vulnérables » (*Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 163).

³⁰¹⁵ *Tajpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 126 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 48 (en anglais ou en français selon les cas).

³⁰¹⁶ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 65 ; *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, §§ 41, 46 ; *M.T. et S.T. c. Slovaquie* (déc.), requête n° 59968/09, 29 mai 2012, § 72 ; *Kowal c. Pologne* (déc.), requête n° 2912/11, 18 septembre 2012, § 47 ; *Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012, § 37 (avec une légère variante de formulation) ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 73 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 70 ; *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 136 ; *Štulíř c. République tchèque*, requête n° 36705/12, 12 janvier 2017, § 60 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, 57 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 47 (citant l'arrêt *Irene Wilson*) ; *Volodina et autres c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 72 ; *Barsova c. Russie* [Comité], requête n° 20289/10, 22 octobre 2019, § 27 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 60 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021 (en anglais ou en français selon les cas).

A. L'obligation positive de mettre en place un cadre juridique adéquat

La première obligation positive découlant des articles 2, 3 et 8 de la Convention est de mettre en place et d'appliquer un cadre juridique adéquat visant à prévenir et à sanctionner des actes de violence commis par des personnes privées³⁰¹⁷. Cette obligation n'est pas limitée aux atteintes contre la vie ou l'intégrité physique ou psychique d'une personne, mais s'étend également à celles mettant en danger le droit au respect de son domicile³⁰¹⁸.

L'obligation de mettre en place un cadre juridique adéquat est au cœur des obligations conventionnelles et indispensable pour garantir l'effectivité des droits protégés par la Convention, que ce soit dans les relations verticales – avec l'État – ou horizontales – entre personnes privées³⁰¹⁹. Elle a même été qualifiée de « noyau dur » de la protection des droits humains³⁰²⁰. Cependant, la Cour rappelle régulièrement le principe de subsidiarité, et en particulier qu'elle ne doit pas se substituer aux autorités internes, son rôle ne consistant pas à déterminer dans l'abstrait les mesures adéquates à prendre, mais à examiner la

³⁰¹⁷ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 65 ; *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/08, 12 novembre 2013, § 80 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 100 ; *V.C. c. Italie*, requête n° 54227/17, 1^{er} février 2018, § 91 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 60. Voir aussi, en lien avec le seul article 2 CEDH, *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 63 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 157 ; *Tkheidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 48. En lien avec le seul article 3 CEDH, voir *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 49 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 43 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 76–77 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, § 29. En lien avec le seul article 8 CEDH, voir *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 45 ; *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 4 octobre 2010, § 60 ; *Kalucza c. Hongrie*, requête n° 57693/10, 24 avril 2012, § 59 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/1, 28 mai 2013, §§ 52, 73 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, §§ 48–49 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, §§ 49, 50–58.

³⁰¹⁸ *Kalucza c. Hongrie*, requête n° 57693/10, 24 avril 2012, § 59. Dans cette affaire, malgré diverses disputes à l'issue violente, la requérante avait été forcée à laisser entrer son ex-partenaire dans l'appartement qui était leur résidence commune. Un des problèmes était que les interdictions de domicile en raison de violences domestiques ne pouvaient être prononcées, en vertu du droit national, qu'à l'égard des personnes mariées ou divorcées, mais non à l'égard de personnes vivant en concubinage, à l'instar de la requérante (*idem*, § 67).

³⁰¹⁹ CHRISTOFFERSEN, p. 381 ; DRÖGE, pp. 87–97 ; LAVRYSEN, Legal Framework, p. 81 ; LAVRYSEN, Positive State, p. 113 ; STARMER, p. 147 ; XENOS, Positive Obligations, pp. 107–115.

³⁰²⁰ XENOS, Positive Obligations, p. 107.

compatibilité avec la Convention des mesures effectivement prises³⁰²¹. Partant, c'est avec une certaine retenue que la Cour énonce des obligations positives législatives³⁰²².

863

Néanmoins, la jurisprudence a bien précisé que les États sont tenus de mettre en place un cadre légal *adéquat*. Dans cette perspective, la Grande Chambre a explicitement désavoué un arrêt de Chambre³⁰²³ selon lequel « seules des lacunes importantes dans la législation et la pratique, ainsi que dans leur application, emporteraient violation des obligations positives de l'État en vertu de l'article 8 »³⁰²⁴. La Grande Chambre a au contraire posé le principe selon lequel le cadre légal doit être adéquat, en d'autres termes, il doit offrir « un niveau acceptable de protection »³⁰²⁵. S'agissant des violences domestiques, ce principe a été concrétisé par la jurisprudence, qui déduit un certain nombre d'exigences de la Convention. L'obligation législative peut-être la plus connue est celle d'ériger en infraction pénale les atteintes intentionnelles à la vie et à l'intégrité physique (1), ce qui soulève également la question de savoir si une poursuite doit avoir lieu d'office ou non (2). De plus, le cadre juridique doit permettre une appréciation globale des faits (3) et la prise de mesures opérationnelles de prévention et de protection (4). La conclusion nous permettra de mettre en lumière l'interaction entre ces divers éléments (5).

³⁰²¹ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 82 ; *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 46 ; *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 4 octobre 2010, § 99 ; *Kalucza c. Hongrie*, requête n° 57693/10, 24 avril 2012, § 63 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 60 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 85 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/1, 28 mai 2013, § 50 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, §§ 44, 51 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 41, 49 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 37, 45 ; *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 59 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 103 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 58.

³⁰²² *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 4 octobre 2010, § 99 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, §§ 57–58. Pour une discussion inhabituellement détaillée des obligations positives législatives en matière de violences domestiques, voir *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 78–85.

³⁰²³ *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/98, 12 novembre 2013, §§ 89–91, 117.

³⁰²⁴ *E.S. c. Suède*, requête n° 5786/08, 21 juin 2012, § 59. Pour une analyse, voir LAVRYSEN, *Significant Flaws*, pp. 145–164.

³⁰²⁵ *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/08, 12 novembre 2013, § 91. En l'occurrence, dans cette affaire concernant une fille filmée nue à son insu par son beau-père, la Cour a jugé que les recours de droit civil ouverts à la requérante étaient insuffisants, sans pour autant considérer qu'une protection par le droit pénal était absolument indispensable (*idem*, §§ 108–114 ; pour une analyse, voir ZIMMERMANN, *Legislating*, p. 557). Le niveau « acceptable de protection » s'évalue compte tenu de la vulnérabilité particulière des personnes qu'il vise à protéger (ZIMMERMANN, *Legislating*, pp. 554–561 et les réf. cit.).

1) La criminalisation de certains actes

La première obligation relative au cadre juridique est d'ériger certains actes en infractions pénales³⁰²⁶. En effet, face à des atteintes graves, seul le droit pénal est considéré comme ayant un effet dissuasif suffisant pour créer une protection effective³⁰²⁷. Ainsi, les États sont tenus de criminaliser les atteintes intentionnelles à la vie³⁰²⁸ et à l'intégrité physique et psychique lorsque celles-ci sont d'une certaine gravité³⁰²⁹. En principe, cette obligation vaut pour tous les actes violents atteignant le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention³⁰³⁰. Dans le cadre de l'article 8 de la Convention, la Cour a jugé que des dispositions pénales étaient nécessaires contre « des actes graves mettant en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée »³⁰³¹. À l'inverse, elle a estimé qu'une législation civile peut répondre aux exigences du droit à une vie privée et familiale pour les « actes interindividuels de moindre gravité susceptibles de porter atteinte à l'intégrité morale », pour autant qu'une telle législation soit « apte à fournir une protection suffisante »³⁰³².

Selon la jurisprudence établie, les violences domestiques appellent une législation pénale, aussi lorsqu'elles sont analysées sous l'angle de l'article 8 de la Convention³⁰³³. À ce sujet, la Cour reconnaît, dès l'arrêt *Opuz c. Turquie*, l'obligation positive d'établir et d'appliquer de manière effective « un système réprimant toutes les formes de violence familiale et offrant aux victimes des

³⁰²⁶ LAVRYSEN, *Positive State*, p. 119 ; MOWBRAY, *Positive Obligations*, p. 225.

³⁰²⁷ ASHWORTH, pp. 201, 209–210 ; GRABENWARTER, *Artikel 3*, n° 18.

³⁰²⁸ GRABENWARTER, *Artikel 2*, n° 17 ; MEYER-LADEWIG/HUBER, n° 12 ; SCHABAS, pp. 126–134.

³⁰²⁹ GRABENWARTER, *Artikel 3*, n° 18 ; MEYER-LADEWIG/LEHNERT, nos 8, 15 ; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n° 4 ; PÉTERMANN, pp. 251–252. En revanche, la Cour a jugé, dans le contexte de stérilisations forcées, qu'un remède pénal n'était pas forcément indispensable, appliquant par analogie la jurisprudence sur les fautes médicales développée sous l'article 2 CEDH (*V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011, §§ 125–128). Précisons toutefois que dans cette affaire, un tel remède aurait été à disposition de la requérante, qui a opté pour la voie civile. Pour la question des stérilisations forcées, voir aussi *supra*, nos 412–419.

³⁰³⁰ LAVRYSEN, *Positive State*, p. 123 ; voir en particulier *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 151 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 73.

³⁰³¹ *K.U. c. Finlande*, requête n° 2872/02, 2 décembre 2008, § 43 ; voir aussi *X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80, 26 mars 1985, § 27 ; *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 150.

³⁰³² *Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/98, 12 novembre 2013, § 85 ; voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, p. 124.

³⁰³³ *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 47 ; *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 67 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 60 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 50 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 78. Au sujet de l'obligation positive de mettre en place un cadre juridique, voir aussi *supra*, note 3021 et les réf. cit. Ainsi, les « les violences domestiques ont émergé comme une violation autonome des droits de l'homme » (*Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE).

garanties suffisantes»³⁰³⁴. Plus spécifiquement, il existe une obligation de « réprimer, par le droit pénal, toutes les formes de violence familiale en proposant des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives »³⁰³⁵. L'obligation de criminaliser toutes les violences domestiques découle d'une interprétation dynamique de la Convention, traitant avec fermeté des actes ne correspondant plus au « niveau d'exigence croissant en matière de protection » des droits humains³⁰³⁶. Elle est également liée à la notion de vulnérabilité : la Cour a reconnu de manière constante que les victimes de violences domestiques sont dans une position particulièrement vulnérable³⁰³⁷ et que, de ce fait, leur protection effective contre des atteintes provenant de tierces personnes nécessite une implication active de la part de l'État³⁰³⁸. Cette protection passe d'abord par une législation pénale effective³⁰³⁹, même si elle ne s'y limite pas³⁰⁴⁰.

866 Le choix des mesures législatives répondant à ces exigences relève en principe de la marge d'appréciation des États³⁰⁴¹. Néanmoins, la jurisprudence constante indique que les violences domestiques doivent soit être réprimées par une infraction spécifique³⁰⁴², soit constituer une circonstance aggravante complétant une infraction pénale existante³⁰⁴³. À ce propos, la Cour s'est

³⁰³⁴ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 145 ; *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 62.

³⁰³⁵ *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 50 (notre traduction).

³⁰³⁶ *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 47 et *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 67 (notre traduction).

³⁰³⁷ Voir *supra*, note 2692 et les réf. cit.

³⁰³⁸ Voir *supra*, notes 3016, 3017 et les réf. cit. D'après la formulation de la Cour, les personnes vulnérables « ont droit à une protection effective » contre des atteintes de tierces personnes. Or, cette formulation peut évoquer l'impression – erronée – que seules les personnes vulnérables auraient droit à une telle protection effective (voir SUDRE, *Droit européen et international*, nos 314, 460).

³⁰³⁹ *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 67 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 71 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/1, 28 mai 2013, § 57 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 50 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 78 ; voir aussi STOYANOVA, *Due diligence*, p. 110.

³⁰⁴⁰ Voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 112, 126–130.

³⁰⁴¹ *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 60 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 85 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/1, 28 mai 2013, § 50 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 41, 49 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 58.

³⁰⁴² C'est notamment le cas en droit moldave (voir *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/1, 28 mai 2013, § 57 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 48 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 79, 85).

³⁰⁴³ C'est notamment le cas en Roumanie, Lituanie et Croatie (voir *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 62 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 78 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, §§ 54–58 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 79, 85).

également référée à la Convention d'Istanbul³⁰⁴⁴, ratifiée à ce jour par trente-quatre des États membres du Conseil de l'Europe³⁰⁴⁵ et qui oblige les États à réprimer pénalement les violences domestiques³⁰⁴⁶. Par ailleurs, une législation qui ne permet d'ouvrir une enquête pénale que si la victime a des lésions physiques ou a subi des violences répétées n'est pas conforme aux exigences de la Convention³⁰⁴⁷. À cet égard, la Cour rappelle que la violence domestique peut prendre diverses formes et ne résulte pas nécessairement en des blessures corporelles³⁰⁴⁸. Enfin, les sanctions doivent pouvoir déployer un effet dissuasif³⁰⁴⁹, ce qui ne signifie pas seulement qu'elles doivent être suffisamment sévères, mais également que leur non-respect doit pouvoir être sanctionné à son tour³⁰⁵⁰.

La jurisprudence constante oblige par ailleurs les États à criminaliser et réprimer de manière effective « tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique »³⁰⁵¹. Cette obligation

867

³⁰⁴⁴ *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 56 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 60, 78.

³⁰⁴⁵ Pour l'état des ratifications, voir : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> [31.10.2021]. La Convention d'Istanbul peut remplir différents rôles : d'abord, en vertu de l'article 31 par. 3 let. c CVDT, la CEDH doit être interprétée en tenant compte des règles pertinentes de droit international applicables aux parties (voir, dans un autre contexte, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, § 111). Ensuite, elle peut indiquer l'existence d'un consensus entre les États membres permettant une interprétation dynamique de la Convention. Enfin, même pour les États n'ayant ni ratifié ni signé la Convention d'Istanbul, celle-ci fait partie des instruments de *soft law* pertinents et peut, à ce titre, être pertinente pour une interprétation dynamique de la Convention (voir en particulier l'affaire *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, not. §§ 51–60 ; *idem*, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE, DEDOV, § 4). Pour une analyse des différentes manières dont la Cour se réfère au droit international, voir RACHOVITSA, pp. 863–885. Pour une analyse du rôle de la Convention d'Istanbul dans la jurisprudence relative aux violences domestiques de la Cour, voir DE VIDO, *States' Positive Obligations*, pp. 6–11 ; DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 57–66.

³⁰⁴⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, § 155.

³⁰⁴⁷ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 81, 85 ; voir déjà *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 47 (le problème principal dans cette affaire était l'interprétation restrictive du droit interne par les autorités).

³⁰⁴⁸ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 47 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 81.

³⁰⁴⁹ Pour le principe, voir *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 50 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 78. Pour deux exemples d'amendes insuffisantes, toutefois en raison de son application plutôt que du cadre légal lui-même, voir *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 169 ainsi que *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 53.

³⁰⁵⁰ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/1, 28 mai 2013, § 57 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 48 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 79.

³⁰⁵¹ *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 166 ; voir aussi *M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011, § 111 ; *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, § 59 ; *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, § 52 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, § 56. À ce propos, voir aussi *supra*, n° 287.

vaut également pour des violences sexuelles commises dans le cadre conjugal³⁰⁵². Cette jurisprudence trouve son origine dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie* concernant une mineure de quatorze ans alléguant avoir été violée à deux reprises³⁰⁵³. Les autorités avaient adopté une définition trop étroite du viol et l'enquête s'était par conséquent limitée à l'absence de résistance physique de la part de la victime, sans examiner la question du consentement³⁰⁵⁴. Dans son analyse, la Cour avait insisté sur la « vulnérabilité particulière des adolescents », due notamment aux « facteurs psychologiques propres aux cas de viol de mineurs »³⁰⁵⁵, en particulier l'absence fréquente de résistance physique « pour un certain nombre de raisons d'ordre psychologique ou par peur de la violence de l'auteur de l'acte »³⁰⁵⁶. Dans des affaires subséquentes, la Cour a soulevé, outre la vulnérabilité particulière des enfants³⁰⁵⁷, celle des personnes en situation de handicap mental³⁰⁵⁸, un élément dont les autorités doivent notamment tenir compte lorsqu'elles apprécient les preuves pour déterminer si l'acte sexuel a été ou non consenti, sous peine de manquer à leurs obligations d'enquête³⁰⁵⁹.

³⁰⁵² MCGLYNN, *Rape*, p. 570 ; SJÖHOLM, p. 243. En 1995 déjà, la Cour a jugé que l'abolition de l'immunité maritale dans le contexte du viol n'était pas arbitraire et était conforme à l'article 7 CEDH (*C.R. c. Royaume-Uni*, requête n° 20190/92, 22 novembre 1995, § 42 ; *S.W. c. Royaume-Uni*, requête n° 20166/92, 22 novembre 1995, § 44) ; voir aussi, plus récemment, *Rohlena c. République tchèque* [GC], requête n° 59552/08, 27 janvier 2015.

³⁰⁵³ L'âge du consentement en droit bulgare était de seize ans à l'époque des faits, puis de quatorze ans.

³⁰⁵⁴ *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 180–182.

³⁰⁵⁵ *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 164 ; voir aussi *M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011, § 119 ; *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012, § 81 ; *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, § 73.

³⁰⁵⁶ *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 164. Précisons que cet élément, repris par la Cour, avait été soulevé par la tierce intervenante, l'organisation non gouvernementale *Interights* (*idem*, § 126).

³⁰⁵⁷ *M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011, § 119 ; *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012, §§ 71, 74, 81 ; *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, §§ 51, 54–56 ; *Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020, §§ 67–70.

³⁰⁵⁸ *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, § 56 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, § 60.

³⁰⁵⁹ *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, §§ 51, 55–56 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, §§ 59–60.

L'affaire *M.C. c. Bulgarie* montre comment la vulnérabilité peut servir de « catalyseur », amenant la Cour à adopter une position sans équivoque³⁰⁶⁰. En effet, la conclusion de la Cour – à savoir que les États ont l'obligation positive de réprimer pénalement tout acte sexuel non consenti³⁰⁶¹ – vaut d'une manière générale, indépendamment de la position particulièrement vulnérable ou non de la victime³⁰⁶². De plus, la jurisprudence précise que le droit interne doit être interprété de sorte que l'infraction du viol englobe tout acte sexuel non consenti³⁰⁶³ et que la question du consentement doit être au cœur de toute enquête³⁰⁶⁴. À l'heure actuelle, diverses législations européennes, dont celle de la Suisse³⁰⁶⁵, exigent encore un élément de contrainte physique ou psychologique dans leurs définitions du viol et des abus sexuels³⁰⁶⁶, ce qui pose

³⁰⁶⁰ La vulnérabilité a également permis à la Cour de considérer que des affaires d'une moindre gravité tombant sous le coup de l'article 8 CEDH nécessitent une réponse par le droit pénal. Pour un exemple parlant, voir *K.U. c. Finlande*, requête n° 2872/02, 2 décembre 2008, § 43. Dans cette affaire, qui portait sur la pornographie enfantine sur internet, la Cour a estimé que, malgré le caractère relativement peu grave de l'atteinte dans le cas d'espèce – quelqu'un avait placé une annonce à caractère sexuel sur internet avec les données de contact réelles d'un garçon de douze ans, mais rien ne lui était arrivé – l'importance de protéger les enfants, vulnérables, exigeait une législation efficace capable d'identifier l'auteure de l'annonce et donc, en l'occurrence, une législation pénale (*idem*, §§ 41–50). Pour une analyse plus approfondie, voir ZIMMERMANN, *Legislating*, pp. 556–557.

³⁰⁶¹ La Cour a en revanche refusé de considérer contraire aux exigences de la Convention une disposition pénale stipulant que seules les femmes pouvaient être victimes de viol, dans la mesure où le requérant avait pu être protégé par d'autres dispositions pénales (*C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012, § 76). Précisons toutefois que la législation litigieuse avait déjà été modifiée au moment où la Cour a rendu son arrêt.

³⁰⁶² SCHABAS, p. 192 ; SCHEIDEGGER, nos 186–198 ; SJÖHOLM, p. 247 ; SUDRE, *Droit international et européen* (2019), n° 314.

³⁰⁶³ *Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020, § 75 ; voir déjà *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 171, toutefois moins explicite à propos de la question de savoir si de tels actes doivent être constitutifs de viol ou pourraient être regroupés sous d'autres infractions, comme l'abus sexuel. Sur ce point, le droit international est en train d'évoluer vers une obligation de criminalisation plus stricte (voir aussi SCHEIDEGGER, nos 197, 219–222).

³⁰⁶⁴ *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, § 72 ; *Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020, § 75.

³⁰⁶⁵ Art. 189 CP (contrainte sexuelle) et 190 CP (viol) ; voir ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, pp. 394–400 ; SCHEIDEGGER, nos 312–235 ainsi que nos 397–402 pour une proposition d'interprétation alternative ; TRECHSEL/BERTOSSA, nos 3, 6 ; pour un exemple jurisprudentiel, voir ATF 131 IV 167, consid. 3 et 3.1. Interpellé par une parlementaire, le Conseil fédéral a jugé qu'il n'était pas nécessaire de modifier le Code pénal pour remplacer l'élément de contrainte par celui de l'absence de consentement (CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse à l'interpellation n° 18.3889). En 2019, Amnesty International a lancé une pétition exigeant la révision du droit pénal suisse, soutenue par le Comité national d'expertise sur la violence sexuelle à l'égard des femmes (voir <http://stiftung-gegen-gewalt.ch/wsp/de/medien/archiv-medienmitteilungen/medienmitteilung-05.09.2019-1/> [31.10.2021]) et par un appel conjoint de 22 professeurs de droit pénal (*Tages-Anzeiger* du 3 juin 2019, *Übergriffe angemessen bestrafen*).

³⁰⁶⁶ En 2018, Amnesty International a publié un rapport comparatif, concluant que seulement huit États européens sur les trente-et-un États analysés connaissaient une législation sur le viol basée sur l'absence de consentement (voir <https://www.amnesty.org/download/Documents/EURO194522018ENGLISH.PDF> [31 octobre 2021]).

des problèmes de conformité avec la jurisprudence de la Cour³⁰⁶⁷ et la Convention d'Istanbul³⁰⁶⁸.

869

Quelques exceptions notables mises à part, la Cour n'a pas souvent conclu à un manquement de l'obligation positive de criminaliser des violences sexuelles³⁰⁶⁹ ou violences domestiques³⁰⁷⁰. En effet, le problème réside généralement dans le manque d'application effective du droit interne³⁰⁷¹. Fait exception la Russie qui, malgré les exhortations de plusieurs instances onusiennes³⁰⁷², a décriminalisé les violences conjugales³⁰⁷³. Ainsi, à l'exception d'une brève période entre deux modifications législatives, le droit russe ne fait aucune distinction entre violences commises dans la famille ou en dehors de ce cadre et ne criminalise des coups que lorsqu'ils aboutissent à des lésions corporelles ou sont réitérés dans l'espace d'une année au maximum et ont au préalable fait l'objet d'une procédure administrative³⁰⁷⁴. En d'autres termes, la législation russe connaît un seuil de gravité en dessous duquel aucune poursuite pénale ne peut avoir lieu³⁰⁷⁵. Ces éléments amènent la Cour à conclure que le

³⁰⁶⁷ SCHEIDEGGER n^{os} 186–198 ; SJÖHOLM, pp. 230–231. La question de la conformité avec la CEDH dépend toutefois non seulement du cadre légal, mais encore de son interprétation par les autorités internes (voir *infra*, note 3069 et les réf. cit.).

³⁰⁶⁸ SCHEIDEGGER, n^{os} 209–222 ; voir en particulier l'article 36 de la Convention d'Istanbul ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, §§ 189–194.

³⁰⁶⁹ Pour quelques affaires-clés dans lesquelles la Cour a constaté une violation de l'obligation positive de criminaliser les violences sexuelles, voir *X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n^o 8978/80, 26 mars 1985 ; *M.C. c. Bulgarie*, requête n^o 39272/98, 4 décembre 2003 ; *Söderman c. Suède* [GC], requête n^o 5786/08, 12 novembre 2013. Pour une discussion, voir SJÖHOLM, pp. 241–281 ; STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 110–111. Or, dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie*, la Cour a conclu à un manquement en raison du concours entre le cadre législatif et son application restrictive par les autorités internes (*M.C. c. Bulgarie*, requête n^o 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 170–174, 179 ; voir aussi SJÖHOLM, p. 243). Dans cette affaire, elle a également indiqué que l'État peut respecter ses obligations positives de criminalisation à travers l'interprétation, en pratique, d'exigences légales comme la « contrainte » ou la « coercition » comme couvrant toutes les formes d'absence de consentement (*M.C. c. Bulgarie*, requête n^o 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 154–166).

³⁰⁷⁰ Ainsi, dans les affaires citées *supra*, notes 3042 et 3043, la Cour a jugé que le cadre juridique était en soi compatible avec la Convention, la violation découlant de son application insuffisante par les autorités ; voir aussi *Tkheldize c. Géorgie*, requête n^o 33056/17, 8 juillet 2021, § 52.

³⁰⁷¹ Voir *supra*, notes 3042 et 3043, et les réf. cit. Précisons que nous distinguons entre la criminalisation au sens strict et la question de savoir si la poursuite a lieu d'office ou sur plainte (voir *infra*, n^{os} 871–877).

³⁰⁷² Voir en particulier CDESC, Observations finales relatives au 5^e rapport périodique de la Fédération de Russie, 1^{er} juin 2011 (E/C.12/RUS/CO/5), § 22 ainsi que Comité CEDEF, Observations finales concernant le 8^e rapport périodique de la Fédération de Russie, 20 novembre 2015 (CEDAW/C/RUS/CO/8), §§ 21–22 (pour plus de détails et d'autres références, voir *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 61–64).

³⁰⁷³ *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 46–50, 128–131.

³⁰⁷⁴ *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 46–50, 80–81, 128–131.

³⁰⁷⁵ *Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019, § 81 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n^o 65557/14, 16 juin 2020, § 32 ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n^o 1609/13, 6 juillet 2021, § 43. Une restriction similaire a déjà été jugée problématique dans l'arrêt *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n^o 26608/11, 28 janvier 2014, § 47.

cadre législatif russe n'est pas conforme à la Convention³⁰⁷⁶, distinguant cette affaire des précédentes à l'égard d'autres États³⁰⁷⁷.

Enfin, précisons que la tendance à la criminalisation, pourtant instrument utile dans la lutte contre les violences domestiques, n'est pas sans poser problème. Certaines auteures mettent en garde devant une criminalisation excessive, rappelant que le recours au droit pénal n'est pas toujours la solution adéquate³⁰⁷⁸, et peut créer d'autres problèmes, comme des interventions policières sélectives motivées par des considérations discriminatoires³⁰⁷⁹.

2) La poursuite d'office ou sur plainte

La criminalisation des violences domestiques soulève également la question du degré d'implication des victimes dans leur poursuite. Deux questions se posent en particulier : les violences domestiques doivent-elles être poursuivies d'office ou une poursuite sur plainte suffit-elle³⁰⁸⁰ ? Et : en cas de retrait de la plainte par la victime, l'État doit-il être en mesure de maintenir les poursuites ?

Dans l'arrêt *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, la requérante a argumenté que tous les actes de violence domestique devaient être soumis à des poursuites publiques,

³⁰⁷⁶ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 81 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, § 32 ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n° 1609/13, 6 juillet 2021, § 43 ; voir aussi *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 55.

³⁰⁷⁷ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 128 ; voir aussi les références citées *supra*, notes 3042 et 3043.

³⁰⁷⁸ Dans cette optique, le fait d'accorder une importance excessive à la criminalisation comme remède aux violences domestiques peut obscurcir la nécessité d'une réponse plus holistique, traitant du phénomène des violences domestiques dans sa globalité et s'attaquant aux causes structurelles sous-jacentes (GOODMARK, p. 22 ; LAVRYSEN, *Positive State*, p. 125 ; voir aussi, dans le contexte de la traite des êtres humains, STOYANOVA, *Human trafficking*, p. 370). La tendance à la criminalisation soulève également la question du rôle des droits humains : « bouclier » ou « épée » ? (voir en particulier TULKENS, *Paradoxical Relationship*, pp. 577–595). Pour des alternatives à la criminalisation dans le domaine des violences domestiques, voir GOODMARK, pp. 123–155.

³⁰⁷⁹ Pour une analyse dans le contexte états-unien, voir BUZAWA/BUZAWA, pp. 81–84 ; GOODMARK, pp. 21–22, 119 ; voir aussi GOODMARK, pp. 16–32, pour une critique plus générale de la criminalisation des violences domestiques. Un autre élément qui a été critiqué est le calque des critères de preuve issus du droit pénal dans les droits humains (voir p. ex. MAVRONICOLA, p. 1037). Pour une critique, libérale cette fois-ci, de la prééminence du droit pénal comme instrument de lutte contre les inégalités entre les genres, voir *J.L. c. Italie*, requête n° 5671/16, 27 mai 2021, op. diss. WOJTYCZEK, § 7.

³⁰⁸⁰ Par ailleurs, plusieurs États connaissent un système de poursuites privées pour des violences domestiques, non seulement initiées par une plainte formelle de la victime, mais encore où la victime supporte le fardeau d'allégation, de motivation et de preuve (voir not. *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, §§ 81–83 ; *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, §§ 48–50 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 46).

et non pas privées³⁰⁸¹. La Cour refuse de la suivre. Au contraire, et « sans perdre de vue la vulnérabilité des victimes dans de nombreux cas de violence domestique », elle estime qu'il n'est pas forcément incompatible avec la Convention de prévoir un régime où la victime doit engager des poursuites privées pour certaines infractions de moindre gravité³⁰⁸². Cependant, la Cour précise qu'en l'occurrence, le régime mis en place n'était pas suffisant dans la mesure où il ne permettait pas la mise en œuvre de mesures de police ou administratives telles qu'une interdiction de périmètre ou de contact³⁰⁸³.

873 L'affaire *Opuz c. Turquie* soulève la question du maintien des poursuites en cas de retrait des plaintes par les victimes³⁰⁸⁴. Malgré les violences régulières et sévères que la requérante et sa mère subissaient de la part du mari de la première, le droit interne en vigueur à l'époque ne permettait une poursuite d'office – et un maintien en cas de retrait de la plainte – que pour des violences résultant en au moins dix jours d'incapacité de travail³⁰⁸⁵. Par conséquent, des poursuites pour menaces de mort, violences et tentative d'homicide furent abandonnées à la suite du retrait de plainte par les victimes³⁰⁸⁶. Dans son arrêt, la Cour constate que, à défaut d'un véritable consensus européen, on observe une tendance à maintenir l'action publique lorsque l'infraction est grave et que le risque de récidive est élevé³⁰⁸⁷. Elle s'inspire par ailleurs d'une recommandation du Comité des ministres qui incite les États à « considérer la violence à l'égard des femmes et des enfants comme un facteur aggravant ou décisif lorsqu'il décide de l'éventualité d'engager les poursuites dans l'intérêt public »³⁰⁸⁸. Elle en conclut que le droit turc en vigueur à l'époque, ne permettant pas le maintien des poursuites, n'était pas conforme à la

³⁰⁸¹ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 82 ; voir aussi *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, § 50.

³⁰⁸² *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 82 (notre traduction).

³⁰⁸³ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 83.

³⁰⁸⁴ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009.

³⁰⁸⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 123, 140, 145.

³⁰⁸⁶ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 169. En revanche, les poursuites pour agressions commises à l'aide d'un véhicule et à coups de couteau furent maintenues et donnèrent lieu à une condamnation, la peine prononcée étant toutefois légère.

³⁰⁸⁷ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 138–139. Voir également *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 54. L'arrêt *Opuz c. Turquie* établit une série de critères pertinents, à savoir notamment : la gravité de l'infraction ; la nature des sévices ; l'éventuel emploi d'une arme ; d'éventuelles menaces ; le caractère prémédité ou non de l'infraction ; les effets potentiels, y compris psychologiques, sur les enfants de la famille ; les risques de récidive et la persistance du danger pesant sur la victime ; l'état actuel des rapports entre la victime et son agresseuse ; les éventuels antécédents de l'agresseuse (*Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 138).

³⁰⁸⁸ COMITÉ DES MINISTRES, Rec(2002)5, § 40 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 81.

Convention³⁰⁸⁹. Si la Cour considère sous l'article 3 de la Convention que « la législation applicable aurait dû » permettre au ministère public de maintenir son instruction³⁰⁹⁰, sous l'article 2 CEDH, elle se borne à constater que « le cadre législatif constituait *un obstacle* à la protection effective des victimes de violences domestiques », avant d'examiner si les autorités ont fait preuve de la diligence requise pour protéger le droit à la vie « par d'autres voies »³⁰⁹¹. Cette formulation illustre la réticence de la Cour à conclure que le cadre légal lui-même n'est pas conforme aux exigences de la Convention, dans la mesure où une violation de la Convention découle déjà du manquement des autorités à prendre toutes les mesures qui s'imposaient en l'espèce³⁰⁹².

Quelques années plus tard, l'arrêt *Valiulienė c. Lituanie* reprend des éléments des deux affaires précitées. Dans cet arrêt, la Cour juge que le droit lituanien est conforme à la Convention, même si les violences domestiques entraînant des lésions corporelles légères ne sont poursuivies que sur plainte, faisant assumer à la victime le rôle d'accusatrice privé³⁰⁹³. Ce raisonnement surprend au vu de la suite l'arrêt, dans laquelle la Cour désavoue la position de l'État défendeur qui considérait que les violences subies par la requérante étaient « anodines », plaidant pour l'application de l'article 8 en lieu et place de l'article 3 de la Convention³⁰⁹⁴. La Cour souligne toutefois que le droit lituanien laisse au ministère public une certaine marge de manœuvre pour ouvrir ou maintenir une poursuite publique dans l'intérêt général ou si « la victime n'[était] pas en mesure de protéger ses intérêts »³⁰⁹⁵. Cette formulation est intéressante, puisqu'elle suit l'adage de la Cour selon lequel une implication active de l'État est particulièrement requise s'agissant de personnes particulièrement vulnérables³⁰⁹⁶. Nous pouvons déduire de cet arrêt – et d'autres qui contiennent

874

³⁰⁸⁹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 168 (article 3 CEDH) ; voir aussi *idem*, § 146 (concernant l'article 2 CEDH).

³⁰⁹⁰ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 168 (article 3 CEDH).

³⁰⁹¹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 146 (nous soulignons).

³⁰⁹² Voir aussi *supra*, n° 869 et les réf. cit.

³⁰⁹³ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 85.

³⁰⁹⁴ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 55, 64–70. Le système des poursuites publiques a déjà été critiqué par le juge SPIELMANN dans *Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009, op. conc. SPIELMANN, §§ 1–5, considérant notamment que les faits en cause – attaques verbales et physiques sur une personne âgée, la faisant tomber dans les escaliers, menaces de mort – ne pouvaient être qualifiés de peu graves et des poursuites privées de suffisantes. Voir également TULKENS, *Paradoxical Relationship*, pp. 586–587 (note 40).

³⁰⁹⁵ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 78.

³⁰⁹⁶ Voir *supra*, notes 3016, 3016 et les réf. cit.

un raisonnement similaire³⁰⁹⁷ – que le point crucial est que le cadre légal permette une telle pesée des intérêts³⁰⁹⁸ ; dans ces cas, la question de savoir si les autorités auraient dû ouvrir une enquête de leur propre chef ou la maintenir malgré le retrait de plainte de la victime, ne tombe plus sous le coup des obligations législatives, mais fait partie des obligations d'enquête ou des obligations de prendre des mesures de prévention et de protection³⁰⁹⁹.

875 Le fait d'exiger des victimes de violences domestiques de porter plainte pose divers problèmes. Celles-ci risquent notamment de se trouver dans une situation délicate vis-à-vis de leurs partenaires intimes qui sont à l'origine des agressions. Comme le décrit très justement le juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans son opinion concordante dans l'affaire *Valiulienė c. Lituanie* précitée :

« dans la plupart des cas, placer la victime de violences domestiques dans une situation dans laquelle elle doit décider elle-même de porter atteinte à la famille ou à la relation intime est insupportable – puisqu'elle n'est évidemment pas dans une position de liberté de choix compte tenu de sa dépendance envers l'auteur des violences – et perpétue la subordination de la victime et donc la violence elle-même »³¹⁰⁰.

876 L'arrêt *Volodina c. Russie* tient compte de ces difficultés, et indique une modification du raisonnement jurisprudentiel suivi dans les affaires *Bevacqua et S. c. Bulgarie* et *Valiulienė c. Lituanie* précitées. Tout en affirmant que les poursuites privées pouvaient constituer une réponse satisfaisante à certaines atteintes à l'intégrité physique, la Cour les a jugées insuffisantes dans le contexte des violences domestiques³¹⁰¹. En effet, elle a considéré qu'un régime de poursuites privées « plaçait un fardeau excessif sur la victime [...], lui demandant de collecter les preuves nécessaires à établir la responsabilité pénale de son agresseur »³¹⁰². Selon la Cour, ceci peut constituer un « défi insurmontable pour une victime qui doit collecter des preuves à elle seule toute en continuant à vivre sous le même toit que son agresseur, étant financièrement

³⁰⁹⁷ *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 54 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 46 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 63 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 87.

³⁰⁹⁸ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 99.

³⁰⁹⁹ Voir *infra*, respectivement nos 891–898 (obligations d'enquête), 900–958 (obligation de prendre des mesures de prévention et de protection).

³¹⁰⁰ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

³¹⁰¹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 82.

³¹⁰² *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 82 (notre traduction).

dépendante de lui, craignant des représailles de sa part »³¹⁰³. Précisons toutefois que, dans l'affaire en question, le problème principal était que le droit interne ne permettait pas aux autorités de maintenir les poursuites du moment que la victime avait retiré sa plainte³¹⁰⁴.

La difficulté pour les victimes de violences domestiques de porter plainte, voire même parfois de simplement dénoncer des violences, a également été reconnue sur les plans international et européen³¹⁰⁵. La Convention d'Istanbul, en particulier, dispose que « les parties veillent à ce que les enquêtes ou les poursuites d'infractions [...] ne dépendent pas entièrement d'une dénonciation ou d'une plainte de la victime [...] et à ce que la procédure puisse se poursuivre même si la victime se rétracte ou retire sa plainte »³¹⁰⁶. Au vu de ces difficultés, on peut se demander si l'importance de la lutte contre les violences domestiques, ainsi que la situation particulièrement vulnérable des victimes, ne commanderait pas dans tous les cas des poursuites publiques, déclenchées sans plainte de la victime³¹⁰⁷. Une telle mesure, tout comme le maintien d'une poursuite en cas de retrait de plainte, n'est pas exempte d'un certain paternalisme : plutôt que de respecter la volonté exprimée par la victime, l'État s'octroie le droit de déterminer le cours d'action qu'il estime être dans l'intérêt de celle-ci³¹⁰⁸. Elle peut par ailleurs créer des effets pervers, comme empêcher une victime de chercher de l'aide, de peur de déclencher une poursuite pénale³¹⁰⁹. Ces difficultés illustrent l'importance de mesures ne relevant pas du

877

³¹⁰³ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 82 (notre traduction).

³¹⁰⁴ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 83–85. À cela s'ajoute la criminalisation insuffisante évoquée *supra*, n° 869.

³¹⁰⁵ Voir en particulier CEDEF, Recommandation générale n° 28, § 34 ; COMITÉ DES MINISTRES, Rec(2002)5, §§ 38 et 39 (voir aussi *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE).

³¹⁰⁶ Art. 55 par. 1 de la Convention d'Istanbul.

³¹⁰⁷ McQUIGG, ECHR and domestic violence, p. 763 ; SJÖHOLM, p. 427. Une telle mesure, tout comme le maintien d'une poursuite en cas de retrait de plainte, n'est pas exempte d'un certain paternalisme : plutôt que de respecter la volonté exprimée par la victime, l'État s'octroie le droit de déterminer le cours d'action qu'il estime être dans l'intérêt de celle-ci (pour une critique, voir BUZAWA/BUZAWA, pp. 81–83 ; GOODMARK, pp. 14, 20, 115). Or, un tel raisonnement est inhérent au fonctionnement du droit pénal même, où les infractions d'une certaine gravité sont, dans l'intérêt public, poursuivies d'office ; ainsi, le régime de poursuites auquel sont soumis les violences domestiques exprime aussi une appréciation de leur gravité par le législateur.

³¹⁰⁸ BUZAWA/BUZAWA, pp. 81–83 ; GOODMARK, pp. 14, 20, 115. Or, un tel raisonnement est inhérent au fonctionnement du droit pénal même, où les infractions d'une certaine gravité sont, dans l'intérêt public, poursuivies d'office ; ainsi, le régime de poursuites auquel sont soumis les violences domestiques exprime aussi une appréciation de leur gravité par le législateur.

³¹⁰⁹ Cela peut être dû au fait qu'elle souhaite éviter une poursuite pénale à sa partenaire, mais également qu'elle craint elle-même une poursuite pénale, par exemple si elle est en situation irrégulière.

droit pénal³¹¹⁰, qu'il s'agisse de mesures de prévention et de sensibilisation ou de mesures de protection et de soutien comme des permanences téléphoniques, maisons d'accueil, et autres mesures d'assistance aux victimes³¹¹¹.

3) La possibilité d'une appréciation globale des faits

⁸⁷⁸ Le cadre légal doit plus généralement permettre aux autorités de procéder à une appréciation globale des faits. À cet égard, l'arrêt *A. c. Croatie* ouvre des perspectives³¹¹². Dans cette affaire, la requérante avait subi des violences physiques et psychiques répétées de la part de son mari. Entre 2004 et 2009, diverses procédures pénales ont été engagées contre le mari de la requérante, chaque incident étant traité de façon séparée par les autorités. Si le problème principal dans cette affaire, à la base du constat de violation de l'article 8 de la Convention, avait trait à la non-exécution des mesures ordonnées par les tribunaux internes³¹¹³, l'arrêt contient également une réflexion quant au cadre légal. En effet, sans aller jusqu'à affirmer que le cadre législatif ne respectait pas les exigences de la Convention, la Cour juge que « le droit à la vie privée et familiale [de la requérante] aurait été mieux satisfait » avec une procédure globale, qui aurait permis aux autorités d'apprécier les faits dans leur ensemble³¹¹⁴.

⁸⁷⁹ Des considérations similaires se trouvent dans d'autres arrêts, dans lesquels la Cour a reproché aux autorités internes d'avoir traité chaque incident violent de manière isolée plutôt que d'apprécier la gravité de la situation prise dans son ensemble³¹¹⁵. Dans cette perspective, il est problématique de subordonner l'ouverture d'une enquête à une exigence de gravité appréciée sans tenir compte du contexte³¹¹⁶. C'est aussi pour cette raison que la Cour a jugé non conforme à

³¹¹⁰ Voir aussi GOODMARK, pp. 17–23, 110–111.

³¹¹¹ Pour un catalogue extensif de mesures, voir en particulier les articles 12 à 26 de la Convention d'Istanbul.

³¹¹² *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010.

³¹¹³ *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, §§ 66, 78–80.

³¹¹⁴ *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 76 (notre traduction) ; voir aussi SOSA, p. 136. Sur l'importance d'une appréciation holistique, voir aussi MEYERSFELD, *Domestic Violence*, pp. 159–160.

³¹¹⁵ *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 74 ; *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/03, 13 octobre 2016, § 71 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 76 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 53.

³¹¹⁶ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 47 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 81 ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n° 1609/13, 6 juillet 2021, § 43.

la Convention une législation nationale dans laquelle les violences physiquement peu graves ne tombaient sous le coup du droit pénal que si une procédure administrative avait déjà eu lieu moins de douze mois auparavant³¹¹⁷. En effet, cette règle ne permet pas de tenir compte de la gravité réelle d'une situation, n'accordant aucun poids légal aux violences préalables n'ayant pas fait l'objet d'une procédure administrative.

Une appréciation globale signifie par ailleurs de tenir compte de violences n'entraînant pas de blessures physiques³¹¹⁸. À cet égard, l'arrêt *Buturugă c. Roumanie* est particulièrement intéressant : la Cour y précise pour la première fois que la cyberviolence entre dans la définition des violences domestiques³¹¹⁹. La requérante se plaignait notamment que son ex-mari avait consulté ses comptes de réseaux sociaux de manière abusive, qu'il avait fait des copies de ses conversations privées et de ses photos³¹²⁰. Les autorités avaient jugé que les allégations de violation du secret de la correspondance étaient sans lien avec la violence physique dénoncée et que celle-ci, se limitant à un seul incident, était peu grave³¹²¹. Critiquant ce raisonnement, l'arrêt de la Cour rappelle que les violences psychologiques, dont fait partie le (cyber-)harcèlement, constituent des violences domestiques au même titre que les actes physiques³¹²². À cet égard, il est à saluer que la Cour ait conclu non seulement à une violation de l'article 8 CEDH, mais aussi une violation de l'article 3 CEDH, soulignant par ce biais la gravité du phénomène des violences domestiques³¹²³. L'arrêt *Volodina c. Russie* (n° 2) a confirmé ces conclusions, toutefois sous l'angle du seul article 8 CEDH³¹²⁴.

880

³¹¹⁷ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 81, 130.

³¹¹⁸ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 47 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 81 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 74–76.

³¹¹⁹ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 67.

³¹²⁰ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 11–13, 77.

³¹²¹ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 68, 75.

³¹²² *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 69, 74. À propos de la notion de cyberviolences, voir *supra*, note 2675.

³¹²³ *Volodina c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 68, 79.

³¹²⁴ *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, §§ 48–68. Précisons toutefois que tant dans l'affaire *Buturugă c. Roumanie* que dans l'arrêt *Volodina c. Russie* (n° 2), la Cour a conclu à une violation conventionnelle en raison d'un manquement aux obligations d'enquête et non pas à cause du cadre légal et réglementaire en tant que tel (*Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 65 ; *Volodina c. Russie* [n° 2], requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 55).

881 Nous constatons ainsi que le cadre juridique doit, dans une certaine mesure, permettre aux autorités d'apprécier les violences de manière holistique, en tenant compte de leur contexte. Cela signifie aussi tenir compte de la situation vulnérable des victimes de violences domestiques³¹²⁵ et du caractère cyclique de ces violences³¹²⁶, et prendre ainsi des mesures afin de protéger la requérante contre des violences futures³¹²⁷. Cette obligation s'inscrit toutefois dans les obligations d'enquête et l'obligation de prendre des mesures opérationnelles de protection et de prévention³¹²⁸.

4) La prise de mesures concrètes

882 Au-delà des éléments que nous venons d'exposer, la Cour a été plutôt réticente à donner d'autres indications précises relatives au cadre légal. Néanmoins, nous pouvons déduire de la jurisprudence que celui-ci doit permettre aux autorités de prendre des mesures de prévention et de protection rapides et efficaces³¹²⁹. Plus spécifiquement, « la panoplie des mesures juridiques et opérationnelles disponibles doit offrir aux autorités concernées un éventail suffisant de possibilités qui soient adéquates et proportionnées au regard du niveau de risque (mortel) qui a été évalué »³¹³⁰. Parmi les mesures que la Cour a évoquées figurent les interdictions de domicile et la possibilité d'évincer du domicile familial les personnes auteures de violences, les interdictions de périmètre, ou encore les sanctions pour le non-respect de décisions judiciaires³¹³¹. La Cour a reconnu l'importance des programmes de protection permettant aux victimes de violences domestiques de rester en sécurité dans leur logement, en jugeant discriminatoire une réduction des allocations de loyer au motif que

³¹²⁵ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 95 ; *Halime Kiliç*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 115 ; à propos de la vulnérabilité en lien avec les violences domestiques, voir *supra*, n°s 773–844.

³¹²⁶ À propos du cycle de violences, voir *supra*, n° 806.

³¹²⁷ *Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/03, 13 octobre 2016, § 71 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122.

³¹²⁸ Voir *infra*, respectivement n°s 891–898 (obligations d'enquête), 900–958 (obligation de prendre des mesures de prévention et de protection).

³¹²⁹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 333401/02, 9 juin 2009, § 150.

³¹³⁰ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 175.

³¹³¹ Dans les affaires suivantes, la Cour a estimé que le cadre juridique était conforme à la Convention : *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 57 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 50 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 48 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 44. À l'inverse, dans l'affaire suivante, le cadre juridique n'était pas jugé conforme à la Convention, entre autres en raison de l'absence de telles mesures : *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 89, 128, 132.

l'appartement était trop grand par rapport au nombre de personnes qui y vivaient après l'éviction du foyer conjugal du mari violent³¹³².

Par ailleurs, le cadre légal doit habiliter les autorités à prendre des mesures préventives ou protectrices, même en l'absence d'une plainte formelle de la part de la victime³¹³³. Si cela n'est possible qu'en cas de poursuite publique et qu'une telle poursuite ne peut être engagée en vertu du droit national, celui-ci n'est en principe pas conforme à la Convention³¹³⁴. Une certaine prudence est toutefois de mise. La Cour a ainsi jugé conforme à la Convention le droit autrichien qui habitait certes la police à prononcer une interdiction de domicile, mais ne connaissait pas d'interdiction de périmètre sans que la victime sollicite une ordonnance temporaire auprès d'un tribunal³¹³⁵. À notre sens, une telle restriction limite indûment la possibilité des autorités de prendre les mesures opérationnelles préventives qui s'imposent au terme d'une évaluation diligente des risques. Ce fut peut-être également l'opinion des autorités nationales : le droit national a, en effet, été amendé à la suite de l'issue tragique de cette affaire – le décès du fils de la requérante³¹³⁶.

883

Dans son opinion concordante relative à l'arrêt *Volodina c. Russie* précité, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a par ailleurs identifié les obligations législatives suivantes : un mécanisme d'urgence permettant une réaction rapide de la part des autorités ; la possibilité, si nécessaire, de procéder à une détention préventive et l'obligation de prévoir un cadre pour former des juges, procureurs ainsi que le personnel de la police³¹³⁷. Ces trois aspects se retrouvent, à des degrés divers, dans la jurisprudence (mais généralement pas en lien avec le cadre légal) et le droit international, en particulier la Convention

884

³¹³² *J.D. et A. c. Royaume-Uni*, requêtes nos 32949/17 et 34614/17, 24 octobre 2019, § 105.

³¹³³ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, §§ 83–84.

³¹³⁴ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, §§ 83–84.

³¹³⁵ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, §§ 77–79. La Grande Chambre, quant à elle, se concentre sur l'analyse des mesures prises par les autorités, qu'elle juge suffisantes (*Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 177–189, spéc. §§ 179, 184).

³¹³⁶ La Chambre a toutefois estimé que cette évolution ne pouvait pas être interprétée comme la reconnaissance d'une carence antérieure (*Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 78 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 14, 34).

³¹³⁷ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, op. diss. PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 16–18, 20. Le juge identifie un total de six obligations positives législatives, comprenant également l'obligation d'ériger les violences domestiques en infraction pénale indépendante ; l'obligation de considérer les violences domestiques comme la forme la plus sérieuse de l'agression ; l'obligation de prévoir une poursuite publique même en l'absence de dénonciation formelle ou de plainte, ou de retrait de cette dernière (§§ 13–15, 20).

d'Istanbul. La question des mesures urgentes revient régulièrement dans la jurisprudence, mais est généralement analysée non pas dans le cadre des obligations positives législatives, mais dans le cadre des obligations d'enquête³¹³⁸. La Cour a également évoqué la question d'une détention provisoire dans les cas extrêmes dans d'autres affaires³¹³⁹. Si une telle mesure peut constituer une protection efficace dans certains cas, elle constitue une mesure d'*ultima ratio* et exige dans tous les cas une appréciation circonstanciée du risque posé par l'auteure des agressions³¹⁴⁰. Enfin, plusieurs arrêts rendus en 2021 soulignent la nécessité de former et sensibiliser les autorités³¹⁴¹.

885

Des obligations de sensibilisation et de formation découlent notamment de la Convention d'Istanbul³¹⁴² ; elles figurent également dans des documents de *soft law*³¹⁴³. Elles constituent une proposition intéressante dans la mesure où elles dépassent le cadre du droit pénal, dont nous avons déjà évoqué les limites³¹⁴⁴. Instrument holistique et complet, la Convention d'Istanbul prévoit diverses obligations de mise en œuvre qui ne découlent pas du droit pénal. Elle prévoit par exemple, à certaines conditions, l'octroi d'un permis de séjour aux victimes de violences domestiques dont le statut de séjour dépend de leur conjointe ou partenaire³¹⁴⁵, une mesure qui permet de contrebalancer, jusqu'à un certain point, la vulnérabilité accrue des personnes migrantes³¹⁴⁶. Par ailleurs, la Convention d'Istanbul oblige également les États à offrir une protection suffisante contre le risque d'expulsion ou de renvoi de personnes dénonçant des violences domestiques et qui dépendent de leur conjointe pour leur droit de séjour³¹⁴⁷ et à tenir compte des violences domestiques dans l'examen d'une

³¹³⁸ Voir en particulier *Opuz c. Turquie*, requête n° 333401/02, 9 juin 2009, § 150 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 96 (voir par ailleurs *idem*, § 91, pour les mesures opérationnelles prises par les autorités).

³¹³⁹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 333401/02, 9 juin 2009, §§ 147, 166.

³¹⁴⁰ COUR EDH, Guide sur l'article 5, §§ 83–84 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 182–190.

³¹⁴¹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 172 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 60.

³¹⁴² Voir en particulier les articles 4, 11–17 et 19 de la Convention d'Istanbul ; voir aussi DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 57–74 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 62–63.

³¹⁴³ Voir en particulier COMMISSION POUR L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES DU CONSEIL DE L'EUROPE, pp. 38–44, à propos des questions de formation et de sensibilisation.

³¹⁴⁴ Voir *supra*, n° 870.

³¹⁴⁵ Art. 59 de la Convention d'Istanbul ; en droit suisse, voir l'article 50 LEI, dont les conditions restrictives ne respectent toutefois pas les exigences de la Convention d'Istanbul (voir CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, § 304).

³¹⁴⁶ Voir aussi MEYERSFELD, *Domestic Violence*, p. 160.

³¹⁴⁷ Voir en particulier l'article 59 par. 1–3 de la Convention d'Istanbul ; voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, §§ 301–309.

demande d’asile ou dans l’analyse du principe de non-refoulement³¹⁴⁸. Ce dernier point est également pertinent pour la jurisprudence de la Cour : en effet, des auteures ont critiqué l’attitude ambivalente de la Cour, hésitante à conclure à un risque de violation de l’article 3 CEDH dans les cas de personnes risquant de subir des violences domestiques dans leur pays d’origine³¹⁴⁹.

Plusieurs arrêts récents, et l’affaire *Kurt c. Autriche* en particulier, témoignent de la volonté de la Cour de s’inspirer de la Convention d’Istanbul³¹⁵⁰. La Cour pourrait s’en inspirer davantage, notamment en considérant que les États ont une obligation positive de prendre des mesures contre la discrimination structurelle³¹⁵¹. Si le choix des mesures de sensibilisation ou de prévention relève de la marge d’appréciation des États membres, tout particulièrement lorsque ceux-ci n’ont pas ratifié la Convention d’Istanbul³¹⁵², le manquement à de telles obligations pourrait par exemple influencer sur le fardeau de la preuve en cas de discrimination indirecte³¹⁵³.

886

5) Appréciation

L’obligation positive de mettre en place un cadre juridique et administratif visant à prévenir, punir et remédier aux atteintes à la vie et à l’intégrité physique et psychique comporte plusieurs aspects. L’obligation législative par excellence est d’ériger en infraction pénale les atteintes intentionnelles à la vie et les atteintes intentionnelles à l’intégrité physique et psychique d’une certaine gravité. Nous avons vu que toutes les violences domestiques doivent être considérées comme étant d’une gravité suffisante pour tomber sous le coup du droit pénal. Un deuxième aspect, à savoir la question de la poursuite d’office ou

887

³¹⁴⁸ Voir en particulier les articles 60 et 61 de la Convention d’Istanbul ; voir aussi CONSEIL DE L’EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d’Istanbul, §§ 310–322.

³¹⁴⁹ ESTRADA-TANCK, pp. 142, 247 ; WESSELS, pp. 336–358. Une des principales critiques est le fait que la Cour conclut généralement à l’inexistence d’un risque réel lorsque la requérante dispose, dans le pays de destination, d’un « réseau masculin de protection » (« male protection network »), généralement des membres de la famille masculins (PERONI, *Women asylum seekers*, pp. 363–366 ; WESSELS, pp. 344–345). La critique vise non seulement l’absence d’examen individualisé permettant de déterminer si ces personnes sont effectivement aptes à offrir une telle protection, mais aussi le concept en lui-même, qui tend à reproduire des structures patriarcales souvent à l’origine même des violences (PERONI, *Women asylum seekers*, pp. 363–366 ; SPIJKERBOER, p. 227 ; WESSELS, pp. 344–345).

³¹⁵⁰ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 75–90, 172, 175, 180–182, 197.

³¹⁵¹ BUSCEMI, pp. 21–23 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 62–63.

³¹⁵² PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 62–63. Sur l’impact de la ratification de la Convention d’Istanbul sur l’interprétation de la CEDH par la Cour, voir DE VIDO, *States’ Positive Obligations*, pp. 9–11 ; DE VIDO, *Talpis*, pp. 13–15.

³¹⁵³ Pour une proposition en ce sens, voir *infra*, n° 991.

sur plainte, est étroitement lié à la criminalisation. À cet égard, la jurisprudence a établi que le cadre légal doit permettre aux autorités d'application du droit d'initier des poursuites de leur propre chef ou de les maintenir malgré un retrait de la plainte par la victime. Cette possibilité s'impose au vu de la situation particulièrement vulnérable des victimes de violences domestiques.

888 Au-delà de la criminalisation et des poursuites, la jurisprudence fait état de quelques exigences supplémentaires relatives au cadre légal. Celui-ci doit notamment permettre aux autorités de procéder à un examen global des faits, tenant compte de la gravité de violences répétées s'inscrivant souvent dans la durée. Enfin, il est essentiel de prévoir un éventail de mesures, judiciaires – comme des ordonnances de protection ou des interdictions de domicile – et opérationnelles – par exemple la création de maisons d'accueil – qui permettent une protection concrète et effective des victimes de violences domestiques. La Cour pourrait davantage concrétiser ces obligations, s'inspirant notamment des mesures préconisées par la Convention d'Istanbul³¹⁵⁴. Cela permettrait également d'éviter d'accorder trop d'importance à l'appareil répressif, qui n'est pas sans poser problème³¹⁵⁵.

889 Cependant, les affaires dans lesquelles la Cour a conclu à une violation de la Convention en raison du seul cadre juridique sont rares. D'une part, il ne faut pas oublier que la Cour n'examine pas un cadre juridique dans l'abstrait, mais en tenant compte de la manière dont il a affecté les droits des requérantes dans le cas d'espèce³¹⁵⁶. Ainsi, même si le droit interne pose des « obstacles » à une protection effective des droits conventionnels³¹⁵⁷, une attitude proactive des autorités peut généralement remédier à cet obstacle³¹⁵⁸. D'autre part, dans la grande majorité des affaires que nous avons examinées, la Cour a constaté que les cadres légaux permettent la mise en œuvre de nombreuses mesures, mais qu'elles ne sont pas suffisamment utilisées.

890 Dans cette section, nous avons dessiné plusieurs pistes pour renforcer les obligations positives législatives. En effet, loin de contrevenir au principe de subsidiarité, le fait de définir des obligations positives législatives plus précises

³¹⁵⁴ DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 57–74 ; PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 62–63.

³¹⁵⁵ Voir *supra*, note 3079 et les réf. cit. ; voir également BUSCEMI, pp. 21–23.

³¹⁵⁶ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 77.

³¹⁵⁷ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 146.

³¹⁵⁸ Néanmoins, l'obligation de mettre en place un cadre légal constitue bel et bien une obligation positive indépendante (voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, p. 117).

est au contraire plus en accord avec un respect « véritable »³¹⁵⁹ de celui-ci³¹⁶⁰. Il ne se résume en effet pas à imposer une certaine retenue à la Cour, mais opère un véritable partage des rôles entre les États – qui détiennent la responsabilité primaire pour la protection des droits humains – et la Cour, dont le rôle est d’effectuer une supervision et un guidage efficaces et d’assurer l’effectivité des droits conventionnels³¹⁶¹. Les obligations législatives, puisqu’elles visent à améliorer et rendre effectif le système interne de protection des droits humains, constituent un outil de choix pour réaliser cette supervision européenne³¹⁶².

B. L’obligation positive de mener une enquête

La deuxième obligation positive de l’État est de mener une enquête prompte et effective lorsqu’il est confronté à des allégations crédibles de violences³¹⁶³. Il s’agit d’une obligation procédurale par excellence, qui exige l’aménagement de procédures internes adéquates pour fournir des remèdes appropriés aux atteintes aux droits conventionnels³¹⁶⁴. En effet, les obligations procédurales visent à concrétiser et à mettre en œuvre les droits substantiels et à en garantir l’effectivité³¹⁶⁵. Initialement développée dans le cadre des articles 2 et 3 de la Convention, l’obligation de mener une enquête effective s’étend également à son article 8 pour ce qui est des violences domestiques³¹⁶⁶. Elle revêt une importance particulière dans ce contexte, puisqu’elle remplit non seulement une

891

³¹⁵⁹ LAVRYSEN, Legal Framework, pp. 127, 129 (notre traduction).

³¹⁶⁰ LAVRYSEN, Legal Framework, pp. 127–129.

³¹⁶¹ AUDOUY, nos 770–774 ; BREMS, Subsidiarity, pp. 215–226 ; CHRISTOFFERSEN, pp. 356–357 ; SERGHIDES, p. 8.

³¹⁶² Voir aussi LAVRYSEN, Legal Framework, pp. 127–129.

³¹⁶³ *M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015, § 136 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 57 ; *D.M.D. c. Roumanie*, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017, § 51 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 77 ; SOSA, p. 143 ; STOYANOVA, Due diligence, pp. 112–116. L’élément déclencheur varie quelque peu selon l’article conventionnel en jeu : des indices d’une atteinte à l’article 2 CEDH et une allégation crédible d’atteinte ou une suspicion raisonnable d’atteintes aux articles 3 ou 8 CEDH (STOYANOVA, Due diligence, pp. 112–113 et les réf. cit.).

³¹⁶⁴ AKANDJI-KOMBE, p. 16.

³¹⁶⁵ BREMS, Procedural Protection, p. 147 ; DUBOUT, Procéduralisation, pp. 403–413 ; LAVRYSEN, Positive State, p. 52.

³¹⁶⁶ BREMS, Procedural Protection, p. 144 ; LAVRYSEN, Positive State, p. 64 ; SCHABAS, pp. 127–129, 191–194, 370 ; voir aussi *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 151–152 ; *M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011, §§ 109–111.

fonction punitive, mais vise également à prévenir la commission de nouvelles violences³¹⁶⁷.

892 Pour être effective, une enquête doit être apte à établir les faits ainsi qu'à identifier et punir les personnes responsables³¹⁶⁸. Elle doit être approfondie : les États doivent « prendre toutes les mesures raisonnables pour réunir les preuves concernant l'incident »³¹⁶⁹. L'obligation d'enquête est une obligation de moyens, et non pas de résultat : elle n'exige pas une condamnation dans tous les cas, mais l'application diligente et effective du droit interne, et notamment des lois pénales³¹⁷⁰. La Cour tient compte des différentes démarches entreprises par les autorités ainsi que des laps de temps écoulés entre elles³¹⁷¹. La question de la promptitude de l'enquête est étroitement liée à son effectivité : plus les délais sont longs, plus l'enquête risque de perdre en effectivité³¹⁷². Ainsi, lorsque la police attend plusieurs mois après une plainte avant d'ordonner un examen médical, celui-ci ne constitue plus une mesure apte à établir les faits³¹⁷³.

893 Plusieurs problèmes sont récurrents dans les affaires de violences domestiques. Tout d'abord, les autorités tardent fréquemment à ouvrir une enquête pénale. La jurisprudence regorge d'exemples où la police ou le

³¹⁶⁷ Voir *infra*, n° 894. La fonction préventive des obligations positives procédurales est parfois sous-estimée. En effet, la distinction entre fonction préventive d'une part, et fonction remédiate ou répressive d'autre part, est parfois même utilisée pour distinguer entre obligations de substance et obligations de procédure (AKANDJI-KOMBE, p. 16 ; DUBOUT, Procéduralisation, p. 414 ; LAVRYSEN, Positive State, p. 50). Il nous paraît plus logique d'aligner la distinction entre obligations de substance et de procédure sur celle entre droit de fond et droit de procédure prévalant généralement en droit interne (AKANDJI-KOMBE, p. 16 ; LAVRYSEN, Positive State, pp. 51–53 ; PÉTERMANN, p. 55). De toute manière, la distinction entre les deux types d'obligations doit être relativisée (BREMS, Procedural Protection, p. 147 ; CHRISTOFFERSEN, p. 470 ; LAVRYSEN, Positive State, pp. 54–57).

³¹⁶⁸ *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 45 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 42 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 38.

³¹⁶⁹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 92.

³¹⁷⁰ *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 45 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 42 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 38 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 80 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 105 ; voir AKANDJI-KOMBE, p. 36 ; LAVRYSEN, Positive State, p. 158 ; SCHABAS, p. 192 ; STOYANOVA, Due diligence, p. 113. Cette qualification doit toutefois être quelque peu nuancée : pour déterminer si une requête est capable de produire les résultats souhaités, la Cour tient aussi compte des résultats effectivement produits ; par ailleurs, il ne faut pas qu'il y ait une disproportion évidente entre l'atteinte et le résultat des enquêtes (STOYANOVA, Due diligence, pp. 114–116).

³¹⁷¹ *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 45 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 42 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 38.

³¹⁷² *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 81 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 106.

³¹⁷³ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 96.

ministère public ont dissuadé la requérante de porter plainte, voire ont pris position pour le mari agresseur³¹⁷⁴ ; ont posé des exigences de preuve très élevées, pas nécessairement prévues par le droit interne, avant d'ouvrir une enquête pénale³¹⁷⁵ ; ont refusé d'ouvrir une enquête³¹⁷⁶ ou d'enquêter réellement sur certains aspects jugés peu graves³¹⁷⁷ ; ont suspendu l'enquête sans raison apparente³¹⁷⁸ ou ont plus généralement tardé à agir³¹⁷⁹. Ensuite, lorsqu'une enquête est ouverte, elle souffre régulièrement de retards, parfois considérables³¹⁸⁰, voire n'aboutit à aucun résultat³¹⁸¹, un des problèmes étant le manque de diligence et de zèle des autorités dans l'établissement des faits et la collecte des preuves³¹⁸², un autre étant le manque de suivi et de mise en œuvre des décisions³¹⁸³. Enfin, les autorités manquent à leurs obligations d'enquête lorsqu'elles ne tiennent compte que de violences physiques, à défaut d'autres formes de violence. À ce propos, la Cour a notamment établi que des actes tendant à contrôler l'usage informatique et les communications de la partenaire, la dissémination non consensuelle d'images intimes (« revenge porn »),

³¹⁷⁴ *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, § 54 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 170 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 87 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 81.

³¹⁷⁵ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 46–47 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 98.

³¹⁷⁶ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 12, 47 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 81 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 96 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, § 37.

³¹⁷⁷ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 68 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 54.

³¹⁷⁸ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 82 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 64–88.

³¹⁷⁹ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 86 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 62, 65 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 60.

³¹⁸⁰ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 151 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 55 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 47–48 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 95 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 114.

³¹⁸¹ *E.M. et autres c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 68 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 82–84.

³¹⁸² Un exemple flagrant est l'affaire *Durmaz c. Turquie*, où les autorités ont simplement accepté la déclaration du mari, qui affirmait que sa femme s'était suicidée, malgré les divers indices quant au contraire (*Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, §§ 56–58, 63–64). Pour d'autres exemples, voir *E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012, §§ 66, 68–71 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 81–84 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 92–101. Voir aussi, en lien avec les violences sexuelles, *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, §§ 178–179 ; *M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011, § 116 ; *I.G. c. République de Moldova*, requête n° 53519/07, 15 mai 2012, § 43 ; *Tërshana c. Albanie*, requête n° 48756/14, 4 août 2020, § 159.

³¹⁸³ *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, §§ 78–79 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, § 82 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 62–65 ; *Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020, § 71–73.

l'usurpation d'identité et d'autres actes comparables entrent dans la définition des violences domestiques³¹⁸⁴. Partant, lorsque les autorités refusent d'analyser les cyberviolences comme un problème de violence domestique, leur réponse n'est pas « adaptée à la gravité des faits dénoncés par la requérante »³¹⁸⁵. Plus généralement, ces situations appellent une enquête prompte et effective et la prise de mesures concrètes, à l'instar d'autres formes de violences domestiques³¹⁸⁶.

⁸⁹⁴ L'absence de réponse adéquate des autorités est problématique à plusieurs égards : d'une part, elle entrave l'établissement des faits et des preuves, qui s'estompent avec le temps ; d'autre part, elle contribue à créer un climat d'impunité favorisant la commission de nouvelles violences³¹⁸⁷. Précisons à cet égard que l'ouverture d'une enquête pénale vise non seulement à punir les personnes responsables, mais remplit également une fonction dissuasive, visant à protéger les victimes contre de nouvelles violences³¹⁸⁸. Une trop grande passivité trouve par ailleurs souvent son origine dans une attitude discriminatoire des forces de l'ordre, un point que nous analyserons plus loin³¹⁸⁹.

⁸⁹⁵ Ces manquements sont d'autant plus graves que les États sont tenus, selon la jurisprudence, d'agir avec une *diligence particulière* dans le domaine des violences domestiques³¹⁹⁰. Cette obligation de diligence, qui s'explique par la situation particulièrement vulnérable des victimes, signifie notamment tenir compte de la nature spécifique de ces violences³¹⁹¹, y compris de leur nature

³¹⁸⁴ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, §§ 40–42, 74 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, §§ 48–49. À propos de la notion de cyberviolences, voir *supra*, note 2675.

³¹⁸⁵ *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 79.

³¹⁸⁶ *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, §§ 50–68.

³¹⁸⁷ *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, § 55 ; *Halime Killiç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 99 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 127 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 52 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, § 59.

³¹⁸⁸ SCHABAS, p. 192 ; STOYANOVA, Due diligence, p. 111 ; voir toutefois STOYANOVA, Due diligence, p. 129 (note 127), précisant que l'effet dissuasif de sanctions est présumé par la Cour, qui n'en traite pas en détail. À propos des obligations positives préventives, voir *infra*, n°s 900–963.

³¹⁸⁹ Voir *infra*, n°s 968–973.

³¹⁹⁰ *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 50 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 115 (article 2 CEDH), 130 (article 3 CEDH) ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 92, 98–99 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 166 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 62.

³¹⁹¹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 92 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 163–164 ; *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 48 ; *Volodina c. Russie* (n° 2), requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 62.

genrée³¹⁹². Les autorités doivent également tenir compte de facteurs de vulnérabilité additionnels, comme l'âge ou un handicap mental³¹⁹³. Comme nous l'avons déjà indiqué³¹⁹⁴, les autorités nationales ont l'obligation de « tenir compte de la situation de précarité et de vulnérabilité particulière, morale, physique et matérielle » des victimes et « d'apprécier la situation en conséquence, en [leur] offrant un accompagnement approprié »³¹⁹⁵. Cette obligation dicte non seulement les mesures préventives à prendre, mais aussi la manière de conduire des enquêtes sur des allégations de violences domestiques. Dans ce contexte, il est primordial que les autorités agissent rapidement et fassent preuve d'une attitude proactive³¹⁹⁶.

L'obligation de diligence particulière signifie également que les autorités sont tenues d'entreprendre des démarches dès qu'elles ont connaissance d'une situation de violences domestiques ou sexuelles, même en l'absence de plainte formelle de la victime³¹⁹⁷. Par ailleurs, l'ouverture d'une enquête pénale pour violences domestiques ne doit en principe pas être soumise à une exigence de gravité minimale³¹⁹⁸. C'est non seulement une question de cadre légal, mais aussi de son application : dans l'affaire *Volodina c. Russie*, par exemple, la police a invoqué diverses excuses pour ne pas ouvrir une enquête pénale, y compris des exigences de preuves qui ne figuraient nullement dans la législation russe³¹⁹⁹. Par ailleurs, les autorités doivent apprécier une situation de manière holistique, en tenant compte des diverses violences qui s'additionnent, plutôt que de traiter chaque incident de manière séparée, ce qui créerait notamment le risque de sous-estimer une situation donnée³²⁰⁰.

896

³¹⁹² *Tërshana c. Albanie*, requête n° 48756/14, 4 août 2020, § 160 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 56–57. L'arrêt *Tërshana c. Albanie* précité indique que cette obligation s'étend plus généralement aux violences basées sur le genre (*ibidem*, § 160).

³¹⁹³ *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, § 56 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, § 60.

³¹⁹⁴ Voir *supra*, n° 818.

³¹⁹⁵ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 115, 130 ; voir aussi *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 95 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 174.

³¹⁹⁶ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 95 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 190, 210.

³¹⁹⁷ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 46 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 99.

³¹⁹⁸ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 47 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 81, 98.

³¹⁹⁹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 96.

³²⁰⁰ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 97.

897

La vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques influence non seulement sur l'obligation d'ouvrir une enquête pénale, mais peut aussi obliger les autorités à maintenir des poursuites malgré un retrait de plainte de la part de la victime. Nous avons déjà indiqué que le cadre légal doit permettre aux autorités de procéder à une pesée des intérêts pour savoir si le maintien des poursuites s'impose³²⁰¹ ; naturellement, les États ont donc également l'obligation de procéder à une telle pesée des intérêts³²⁰². Les éléments suivants doivent notamment être pris en compte : la gravité de la situation – appréciée dans son ensemble, en tenant compte du *continuum* des violences et en ne se limitant pas aux violences physiques –, la possibilité de pressions exercées sur la victime et la raison du retrait de plainte, le risque de violences futures ainsi que l'état général de la victime³²⁰³. Les autorités doivent également tenir compte de facteurs additionnels de vulnérabilité, tels que la situation de handicap d'une victime³²⁰⁴. En d'autres termes, tenir compte de la vulnérabilité des victimes de violences domestiques signifie que les autorités doivent analyser les risques malgré le retrait d'une plainte³²⁰⁵. L'obligation d'offrir un accompagnement adéquat susmentionné implique également que les autorités doivent indiquer aux victimes leurs différentes options (par exemple, l'existence de maisons d'accueil) afin qu'elles puissent décider du maintien de leurs plaintes le plus librement possible³²⁰⁶. Cette dernière obligation devrait être développée davantage dans la jurisprudence : elle est en effet préférable à des solutions paternalistes où les autorités décident dans l'intérêt – mais à la place – de la victime³²⁰⁷.

898

Précisons encore que les obligations d'enquête ne se limitent pas aux démarches prises à l'égard des auteurs de violences, mais peuvent également porter sur les actions – et généralement sur l'inaction – des autorités. En cas de décès, l'article 2 de la Convention fait naître l'obligation de mener une enquête

³²⁰¹ Voir *supra*, n° 874.

³²⁰² *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 138, 168 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 54 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 99 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 87.

³²⁰³ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 138 ; voir aussi LONDONO, *Principles*, p. 662 ; SOSA, pp. 143–145.

³²⁰⁴ *M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016, § 73 ; *I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016, §§ 53, 59–60 ; *E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019, §§ 58–63.

³²⁰⁵

³²⁰⁶ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100.

³²⁰⁷ Voir aussi BUZAWA/BUZAWA, pp. 81–83 ; SCHNEIDER, pp. 184–188 ; STARK, p. 157.

pénale lorsque le comportement des autorités « va au-delà d’une erreur de jugement ou d’une imprudence »³²⁰⁸. À ce propos, indiquons l’affaire *Tkheldize c. Géorgie*, qui lie ces obligations d’enquête aux obligations positives de prévention³²⁰⁹. Constatant que la victime avait sollicité la police onze fois en six mois sans que celle-ci prenne les mesures qui s’imposaient au vu de la gravité de la situation, la Cour conclut d’abord à une violation matérielle de l’article 2 CEDH³²¹⁰. Ayant constaté le manquement aux obligations positives préventives en la matière, la Cour estime que l’inactivité des autorités était une des causes de l’escalade de la violence menant au décès de la victime. Partant, l’inaction des forces de l’ordre dépassait le cas « d’une erreur de jugement ou d’une imprudence », faisant naître l’obligation de mener une enquête prompte et efficace à l’égard des personnes responsables³²¹¹. L’affaire *Tkheldize c. Géorgie* témoigne par ailleurs du potentiel structurel des obligations d’enquête. D’une part, la Cour estime que l’enquête aurait également dû porter sur le rôle d’un éventuel biais de genre dans l’inaction de la police, tissant un lien entre les articles 2 et 14 CEDH. D’autre part, la Cour cite des mesures structurelles indiquées dans ce cas de figure, comme le fait de former et sensibiliser les agentes de police³²¹².

Les obligations d’enquête, qui constituent de manière générale un aspect essentiel de la protection conventionnelle, sont primordiales dans le contexte des violences domestiques, où la victime connaît – et souvent vit avec – la personne à l’origine des violences. Dans cette situation, une enquête prompte et effective est censée dissuader l’auteure de commettre de nouvelles agressions. Or, des poursuites pénales – même conformes aux exigences de la Convention – ne s’avèrent pas toujours suffisantes. Au contraire, on observe régulièrement des violences de « représailles » à la suite d’une plainte ou d’une dénonciation³²¹³. Une protection effective du droit à la vie et à l’intégrité physique et corporelle impose alors aux États, à certaines conditions, de prendre

899

³²⁰⁸ Voir, de manière générale sur cette obligation, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], requête n° 48939/99, 30 novembre 2004, § 93 ; *Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n° 48609/06, 18 juin 2013, § 113 ; *Zinatullin c. Russie*, requête n° 10551/10, 28 janvier 2020, § 33. Dans le contexte de violences domestiques, voir en particulier *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 59–60.

³²⁰⁹ *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021.

³²¹⁰ *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 52–57.

³²¹¹ *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 51, 59–60.

³²¹² *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 60.

³²¹³ Voir *supra*, n° 766.

des mesures opérationnelles de prévention et de protection, que nous examinerons dans la section suivante.

C. L'obligation positive de prendre des mesures opérationnelles

900 La troisième obligation positive qui pèse sur les autorités en matière de violences domestiques est de prendre, dans certaines circonstances, des mesures opérationnelles (*ad hoc*) afin de protéger les victimes et prévenir des atteintes. Nécessaire pour garantir une protection efficace, notamment des personnes en situation de vulnérabilité³²¹⁴, cette obligation pose également le problème des limites de la responsabilité étatique. Rappelons à cet égard que la violation d'une obligation positive est le résultat d'une omission fautive : l'État n'agit pas alors qu'il aurait dû le faire³²¹⁵. Il se pose alors la question de savoir quand et à quelles conditions l'État doit agir en amont afin d'empêcher un individu de porter préjudice à un autre. Pour délimiter les contours de la responsabilité étatique, la Cour se fonde généralement sur ce que nous appelons ici le « test Osman »³²¹⁶.

901 Dans ce qui suit, nous présentons brièvement le « test Osman » et l'affaire dont il est issu (1), avant d'examiner l'application aux violences domestiques de ses deux volets, à savoir la connaissance d'un risque réel et immédiat (2) et la prise de mesures raisonnables (3). Nous concluons cette section par une appréciation (4).

1) Les critères issus de l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* : aperçu

902 L'affaire *Osman c. Royaume-Uni*, de 1998, portait sur un instituteur qui avait harcelé et menacé, puis tué le père d'un ancien élève. Les requérantes étaient la veuve et le fils du décédé. Dans cet arrêt, la Cour a établi pour la première fois que les États avaient, à certaines conditions, « l'obligation de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la

³²¹⁴ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 159 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 76 ; *Halime Kılıç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 92 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 99.

³²¹⁵ PÉTERMANN, pp. 97–98 ; STOYANOVA, Causation, pp. 210–313.

³²¹⁶ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998.

vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »³²¹⁷. Cette obligation est toutefois limitée, non seulement par les droits et libertés de tierces personnes, mais aussi par la nécessité de ne pas imposer un fardeau excessif à l'État, notamment au vu de l'imprévisibilité du comportement humain³²¹⁸. Mettant en balance ces intérêts, la Cour a établi qu'il :

« lui faut se convaincre que lesdites autorités *savaient ou auraient dû savoir* sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière *réelle et immédiate* dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les *mesures* qui, d'un point de vue *raisonnable*, auraient sans doute pallié ce risque »³²¹⁹.

Le « test Osman »³²²⁰ comporte donc deux volets. Le premier volet porte sur la connaissance du risque par les autorités : les autorités « *savaient ou auraient dû savoir* sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de *manière réelle et immédiate* des actes criminels d'un tiers »³²²¹. Si ce double critère est réalisé, il déclenche l'obligation positive de prendre des mesures préventives³²²². Le second volet consiste à déterminer si les autorités ont rempli leurs obligations³²²³. Tel est le cas si les autorités ont pris des mesures « qui, d'un point de vue *raisonnable*, auraient sans doute pallié ce risque »³²²⁴, en d'autres termes, si elles ont « fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation » du risque en question³²²⁵. De manière plus concise, ce second volet peut être résumé par l'expression des « mesures raisonnables »³²²⁶. À propos de ce dernier aspect, « il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance »³²²⁷.

903

³²¹⁷ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 115.

³²¹⁸ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116.

³²¹⁹ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116 (nous soulignons).

³²²⁰ BURTON, pp. 134–135 ; DE VIDO, Talpis, pp. 10–11 ; EBERT/SIJNIENSKY, pp. 343–368 ; LAVRYSEN, Positive State, pp. 83–87 ; STOYANOVA, Due diligence, pp. 116–122.

³²²¹ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116 (nous soulignons).

³²²² EBERT/SIJNIENSKY, p. 347 ; LAVRYSEN, Scope, pp.169–170 ; STOYANOVA, Due diligence, pp. 116–122. L'analyse en deux étapes nous paraît importante pour des questions de précision méthodologique, même si elle ne ressort en général pas très clairement de la jurisprudence.

³²²³ EBERT/SIJNIENSKY, p. 347 ; LAVRYSEN, Scope, pp.169–170 ; STOYANOVA, Due diligence, pp. 116–122.

³²²⁴ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116 (nous soulignons).

³²²⁵ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116.

³²²⁶ Au sujet du caractère raisonnable des mesures à prendre, voir *infra*, n°s 942–954.

³²²⁷ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116.

904 Le « test Osman » n'a été d'aucun secours aux requérantes dont il porte le nom. En effet, dans l'affaire en question, la Cour conclut que ces conditions ne sont pas remplies : la police ne disposait pas d'éléments suffisants pour conclure à l'existence d'une menace réelle et imminente pour la vie des membres de la famille Osman³²²⁸. La Cour ajoute par ailleurs que rien n'indique que les mesures préconisées par les requérantes auraient effectivement permis d'empêcher que le risque se matérialise³²²⁹. Dans ce cas, en raison d'une application plutôt sévère de ses critères, le « test Osman » a donc confirmé l'absence d'obligations positives étatiques.

905 Par la suite, toutefois, il a donné lieu à une jurisprudence abondante et riche déterminant des obligations positives de prévention et de protection dans des domaines les plus divers³²³⁰. Concernant des violences qui, par définition, sont commises par des personnes privées et non des autorités, le « test Osman » occupe également une place importante dans la jurisprudence. Cependant, sa pertinence a également été remise en question – à juste titre, comme nous le verrons – et des amendements ont été proposés³²³¹.

2) La connaissance d'un risque réel et imminent

906 Le premier critère du « test Osman » est en réalité un double critère : premièrement, les autorités « savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés [...] des actes criminels d'un tiers »³²³². Ce critère se base, d'une part, sur les connaissances réelles des autorités et, d'autre part, sur les connaissances qu'elles auraient dû avoir si elles avaient agi avec la diligence requise, introduisant par ce biais une obligation de *due diligence*³²³³. Deuxièmement, cette menace doit être « réelle et immédiate »³²³⁴ ou « réelle et imminente »³²³⁵. Différentes définitions d'un risque « réel » ont été proposées. Selon les auteures, ce terme signifie qu'un

³²²⁸ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 121.

³²²⁹ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 121.

³²³⁰ EBERT/SJINIENSKY, pp. 344–368 ; LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 131–171 et les réf. cit. ; STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 338–344 ; XENOS, *Positive Obligations*, pp. 111–112.

³²³¹ Voir *infra*, n°s 916–920.

³²³² *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116.

³²³³ STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 116–117. Pour une discussion de ce critère, voir STOYANOVA, *Causation*, p. 315 ; STOYANOVA, *Common tort law*, p. 13 ; XENOS, *Positive Obligations*, pp. 82–91. À propos des obligations de *due diligence*, voir aussi KAMMINGA, pp. 407–413.

³²³⁴ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116.

³²³⁵ Les termes « immédiat » et « imminent » sont utilisés de manière synonyme (voir p. ex. *Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie* [GC], requête n° 41720/13, 25 juin 2019, §§ 136, 140–145).

risque « existe de manière objective »³²³⁶ ; que sa réalisation est hautement probable³²³⁷ ou encore que la menace présente une certaine ampleur et gravité³²³⁸. Prenant inspiration de ces définitions, nous considérons qu'un risque doit être considéré comme réel lorsqu'il existe de manière objective et représente une certaine ampleur³²³⁹. Le caractère immédiat d'un risque est un facteur purement temporel³²⁴⁰, mais se prête également à diverses interprétations³²⁴¹.

Dans certaines affaires traitant de violences domestiques, la Cour a appliqué ces critères tels quels (a). Cette application aux affaires de violences domestiques a toutefois fait l'objet de critiques (b). Aussi, nous observons certaines adaptations du critère dans la jurisprudence récente (c). L'appréciation de ces différents éléments fait apparaître un besoin de modifier les critères applicables (d). 907

a) L'application du « test Osman »

Dans le domaine des violences domestiques, la Cour a appliqué les critères de l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* à des situations où la vie des requérantes ou de membres de leur famille était menacée, comme nous allons l'illustrer avec trois affaires (i). La Cour les a également appliqués dans des contextes où les requérantes couraient un risque de mauvais traitement contraire aux articles 3 ou 8 CEDH (ii). 908

i) Le droit à la vie (article 2 CEDH)

Dans l'affaire *Kontrová c. Slovaquie*, le mari de la requérante avait tué leurs deux enfants avant de se suicider³²⁴². En l'espace de quelques mois, la requérante avait plusieurs fois fait appel à la police, dénonçant des maltraitances physiques et psychologiques de la part de son mari à son égard et à l'égard de leurs enfants. Elle avait également informé la police du fait que son mari, équipé d'une arme à feu, menaçait de tuer leurs enfants et de se suicider, la dernière fois le jour 909

³²³⁶ STOYANOVA, Due diligence, p. 117 (notre traduction) ; voir aussi STOYANOVA, Causation, p. 339–340.

³²³⁷ EBERT/SJUNIENSKY, p. 358 (« significant likelihood ») ; voir aussi STOYANOVA, Causation, p. 339–340.

³²³⁸ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. diss. SPANÓ, §§ 5–6 ; voir aussi XENOS, Positive Obligations, p. 112 (utilisant le terme « seriousness »).

³²³⁹ À ce propos, voir aussi *infra*, n° 940.

³²⁴⁰ EBERT/SJUNIENSKY, p. 359 ; STOYANOVA, Due diligence, p. 117 ; voir aussi *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. diss. SPANÓ, §§ 5–6.

³²⁴¹ Voir en particulier STOYANOVA, Due diligence, pp. 118–120.

³²⁴² *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007.

même de l'homicide. Malgré cela, les autorités n'ont pris aucune mesure urgente³²⁴³. La Cour en conclut que les autorités avaient non seulement connaissance de la situation, mais encore auraient dû réaliser que celle-ci représentait une menace réelle et immédiate pour la vie des enfants³²⁴⁴.

910 L'affaire *Opuz c. Turquie*, jugée en 2009, concernait une femme et sa mère qui ont subi pendant des années des violences régulières et sévères du mari de la première, menant à plusieurs hospitalisations avec des blessures qui auraient pu être mortelles³²⁴⁵. Ayant appris que sa femme prévoyait de déménager, l'agresseur a intensifié les violences et menacé les deux femmes à l'aide d'armes et a, en fin de compte, fusillé la mère³²⁴⁶. La Cour observe que les autorités avaient été sollicitées à de nombreuses reprises et avaient une connaissance détaillée de la situation familiale de la requérante et des dangers qu'elle et sa mère couraient³²⁴⁷. La mère avait en particulier porté plainte pour menace de mort, et informé la police de l'intensification des agressions et menaces armées quelques jours avant l'acte fatal³²⁴⁸. La Cour relève également le fait que les violences infligées aux deux femmes avaient « été d'une intensité croissante »³²⁴⁹. Elle déduit de l'ensemble de ces éléments que « les autorités locales auraient dû prévoir que [l'agresseur] s'apprêtait à commettre une agression mortelle », le risque réel et imminent étant ainsi donné en l'espèce³²⁵⁰.

911 Dans l'arrêt *Civek c. Turquie* rendu en 2016, la Cour a également considéré comme établi que la requérante courait un risque réel et imminent d'atteinte à sa vie, et que les autorités avaient connaissance de ce risque³²⁵¹. Dans cette affaire, concernant une mère de trois enfants tuée par son mari après avoir fait l'objet d'agressions pendant plusieurs années, la victime avait porté diverses

3243 *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, §§ 53–54.

3244 *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, § 52. À propos du caractère insuffisant des mesures prises par les autorités, voir *infra*, n° 945.

3245 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 9–54.

3246 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 54, 135.

3247 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 135.

3248 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 135.

3249 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 134. À propos du caractère cyclique des violences domestiques, voir en particulier *supra*, nos 806, 810.

3250 *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 136. Précisons toutefois que la Cour insiste plutôt sur l'absence d'évaluation du caractère imminent du risque (*idem*, § 147). La Cour souligne également que les autorités n'avaient jamais évalué les risques que l'agresseur présentait, mais s'étaient « simplement désintéressées de cette question ». La nuance n'est pas anodine : il sera souvent plus facile de prouver cet élément procédural que le caractère imminent du risque lui-même.

3251 *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, §§ 52–53.

plaintes pour agressions, injures et menaces de mort, menant à des poursuites qui étaient encore en cours au moment de l'homicide³²⁵². Cette affaire montre aussi l'interaction entre les différents critères du « test Osman », puisque les procédures en cours et les mesures prises par les autorités peuvent être indicatives à la fois de la gravité d'une situation et de leur connaissance par les autorités³²⁵³.

Dans ces trois affaires, la Cour s'est pour l'essentiel tenue aux critères établis par l'arrêt *Osman*, à savoir que les autorités avaient ou devaient avoir connaissance d'un risque réel et imminent³²⁵⁴. L'arrêt *Opuz c. Turquie*, en relevant l'intensité croissante des violences³²⁵⁵, montre toutefois que les autorités doivent tenir compte des spécificités des violences domestiques, une obligation que la Cour a ensuite précisée dans l'arrêt *Talpis c. Italie*³²⁵⁶. Cependant, le « test Osman » n'a posé problème dans aucune de ces affaires : la police avait été alertée à plusieurs reprises et disposait de nombreux éléments lui permettant de conclure à l'existence d'un tel risque, y compris les menaces de mort sérieuses et répétées, et le fait que l'agresseur était en possession d'une arme ; par ailleurs, il existait une proximité temporelle – des jours ou quelques semaines au plus – entre ces alertes et le passage à l'acte. Les critères étaient donc remplis. Or, tel n'est pas toujours le cas et l'exigence d'un risque imminent, pour des affaires de violences domestiques, a été critiquée³²⁵⁷.

ii) L'interdiction des mauvais traitements (articles 3 et 8 CEDH)

Initialement utilisé pour déterminer les obligations étatiques face à des risques pour la vie, le « test Osman » trouve désormais application de manière générale aux situations où une ou plusieurs personnes courent le risque de subir des violences de la part d'autres personnes privées³²⁵⁸. Dans le contexte des violences domestiques, cela signifie que la Cour a également appliqué ces

³²⁵² *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, §§ 49–66.

³²⁵³ *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, §§ 52–53. En l'espèce, les autorités avaient pris diverses mesures, jugées toutefois insuffisantes (*idem*, § 65). Bien évidemment, cela ne signifie en aucun cas que la passivité des autorités puisse être interprétée comme un manque de connaissance de leur part du risque pesant sur les victimes.

³²⁵⁴ Voir aussi BURTON, p. 134.

³²⁵⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 134.

³²⁵⁶ Voir *infra*, nos 924–929. À propos des spécificités des violences domestiques, voir en particulier *supra*, nos 803–810.

³²⁵⁷ Voir *infra*, nos 916–920.

³²⁵⁸ LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 83–84 (voir aussi pp. 131–146) ; STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 116–122.

critères dans le cadre de l'article 3 CEDH³²⁵⁹ et – plus rarement – de l'article 8 CEDH³²⁶⁰. Le risque d'atteinte doit toutefois être « suffisamment sérieux » pour appeler une intervention des autorités³²⁶¹. À cet égard, rappelons que les violences domestiques devraient, selon nous, être examinées sous l'angle de l'article 3 et non pas de l'article 8 de la Convention³²⁶².

914 Or, l'application du « test Osman » dans le cadre de ces deux articles implique nécessairement quelques adaptations. Si le risque à la vie concerne, par définition, des situations où ce risque ne s'est pas encore matérialisé, il en va différemment des mauvais traitements. Dans ce cas, en général, certaines violences ont déjà eu lieu et il s'agit d'apprécier le risque de récidives. L'obligation de prendre des mesures de protection et de prévention se confond alors partiellement avec les obligations d'enquête³²⁶³.

915 Par ailleurs, en présence d'une situation continue contraire à l'article 3 CEDH, la question du risque ne se pose en principe pas, la connaissance des autorités devant alors suffire. La Cour a notamment analysé comme situations continues une série d'affaires concernant l'abus et la maltraitance d'enfants. Dans ces cas, la question n'était pas tellement le risque de récurrence, mais l'existence d'une situation continue contraire à l'article 3 CEDH, dont les autorités avaient connaissance, ce qui a déclenché leur obligation de prendre des mesures opérationnelles de protection³²⁶⁴. Globalement, toutefois, la Cour a approché les situations de violences domestiques non pas comme des situations continues, mais comme des contextes où des actes de maltraitance ont eu lieu et risquent de se reproduire³²⁶⁵. Partant, elle a régulièrement affirmé la pertinence du « test

³²⁵⁹ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 49, 56, 61 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, §§ 43, 49, 51–60 (sans toutefois préciser spécifiquement qu'il existait un risque imminent en l'espèce, se concentrant plutôt sur le caractère [in-]suffisant des mesures prises par les autorités) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 40, 47, 51 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 36, 43.

³²⁶⁰ *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 50.

³²⁶¹ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 61 (notre traduction) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 51 (notre traduction).

³²⁶² Voir *supra*, nos 851–858 pour une analyse des articles 3 et 8 CEDH dans le contexte des violences domestiques.

³²⁶³ Voir *supra*, nos 891–898.

³²⁶⁴ Voir en particulier *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001, § 73 ; voir aussi *supra*, n° 280.

³²⁶⁵ Voir toutefois l'affaire *Thkelidze c. Géorgie*, dans laquelle la Cour a estimé, sous l'angle de l'article 2 CEDH, que les faits devaient être analysés comme une seule situation de violences durables et remplissant, de ce fait, le critère de l'imminence (*Thkelidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 53) ; voir aussi *infra*, n° 937.

Osman » et en particulier du critère de l'existence d'un risque réel et imminent, aussi dans le cadre des articles 3 et 8 de la Convention³²⁶⁶. Concernant le caractère réel du risque, il est parfois question d'un risque « suffisamment sérieux »³²⁶⁷ ; à l'inverse, le critère de l'imminence est réaffirmé de manière systématique dans la jurisprudence³²⁶⁸. Or, c'est justement ce dernier qui a fait l'objet de critiques que nous discuterons dans la section suivante.

b) Les critiques du « test Osman »

Comme nous l'avons déjà indiqué, les violences domestiques se caractérisent généralement par des situations continues et s'inscrivent souvent dans la durée³²⁶⁹. Si elles suivent fréquemment un schéma cyclique, elles ont tendance à s'intensifier avec le temps et il n'est pas rare qu'elles dégèrent brusquement³²⁷⁰. Il s'agit même là de l'une des spécificités à l'origine de la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques³²⁷¹. Pour cette raison, l'exigence d'un risque non seulement réel, mais aussi imminent a fait l'objet de critiques, justifiées selon nous, mettant en doute son adéquation pour les situations de violences domestiques, exprimées dans des opinions séparées³²⁷² comme en doctrine³²⁷³.

La critique la plus virulente provient probablement du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, qui a insisté à plusieurs reprises que le « test Osman » doit être révisé s'agissant des cas de violences domestiques, la première fois dans une opinion concordante dans l'affaire *Valiulienė c. Lituanie*³²⁷⁴. Il estime notamment

³²⁶⁶ *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 50 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 43 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 62 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 87.

³²⁶⁷ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 61 (notre traduction) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 51 (notre traduction).

³²⁶⁸ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 61 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 51 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 43 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 85 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 62 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 87.

³²⁶⁹ Voir *supra*, n° 806.

³²⁷⁰ Voir *supra*, n°s 806, 810.

³²⁷¹ À propos des spécificités des violences domestiques, voir en particulier *supra*, n°s 803–810.

³²⁷² *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE ; *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, op. conc. HÜSEYNOV, §§ 1 et 4 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE/DEDOV, §§ 11–12.

³²⁷³ BURTON, p. 135 ; DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 64–65 ; SJÖHOLM, p. 429.

³²⁷⁴ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE/DEDOV, §§ 11–12.

que « d'un point de vue réaliste, au stade d'un < risque immédiat > pour la victime, il est souvent trop tard pour que l'État intervienne »³²⁷⁵. Selon lui, « la récurrence et l'aggravation inhérente à la plupart de ces cas rendent presque artificielle, voire délétère, l'exigence d'immédiateté du risque »³²⁷⁶. Ainsi, exiger un risque imminent limite indûment la portée de la Convention, rendant sa protection illusoire sauf pour les « cas les plus extrêmes »³²⁷⁷.

918 Face à ce risque, PINTO DE ALBUQUERQUE estime qu'un standard plus rigoureux de *due diligence* s'impose dans les cas de violences domestiques, à tout le moins dans « certaines sociétés, telles que la société lituanienne, qui font face à des problèmes de violences domestiques sérieux, récurrents et généralisés »³²⁷⁸. Dans ces cas, préconise-t-il, le « devoir de l'État existe dès lors que le risque est *présent, bien que non imminent* »³²⁷⁹. Ainsi, face à un « contexte généralisé d'abus et de violence connu des autorités », en d'autres termes, face à une vulnérabilité structurelle avérée de certaines parties de la population³²⁸⁰, les autorités auraient des obligations de prévention plus étendues³²⁸¹. PINTO DE ALBUQUERQUE estime que sa proposition correspond, dans son résultat, aux exigences posées dans l'arrêt *Hajduová c. Slovaquie*³²⁸², dans lequel la Cour avait jugé qu'« en raison de la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques [...], les autorités internes auraient dû faire preuve d'une vigilance d'autant plus grande »³²⁸³. Précisons toutefois que l'application du « test Osman » dans l'affaire *Hajduová* est très succincte, ne distinguant pas les différents critères³²⁸⁴ ; il est donc difficile de savoir si la vulnérabilité influait sur l'appréciation du risque – comme le suggère PINTO DE ALBUQUERQUE – ou plutôt sur les mesures préventives que les autorités devaient prendre.

³²⁷⁵ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

³²⁷⁶ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

³²⁷⁷ BURTON, p. 135 (notre traduction), au sujet de l'affaire *Opuz c. Turquie*.

³²⁷⁸ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

³²⁷⁹ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE (nous soulignons).

³²⁸⁰ STOYANOVA, *Due diligence*, p. 118, au sujet de la proposition de PINTO DE ALBUQUERQUE.

³²⁸¹ *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE.

³²⁸² *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, op. conc. PINTO DE ALBUQUERQUE (note 21).

³²⁸³ *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 50 (notre traduction).

³²⁸⁴ Aussi, il ne faut pas oublier que l'affaire a été analysée sous l'angle de l'article 8 CEDH.

La proposition de PINTO DE ALBUQUERQUE est souvent reprise par la doctrine³²⁸⁵. Faisant exception à la règle, STOYANOVA critique notamment la deuxième partie de la proposition de PINTO DE ALBUQUERQUE, à savoir que le critère moins strict s'applique à certaines sociétés, où les violences sont généralisées³²⁸⁶. Elle juge, à notre sens avec raison, que de telles considérations systémiques appartiennent aux obligations législatives, et n'ont pas leur place dans le cadre des obligations *ad hoc* de prévention et de protection qui exigent, par définition, l'existence d'un risque individualisé³²⁸⁷. La vulnérabilité structurelle justifie, de manière générale, des obligations renforcées des États pour répondre au phénomène des violences domestiques et est un élément pertinent sous l'angle de l'interdiction des discriminations³²⁸⁸. En revanche, les obligations positives opérationnelles dans un cas concret ne peuvent pas en dépendre. Ici, les autres facteurs de vulnérabilité précités sont plus pertinents : la proximité entre l'auteur des violences et la victime, le fait qu'il s'agit généralement de situations continues et le risque de revictimisation qui en découle. Ce sont ces éléments qui font qu'un risque présent – et non imminent – doit suffire à déclencher l'obligation positive de prendre des mesures préventives³²⁸⁹. Toute autre interprétation risquerait d'affaiblir la protection des victimes dans des pays où les violences sont moins généralisées ou en l'absence d'indications statistiques à ce sujet.

Aussi, il ne faut pas oublier que le « test Osman » déclenche seulement l'obligation de prendre les mesures raisonnablement exigibles³²⁹⁰, une obligation qui n'est donc pas illimitée ; la Cour peut ainsi s'assurer, à travers la délimitation de ces mesures raisonnables, de ne pas imposer un « fardeau insupportable ou excessif »³²⁹¹ aux États, ni de porter une atteinte disproportionnée aux droits de tierces personnes³²⁹².

³²⁸⁵ DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 64–65 ; DE VIDO, *Talpis*, p. 11 ; EBERT/SIJNIENSKY, p. 365 (note 157) ; GOLDSCHIED/LIEBOWITZ, p. 328 (note 116) ; MCQUIGG, *ECHR and domestic violence*, p. 762 ; SJÖHOLM, p. 429 (qui se questionne toutefois sur la praticabilité du critère de la présence des violences structurelles).

³²⁸⁶ STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 118–120. Elle estime par ailleurs que le critère du risque imminent n'est pas forcément problématique, pouvant être interprété de manière large par la jurisprudence.

³²⁸⁷ STOYANOVA, *Due diligence*, pp. 118–120.

³²⁸⁸ À ce propos, voir *infra*, n^{os} 964–987.

³²⁸⁹ Du même avis, voir DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 64–65.

³²⁹⁰ À propos de la notion des mesures raisonnablement exigibles ou mesures raisonnables, voir *infra*, n^{os} 942–954.

³²⁹¹ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n^o 23452/94, 28 octobre 1998, § 116.

³²⁹² Voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 231–237.

c) L'évolution vers une adaptation du « test Osman » ?

921 Les critiques que nous venons d'analyser, ont-elles trouvé écho dans la jurisprudence ? Pour répondre à cette question, nous traiterons d'abord de quelques arrêts qui suggèrent implicitement une adaptation basée sur la vulnérabilité (i). Ensuite, nous analyserons l'arrêt *Talpis c. Italie*, qui représente l'adaptation la plus explicite existant à ce jour (ii). Enfin, nous nous interrogerons sur les suites jurisprudentielles de cette affaire (iii).

i) Les indices d'une adaptation implicite basée sur la vulnérabilité

922 Dans le sillage de l'affaire *Valiulienė c. Lituanie*, la Cour a rendu plusieurs arrêts qui pourraient être lus comme un glissement dans les critères applicables, à défaut d'une modification explicite. Ainsi, plusieurs arrêts ne se prononcent pas explicitement sur l'existence d'un risque réel et immédiat dans le cas d'espèce, mais constatent simplement que les autorités avaient connaissance de la situation, avant d'examiner directement si les mesures prises pouvaient être considérées comme suffisantes³²⁹³. Il est bien sûr impossible de dire s'il s'agit d'un hasard ou d'une adaptation implicite. De manière peut-être plus significative, l'affaire *Halime Kiliç c. Turquie* ne fait aucune mention de l'exigence d'un risque réel et imminent, que ce soit dans les principes applicables ou en lien avec le cas d'espèce³²⁹⁴. En lieu et place, elle souligne l'importance d'une prévention effective, notamment lorsque des personnes vulnérables sont concernées³²⁹⁵. À cet égard, la Cour précise notamment qu'il :

« incombait aux instances nationales de tenir compte de la situation de précarité et de vulnérabilité particulière, morale, physique et matérielle, dans laquelle se trouvait la requérante et d'apprécier la situation en conséquence »³²⁹⁶.

923 Cet arrêt montre que la vulnérabilité spécifique des victimes de violences domestiques joue un rôle dans l'appréciation du risque encouru par la requérante. Un des problèmes dans cette affaire était justement que les autorités n'avaient pas procédé à une évaluation du risque encouru par la fille de la

³²⁹³ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, §§ 63–77 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 59–71.

³²⁹⁴ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016.

³²⁹⁵ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 92.

³²⁹⁶ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 115 (article 2 CEDH) ; voir aussi, avec une formulation quasiment identique, *idem*, § 130 (article 3 CEDH).

requérante³²⁹⁷. Le passage cité pourrait par ailleurs indiquer que le point central s'inscrit dans les mesures prises par les autorités pour répondre à ce risque plutôt qu'à son caractère imminent³²⁹⁸. Précisons toutefois que la Cour n'a pas explicitement réfuté, dans l'arrêt *Halime Kilic c. Turquie*, l'exigence d'un risque imminent. Il en va différemment de l'arrêt *Talpis c. Italie* qui en propose à tout le moins une réinterprétation.

ii) L'émergence d'un nouveau critère ? L'arrêt *Talpis c. Italie*

L'affaire *Talpis c. Italie* portait sur les violences que la requérante avait subies de la part de son mari, résultant en des lésions corporelles très graves, ainsi que le décès de son fils, poignardé par son mari. Dans son arrêt, la Cour conclut à une violation des articles 2, 3 et 14 de la Convention³²⁹⁹. Plus spécifiquement, elle juge que les autorités avaient manqué à leurs obligations de prendre des mesures préventives pour protéger la vie de la requérante elle-même – ses blessures ayant mis en danger sa vie³³⁰⁰ – et de son fils³³⁰¹. 924

La situation dans l'affaire *Talpis c. Italie* se distingue des affaires précitées par le temps relativement long – quatorze mois – qui s'est écoulé entre la plainte déposée pour agressions et menaces et l'agression fatale³³⁰². Néanmoins, la police était intervenue à deux reprises pendant la nuit fatale : appelée au domicile de la requérante, elle retrouva une porte cassée et des bouteilles d'alcool vides à terre, mais la requérante et son fils n'étaient pas blessés. À cette occasion, la requérante expliqua que son mari avait bu et avait besoin d'un médecin, indiquant par ailleurs la plainte passée et la procédure en cours. Il fut transporté à l'hôpital, mais ressortit dans la nuit et rentra au domicile, intercepté en route par la police qui s'est bornée à constater son état d'ébriété et à le verbaliser. Arrivé à la maison, il attaqua la requérante avec un couteau de 925

³²⁹⁷ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 97.

³²⁹⁸ D'ailleurs, la Cour examine en détail les mesures prises par les autorités pour conclure qu'elles étaient insuffisantes (voir *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 94–100). À propos des mesures que les autorités devraient prendre, voir *infra*, nos 942–954).

³²⁹⁹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 107–132, 141–149 ; à propos de l'article 14 CEDH, voir *infra*, nos 981–984.

³³⁰⁰ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 110.

³³⁰¹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 124.

³³⁰² *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 111–113, 119 ; voir aussi *idem*, op. diss. SPANÓ, § 5.

cuisine, lui infligeant des blessures très graves, et tua leur fils qui essayait de s'interposer³³⁰³.

926 Évaluant les événements de la nuit fatale de manière isolée, la police avait conclu que rien n'indiquait l'imminence d'un danger pour la vie de la requérante ou de son fils. Or, c'est justement ce dernier point que la Cour critique, avec raison. Rappelant que les « personnes vulnérables – dont font partie les victimes de violences domestiques – ont droit à une protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace »³³⁰⁴, elle en tire des conséquences sur la manière d'interpréter l'existence d'un danger réel et imminent. En effet, elle juge que :

« le risque d'une menace réelle et immédiate [...] doit être évalué en prenant dûment en compte le contexte particulier des violences domestiques. Il s'agit dans de telles situations non seulement d'une obligation d'assurer une protection générale de la société [...], mais surtout de tenir compte du fait que des épisodes successifs de violence se réitérent dans le temps au sein de la cellule familiale »³³⁰⁵.

927 Partant, la Cour n'est pas prête à souscrire à la thèse du gouvernement selon laquelle il n'existait « aucune preuve tangible » d'un risque réel et imminent lors de l'intervention policière dans la nuit fatale³³⁰⁶. Elle souligne en particulier que la police aurait dû évaluer le risque encouru par la requérante et son fils à l'aune de tous les éléments dont elle avait connaissance, notamment les deux agressions préalables commises à la suite d'un abus d'alcool, la plainte de la requérante, la procédure judiciaire en cours pour lésions corporelles, sa fuite de la maison conjugale et les menaces réitérées de son mari³³⁰⁷. La Cour précise à cet égard que les forces de l'ordre étaient en mesure de vérifier les antécédents du mari en temps réel³³⁰⁸, alors qu'un juge partiellement dissident met en avant les déclarations de la requérante dans la nuit de la tragédie³³⁰⁹. Nous pourrions encore y rajouter le fait que l'agresseur avait été informé, quelques jours avant les événements, de la procédure le concernant, créant un

3303 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 42.

3304 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 99 ; voir aussi *idem*, § 115.

3305 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122 (nous soulignons).

3306 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 118.

3307 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 111–122 ; voir aussi *idem*, op. part. diss. EICKE, §§ 2–5.

3308 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 119.

3309 *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. part. diss. EICKE, § 5.

risque d'actes de vengeance³³¹⁰. La conclusion est la même, à savoir que les autorités auraient dû être conscientes de l'existence d'un risque suffisamment grave et sérieux pour déclencher une obligation positive de prendre des mesures : en l'occurrence, cela aurait par exemple pu consister à retenir le mari à l'hôpital pour la nuit³³¹¹.

Deux conséquences découlent du raisonnement judiciaire. Tout d'abord, 928 celui-ci consolide une évolution qui s'est déjà amorcée dans des arrêts précédents, à savoir que le risque encouru par la ou les victimes doit être interprété en tenant compte des spécificités des violences domestiques, en appréciant le risque de violences futures à l'aune des violences passées et du risque que la situation dégénère³³¹². Une telle interprétation permet de conclure à un risque imminent pour la requérante et son fils, notamment parce que la police avait été appelée sur les lieux et avait contrôlé le mari encore une seconde fois durant la même nuit, constatant son état d'ébriété ainsi que des dégâts matériels³³¹³.

Ensuite, l'arrêt va plus loin et indique une volonté de ne pas seulement 929 réinterpréter, mais de modifier l'exigence temporelle. En effet, la majorité se sert d'une formulation qui introduit une nuance discrète, mais importante : tout en rappelant le critère du risque « réel et imminent », elle indique qu'en l'occurrence, le critère applicable est l'existence d'une « menace réelle pour laquelle on ne pouvait pas exclure une mise en exécution imminente »³³¹⁴. Nous estimons que cette formulation correspond au « risque réel et présent » suggéré par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'affaire *Valiulienė c. Lituanie*. Elle indique un glissement vers un critère plus souple, à savoir que la connaissance d'un risque réel, mais pas forcément imminent suffit à déclencher l'obligation de prendre des mesures raisonnables visant à empêcher la réalisation du risque.

iii) Les affaires *Volodina c. Russie* et *Kurt c. Autriche*

Les affaires ayant suivi l'arrêt *Talpis c. Italie* présentent un bilan quelque peu 930 mitigé. Sur le plan linguistique, la Cour est revenue à la formule utilisée dans le test Osman classique, à savoir qu'il faut un risque réel et imminent (ou

³³¹⁰ Voir *supra*, nos 810, 898.

³³¹¹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. part. diss. EICKE, § 11.

³³¹² Voir déjà *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, § 134.

³³¹³ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. part. diss. EICKE, §§ 2–8.

³³¹⁴ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122.

immédiat)³³¹⁵. Sur le fond, toutefois, la Cour accepte que le « test Osman » doive être appliqué avec une certaine flexibilité et en tenant compte des circonstances particulières des violences domestiques³³¹⁶. Ce principe est désormais établi dans la jurisprudence³³¹⁷. L'arrêt de Grande Chambre *Kurt c. Autriche* fournit par ailleurs des précisions détaillées sur la manière dont ces spécificités doivent être comprises³³¹⁸. Néanmoins, la Cour n'en tire pas toujours les conséquences dans le cas d'espèce³³¹⁹.

931

L'arrêt *Volodina c. Russie* est quelque peu ambigu sur la question du risque déclenchant l'obligation de prendre des mesures opérationnelles³³²⁰. D'une part, la Cour réitère le « test Osman » classique, y compris le critère de l'imminence, à plusieurs reprises dans l'arrêt³³²¹. D'autre part, la Cour se réfère à l'arrêt *Talpis c. Italie* pour réaffirmer que le risque déclenchant l'obligation positive doit être apprécié en tenant compte de la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques, en particulier « de la récurrence d'épisodes successifs de violences » et de la vulnérabilité des victimes de violences domestiques³³²². À cet égard, la Cour se réfère également aux considérations du comité CEDEF, qui avait explicitement considéré que le risque ne devait pas être imminent³³²³. L'analyse du cas d'espèce, quant à elle, renforce l'impression que le critère appliqué en l'occurrence était plutôt celui du risque présent, mais pas forcément imminent, notamment au vu de l'espacement des plaintes formelles de la requérante, déposées le 25 janvier, 18 mai, 30 juillet et 1^{er} août 2016 et les 12 et 21 mars 2018³³²⁴. Précisons toutefois que l'obligation préventive porte ici sur des atteintes à l'article 3 de la Convention, et non sur le droit à la vie. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants se

³³¹⁵ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 72 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 77, 86–87 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 158–160, 164, 168, 177, 190.

³³¹⁶ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 77, 86–87 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 175–176.

³³¹⁷ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 167–176 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 52–54 ; voir déjà *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122.

³³¹⁸ Voir en particulier *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 167–176.

³³¹⁹ Voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, § 5.

³³²⁰ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 86–91.

³³²¹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 77, 86, 87.

³³²² *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019 § 86 (notre traduction).

³³²³ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 56, 98 ; voir aussi *idem*, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE/DEDOV, §§ 11–12.

³³²⁴ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 87.

prête moins à une application dogmatique du « test Osman », les obligations d'enquête et de prévention et protection se confondant partiellement³³²⁵.

Portant cette fois-ci sur le droit à la vie, l'affaire *Kurt c. Autriche* a donné lieu à un arrêt de Chambre en 2019 et à un arrêt de Grande Chambre en 2021³³²⁶. Les faits de l'affaire *Kurt c. Autriche* se présentent comme suit³³²⁷. La requérante avait subi des violences de la part de son mari pendant des années, celui-ci ayant déjà été condamné en 2011 sans que les violences s'arrêtent pour autant. En mai 2012, elle évoque la possibilité de se séparer de son mari, la situation dégénère, il la bat, la menace et la viole. Trois jours après, elle dépose une demande en divorce et dénonce son mari à la police pour viol et agression. Entendues de suite, tant la requérante que ses deux enfants avaient témoigné que le mari les frappait régulièrement ; pendant une période de deux mois, il menaçait presque quotidiennement d'infliger d'autres violences à sa conjointe et de tuer les enfants ou de se suicider³³²⁸. Trois jours plus tard, le mari se rend à l'école, demande à sortir son fils de la classe et, au sous-sol de l'école, il tue son fils d'une balle dans la tête avant de se suicider³³²⁹. Rappelant le critère du risque réel et imminent, la Chambre estime que les autorités ne pouvaient pas prévoir un tel risque pour la vie des enfants de la requérante³³³⁰.

La Grande Chambre confirme cette appréciation, mais précise les critères et exigences applicables en la matière³³³¹. La Cour établit notamment que les autorités doivent réagir immédiatement aux allégations de violences domestiques et procéder à une évaluation des risques « autonome, proactive et exhaustive »³³³². L'autonomie et la proactivité font notamment référence au fait que les autorités doivent recueillir de leur propre initiative toutes les informations pertinentes par rapport à l'affaire et aux divers facteurs de risque présents en l'espèce³³³³ et se faire « leur propre appréciation » du danger, la

³³²⁵ Voir *supra*, nos 913–915.

³³²⁶ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021.

³³²⁷ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, §§ 5–31 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 12–44.

³³²⁸ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 72.

³³²⁹ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, §§ 22, 25, 76–79.

³³³⁰ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 76.

³³³¹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 167–176, 191–213.

³³³² *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 172.

³³³³ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 169–170.

perception de la victime ne constituant qu'un « point de départ »³³³⁴. À ce propos, le comportement de la victime ne peut en aucun cas excuser l'inertie ou le manque d'action des autorités³³³⁵. L'exhaustivité signifie tenir compte de l'ensemble des facteurs de risque, par rapport à chacune des personnes concernées ; cet élément rappelle l'obligation d'analyse globale ou holistique de la situation que nous avons évoquée précédemment³³³⁶. À cet égard, la Cour précise que le recours à des outils standardisés comme des listes de contrôle peut aider, mais n'est pas forcément indispensable³³³⁷ ; dans tous les cas, des procédés standardisés ne dispensent pas les autorités de procéder à une analyse individualisée du cas d'espèce³³³⁸. L'analyse des risques doit tenir compte des spécificités des violences domestiques³³³⁹. Sur ce point, la Grande Chambre insiste notamment sur le caractère cyclique des violences domestiques, souvent d'intensité croissante, et les risque d'escalade³³⁴⁰. Elle en déduit aussi que, dans le cadre des violences domestiques, le « test Osman » doit être appliqué avec « davantage de flexibilité »³³⁴¹. Au passage, la Cour indique également des éléments à visée structurelle, comme les mesures visant à former et sensibiliser les membres des autorités et forces de l'ordre aux violences domestiques³³⁴².

934 Précisant le « test Osman », l'arrêt de Grande Chambre présente ainsi de manière détaillée les exigences spécifiques aux violences domestiques, avec des suggestions largement inspirées de la Convention d'Istanbul et du travail du

³³³⁴ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 169–170. Ces considérations ne sont pas exemptes d'ambiguïté. D'une part, ce principe désavoue certaines affirmations critiquables de la Chambre, comme le fait que la requérante n'aurait elle-même pas considéré le danger comme légal dans la mesure où elle a attendu trois jours avant de porter plainte (*Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 79). D'autre part, le fait de ne pas accorder un poids suffisant à la perception du danger par la victime crée un danger de minimiser le danger lui-même, comme l'indiquent diverses affaires (voir p. ex. *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 80–85 ; voir aussi *infra*, nos 964–987). De plus, divers éléments que la Cour lit comme indices que la victime ait sous-estimé le danger pourraient très bien s'expliquer par d'autres facteurs. Par exemple, le fait qu'une victime retire une plainte ne signifie pas nécessairement qu'elle estime ne plus être en danger (cf. p. ex. *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 107–125).

³³³⁵ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 170.

³³³⁶ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 171, 173 ; voir aussi *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 86.

³³³⁷ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 172. À propos de l'importance de ce type d'outils, voir aussi *idem*, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELŐSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 9–11, renvoyant aussi aux tierces interventions.

³³³⁸ Voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. conc. KOSKELO, LUBARDA, RAVARANI, KUCSKO-STADLMAYER, POLACKOVA, ILIEVSKI, WENNERSTRÖM, SABATO, § 6.

³³³⁹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 164, 175, 176.

³³⁴⁰ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 175, 176.

³³⁴¹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 176. La Cour se réfère notamment à l'arrêt *Talpis c. Italie* précité (*Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122).

³³⁴² *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 164, 172.

Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO)³³⁴³. Ces développements théoriques plus que bienvenues permettent de clarifier les obligations étatiques en la matière. En revanche, l'interprétation concrète que la Cour en fait dans le cas d'espèce laisse à désirer. Précisons à cet égard que le constat de non-violation, favorisé par une majorité de dix juges sur dix-sept, était loin de faire l'unanimité³³⁴⁴.

En effet, divers éléments mettent en doute l'évaluation du risque effectué par les autorités. Ainsi, tout en relevant le caractère cyclique des violences domestiques, les autorités ont failli percevoir l'intensification des violences vécues par la requérante entre 2010 et 2012³³⁴⁵. De plus, elles n'ont pas accordé un poids suffisant à plusieurs incidents survenus peu avant l'homicide, minimisant la gravité du viol en l'absence de lésions gynécologiques, faisant preuve d'une « conception obsolète du viol »³³⁴⁶ ou ne reconnaissant pas la strangulation comme signe avant-coureur de l'escalade des violences³³⁴⁷. Les juges dissidentes énumèrent en détail divers facteurs de risque auxquels les autorités ont attaché peu d'importance³³⁴⁸. Elles critiquent aussi, à juste titre selon nous, le poids indu que les autorités ont accordé à des éléments comme le fait que l'auteur des violences était calme face à la police et poli avec les autres parents d'élève, que toutes les violences avaient eu lieu au domicile ou encore que la requérante avait attendu trois jours avant de porter plainte pour viol³³⁴⁹. Considérer ce dernier élément comme indice du manque de gravité d'une situation est particulièrement choquant au vu de la difficulté reconnue pour les victimes de violences domestiques de porter plainte³³⁵⁰, ce qui constitue par

935

³³⁴³ Voir en particulier les articles 51 et 52 de la Convention d'Istanbul ainsi que les passages du rapport du GREVIO à l'égard de l'Autriche cités dans *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 75–90.

³³⁴⁴ À ce propos, voir en particulier *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL.

³³⁴⁵ Voir déjà *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, op. diss. HÜSEYNOV, § 4.

³³⁴⁶ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, § 19.

³³⁴⁷ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 200 ; voir aussi *idem*, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 18–20.

³³⁴⁸ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 18–22 ; voir aussi *idem*, op. diss. ELÓSEGUI, §§ 2–20.

³³⁴⁹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 18–22 ; voir aussi *idem*, op. diss. ELÓSEGUI, § 27.

³³⁵⁰ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 60 ; *Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020, § 69. À ce propos, certains développements dans l'arrêt de Chambre détonnent avec la jurisprudence de la Cour (voir en particulier *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, §§ 70, 72 79).

ailleurs un des éléments de vulnérabilité des victimes de violences domestiques³³⁵¹.

936 Si certains de ces éléments concernent davantage le risque encouru par la requérante, les enfants ont également été la cible de violences et fait l'objet de menaces de mort que la requérante considérait comme sérieuses³³⁵². À cela s'ajoute que la demande en divorce, la dénonciation à la police et les témoignages de la requérante elle-même et des enfants contre l'agresseur indiquent que celui-ci était en train de perdre le contrôle sur sa famille, un élément qui a régulièrement été identifié comme élément déclencheur de violences fatales³³⁵³. De plus, les juges dissidents soulignent à juste titre que l'évaluation du risque doit porter sur l'ensemble des personnes impliquées, les violences domestiques se caractérisant justement par leur effet sur les divers membres de la cellule familiale³³⁵⁴. À ce propos, relevons encore que la Cour elle-même précise qu'il « arrive que les agresseurs voient dans les violences, y compris mortelles, infligées aux enfants faisant partie du ménage le moyen ultime de punir leur partenaire »³³⁵⁵.

937 Il découle de l'ensemble de ces éléments que, sans le bénéfice du recul³³⁵⁶ et avec les faits dont disposaient les autorités à l'époque, celles-ci auraient pu conclure à l'existence d'un risque réel et immédiat pour la vie des enfants de la requérante propre à déclencher l'obligation de prendre les mesures adéquates, un aspect que nous examinerons ci-dessous³³⁵⁷. En niant l'existence d'un tel risque, la majorité de la Grande Chambre n'a pas pleinement tiré les conséquences des principes développés dans la partie théorique du jugement, notamment l'obligation d'apprécier les faits à l'aune des spécificités des violences domestiques et de procéder à une évaluation globale et même *exhaustive* des risques. Le constat de non-violation de la Grande Chambre

³³⁵¹ Voir *supra*, nos 875–877.

³³⁵² Plusieurs affaires témoignent de l'importance à accorder aux menaces dénoncées par la victime et montrent que celles-ci doivent être vérifiées (voir *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 200 et les réf. cit.). À propos des dangers lorsque les autorités substituent leur propre perception du danger à celle de la victime, voir aussi *supra*, note 3334.

³³⁵³ Voir *supra*, n° 810 ; voir aussi RATNIEC. Sur l'utilisation des violences domestiques comme un moyen d'exercer le pouvoir, voir *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 55.

³³⁵⁴ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 9–11 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. ELÓSEGUI, § 18.

³³⁵⁵ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 163.

³³⁵⁶ À propos de la question du « bénéfice du recul » ou « biais rétrospectif » (*hindsight bias*), voir *infra*, n° 943.

³³⁵⁷ Voir *infra*, nos 942–954.

contraste ainsi avec les conclusions dans l'affaire *Tkheldidze c. Géorgie*³³⁵⁸. Appliquant les principes explicités dans l'arrêt *Kurt c. Autriche*, l'arrêt *Tkheldidze c. Géorgie* interprète, lui, les faits à l'aune des spécificités des violences domestiques, précisant notamment que les violences culminant en le décès de la victime devaient être analysées comme une seule « situation continue » et non pas des épisodes individuels et séparés³³⁵⁹. De plus, l'arrêt précise qu'« en présence d'une situation durable de violence domestique, il n'y a guère de doute quant au caractère immédiat du danger dans lequel se trouve la victime »³³⁶⁰.

d) Appréciation

Dans ce qui précède, nous avons examiné l'évolution jurisprudentielle relative au premier volet du « test Osman », à savoir que les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance d'un risque réel et imminent. Nous nous sommes en particulier attardées sur la question de l'imminence du risque. À cet égard, nous avons vu que le critère ne paraît pas adapté à la situation spécifique des violences domestiques, qui se caractérise notamment par une proximité entre victime et perpétratrice, par la continuité ou répétition des violences et par le risque que celles-ci dégénèrent. Ces éléments font que l'exigence d'un risque immédiat pour déclencher l'obligation de prendre des mesures préventives rend cette protection inefficace, voire illusoire. 938

Malgré ces critiques, la Cour continue à s'attacher au critère de l'imminence. Néanmoins, en parallèle, une obligation positive plus poussée, basée notamment sur des considérations de vulnérabilité, émerge. Ainsi, plusieurs arrêts établissent que le critère de l'imminence doit s'apprécier à l'aune des spécificités des violences domestiques, en tenant notamment compte de deux facteurs de vulnérabilité identifiés plus haut : les violences passées et le risque de récidive particulièrement élevé dans ce contexte. À ce propos, la jurisprudence détaille l'obligation positive de procéder à une évaluation autonome, proactive et exhaustive des risques qui se posent. Cette obligation signifie notamment tenir compte de l'ensemble des facteurs de risque qui pourraient se poser, par exemple à l'aide d'outils standardisés d'évaluation des risques. 939

³³⁵⁸ *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021.

³³⁵⁹ *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 53 (nous traduisons).

³³⁶⁰ *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 53 (nous traduisons).

Le critère « Osman » s'est donc modifié pour ce qui concerne les violences domestiques. Or, une application « élastique » et quelque peu obscure du critère de l'imminence n'est pas satisfaisante. Il serait donc temps de l'abandonner expressément et d'établir un « test Osman » modifié, applicable spécifiquement aux questions de violences domestiques.

940 Quel est alors le test qui devrait être appliqué ? Nous avons vu que l'arrêt *Talpis c. Italie* propose le critère d'une « menace réelle pour laquelle on ne pouvait pas exclure une mise en exécution imminente »³³⁶¹, un critère auquel l'arrêt *Kurt c. Autriche* se réfère également³³⁶². Quelque peu alambiquée, cette formulation ne représente qu'une concession minimale à la spécificité des violences domestiques et ne constitue donc pas une adaptation suffisante. Sara DE VIDO propose alors de retenir le critère du « risque réel et présent », qui séduit par sa simplicité³³⁶³. Or, interprétée de manière trop restrictive, l'exigence d'un risque présent se rapproche considérablement de celle d'un risque imminent³³⁶⁴. Pour éviter cela, nous proposons de ne retenir que le critère du risque réel dans le contexte des violences domestiques. Comme nous l'avons indiqué plus haut, nous estimons que le caractère réel du risque englobe à la fois son existence objective et une certaine ampleur³³⁶⁵. Cela ne signifie pas abandonner tout facteur temporel : pour exister de manière objective, un risque présente nécessairement une certaine proximité temporelle avec son éventuelle réalisation.

941 Concrètement, l'obligation positive de prendre des mesures préventives devrait être déclenchée dès que les autorités disposent d'indices objectifs d'un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique et psychique. À cet égard, il est particulièrement important d'analyser les violences domestiques comme des

³³⁶¹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 122 ; voir aussi *supra*, n° 929.

³³⁶² *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 176.

³³⁶³ DE VIDO, *Interpretative tool*, pp. 64–65.

³³⁶⁴ Voir p. ex. DE VIDO, *Interpretative tool*, p. 65. Cette auteure cite le fait que la requérante a appelé la police dans la nuit de la tragédie fatale pour conclure à l'existence d'un risque présent : or, cet élément pourrait aussi permettre de conclure à un risque imminent. La proximité, voire confusion, entre un danger imminent et un danger réel peut également être vue dans un contexte très différent, à savoir celui du « clear and present danger »-test créé par la Cour suprême états-unienne pour déterminer les limites à la liberté d'expression, mais qui a dépassé ce cadre-là pour entrer dans le vocabulaire juridique plus général, voire dans le vocabulaire quotidien (LAYCOCK, pp. 161–162), les termes « présent » et « imminent » allant souvent de pair, le second étant parfois utilisé pour définir le premier (KENDRICK, pp. 1658–1659, 1662 ; LAYCOCK, p. 168). À propos de ce test, de ces origines et de son utilisation actuelle, voir p. ex. KENDRICK, pp. 1653–1667 ; LAYCOCK, pp. 161–181.

³³⁶⁵ Voir *supra*, n° 906.

situations continues plutôt que des incidents isolés et de ne pas sous-estimer les menaces d'atteinte à la vie, connaissant la « récurrence et l'aggravation inhérente à la plupart [des] cas [de violences domestiques] »³³⁶⁶. Une interprétation large du critère du risque est nécessaire pour garantir une prévention et une protection efficaces ; elle est d'autant plus justifiée qu'il ne s'agit ici que de la première étape du « test Osman », à savoir l'élément qui déclenche l'obligation de prendre des mesures raisonnables.

3) L'obligation de prendre les « mesures raisonnables »

À partir du moment où les autorités avaient – ou auraient dû avoir – 942 connaissance d'un risque réel et imminent – ou présent, selon ce que nous venons de voir –, elles ont l'obligation de prendre toutes les « mesures raisonnables qui auraient eu une chance réelle de changer le cours des événements ou d'atténuer le préjudice causé »³³⁶⁷. Cette obligation est à la fois plus large et plus étroite qu'on ne pourrait penser à première vue : plus large, parce qu'elle n'implique pas de lien de causalité direct entre les omissions de l'État et les atteintes qui ont eu lieu³³⁶⁸ ; plus étroite, parce que la survenance du préjudice ne constitue pas à elle seule un manquement à l'obligation positive en question³³⁶⁹. Ainsi, il arrive que la Cour conclue que l'État a respecté ses obligations positives de prendre des mesures opérationnelles même si le risque s'est matérialisé³³⁷⁰.

L'obligation de prendre des mesures raisonnables – comme celle de procéder 943 à une enquête – n'est donc en principe pas une obligation de résultat, mais une

³³⁶⁶ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, op. diss. HÜSEYNOV, § 4.

³³⁶⁷ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 136 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 45 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 121 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 177–178. À propos de ce critère, voir LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 158–166 ; STOYANOVA, *Causation*, pp. 338–339.

³³⁶⁸ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 136. À propos de la question de causalité, voir en particulier *E. et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 33218/96, 26 novembre 2002, § 41 et *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, § 149, rejetant explicitement le critère *sine qua non* ou *but for*, à savoir que « sans les manquements de l'État les mauvais traitements n'auraient pas eu lieu » ; voir aussi *Osman c. Royaume-Uni*, requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, §§ 107, 116. Pour une discussion, voir LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 140–145 (p. 143 pour quelques nuances) ; STOYANOVA, *Causation*, p. 316.

³³⁶⁹ STOYANOVA, *Due diligence*, p. 107.

³³⁷⁰ Voir p. ex. *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, §§ 67–76, où la Cour estime à la fois que les autorités ont pris toutes les mesures raisonnables et qu'elles ne pouvaient prévoir l'existence d'un risque réel et immédiat, fondant ainsi les deux étapes du « test Osman » en une seule. L'arrêt de Grande Chambre, quant à lui, distingue clairement les deux éléments dans la présentation des principes jurisprudentiels (voir *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 167–176 et 177–189).

obligation de moyens³³⁷¹. La distinction entre les deux doit toutefois être relativisée à la lumière de la jurisprudence : en effet, pour déterminer si les autorités ont rempli leur obligation positive, la Cour tient également compte de l'effet des mesures prises, à savoir si elles ont réellement empêché de nouvelles violences³³⁷². La distinction entre obligation de moyens et de résultat s'en trouve passablement brouillée ; toutefois, ce raisonnement s'explique par la nécessité de garantir l'effectivité des droits conventionnels tout en laissant une marge d'appréciation aux États, notamment quant au choix des mesures à prendre³³⁷³. Par ailleurs, la Cour doit veiller à analyser le cas d'espèce à la lumière des faits tels qu'ils se présentaient aux autorités au moment de leur décision et éviter tout biais rétrospectif (*hindsight bias*)³³⁷⁴.

944 En effet, traditionnellement, la Cour fait preuve d'une certaine retenue quant à la détermination des mesures raisonnablement exigibles des autorités. Ainsi, elle a souligné à de nombreuses reprises que cette obligation doit être interprétée « de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »³³⁷⁵. Elle est particulièrement attentive au fait que ce n'est pas son rôle de se substituer aux autorités internes, auxquelles revient en principe le choix des mesures à prendre³³⁷⁶. En même temps, la Cour doit veiller à l'effectivité des droits garantis par la Convention et garantir une prévention et une protection efficaces aux « personnes vulnérables [...] » dont font partie les

3371 LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 155–157 ; STOYANOVA, *Due diligence*, p. 107.

3372 *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 83 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 167 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 53 ; *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, §§ 74–77 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 86.

3373 BREMS, *Subsidiarity*, p. 213 ; KLATT, pp. 715–717 ; LAVRYSEN, *Scope*, pp. 167–168.

3374 En français, la Cour parle notamment du « bénéfice du recul ». En lien avec les violences domestiques, voir *Bljakaj et autres c. Croatie*, requête n° 74448/12, 18 septembre 2014, § 122 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. part. diss SPANÓ, § 16 ; *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 69 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 160, 195, 204 ; voir aussi *idem*, op. conc. KOSKELO, LUBARDA, RAVARANI, KUCSKO-STADLMAYER, POLACKOVA, ILIEVSKI, WENNERSTRÖM, SABATO, § 11 ; *idem*, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELÓSEGUI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 34, 39. Voir aussi, dans le contexte d'abus commis sur des enfants, *O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014, § 143 ; *idem*, op. conc. ZIEMELE, §§ 1–11.

3375 *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, § 50 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 129 ; *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, § 48 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 101 ; *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 64 ; voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, pp. 177–179 ; STOYANOVA, *Due diligence*, p. 122.

3376 *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013, §§ 76, 85 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 44 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 37, 45 ; *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 59 ; voir aussi LAVRYSEN, *Positive State*, p. 156.

victimes de violences domestiques »³³⁷⁷. Comme nous l'avons vu plus haut, la vulnérabilité est un facteur limitant la marge d'appréciation des États³³⁷⁸.

Afin de trouver cet équilibre fragile, la première étape du raisonnement de la Cour est généralement de vérifier si les autorités ont appliqué le droit interne et pris les mesures prescrites par celui-ci³³⁷⁹. Il est en effet possible que la passivité des autorités contrevienne au cadre juridique interne, qui les oblige généralement à prendre un certain nombre de mesures³³⁸⁰. L'affaire *Kontrová c. Slovaquie* l'illustre bien : tout d'abord, la Cour passe en revue les obligations imposées par le cadre législatif et administratif interne, comme enregistrer la plainte de la requérante, engager immédiatement des poursuites pénales contre son agresseur, consigner les appels d'urgences et avertir l'équipe suivante de la situation et des risques et enquêter sur la possession d'une arme à feu de l'agresseur³³⁸¹. Ensuite, constatant que la police n'a pris aucune de ces mesures, mais, au contraire, a découragé la requérante à entreprendre des démarches supplémentaires, la Cour conclut que celle-ci a manqué à ses obligations positives³³⁸². La non-conformité au droit interne est peut-être la voie la plus facile pour conclure que les autorités n'ont pas pris toutes les mesures raisonnables³³⁸³. À l'inverse, la conformité de la conduite des autorités au droit interne ne suffit pas pour conclure que celles-ci ont pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elles³³⁸⁴.

L'exécution effective des mesures ordonnées est un autre point qui pose régulièrement problème. Dans l'affaire *A. c. Croatie*, par exemple, les tribunaux internes compétents avaient ordonné une série de mesures à l'encontre de l'agresseur, jamais révoquées, dont des amendes, un traitement psychosocial et une peine privative de liberté. Or, aucune de ces mesures n'avait été exécutée³³⁸⁵. Dans les affaires *Eremia c. République de Moldova* et *Mudric c.*

³³⁷⁷ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 92 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 99. Voir aussi *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 159 ; *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 7 mai 2014, § 58 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 76.

³³⁷⁸ Voir *supra*, note 221.

³³⁷⁹ Pour une analyse du critère de la légalité en lien avec les obligations positives opérationnelles, voir aussi LAVRYSEN, *Scope*, pp. 170–171 ; STOYANOVA, *Causation*, pp. 332–334.

³³⁸⁰ *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, § 53 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 59.

³³⁸¹ *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, § 53.

³³⁸² *Kontrová c. Slovaquie*, requête n° 7510/04, 31 mai 2007, § 54.

³³⁸³ LAVRYSEN, *Positive State*, p. 145 ; STOYANOVA, *Causation*, p. 332.

³³⁸⁴ STOYANOVA, *Causation*, p. 334.

³³⁸⁵ *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, § 78.

République de Moldova, plusieurs ordonnances de protection sont restées sans effet, sans que les autorités réagissent ou prennent des mesures additionnelles³³⁸⁶. Dans l'affaire *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, la Cour critique le traitement négligent de la demande de mesures de protection, y compris des retards, l'absence de sa mise en œuvre, puis sa suspension, en violation des obligations incombant aux autorités en vertu du droit national³³⁸⁷. Dans l'affaire *Halime Kiliç c. Turquie*, les longs délais de notification des ordonnances de protection (dix-neuf jours pour la première, huit semaines pour la seconde) et l'absence de toute sanction pour le non-respect rendaient les ordonnances de protection inefficaces³³⁸⁸. Dans toutes ces situations, la Cour a conclu que les autorités n'ont pas pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elles et, partant, ont manqué à leurs obligations positives.

947 Néanmoins, l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables ne se limite pas au respect et à l'application effective du droit interne. Les autorités doivent apprécier la situation concrète et prendre les mesures qui s'imposent au vu de celle-ci, en tenant dûment compte de la situation particulièrement vulnérable des victimes de violences domestiques³³⁸⁹. À ce propos, nous avons déjà indiqué que la Cour estime que les autorités doivent « apprécier la situation » en tenant compte de la vulnérabilité « particulière, morale, physique et matérielle » des victimes de violences domestiques³³⁹⁰ ; elles doivent également leur offrir un « accompagnement approprié »³³⁹¹.

948 Les mesures à prendre dépendent donc du risque concret encouru par une victime de violences domestiques, à l'aune des facteurs de risque spécifiques à son cas. Ainsi, le risque d'actes « de vengeance » liés au dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation peut rendre nécessaires des mesures préventives plus

³³⁸⁶ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 62 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 62. Par ailleurs, dans l'affaire *Mudric*, il a fallu presque une année avant que les autorités soumettent l'ex-mari à un examen psychiatrique, qui a finalement permis de l'obliger à suivre un traitement.

³³⁸⁷ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 59.

³³⁸⁸ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 95–100, 119.

³³⁸⁹ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 115, 130.

³³⁹⁰ Voir *supra*, n° 922.

³³⁹¹ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 115 (article 2 CEDH) ; voir aussi, avec une formulation quasiment identique, *idem*, § 130 (article 3 CEDH) ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 174.

poussées³³⁹². L'étendue des mesures à prendre dépend de la gravité du risque : un risque d'atteinte à la vie justifie des mesures plus contraignantes et plus intrusives qu'un risque d'atteinte à la « seule » intégrité physique ou psychique³³⁹³. Rappelons toutefois que le seuil pour présumer l'existence d'un risque à la vie ne devrait pas être trop élevé, tenant compte du risque d'escalade typique des violences domestiques³³⁹⁴. Par ailleurs, dans la définition des mesures concrètes à prendre, l'imminence du risque peut également jouer un certain rôle, certaines mesures étant, par définition, de courte durée – une détention préventive, par exemple, constitue une atteinte importante aux droits de tierces personnes et n'est ainsi possible que dans des cas graves, comme mesure de dernier recours, et pour un laps de temps très court³³⁹⁵.

Parmi ces mesures figurent notamment l'enregistrement de la déposition, l'ouverture et la conduite efficace et diligente d'une enquête³³⁹⁶ ; l'éloignement du foyer familial ou de la victime de l'agresseur à travers des interdictions de domicile, de périmètre ou de contact³³⁹⁷ ; ou encore la détention préventive, lorsque la gravité de la situation l'exige³³⁹⁸, tout en précisant que celle-ci constitue une mesure de dernier recours³³⁹⁹. Des mesures de ce type sont non seulement prévues par la plupart des législations européennes, mais également préconisées par divers instruments internationaux auxquels la Cour se réfère régulièrement, avant tout la Convention d'Istanbul³⁴⁰⁰. La Cour a également indiqué la pertinence de mesures tendant par exemple à accompagner l'auteure

949

³³⁹² Les autorités auraient par exemple dû tenir compte de ce risque dans l'affaire *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017 ; au sujet de ce risque, voir aussi BROWNRIDGE, *Vulnerable Populations*, pp. 88–95.

³³⁹³ STOYANOVA, *Due diligence*, p. 106 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 183, 209.

³³⁹⁴ Voir *supra*, n°s 806, 810.

³³⁹⁵ COUR EDH, Guide sur l'article 5, §§ 83–84 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 183–189.

³³⁹⁶ Au sujet des obligations d'enquête, voir *supra*, n°s 891–898.

³³⁹⁷ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 148 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 57 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 774839/10, 16 juillet 2013, §§ 52–55 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 66 ; *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 70 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 88.

³³⁹⁸ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 147 ; *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 64 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 95–100, 119 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, op. sép. PINTO DE ALBUQUERQUE/DEDOV, §§ 16–17, 20.

³³⁹⁹ Voir en particulier *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 182–190.

³⁴⁰⁰ *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 83 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 148 ; *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 83 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 57–58, 88 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 180–181, 197 ; voir aussi D'URSEL, pp. 42–43.

de violences et l'amener vers un comportement non violent³⁴⁰¹. L'obligation d'accompagner les victimes implique de les informer de l'issue de l'évaluation des risques et lui indiquer ses possibilités d'action, légales ou factuelles (comme l'existence de maisons d'accueil)³⁴⁰². En revanche, la Cour n'a pas reconnu un droit de la victime à être informée de la libération de l'auteur des violences³⁴⁰³. Un tel droit pourrait pourtant jouer un rôle préventif important, notamment au vu du fait que les violences domestiques sont également commises par des ex-partenaires³⁴⁰⁴. Il pourrait également jouer un rôle *encapacitant*, permettant à la victime de mieux apprécier sa situation et de prendre des dispositions préventives.

950 Toutefois, l'aspect qui est peut-être le plus important – et qui a le plus souvent posé problème dans les affaires précitées – est que les autorités doivent faire preuve d'une attitude proactive lorsqu'elles sont confrontées à une situation de violences domestiques. Ainsi, elles doivent prendre des mesures de leur propre initiative et ne peuvent pas justifier leur passivité par l'absence de plainte formelle, ou le retrait d'une telle plainte, par la victime³⁴⁰⁵. Cet aspect met en lumière la relation étroite avec les obligations d'enquête, qui remplissent également une fonction préventive³⁴⁰⁶. Par ailleurs, l'action doit être aussi prompte que possible³⁴⁰⁷ et les mesures doivent revêtir un caractère dissuasif et être efficaces, ce qui implique aussi un suivi de la part des autorités et une sanction en cas de non-respect³⁴⁰⁸. Enfin, l'obligation d'offrir un « accompagnement approprié »³⁴⁰⁹ implique aussi d'informer les victimes de leurs options quant à la procédure et quant à d'autres aspects, comme l'existence

³⁴⁰¹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 181.

³⁴⁰² *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 174.

³⁴⁰³ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014, § 72. Pour une critique, voir McQUIGG, *Human rights issue*, p. 1018.

³⁴⁰⁴ BROWN, *Violence*, p. 40 ; BROWNRIDGE, *Vulnerable Populations*, pp. 54–95 ; RÖMKENS/LALAH, p. 83.

³⁴⁰⁵ Voir *supra*, nos 871–877.

³⁴⁰⁶ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 166–169 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 45 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 90 ; voir aussi *supra*, n° 894.

³⁴⁰⁷ *Kowal c. Pologne* (déc.), requête n° 21913/05, 2 décembre 2012, § 51 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 55 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, §§ 81, 95 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 114 ; voir aussi STOYANOVA, *Due diligence*, p. 122.

³⁴⁰⁸ Les sanctions doivent être rapides, dissuasives et efficaces, voir *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 57 ; *Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017, § 50.

³⁴⁰⁹ Voir *supra*, nos 895, 947.

et l'accessibilité de maisons d'accueil³⁴¹⁰. Ce dernier élément est primordial, puisqu'il permet à la victime de jouer un rôle plus actif, atténuant par ce biais le risque de paternalisme inhérent à certaines mesures de protection, et il serait intéressant que la Cour développe davantage cet aspect. À ce propos, la Convention d'Istanbul enjoint par exemple aux États de prendre des mesures facilitant l'accès à une assistance psychologique³⁴¹¹.

Lorsque les autorités ont agi rapidement et pris des mesures, la Cour a été plus réticente à conclure que celles-ci étaient insuffisantes, comme l'illustre tout particulièrement l'arrêt *Kurt c. Autriche*³⁴¹². Dans cette affaire, dont nous avons déjà présenté les faits³⁴¹³, la requérante a dénoncé son mari pour agressions, viol et menaces de mort envers leurs enfants. Les autorités ont ouvert une instruction pénale le jour même et ont immédiatement prononcé une interdiction de domicile à l'égard du mari³⁴¹⁴. En revanche, elles n'ont pas prononcé d'interdiction de périmètre – notamment autour de l'école des enfants –, cette mesure n'étant pas possible sans ordonnance temporaire d'un tribunal de district selon le droit autrichien en vigueur à l'époque des faits. Trois jours après la dénonciation, le mari se rend à l'école pendant les heures de cours, demande à voir son fils et le tue d'une balle dans la tête au sous-sol de l'école³⁴¹⁵. Il se pose alors la question de savoir si les autorités avaient pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elles au vu de la situation. Tant la Chambre que la Grande Chambre y répondent par l'affirmative³⁴¹⁶.

Or, nous pouvons nous demander si les autorités ont vraiment fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour parer au risque pour la vie des enfants de la requérante³⁴¹⁷. Précisons à cet égard que l'impossibilité, selon le droit interne, de prononcer une interdiction de périmètre n'empêche pas de

³⁴¹⁰ *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 60 ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, § 100 ; *Bâlşan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 83.

³⁴¹¹ Art. 20 de la Convention d'Istanbul. Dans le cadre de la Convention d'Istanbul, il s'agit d'obligations positives législatives.

³⁴¹² *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021.

³⁴¹³ Voir *supra*, nos 932–937.

³⁴¹⁴ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 70 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 41.

³⁴¹⁵ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, § 22 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 35.

³⁴¹⁶ *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019, §§ 67–76 ; *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, § 209.

³⁴¹⁷ Pour l'appréciation du risque pesant sur la requérante et ses enfants, voir *supra*, nos 932–937.

considérer qu'une telle mesure aurait été nécessaire, la même situation pouvant à la fois constituer un manquement aux obligations législatives et opérationnelles. Par ailleurs, d'autres mesures auraient été imaginables, comme le fait d'informer l'école du risque³⁴¹⁸. En effet, l'institutrice qui a permis au père de sortir de son fils de la classe pendant les cours n'avait aucune idée de la situation familiale, qu'il s'agisse des violences ou des menaces proférées par le père. Précisons à cet égard que la Cour juge que les diverses autorités impliquées ont l'obligation de se coordonner³⁴¹⁹. Ainsi, nous estimons que la Cour aurait pu se montrer plus exigeante, sans pour autant ôter aux autorités nationales le choix exact des mesures à prendre.

953 Les mesures pour les victimes se trouvent limitées non seulement par l'adage selon lequel il ne faut pas imposer un fardeau excessif aux autorités, mais aussi par les droits conventionnels des personnes auteurs des violences³⁴²⁰. Pour déterminer les mesures à prendre, les autorités doivent procéder à une pesée des intérêts, qui tient notamment compte de la gravité des atteintes – potentielles – aux divers droits conventionnels en jeu. Le premier principe que nous pouvons déduire de la jurisprudence est qu'une atteinte à la vie privée et familiale (article 8 CEDH) de l'agresseuse ne permet pas de justifier l'absence de mesures prises pour protéger la victime contre des violences domestiques. Ainsi, la Cour a jugé à de nombreuses reprises qu'une atteinte à la vie privée de la personne auteure de violences se justifiait par la nécessité de protéger la victime³⁴²¹. Les États ne peuvent donc pas non plus justifier leur passivité en considérant que les violences domestiques sont « une affaire de famille » ou en prétextant vouloir éviter des ingérences dans la vie privée et familiale³⁴²².

954 Les mesures doivent bien évidemment rester proportionnées³⁴²³. À cet égard, la Cour a par exemple tenu compte du fait qu'une éviction de l'appartement

³⁴¹⁸ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, op. diss. TURKOVIĆ, LEMMENS, HARUTYUNYAN, ELŐSEGI, FELICI, PAVLI, YÜKSEL, §§ 31–40 ; voir aussi RATNIECE à propos de l'arrêt de Chambre.

³⁴¹⁹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 174, 180.

³⁴²⁰ *Osman c. Royaume-Uni*, requête n° 23452/94, 28 octobre 1998, § 116 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 129 ; *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, § 48 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 101 ; voir aussi *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 182–190.

³⁴²¹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 144 ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 52 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, § 46 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 43 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 84.

³⁴²² *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n° 71127/01, 12 juin 2008, § 83 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 137, 147.

³⁴²³ LAVRYSEN, *Positive State*, p. 173.

conjugal ne préempte pas encore la décision sur l'attribution de la propriété de celui-ci pour conclure que la mesure était proportionnée³⁴²⁴. Plus généralement, la Cour a jugé que « dans les affaires de violences domestiques, les droits de l'agresseur ne peuvent l'emporter sur les droits des victimes à la vie et à l'intégrité physique et mentale »³⁴²⁵. La jurisprudence indique par ailleurs que la vulnérabilité de la victime est un élément dont il faut tenir compte dans la pesée des intérêts³⁴²⁶. Plus le danger est grave, plus une atteinte à d'autres droits conventionnels peut se justifier. Un risque imminent à la vie d'une requérante pourrait donc, dans certains cas, justifier une détention provisoire, malgré le fait que celle-ci constitue une restriction à la liberté (5 CEDH)³⁴²⁷. Toutefois, une telle mesure doit rester une *ultima ratio*³⁴²⁸, comme la Cour l'a rappelé encore dans l'affaire *Kurt c. Autriche*³⁴²⁹.

4) Appréciation

Dans cette section, nous avons examiné l'obligation positive de prendre des mesures opérationnelles de prévention et de protection, qui existe aussi bien en cas de risque d'atteinte à la vie qu'en cas de risque d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. Nous avons analysé en détail les deux volets du « test Osman » et son application dans le contexte des violences domestiques : le premier déclenche l'obligation positive, le second permet d'évaluer si les autorités l'ont remplie.

Concernant le premier volet, nous avons vu que la Cour applique les critères élaborés dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* : l'obligation existe dès lors que les autorités savaient ou auraient dû savoir de l'existence d'un risque réel et imminent. Nous avons vu que le critère de l'imminence pose des difficultés, puisqu'il limite indûment le champ d'application des obligations préventives. La jurisprudence répond partiellement à ces critiques, tendant vers une

955

956

³⁴²⁴ *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, §§ 46, 59.

³⁴²⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 147 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 123 ; *Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020, § 84 ; *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 49.

³⁴²⁶ *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010, § 50.

³⁴²⁷ COUR EDH, Guide sur l'article 5, § 84 ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. part. diss. EICKE, § 11 ; voir toutefois *idem*, op. part. diss. SPANÓ, § 13. La même chose vaut pour des atteintes graves à l'intégrité physique et psychique (COUR EDH, Guide sur l'article 5 CEDH, § 84 ; voir aussi *idem*, §§ 125–126, à propos de la détention d'une personne alcoolisée qui pose un risque).

³⁴²⁸ COUR EDH, Guide sur l'article 5, §§ 83–84.

³⁴²⁹ *Kurt c. Autriche* [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021, §§ 182–190.

redéfinition du risque nécessaire pour déclencher des obligations positives. Les autorités doivent notamment tenir compte du risque de répétition et d'aggravation. Ainsi, l'existence d'un risque réel et présent doit suffire et ce critère doit être interprété largement pour garantir l'effectivité des droits conventionnels face aux violences domestiques.

957 Ainsi, nous estimons que le second volet doit constituer l'élément central de l'analyse, à savoir déterminer si les autorités ont pris toutes les mesures raisonnablement exigibles pour prévenir le risque de nouvelles violences, voire d'atteinte à la vie. La délimitation des mesures raisonnables permet également de veiller à ne pas imposer un fardeau excessif aux autorités, et ne pas exiger l'impossible. Or, notre analyse a montré que bien souvent, le premier problème est déjà l'application du cadre législatif interne. En effet, dans bon nombre d'affaires analysées, les autorités ont négligé de prendre les mesures de protection prévues par le droit interne ou n'ont pas dûment exécuté des décisions judiciaires internes. Cet élément montre aussi que l'obligation de prendre des mesures raisonnables est avant tout une obligation de « due diligence », exigeant des autorités qu'elles procèdent à une évaluation du risque et qu'elles prennent rapidement des mesures proportionnelles à ce risque et qui soient aptes à empêcher sa matérialisation. À l'inverse, lorsque les autorités ont agi avec célérité et diligence, la Cour s'est montrée réticente – et parfois trop réticente – à constater un manquement aux obligations positives.

958 Les obligations positives de prévention revêtent une importance particulière dans le contexte des violences domestiques, en raison des spécificités de celles-ci qui placent leurs victimes dans une situation particulièrement vulnérable : la source et les cibles du risque sont connues, les victimes se trouvent en proximité immédiate de l'auteur des violences, les violences ont tendance à se répéter et s'aggraver dans le temps. Les obligations positives préventives sont ainsi cruciales pour garantir une protection effective contre les atteintes aux droits conventionnels. Ainsi, l'évolution jurisprudentielle tendant à y accorder plus d'importance est à saluer.

D. Synthèse et appréciation

Nous avons vu qu'il existe trois types d'obligations positives : adopter un cadre législatif adéquat, procéder à une enquête prompte et effective, prendre des mesures opérationnelles de protection et de prévention. 959

La première obligation a trait au cadre légal, qui doit permettre une prévention efficace contre les violences domestiques ainsi que la sanction de celles-ci. Les deux aspects vont de pair : le fait d'ériger les violences domestiques en infractions pénales permet non seulement de les punir, mais également de les prévenir, grâce à l'effet dissuasif attendu d'une telle législation. Afin de garantir l'efficacité du cadre juridique pénal, celui-ci doit également permettre une poursuite d'office des violences domestiques. Outre la criminalisation de ces violences, le cadre légal doit plus généralement prévoir des mesures préventives, comme des interdictions de périmètre ou de contact, et, plus généralement, constituer la base pour une réaction rapide des autorités. Néanmoins, dans la jurisprudence de la Cour, les obligations pénales constituent le cœur des obligations législatives, ce qui a parfois été critiqué. En effet, il serait souhaitable que la Cour concrétise davantage les obligations législatives qui ne relèvent pas du droit pénal, s'inspirant notamment de la Convention d'Istanbul. 960

La deuxième obligation positive consiste à procéder à une enquête prompte et effective dès lors que l'État est confronté à des indices de violences domestiques. Cette obligation pose régulièrement problème dans la jurisprudence et a mené à divers constats de violation. Un des plus grands problèmes est la passivité des autorités, qui tardent à ouvrir une enquête ou plus généralement à agir, ne prennent pas les mesures nécessaires pour établir correctement les faits ou, plus généralement, manquent de la diligence voulue dans la gestion des procédures. Parfois, cette passivité se base sur une attitude explicitement condescendante des autorités, ce qui constitue, de plus, une discrimination comme nous le verrons par la suite. 961

La troisième obligation positive est de prendre des mesures de prévention et de protection. C'est le cas lorsque les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance d'un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. Ce risque doit au moins être réel et présent : dans le 962

contexte des violences domestiques, une répétition des violences est très probable et les autorités doivent tenir compte de ce facteur dans leur analyse. La première obligation que les autorités ont dans ce contexte est d'analyser la situation avec la diligence voulue. Ensuite, elles doivent prendre les mesures qui s'imposent, celles-ci devant être proportionnées au risque. Quant au choix des mesures exactes, celui-ci tombe en principe dans la marge d'appréciation des États.

963

La vulnérabilité intervient à différents niveaux dans la création et définition de ces obligations positives. D'une part, la vulnérabilité générale de toutes les victimes de violences domestiques a permis de justifier leur établissement et d'étendre leur portée. D'autre part, la vulnérabilité accrue de certaines victimes renforce ces obligations positives. Par ailleurs, la Cour a précisé à plusieurs reprises que les États ont l'obligation de tenir compte de la vulnérabilité à diverses étapes de la procédure interne. Cela concerne par exemple le maintien d'une poursuite, l'évaluation du risque encouru par une requérante ou encore les mesures préventives à prendre dans un cas concret. Ces éléments sont nécessaires pour garantir une protection efficace des victimes, mais ils comportent également un risque de paternalisme. C'est particulièrement vrai pour les poursuites qui ont lieu d'office : celles-ci peuvent se justifier par la situation particulièrement vulnérable de la victime, mais n'échappent pas à un certain paternalisme. Cela risque d'enlever la possibilité aux victimes de requérir des mesures administratives préventives, de peur des conséquences pénales de leur action. À l'inverse, renoncer aux poursuites d'office peut conduire les conjointes violentes ou les autorités à faire pression sur les victimes pour qu'elles retirent leurs plaintes. Cet exemple montre qu'il est extrêmement difficile de trouver un équilibre entre autonomie des victimes et effectivité des droits conventionnels.

III. L'interdiction des discriminations

Dans bon nombre d'affaires relatives à des violences domestiques – mais de loin pas dans toutes³⁴³⁰ – la Cour a conclu à une violation de l'interdiction des discriminations consacrée à l'article 14 de la Convention³⁴³¹. Dans ce qui suit, nous examinerons les conditions qui doivent être remplies. La question principale est de savoir à quelles conditions un manquement aux obligations positives constitue une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention³⁴³².

Une première observation qui s'impose est que l'analyse sous l'angle de l'article 14 CEDH ne doit pas être confondue avec celle d'autres organes de protection des droits humains, avant tout le Comité CEDEF et le GREVIO. En effet, même si la Cour a décrété que, « pour définir la discrimination contre les femmes et en délimiter la portée, [elle] doit tenir compte [...] des dispositions des instruments juridiques spécialisés ainsi que des décisions rendues par les institutions juridiques internationales en matière de violence contre les

³⁴³⁰ Voir en particulier *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, §§ 94–104, avec une analyse détaillée réfutant l'existence d'une discrimination. Dans les affaires suivantes, la Cour n'évoque pas l'article 14 CEDH : *E.S. et autres c. Slovaquie*, requête n° 8227/04, 15 septembre 2009 ; *Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2011 ; *Y.C. c. Royaume-Uni*, requête n° 4547/10, 13 mars 2012 ; *Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013 ; *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013 ; *N.A. c. République de Moldova*, requête n° 3424/06, 24 septembre 2013 ; *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014 ; *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, 4 juillet 2019. Dans les affaires suivantes, la Cour conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'article 14 CEDH : *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 7 mai 2014, § 77 ; *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, §§ 50, 67–69.

³⁴³¹ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, §§ 199–202 (en lien avec les articles 2 et 3 CEDH) ; *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 85–90 (à l'égard de l'épouse, une des requérantes en l'espèce) ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 61–64 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 57–63 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, §§ 114–118 (sans se prononcer sur une éventuelle discrimination des femmes divorcées par rapport aux femmes mariées [*idem*, §§ 108 *in fine*, § 118]) ; *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 112–122 (en lien avec l'article 2 CEDH) ; *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 141–149 (en lien avec les articles 2 et 3 CEDH) ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 78–89 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 115–133 ; *Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020, §§ 78–83 ; *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, §§ 42–48 ; *Tkheldze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 54–60.

³⁴³² Rappelons toutefois que l'article 14 CEDH a une portée autonome : la Cour pourrait donc conclure à une violation de l'interdiction des discriminations même si elle parvient à la conclusion qu'aucun autre article substantiel de la Convention n'est violé (*Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 115 ; McQUIGG, Human rights issue, p. 1018).

femmes »³⁴³³, il existe des différences significatives entre ces instruments, ce qui se traduit notamment par des interprétations différentes de la notion de discrimination. Ainsi, le Comité CEDEF qualifie les violences domestiques non seulement de violences à l'égard des femmes, mais encore de discrimination en raison du genre³⁴³⁴. Cette reconnaissance sans équivoque s'explique pour des raisons structurelles, le Comité CEDEF n'étant compétent pour traiter des violences qu'à travers le prisme de l'égalité et de l'interdiction des discriminations ; néanmoins, elle montre aussi la relation étroite entre violences et égalité³⁴³⁵. À ce propos, Eleonor KLEBER explique que :

« [e]n amont, les rapports inégaux entre femmes et hommes permettent à la violence de s'exprimer plus facilement à l'égard des premières que des seconds. En aval, la violence pérennise les relations existantes de subordination des femmes à l'égard des hommes. Ainsi, un contexte de discrimination à l'égard des femmes et des filles engendre et favorise les violences et maintient les inégalités »³⁴³⁶.

966

La Convention d'Istanbul, quant à elle, définit les violences à l'égard des femmes – et donc aussi les violences domestiques à l'égard des femmes – de discriminations en raison du genre³⁴³⁷. En revanche, dans la jurisprudence de la Cour, le fait que les femmes soient touchées de manière disproportionnée par les violences domestiques – leur vulnérabilité structurelle – ne suffit pas pour conclure à une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention : encore faut-il que les autorités aient, d'une manière ou d'une autre, cautionné ces violences³⁴³⁸. Pour reprendre les termes de la Cour, le comportement des autorités doit consister « non pas en un simple manquement ou retard à traiter les faits de violence en question, mais en une *tolérance répétée* à l'égard de ces

³⁴³³ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 185 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 79 ; voir aussi *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 115 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 110.

³⁴³⁴ CEDEF, Recommandation générale n° 19, §§ 1, 7 ; CEDEF, Recommandation générale n° 35, § 21 ; voir aussi EDWARDS, pp. 179–183 ; HENN, pp. 35, 86–88 ; KLEBER, CEDEF, pp. 38–39 ; SOSA, pp. 65–70.

³⁴³⁵ HENN, pp. 35, 86–88 ; KLEBER, CEDEF, pp. 38–39 ; SOSA, pp. 65–70.

³⁴³⁶ KLEBER, CEDEF, p. 39.

³⁴³⁷ Art. 3 Convention d'Istanbul ; voir aussi CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, §§ 25–27, 40 ; NIEMI/VERDU SANMARTIN, pp. 79–81 ; SJÖHOLM, p. 413.

³⁴³⁸ SJÖHOLM, p. 407 ; SOSA, pp. 137–140.

faits », reflétant ainsi « une attitude discriminatoire envers l'intéressée en tant que femme »³⁴³⁹.

La question centrale est comment définir cette « tolérance répétée » – ce cautionnement – par les autorités. Deux tendances se dessinent dans la jurisprudence : certains arrêts font état d'une attitude explicitement discriminatoire des autorités vis-à-vis de la requérante (A). D'autres arrêts, toutefois, montrent qu'une telle attitude discriminatoire n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'une tolérance répétée de la part des autorités – et donc à une violation de l'article 14 de la Convention (B). Nous terminerons cette section par une brève appréciation (C).

A. L'attitude explicitement discriminatoire

Dans les affaires *Eremia c. République de Moldova, T.M. et C.M. c. République de Moldova* et *Bălșan c. Roumanie*, trois éléments étaient réunis³⁴⁴⁰ : tout d'abord, confrontées à des faits de violence, les autorités ont tardé à agir et n'ont pas pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elles³⁴⁴¹ ; ensuite, les autorités ont fait preuve d'une attitude condescendante envers les requérantes ou ont en tout cas minimisé les violences et le risque encouru par elles³⁴⁴² ; enfin, les requérantes ont soumis des rapports et statistiques attestant que le phénomène des violences domestiques ne recevait pas une attention adéquate de la part des autorités³⁴⁴³.

L'arrêt *Eremia c. République de Moldova* soulève plusieurs éléments qui concrétisent l'attitude passive et condescendante des autorités vis-à-vis de la

³⁴³⁹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 141 (nous soulignons) ; voir aussi, avec des formulations similaires, *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 89 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 62 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 62 ; *Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020, § 82 ; *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 51.

³⁴⁴⁰ Pour des analyses des deux premiers éléments, voir aussi PERONI, Talpis ; SOSA, pp. 137–140.

³⁴⁴¹ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 86–88 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 59–61 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 81–82.

³⁴⁴² *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 87–88 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 59 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 66–67, 81.

³⁴⁴³ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 37, 89 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 25, 62 ; *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 41, 45–46, 83–84.

requérante. Les tribunaux n'avaient pas répondu à sa demande de mesures protectrices et d'examen urgent de sa demande en divorce³⁴⁴⁴ ; la police semblait l'avoir poussée à abandonner la plainte pénale³⁴⁴⁵ ; les services sociaux, enfin, l'encouragèrent activement à se réconcilier avec son mari, affirmant qu'elle n'était « ni la première ni la dernière femme à être battue par son mari »³⁴⁴⁶. De plus, le mari de la requérante a bénéficié, à la suite de son aveu, d'une suspension de l'investigation pendant une année parce qu'il était très respecté par son entourage professionnel et social et ne constituait, aux yeux des autorités, pas un danger pour la société³⁴⁴⁷.

970 Dans l'affaire *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, l'attitude des autorités était moins ouvertement condescendante, mais consistait tout de même à minimiser la gravité de la situation de la requérante, en refusant notamment d'ouvrir une enquête pénale³⁴⁴⁸. En considérant que la situation n'était pas suffisamment grave en l'absence de blessures physiques durables, le ministère public a fait preuve d'incompréhension et de manque de prise au sérieux du phénomène des violences domestiques³⁴⁴⁹. À cela s'ajoutait le traitement négligent de la demande de mesures de protection (retards, absence de mise en œuvre de l'ordonnance de mesures de protection, puis suspension de cette dernière), en violation des obligations incombant aux autorités en vertu du droit national³⁴⁵⁰.

971 La question de l'impunité des auteurs de violences domestiques s'est posée avec une acuité particulière dans l'affaire *Bălșan c. Roumanie*³⁴⁵¹. La requérante avait subi des violences physiques répétées de la part de son mari, attestées par des rapports médicolégaux et policiers, et disait avoir reçu des menaces de mort à plusieurs reprises. Or, les autorités nationales ont considéré que la requérante avait provoqué les violences et que, par conséquent, celles-ci ne constituaient pas un « danger pour la société » et n'étaient pas suffisamment graves pour justifier une enquête pénale³⁴⁵². Avec cette conclusion, les autorités ont adopté une posture hautement problématique qui a pour effet de blâmer les victimes

3444 *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 86.

3445 *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 17, 87.

3446 *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 25, 87 (notre traduction).

3447 *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 27, 64, 88.

3448 *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 12, 47.

3449 *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 59.

3450 *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, § 59.

3451 *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017.

3452 *Bălșan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 81.

de violences domestiques pour ce qui leur arrive, et de banaliser ainsi ce phénomène³⁴⁵³. En adoptant cette posture, qui n'est pas conforme aux normes internationales en matière de lutte contre les violences domestiques, les autorités se rendent complices des violences et coupables d'une discrimination contraire à la Convention³⁴⁵⁴. De plus, dans le contexte de violences sexuelles, la Cour a reconnu que des « des propos culpabilisants, moralisateurs et véhiculant des stéréotypes sexistes dans les motifs de l'arrêt » résultaient en une « victimisation secondaire » contraire à l'article 8 CEDH³⁴⁵⁵.

Dans les trois cas, l'expérience personnelle de la requérante s'inscrit dans un contexte structurel plus large. S'agissant de la République de Moldova, divers rapports indiquent non seulement l'ampleur du phénomène des violences domestiques dans ce pays, mais également l'absence de réponse adéquate des autorités, « donnant l'impression que les autorités ne saisissent pas l'ampleur et la sévérité du problème des violences domestiques et de son impact discriminatoire sur les femmes »³⁴⁵⁶. Concernant la Roumanie, la Cour relève que les violences domestiques sont courantes dans la société roumaine et largement tolérées, voire considérées comme « normales » par la société, que la mise en œuvre du cadre légal est déficiente et que les structures d'accueil et autres mécanismes de support social sont insuffisants³⁴⁵⁷.

Ce contexte structurel n'est pas forcément nécessaire en présence d'une discrimination directe. En effet, une attitude discriminatoire de la part des autorités suffit pour conclure à une violation de l'article 14 de la Convention³⁴⁵⁸. À titre d'illustration, citons l'affaire *Munteanu c. République de Moldova*³⁴⁵⁹. La Cour y conclut à une violation de l'article 14 en lien avec l'article 3 CEDH pour

³⁴⁵³ À propos de ce phénomène, très présent dans le contexte des violences domestiques et sexuelles, voir EVANS/McILWAINE, p. 7 ; FRA, Violence against women, p. 69 ; FRA, Women as victims, p. 46 ; PERONI/TIMMER, Stereotyping, p. 53. À propos du phénomène consistant à blâmer les victimes plus généralement, voir COLE, Verbiage, pp. 137–152 ; voir aussi *supra*, n° 171.

³⁴⁵⁴ *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, § 81.

³⁴⁵⁵ *J.L. c. Italie*, requête n° 5671/16, 27 mai 2021, §§ 141–142.

³⁴⁵⁶ *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, §§ 37, 89 ; *T.M. et C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014, §§ 25, 62.

³⁴⁵⁷ *Bălsan c. Roumanie*, requête n° 49645/09, 23 mai 2017, §§ 83–84.

³⁴⁵⁸ Précisons qu'une discrimination directe peut également exister en l'absence d'intention discriminatoire, par exemple si l'intention est de protéger certaines catégories de personnes (voir MOECKLI, Equality, p. 157, au sujet de l'exclusion des femmes enceintes ou mères de certaines professions). Dans le domaine des violences domestiques, il est possible de que les membres des autorités fassent preuve d'une attitude discriminatoire sans en être conscients, par exemple en minimisant les faits ou en soupçonnant la victime d'une conduite fautive (à titre d'illustration, voir *Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020, §§ 78–83).

³⁴⁵⁹ *Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020.

deux raisons : les autorités n'avaient pas pris des mesures suffisantes et avaient minimisé la gravité des faits et considéré que la requérante avait provoqué les violences, allant jusqu'à lui conseiller d'être « gentille » avec son mari³⁴⁶⁰. En présence d'éléments aussi clairs attestant de l'attitude discriminatoire des autorités, la Cour n'a pas fait référence à des rapports ou autres éléments indiquant le caractère systémique du problème. Toutefois, le contexte structurel reste important, notamment parce que la discrimination directe est souvent difficile à prouver. Par ailleurs, la section suivante montrera que l'existence d'une discrimination directe n'est pas nécessaire³⁴⁶¹, dans la mesure où la Cour a également conclu à une violation de l'article 14 CEDH en présence d'une discrimination indirecte.

B. La discrimination structurelle

974 Dans une seconde hypothèse, les autorités ne font pas preuve d'une attitude explicitement discriminatoire, mais il existe un contexte structurel – la Cour parle alors d'un « déséquilibre structurel massif »³⁴⁶² – qui permet de conclure à une « tolérance répétée » ou cautionnement par les autorités.

975 Nous avons déjà présenté les divers manquements des autorités dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*³⁴⁶³, qui représente également la première fois où la Cour a constaté une violation de l'interdiction des discriminations dans une affaire de violences domestiques³⁴⁶⁴. Dans cet arrêt, la Cour réfute clairement toute exigence d'attitude discriminatoire de la part des autorités, en jugeant que la passivité généralisée des autorités ne doit pas être volontaire pour constituer une discrimination³⁴⁶⁵. Dans cette affaire, la Cour se base sur des rapports attestant non seulement l'étendue et la persistance des violences domestiques à l'égard des femmes, mais également le fait que celles-ci sont encore aujourd'hui

³⁴⁶⁰ *Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020, §§ 78–83.

³⁴⁶¹ Dans cette perspective, certains États ont invoqué, à leur défense, l'absence de toute intention discriminatoire de la part de leurs autorités (voir *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 83 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 59).

³⁴⁶² *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 114 (traduction provenant du résumé proposé par le greffe de la Cour [« large structural bias » dans la version originale]).

³⁴⁶³ Voir *supra*, nos 779–780, 797, 814–815, 873, 910.

³⁴⁶⁴ BURTON, p. 131 ; LONDONO, *Principles*, pp. 657–658, 665–667.

³⁴⁶⁵ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 200 ; voir aussi *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 141.

considérées comme des « affaires privées » ou comme un phénomène peu sérieux, menant à une réponse insuffisante de la part des autorités³⁴⁶⁶. Au vu de cette vulnérabilité structurelle avérée, la Cour estime que la requérante a apporté un commencement de preuve indiquant que la passivité des autorités reflétait un cautionnement des violences de leur part et était donc discriminatoire³⁴⁶⁷. Le gouvernement n'ayant apporté aucun élément permettant de renverser cette présomption, la Cour a conclu à une violation de l'article 14 de la Convention³⁴⁶⁸.

De la même manière, dans l'affaire *Halime Kiliç c. Turquie*, la Cour ne relève pas d'éléments explicitement condescendants dans l'attitude des autorités. Celles-ci ne sont certes pas restées complètement passives : elles ont adopté trois ordonnances de protection à la suite des plaintes de Fatma Babatlı, la fille de la requérante qui était battue et menacée de mort par son mari, avant d'être tuée par celui-ci. Or, en raison du manque d'application de ces mesures par les autorités, celles-ci se sont révélées insuffisantes, et n'ont pas empêché l'agresseur de tuer sa femme³⁴⁶⁹. La situation de la fille de la requérante, loin de constituer un cas isolé, s'inscrit dans une dynamique sociétale : rappelant ses constats dans l'affaire *Opuz c. Turquie*, la Cour estime qu'il est établi non seulement que les violences domestiques touchent principalement les femmes en Turquie, mais aussi que les autorités créent, par leur passivité généralisée, un climat propice à ces violences³⁴⁷⁰.

Les autres affaires à l'égard de la Turquie doivent être brièvement mentionnées à ce stade. Dans l'arrêt *Durmaz c. Turquie*, la Cour souligne que les violences domestiques concernent *a priori* les femmes de manière disproportionnée et que la passivité des autorités est discriminatoire ; toutefois, l'arrêt ne fait pas référence à l'article 14 CEDH, qui n'avait pas été invoqué par

³⁴⁶⁶ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 195 ; voir aussi *idem*, § 196, où la Cour note que les autorités s'abstiennent de prononcer des sanctions dissuasives, en se référant à « la coutume, [...] la tradition ou [...] l'honneur ».

³⁴⁶⁷ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 198. Pour une analyse, voir BURTON, pp. 137–140 ; LONDONO, *Principles*, pp. 665–667.

³⁴⁶⁸ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 115–122 ; *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 200. Voir aussi *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, § 65, pour un raisonnement similaire (même si l'affaire n'est examinée que sous l'angle de l'article 2 CEDH).

³⁴⁶⁹ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 95–100, 119 ; à propos de cette affaire, voir aussi *supra*, n°s 922–923.

³⁴⁷⁰ *Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 115–120.

la requérante³⁴⁷¹. L'arrêt *M.G. c. Turquie* traite avant tout de la discrimination, découlant directement du cadre légal, entre femmes mariées et femmes séparées ou divorcées³⁴⁷². Néanmoins, la Cour y rappelle également les conclusions des affaires *Opuz* et *Durmaz* précitées quant à la « passivité généralisée et discriminatoire de la justice turque de nature à créer un climat propice à cette violence »³⁴⁷³. Le raisonnement de l'arrêt *Civek c. Turquie*, rendu en 2016, diffère des autres affaires. Ici, la Cour conclut à une violation du droit à la vie, mais ne juge pas nécessaire d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 CEDH également. Comme nous l'avons déjà indiqué, cette affaire se distingue des autres par l'absence d'une analyse attentive aux questions de genre, la Cour insistant sur le fait que la violence domestique « ne concerne pas exclusivement les femmes »³⁴⁷⁴. Or, au vu des autres arrêts à l'égard de la Turquie, rendus tant avant qu'après, ce raisonnement se présente comme un écart isolé auquel il ne faut pas accorder une trop grande importance³⁴⁷⁵.

978 L'arrêt *Mudric c. République de Moldova* est un autre exemple où la Cour a conclu à une violation de l'article 14 CEDH en l'absence d'une attitude explicitement condescendante de la part des autorités³⁴⁷⁶. Dans cette affaire, la discrimination est le résultat de la passivité flagrante des autorités, qui, pendant une année, n'ont pas pris de mesures efficaces³⁴⁷⁷, ainsi que sur le contexte sociétal indiquant que cette passivité ne représente pas un cas isolé, mais est au contraire révélatrice d'une absence structurelle de réponse suffisante au phénomène des violences domestiques³⁴⁷⁸.

979 Des éléments comparables se retrouvent dans l'affaire *Volodina c. Russie*³⁴⁷⁹. Comme dans les autres affaires dans lesquelles elle a conclu à une violation de l'article 14 CEDH, la Cour estime d'abord que les sources internes et

³⁴⁷¹ *Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014, § 65.

³⁴⁷² *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, §§ 114–118.

³⁴⁷³ *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 116.

³⁴⁷⁴ *Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016, § 50 ; voir aussi *supra*, n° 911.

³⁴⁷⁵ Voir aussi VAN LEEUWEN, Back on Track.

³⁴⁷⁶ *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 62–63 ; voir aussi PERONI, Talpis. Précisons par ailleurs que l'affaire *B. c. République de Moldova*, requête n° 61382/09, 16 juillet 2013, ne mentionne pas l'article 14 CEDH, qui n'avait pas été invoqué par la requérante.

³⁴⁷⁷ En particulier, trois ordonnances de mesures de protection restèrent sans effet et, malgré une longue histoire de troubles mentaux, il a fallu presque une année avant que les autorités soumettent l'ex-mari à un examen psychiatrique, qui a finalement permis de le forcer à suivre un traitement : *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 62.

³⁴⁷⁸ *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 62–63 ; voir aussi PERONI, Talpis.

³⁴⁷⁹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 117–133.

internationales soumises par la requérante montrent que les violences domestiques touchent les femmes de manière disproportionnée en Russie, en d’autres termes, que les femmes se trouvent dans une situation de vulnérabilité structurelle face à ce phénomène³⁴⁸⁰. Elle constate ensuite que, malgré le caractère répandu du problème, les autorités russes n’ont pas été en mesure d’adopter un cadre légal pour y répondre, avec quarante projets de lois avortés en vingt ans, aucune définition ni protection spécifique dans la législation actuelle, et une criminalisation insuffisante et inadéquate³⁴⁸¹. L’absence de réponse législative suffisante pour répondre et remédier au problème structurel des violences domestiques fait de l’affaire *Volodina c. Russie* un cas particulièrement clair³⁴⁸². En effet, il est plus facile d’estimer qu’une loi est insuffisante que d’établir une pratique répandue de son application insuffisante. Il est ainsi aisé pour la Cour de conclure que l’absence de réponse suffisante n’est pas due à un « simple dysfonctionnement ou retard » dans le cas individuel, mais au fait que les autorités refusent de reconnaître l’ampleur et la gravité du phénomène des violences domestiques, les cautionnant ainsi³⁴⁸³.

Tous ces arrêts, et d’autres qui contiennent un raisonnement similaire³⁴⁸⁴, comportent trois composantes : un risque structurel disproportionné, l’absence de mesures suffisantes dans le cas individuel et l’absence plus générale de réponse adéquate au phénomène des violences domestiques. Ainsi, la passivité des autorités ne se limitait pas au cas individuel, mais s’inscrivait dans un contexte plus général, s’expliquant en tout cas partiellement par une tolérance et acceptation répandue des violences, domestiques en particulier, à l’égard des femmes. Dans les affaires moldaves et turques, les rapports cités par la Cour font également état de diverses pratiques discriminatoires répandues, comme le fait de convaincre activement les personnes à retirer leurs plaintes³⁴⁸⁵ ; dans l’affaire *Volodina c. Turquie*, l’insuffisance de la réponse découle directement du

980

³⁴⁸⁰ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 117–124.

³⁴⁸¹ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, §§ 128–132.

³⁴⁸² *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 128.

³⁴⁸³ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 132 (notre traduction).

³⁴⁸⁴ Voir notamment *Tkheldize c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, §§ 51–60 ; voir aussi *Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020, §§ 42–48.

³⁴⁸⁵ *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, §§ 62–63 ; *M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016, § 116 ; *Halime Kilic c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016, §§ 115–120.

cadre légal³⁴⁸⁶. Ainsi, la Cour affirme qu'il doit s'agir non pas d'un « simple manquement ou retard », mais d'une « tolérance répétée »³⁴⁸⁷. Par contraste, dans l'affaire *A. c. Croatie*, la Cour souligne justement l'absence de documents indiquant le caractère systémique du manquement aux obligations positives pour conclure qu'il n'existait aucune évidence *prima facie* d'une discrimination³⁴⁸⁸. Néanmoins, cette affaire date de 2010, avant que le constat de violation de l'article 14 CEDH devienne plus fréquent en matière de violences domestiques³⁴⁸⁹.

981 À cet égard, l'affaire *Talpis c. Italie* rendu en 2017 est intéressante : la Cour y conclut à une violation de l'interdiction de la discrimination, malgré une situation moins nette, ce qui pourrait indiquer un abaissement de ses exigences. La première composante structurelle est clairement présente : divers rapports attestent qu'en Italie aussi, les femmes sont touchées de manière disproportionnée par les violences domestiques³⁴⁹⁰. La situation est nettement moins claire concernant la seconde composante, à savoir l'insuffisance généralisée des mesures prises pour répondre et remédier à cette vulnérabilité structurelle. Il est vrai que la Cour cite les observations finales du Comité CEDEF à l'égard de l'Italie, qui s'inquiète de « la persistance d'attitudes socioculturelles de tolérance à l'égard de la violence familiale »³⁴⁹¹. La Cour constate par ailleurs que « nonobstant les réformes entreprises, un nombre important de femmes meurent assassinées par leur compagnon ou par leur ancien compagnon (fémicides) »³⁴⁹².

982 Or, malgré ces éléments, la situation est moins flagrante dans l'affaire *Talpis* que dans les autres affaires examinées ici³⁴⁹³. En particulier, les conclusions des rapports cités par la Cour sont plus nuancées. La Rapporteuse spéciale des Nations Unies avait jugé que le cadre légal en Italie « offr[ait] dans une large

³⁴⁸⁶ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 128. L'insuffisance du cadre légal est par ailleurs accentuée par l'attitude des autorités qui perçoivent la violence domestique comme une affaire privée (voir *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 128 ; *Volodina c. Russie* [n° 2], requête n° 40419/19, 14 septembre 2021, § 66 ; *Lesnykh c. Russie* [Comité], requête n° 1609/13, 6 juillet 2021, § 43).

³⁴⁸⁷ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 141 ; voir aussi *Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013, § 89 ; *Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013, § 63.

³⁴⁸⁸ *A. c. Croatie*, requête n° 55164/08, 14 octobre 2010, §§ 94–104.

³⁴⁸⁹ Voir *supra*, notes 3430, 3431 et les réf. cit.

³⁴⁹⁰ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 55–59, 145.

³⁴⁹¹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 57, 145.

³⁴⁹² *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 145.

³⁴⁹³ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. diss. SPANÓ, §§ 18, 22.

mesure une protection suffisante contre les violences faites aux femmes »³⁴⁹⁴ et la requérante n'avait pas produit de rapports indiquant des défaillances structurelles comparables aux autres affaires. De plus, trois mois auparavant, dans l'arrêt *Rumor c. Italie*, la Cour avait conclu que le cadre légal s'était révélé efficace dans le cas d'espèce et n'avait pas non plus relevé de défaillances structurelles dans la manière dont les autorités italiennes traitaient de ces questions³⁴⁹⁵. Le juge dissident EICKE a d'ailleurs accordé un poids significatif à cet élément, en déduisant qu'il n'était pas possible de conclure à une violation de l'article 14 CEDH dans l'affaire *Talpis*³⁴⁹⁶.

Comment peut-on réconcilier raisonnements respectifs des arrêts *Rumor c. Italie* et *Talpis c. Italie*? La différence cruciale entre les deux affaires est le comportement concret des autorités dans le cas d'espèce : dans l'arrêt *Rumor c. Italie*, les autorités avaient réagi immédiatement, arrêté l'ex-partenaire de la requérante et mené des poursuites rapides et efficaces³⁴⁹⁷. Accordant un poids certain au fait que les violences et menaces avaient cessé³⁴⁹⁸, la Cour conclut que les autorités avaient respecté l'ensemble de leurs obligations positives en l'espèce³⁴⁹⁹. À l'inverse, dans l'arrêt *Talpis c. Italie*, les autorités ont tardé à agir et à prendre des mesures efficaces, attendant sept mois avant d'entendre la requérante pour la première fois et ne prenant pas suffisamment au sérieux l'incident précédent l'agression fatale, où la police était intervenue et repartie, l'agression résultant en des blessures mettant en danger la vie de la requérante et la mort du fils commun du couple³⁵⁰⁰. Au vu de ces faits, la Cour conclut – avec raison – qu'« en sous-estimant, par leur inertie, la gravité des violences litigieuses, les autorités italiennes les ont en substance cautionnées »³⁵⁰¹. Ainsi, la comparaison de ces deux arrêts indique que la différence cruciale entre ces deux affaires est la réaction des autorités dans le cas concret³⁵⁰².

983

³⁴⁹⁴ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/20/16/Add.2, § 68, qui est notamment cité par le juge dissident SPANÓ, voir *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. diss. SPANÓ, § 22. S'il est vrai que le rapport critique également certains aspects de la législation italienne, comme sa fragmentation et des peines parfois inadéquates, le rapport ne fait pas état de réponses aussi clairement insuffisantes que dans les autres affaires précitées.

³⁴⁹⁵ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 7 mai 2014, § 76 ; voir aussi BUSCEMI, pp. 22–23.

³⁴⁹⁶ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, op. part. diss. EICKE, §§ 21–23.

³⁴⁹⁷ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 7 mai 2014, § 64.

³⁴⁹⁸ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 7 mai 2014, § 74.

³⁴⁹⁹ *Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 7 mai 2014, §§ 76–77. Pour une discussion critique, indiquant où les mesures auraient pu aller plus loin, voir McQUIGG, Human rights issue, pp. 1017–1018.

³⁵⁰⁰ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 9–48.

³⁵⁰¹ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 145.

³⁵⁰² Voir aussi BUSCEMI, pp. 22–23.

984

En définitive, dans l'arrêt *Talpis c. Italie*, la discrimination semble découler de deux éléments : premièrement, un risque qui touche de manière disproportionnée une partie de la population en raison de son genre et deuxièmement, l'absence de mesures visant à répondre et à remédier à cette vulnérabilité structurelle dans le cas d'espèce³⁵⁰³. Ainsi, et contrairement aux principes que la Cour continue d'énoncer³⁵⁰⁴, l'arrêt *Talpis* indique que l'absence de mesures suffisantes pour lutter contre les violences domestiques ne doit pas forcément présenter un caractère structurel ou systémique. Précisons à cet égard que, selon la jurisprudence constante, une discrimination peut aussi résulter d'une situation de fait à laquelle les autorités n'ont pas remédié³⁵⁰⁵ ; à ce sujet, il a été suggéré que la Cour devrait considérer que les États ont une obligation positive de remédier aux causes structurelles des violences domestiques, en s'inspirant notamment de la Convention d'Istanbul³⁵⁰⁶. Une approche plus structurelle se trouve notamment dans l'affaire *Tkheldidze c. Géorgie*, dans laquelle la Cour a constaté une obligation d'enquêter sur l'existence d'un éventuel biais de genre qui aurait motivé l'inertie de la police, alliant obligations d'enquête et interdiction des discriminations³⁵⁰⁷.

C. Appréciation

985

La Cour reconnaît de manière régulière l'existence d'une discrimination en raison du genre dans ses arrêts relatifs aux violences domestiques. Cette discrimination est le résultat de deux éléments : d'un côté, les femmes sont touchées de manière disproportionnée par les violences domestiques, ce que nous avons qualifié de vulnérabilité structurelle des femmes ; d'un autre côté, les autorités ont, de par leur inaction, créé un climat d'impunité et ont donc, au moins implicitement, cautionné ces violences. La difficulté est de savoir à quelles conditions on peut considérer que les autorités ont cautionné ces violences.

³⁵⁰³ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, §§ 144–146.

³⁵⁰⁴ *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, 2 mars 2017, § 141 ; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 114.

³⁵⁰⁵ *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, 9 juillet 2019, § 109 et les réf. cit.

³⁵⁰⁶ PERONI/TIMMER, *Stereotyping*, pp. 62–63.

³⁵⁰⁷ *Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021, § 60.

Dans une première hypothèse, les autorités font preuve d'une attitude explicitement condescendante ou méprisante envers la victime, exprimant par cela leur cautionnement des violences. Ce cas reste toutefois rare dans la jurisprudence. Dans une seconde hypothèse, le cautionnement doit être démontré par d'autres biais. Sur ce point, la jurisprudence – notamment à la lumière de l'arrêt *Talpis c. Italie* – n'est pas tout à fait claire. Selon la grande majorité des arrêts, l'absence de réponse adéquate doit revêtir un caractère systémique. Celui-ci peut par exemple découler de lacunes dans le cadre législatif, de retards ou de négligences répandus dans le traitement d'affaires de violences domestiques, indiquant ainsi que le phénomène des violences domestiques n'est pas pris au sérieux par les autorités. 986

Cependant, à la lumière de l'arrêt *Talpis c. Italie*, nous pourrions nous demander si un traitement négligent et des retards considérables dans un cas d'espèce ne pourraient pas suffire à conclure à une tolérance ou un cautionnement implicite des violences par les autorités. Si cette interprétation paraît un peu audacieuse au vu de la jurisprudence actuelle, la question mérite d'être soulevée. En effet, nous avons indiqué plus haut que la Cour pourrait considérer, à l'avenir, que les États ont une obligation positive pour tenter de réduire la vulnérabilité structurelle des femmes aux violences domestiques. Une telle obligation pourrait se traduire en une présomption de discrimination. Suivant cette proposition, la requérante devrait toujours amener des indices suffisants montrant que les femmes sont touchées de manière disproportionnée par les violences domestiques ; de plus, il faudrait que l'État ait manqué à ses obligations positives dans son cas concret. Cependant, ces deux conditions étant remplies, ce ne serait plus à la requérante de démontrer la passivité généralisée des autorités, mais à l'État de montrer qu'il a pris des mesures, par exemple, de sensibilisation et de prévention pour lutter contre ce phénomène. Cette proposition *de jure ferenda* aurait en tout cas l'avantage de clarifier la jurisprudence actuelle ; elle propose aussi une réponse à la vulnérabilité structurelle. 987

IV. Synthèse et appréciation

Dans ce chapitre, nous avons étudié les obligations étatiques pour répondre et remédier à la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, et aux 988

vulnérabilités structurelles de certaines parties de la population – notamment les femmes – qui sont particulièrement touchées par ces violences.

989 Après un aperçu des droits et obligations pertinents en lien avec la thématique des violences domestiques, nous avons d'abord étudié de manière approfondie les obligations positives. Nous en discernons trois types : les obligations positives législatives, les obligations positives d'enquête et l'obligation de prendre des mesures de prévention et de protection. Plutôt que de revenir sur les synthèses établies plus haut³⁵⁰⁸, nous souhaitons ici émettre quelques remarques plus générales.

990 Les obligations positives au sujet des violences domestiques ont considérablement évolué au cours des dernières années, et il est désormais possible de déduire un certain nombre d'obligations relativement précises, que nous avons systématisées et analysées dans le présent chapitre. Ces obligations s'inscrivent dans une tendance européenne plus générale visant à renforcer les obligations étatiques en matière de violences domestiques et de violences en raison du genre, dont l'épicentre n'est désormais plus la jurisprudence de la Cour, mais la Convention d'Istanbul. En effet, celle-ci impose des obligations précises et détaillées, dont la Cour pourrait s'inspirer. Sans mettre à mal le principe de subsidiarité, la Convention d'Istanbul pourrait en particulier permettre de déplacer le cœur des obligations positives vers des obligations ne relevant pas du droit pénal. En effet, notre analyse a montré que mettre l'accent de manière trop importante sur les remèdes de droit pénal peut être problématique. Si des remèdes pénaux trop faibles risquent d'être inefficaces, des remèdes forts – une criminalisation forte, une poursuite d'office – comportent au contraire un risque de paternalisme. Ils peuvent par ailleurs être contre-productifs, par exemple en empêchant une victime de chercher de l'aide si elle craint l'expulsion du territoire de sa partenaire violente.

991 S'agissant de l'interdiction des discriminations, nous avons vu que la Cour conclut désormais régulièrement, quoique pas de manière systématique, à une violation de l'article 14 de la Convention. La jurisprudence aurait cependant besoin d'être clarifiée. En effet, à l'heure actuelle, la Cour ne distingue pas clairement entre discrimination directe – qui n'aurait en principe pas besoin d'être accompagnée par des statistiques ou rapports indiquant une

³⁵⁰⁸ Voir *supra*, nos 959–963 (obligations positives), 985–987 (interdiction des discriminations).

discrimination structurelle – et discrimination indirecte. De plus, en l’absence de discrimination directe, la Cour exige non seulement des indices montrant qu’une partie de la population est particulièrement touchée par les violences domestiques – en raison de son genre, par exemple –, mais encore des indices d’une pratique structurelle de réponse insuffisante à ce phénomène. Il est vrai que, s’agissant de violences perpétrées par des personnes privées, un élément doit exister pour fonder la responsabilité étatique. Or, considérant que les États ont une obligation positive de prendre des mesures pour lutter contre ces inégalités structurelles, nous proposons que la réponse insuffisante des autorités dans un cas individuel fasse naître une présomption de discrimination, que l’État devra par la suite renverser en montrant les actions prises pour réduire le phénomène des violences conjugales. Ce serait une manière de répondre à la vulnérabilité structurelle, en tentant d’assurer, à travers les obligations positives et l’interdiction des discriminations, l’effectivité de la protection conventionnelle de la vie (article 2 CEDH) et contre les mauvais traitements (articles 3 et 8 CEDH).

CONCLUSION

Les violences domestiques sont un cas d'étude intéressant pour examiner tant la signification – ou plutôt les significations – de la vulnérabilité que la pertinence de celle-ci dans la définition et la concrétisation des obligations positives ainsi que de thématiser l'interdiction des discriminations. Dans cette partie, nous avons approfondi tant la définition des violences domestiques et les facteurs de vulnérabilité dans ce contexte (**chapitre 7**) que les obligations étatiques pour y faire face, tant au niveau des obligations positives qu'en matière d'interdiction des discriminations (**chapitre 8**). 992

La jurisprudence identifie divers facteurs de vulnérabilité, d'ordre intrinsèque, situationnel et structurel. Nous avons en particulier analysé l'âge, le handicap, les violences vécues, les risques futurs, ainsi que le fait d'appartenir à certaines parties particulièrement à risque de la population. Notre analyse a montré que la Cour se réfère de manière quasiment systématique à la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, qu'elle explique par leur vécu – le fait même d'avoir subi des violences, avec les conséquences physiques et psychiques qui en découlent – et leur risque de revictimisation. 993

À l'inverse, la Cour est réticente à appréhender la vulnérabilité dans une perspective structurelle. Très rarement, elle s'y est référée pour désigner certaines parties de la population particulièrement à risque. Il est particulièrement flagrant que la Cour a évité d'utiliser le terme de vulnérabilité en lien avec les femmes. Pourtant, elle a reconnu dans de nombreux arrêts que les violences domestiques touchent de manière disproportionnée les femmes, et que celles-ci doivent être qualifiées de violences en raison du genre – en d'autres termes que le genre est une source de vulnérabilités structurelles. Cette réticence trouve écho dans la doctrine, généralement réticente à qualifier « les femmes » de vulnérables, de peur de faire resurgir des stéréotypes genrés de *la femme* en tant qu'être fragile qu'il conviendrait de *protéger*, cette protection allant de pair avec une – certaine – mise sous tutelle. Or, cette crainte provient largement d'une mauvaise compréhension de la vulnérabilité. 994

Ainsi, la vulnérabilité n'est ni une fatalité ni figée, mais sert au contraire d'indicateur pour pointer du doigt où il existe des inégalités ou des risques 995

particuliers d'atteinte aux droits humains. Elle permet de voir où l'État doit déployer des moyens pour créer de la résilience : et les obligations positives sont justement un moyen de créer de la résilience. Notre analyse a identifié trois types d'obligations positives : l'obligation de créer un cadre légal adéquat ; l'obligation des autorités de mener une enquête prompte et effective lorsqu'elles sont confrontées à des indices d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ; enfin, l'obligation de prendre des mesures *ad hoc* pour prévenir et protéger contre de telles atteintes. Si toutes ces obligations visent à répondre et compenser – autant que possible – la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques, nous discernons, de plus, une obligation transversale de prendre en compte cette vulnérabilité dans l'action étatique.

996 Enfin, à certaines conditions, un manquement aux obligations positives peut également constituer une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention. Notre analyse a montré qu'il existe deux hypothèses alternatives. Une victime de violences domestiques peut être confrontée à des attitudes discriminatoires de la part des autorités, en d'autres termes, il existe une discrimination directe. Néanmoins, dans la majorité des cas analysés, la discrimination était indirecte. Celle-ci est étroitement liée à la vulnérabilité structurelle, qui en est la première condition. La deuxième condition est double : il faut un manquement aux obligations positives dans le cas concret, et de plus, que celui-ci reflète une pratique plus générale de passivité ou d'absence de réponse suffisante de la part des autorités. Dans notre analyse, nous avons critiqué cette double condition, concluant qu'un manquement aux obligations positives dans le cas concret devrait suffire.

997 Onze ans se sont écoulés depuis l'arrêt phare *Opuz c. Turquie*. Depuis, la Cour a développé une jurisprudence compacte et globalement très constante. Néanmoins, celle-ci ne représente pas une simple consolidation de l'arrêt *Opuz*. En effet, nous avons observé une évolution vers une protection renforcée contre les violences domestiques. Celle-ci se manifeste de diverses manières : la tendance d'analyser les affaires de violences domestiques sous l'angle de l'article 3 CEDH plutôt que de l'article 8 CEDH ; la détermination d'obligations positives de plus en plus concrètes ; le constat de discrimination régulier dans les arrêts récents. Alors qu'il y a quinze ans, certaines avaient encore des doutes sur l'application même de la Convention aux violences « privées » que sont les

violences domestiques, cette jurisprudence constitue un bel exemple d'interprétation dynamique de la Convention.

Toutefois, sur certains aspects, la Cour pourrait être plus affirmative et adopter une position de principe, ce qui augmenterait la clarté et la prévisibilité de la jurisprudence. Nous pensons par exemple au fait que les violences domestiques relèvent, *qua ipso facto*, de l'article 3 CEDH ; au fait qu'un risque réel et présent devrait être considéré comme suffisant pour déclencher l'obligation positive de prendre des mesures préventives ou que la Cour devrait simplifier les critères de la discrimination indirecte. Elle pourrait également concrétiser davantage certaines obligations positives. En somme, l'évolution jurisprudentielle dans ce domaine est loin d'être arrivée à son terme, ce qui est d'autant plus vrai que celle-ci s'inscrit dans une tendance européenne plus large. Il y a dix ans, la jurisprudence de la Cour a inspiré de manière significative la conception et le contenu de la Convention d'Istanbul³⁵⁰⁹ ; désormais, celle-ci peut guider et influencer l'évolution jurisprudentielle à son tour.

³⁵⁰⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, §§ 29, 53, 55, 58, 59, 163, 191, 295, 310.

Conclusion générale

Dans cette thèse, nous avons étudié les contours de la notion de vulnérabilité, son utilité et ses dangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour ce faire, nous avons défini deux questions de recherche relativement générales, à savoir : comment la Cour comprend-elle la vulnérabilité et quelles sont les conséquences de la reconnaissance de la vulnérabilité par la Cour. En lien avec ces questions, nous avons émis l'hypothèse selon laquelle la reconnaissance de la vulnérabilité par la Cour est un outil qui améliore l'effectivité des droits conventionnels dans une perspective inclusive, notamment pour les personnes qui, en raison justement de leur situation de vulnérabilité, risquent de voir la jouissance effective de leurs droits conventionnels compromise.

999

Dans la **première partie**, nous avons approché la notion de vulnérabilité d'un point de vue conceptuel et dans une perspective interdisciplinaire. Dans le *premier chapitre*, nous avons exploré les liens entre la vulnérabilité et le droit, tant d'un point de vue théorique qu'à travers une série d'exemples. Ce chapitre nous a appris que la vulnérabilité est désormais présente en droit bien au-delà du domaine des droits humains. Il nous a également permis d'aborder brièvement les tensions entre vulnérabilité universelle et vulnérabilités particulières et leurs relations ambiguës avec le droit, qui est à la fois une réponse à certaines vulnérabilités et une source d'autres vulnérabilités. S'agissant des vulnérabilités particulières, nous avons constaté que le droit rattache souvent la vulnérabilité à une dépendance, une position de faiblesse ou un risque accru de subir une atteinte à ses droits. Ces conceptions de la vulnérabilité permettent de fonder des normes protectrices, mais comportent également des risques, avant tout de paternalisme et de stigmatisation. Nous avons conclu le chapitre en constatant l'importance d'une utilisation réfléchie de la notion, puisant également dans d'autres disciplines afin de mieux comprendre son potentiel et ses dangers.

1000

Pour cette raison, nous avons étudié, dans le *deuxième chapitre*, les fondements théoriques de la notion de vulnérabilité. Pour ce faire, nous avons présenté quatre approches éthiques et de philosophie politique, visant à repenser respectivement les responsabilités (Robert GOODIN) ; la société

1001

(l'éthique du *care*) ; le rôle de l'État (Martha FINEMAN) et la vie humaine (Martha NUSSBAUM). À partir de ces approches, nous avons approfondi les contours de la notion de vulnérabilité. À ce propos, nous avons vu que les approches théoriques mettent souvent en avant une conception de la vulnérabilité comme étant universelle, mais qu'il n'est pas possible de faire l'impasse sur la notion de vulnérabilité particulière, les vulnérabilités étant distribuées de manière inégale. Nous avons également abordé divers risques liés à la notion de vulnérabilité, notamment les risques de paternalisme, de stéréotypisation et d'essentialisme. Si ces risques sont, dans une certaine mesure, inhérents à la notion, ils peuvent être réduits en rappelant, autant que possible, le caractère dynamique, relationnel et relatif de la vulnérabilité et en évitant d'opposer vulnérabilité et agentivité ou pouvoir d'action et de décision. Nous avons également approfondi la relation avec des concepts connexes de risque et de résilience, la vulnérabilité étant souvent le résultat de l'interaction de ces deux éléments. Enfin, nous avons abordé les relations entre dépendance et vulnérabilité, la première étant souvent source de la seconde, et vulnérabilité et autonomie, en concluant que ces deux notions ne doivent pas être vues comme étant opposées, mais comme interagissant l'une avec l'autre. Nous avons conclu ce chapitre en nous interrogeant sur la pertinence des différentes approches théoriques abordées pour les droits humains. À cet égard, nous avons vu que les différentes approches théoriques traitent la vulnérabilité comme un concept normatif fondant des responsabilités individuelles, sociétales et étatiques. Dans le domaine des droits humains, ces approches se traduisent par une conception asymétrique de l'égalité, tendant vers une égalité substantielle et transformatrice, et des obligations positives fortes, qui sont un instrument de résilience visant à réduire ou atténuer les vulnérabilités particulières. Elles permettent également de souligner le caractère indivisible des droits humains et l'importance d'aspects socio-économiques, y compris dans le cadre des droits civils et politiques. Partant de ces constats, nous avons terminé ce chapitre par une brève étude des obligations positives, de leurs origines et fondements dans la jurisprudence de la Cour, reliant ainsi cette partie plus théorique aux trois autres parties, dédiées à une systématisation et à une analyse de la jurisprudence de la Cour à propos de la notion de vulnérabilité.

1002

Proposant un survol de la jurisprudence pertinente, la **deuxième partie** retrace l'évolution de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence, en deux chapitres correspondant aux périodes allant de 1977 à 2006 et de 2007 à 2021. Le

troisième chapitre revient tout d'abord sur les premières apparitions de la vulnérabilité, avant d'examiner plus en détail les arrêts rendus vers la fin de la période, durant laquelle les références à la vulnérabilité se sont multipliées dans la jurisprudence. Cette analyse est structurée par catégories et groupes de personnes que la Cour a qualifiés de particulièrement vulnérables : les habitantes du sud-est de la Turquie, les personnes détenues, les victimes de torture, les enfants et les personnes appartenant à une minorité (semi-)nomade. Le *quatrième chapitre* poursuit cette analyse. Il analyse successivement l'âge, le handicap, le contrôle de l'État, l'appartenance à la minorité rom, l'identité de genre et l'orientation sexuelle, le contexte migratoire et la pauvreté comme facteurs de vulnérabilité. Structuré cette fois-ci par facteurs de vulnérabilité, il permet de montrer la diversité des situations dans lesquelles la Cour s'est référée à la vulnérabilité, les raisons derrière ce constate et la possibilité de l'étendre à d'autres situations. Ainsi, s'agissant du facteur de l'âge, l'âge avancé est venu s'ajouter au jeune âge ; concernant le contrôle de l'État comme facteur de vulnérabilité, la jurisprudence s'est diversifiée bien au-delà de la seule détention, pour inclure diverses autres situations dans lesquelles l'État a une responsabilité particulière, par exemple face aux recrues ou dans le cadre scolaire. Permettant une meilleure vision d'ensemble, la structure par facteurs de vulnérabilité a également mis en lumière des domaines où la Cour ne se réfère pas, ou presque pas, à la vulnérabilité, l'exemple le plus flagrant étant les minorités ethniques ou religieuses en dehors des personnes roms.

Sans être exhaustifs, ces deux chapitres nous ont donné une vision d'ensemble de la jurisprudence au sujet de la notion de vulnérabilité, offrant des éléments de réponse aux deux questions de recherche. S'agissant de la manière dont la Cour comprend la vulnérabilité, notre analyse montre que celle-ci est toujours particulière. Parmi les facteurs à l'origine de cette vulnérabilité, nous trouvons notamment la dépendance et le déséquilibre de pouvoir – en particulier, mais pas uniquement, vis-à-vis de l'État – et des éléments liés aux inégalités structurelles : désavantage socio-économique, stigmatisation et absence de reconnaissance, marginalisation ou exclusion, ces éléments étant par ailleurs étroitement liés. Dans ce contexte, la Cour parle généralement de groupes vulnérables, même si la jurisprudence n'est pas constante sur ce point. La Cour se réfère par ailleurs également à la vulnérabilité lorsqu'un aspect particulièrement intime de la vie privée et familiale est touché et en présence d'un risque accru d'atteinte à la dignité humaine. L'ensemble de ces cas ont en

1003

commun qu'il existe soit un risque plus élevé d'atteinte aux droits conventionnels pour les personnes concernées, soit que de telles atteintes auraient des conséquences plus graves pour ces personnes. Fonctionnant souvent par « catégories » – par exemple, les enfants, les personnes détenues – la jurisprudence, et notre analyse, entre quelque peu en tension avec les approches théoriques postulant une vision dynamique et relationnelle de la vulnérabilité. Or, les « catégories » identifiées par la Cour ne doivent pas être comprises comme des étiquettes figées, mais plutôt comme un raccourci facilitant l'identification de vulnérabilités particulières. Ainsi, le fait d'ériger les personnes détenues en « catégorie » particulièrement vulnérable n'empêche pas que la Cour tienne compte, dans son analyse, des éléments contextuels du cas concret, rendant une personne détenue spécifique plus ou moins vulnérable. Néanmoins, une tension résiduelle subsiste entre cohérence de la jurisprudence et sécurité du droit d'une part, et analyse individualisée du cas d'espèce d'autre part : elle est sans doute inévitable.

1004

S'agissant des conséquences de cette vulnérabilité, nous avons vu que sa reconnaissance, par la Cour, entraîne des conséquences juridiques qui visent à la compenser en tout cas partiellement. Celles-ci se traduisent notamment par des obligations positives particulières ou plus étendues, qui peuvent être d'ordre procédural ou matériel. La vulnérabilité est par ailleurs un élément dont la Cour tient compte dans l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 de la Convention et dans la pesée des intérêts, avant tout concernant l'article 8 de la Convention. Enfin, elle est étroitement liée au constat de discrimination. La vulnérabilité a plusieurs fonctions : elle permet d'explicitier les raisons derrière les motifs de discrimination considérés comme suspects et d'élargir la liste de ceux-ci, mais elle opère aussi une certaine gradation à l'intérieur des motifs suspects, permettant de déterminer les situations où la marge d'appréciation nationale est encore plus étroite et seules des justifications très puissantes peuvent justifier une différence de traitement. Elle permet également d'identifier des facteurs à l'origine d'inégalités structurelles, comme la stigmatisation ou l'exclusion sociale. Comprise en ce sens, la reconnaissance de la vulnérabilité est un premier pas vers l'égalité substantielle. Sur ce point, la jurisprudence gagnerait en clarté si la Cour examinait de manière plus systématique l'article 14 de la Convention et prenait en considération de manière plus explicite ces différents éléments.

Nous avons ensuite approfondi notre analyse de la jurisprudence en étudiant plus en détail deux aspects : l'effectivité de l'accès à la Cour et la question de l'effectivité des droits, par le biais de l'exemple des violences domestiques. Dans la **troisième partie**, nous avons approfondi la question de l'accès effectif à la Cour. Cette partie est née du constat que la situation vulnérable de certaines personnes peut constituer un obstacle significatif d'accès à la Cour. Or, le fait de concevoir la Convention – et les droits humains plus généralement – comme instruments de résilience face à la vulnérabilité soulève nécessairement la question de l'accès à cette source de résilience. Dans cette partie, nous avons analysé différentes questions liées à la procédure devant la Cour et le rôle de la vulnérabilité par rapport à celles-ci. 1005

Le *cinquième chapitre* du présent travail traite de l'effectivité du droit de recours individuel. Dans ce contexte, nous avons vu que l'article 34 de la Convention interdit toute ingérence dans l'exercice du droit de recours individuel et que la Cour a apprécié l'existence d'une telle ingérence à l'aune de la vulnérabilité particulière de certaines requérantes. Il s'agit toutefois d'une vulnérabilité spécifique : outre la situation des personnes vivant dans le sud-est de la Turquie, la jurisprudence concerne surtout les personnes privées de liberté. La Cour a par ailleurs dégagé certaines obligations positives pour faciliter le droit de recours individuel ; celles-ci restent néanmoins limitées. Dans ce chapitre, nous avons également examiné la question des mesures provisoires et celle de la priorisation des requêtes, et avons vu que la vulnérabilité joue également un rôle dans ce contexte, constituant une motivation à tout le moins implicite justifiant l'adoption de mesures provisoires et un traitement prioritaire des requêtes. Ce rôle reste toutefois limité à l'heure actuelle ; dans l'optique de garantir un accès effectif à la Cour, notamment pour les personnes risquant de rencontrer divers obstacles en raison de leur vulnérabilité, ce rôle pourrait être étendu. 1006

Le *sixième chapitre* s'intéresse à des questions liées à la recevabilité des requêtes déposées auprès de la Cour. Notre analyse s'est concentrée sur trois conditions de recevabilité qui sont non seulement d'une grande importance quantitative pour la jurisprudence dans son ensemble, mais sont également les plus pertinentes du point de vue de la vulnérabilité : la recevabilité *ratione personae*, l'épuisement des voies de recours et le délai pour déposer une requête. Pour chacune de ces conditions, la Cour s'est référée de manière ponctuelle à 1007

vulnérabilité particulière des requérantes pour assouplir ses exigences. La question de la recevabilité *ratione personae* a constitué le cœur de notre analyse en raison de l'importante modification jurisprudentielle que le raisonnement fondé sur la vulnérabilité a entraînée. À ce propos, nous avons vu que la Cour a accepté à plusieurs reprises qu'une association ou tierce personne agisse au nom d'une victime particulièrement vulnérable qui ne peut amener elle-même son cas devant la Cour. Cette jurisprudence ouvre des pistes intéressantes en matière de contentieux stratégique pour garantir l'effectivité de l'accès à la Cour pour des personnes en situation de grande vulnérabilité, notamment au vu de l'institutionnalisation répandue d'enfants en situation de handicap dans certains pays du Conseil de l'Europe.

1008

La **quatrième partie** est dédiée à la thématique des violences domestiques. Ce domaine se prête à une analyse approfondie pour plusieurs raisons : la Cour se réfère de manière constante à la vulnérabilité et la jurisprudence a établi des obligations positives détaillées visant à garantir une protection effective des personnes vulnérables, dont font partie les victimes de violences domestiques. Notre analyse montre toutefois aussi que la Cour pourrait encore davantage développer la protection offerte par la Convention, notamment par une analyse plus poussée des éléments à l'origine de la vulnérabilité dans ce domaine et, partant, les obligations positives des États visant à y répondre. Nous avons par ailleurs choisi cette thématique en raison du lien important avec les approches théoriques étudiées dans la première partie de la thèse, dont une thématique centrale est la remise en question de la distinction entre public et privé, et le fait que des atteintes ayant lieu entre personnes privées ne sont pas moins des questions relevant des droits humains pour autant. Pour toutes ces raisons, cette thématique se prête particulièrement bien à un approfondissement.

1009

À l'instar des autres, cette partie est divisée en deux chapitres. Le *septième chapitre* de la thèse analyse en détail les différentes sources à l'origine de la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, qui est reconnue par la jurisprudence constante. Nous avons d'abord traité de l'âge et du handicap comme sources de vulnérabilité additionnelles. Ensuite, suivant les sources de vulnérabilité énoncées par la Cour elle-même dans l'arrêt fondateur *Opuz c. Turquie*³⁵¹⁰, nous avons successivement abordé les expériences passées de la

³⁵¹⁰ *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160.

victime, son risque de subir à nouveau des violences et des questions de vulnérabilité structurelle. Ce dernier aspect se distingue des autres en ce qu'il n'a pas trait à la vulnérabilité des victimes de violences domestiques, mais à la vulnérabilité de certaines parties de la population – et notamment des femmes – aux violences domestiques. Ce faisant, il permet également de souligner le caractère contextualisé et relatif de la vulnérabilité : en effet, il ne s'agit pas de considérer que les femmes seraient intrinsèquement vulnérables, ni qu'elles le seraient dans toutes les situations, mais uniquement de mettre en lumière le risque accru des femmes de subir des violences domestiques.

Dans le *huitième chapitre*, nous avons examiné les conséquences juridiques de la vulnérabilité particulière des victimes de violences domestiques, en abordant en détail les différentes obligations positives étatiques en la matière, à commencer par les obligations législatives, en passant par les obligations d'enquête et en terminant avec l'obligation positive d'adopter des mesures opérationnelles de protection et de prévention. L'ensemble de ces obligations visent à assurer une protection effective contre les violences domestiques, confirmant également l'hypothèse selon laquelle la reconnaissance de la vulnérabilité entraîne des conséquences juridiques, notamment sous forme d'obligations positives renforcées. 1010

En lien avec les obligations positives législatives, nous avons vu que la jurisprudence traite en particulier de l'obligation de criminaliser les obligations domestiques et de l'obligation de poursuivre d'office certaines atteintes à l'intégrité physique ou psychique. Nous avons également exploré des pistes d'obligations législatives allant au-delà de la répression, dans la mesure où celle-ci n'est pas exempte d'un certain paternalisme et peut par ailleurs avoir un impact négatif sur les victimes. S'agissant des obligations d'enquête, la jurisprudence fait état de manquements réguliers. C'est d'autant plus grave que ces obligations remplissent également une fonction dissuasive, qui est particulièrement importante au vu de la nature cyclique et répétitive des violences domestiques. Concernant l'obligation positive de prendre des mesures opérationnelles de protection et de prévention, deux questions se posent : celle de savoir à quelles conditions cette obligation est déclenchée – à ce propos, nous avons établi que le critère devrait être celui du risque réel, et non pas imminent – et celle de savoir quelles sont les mesures qu'on peut raisonnablement exiger des autorités. À cet égard, les États ont une certaine 1011

marge d'appréciation, qui doit toutefois trouver ses limites dans la protection effective du droit à la vie et à l'intégrité physique et psychique des victimes de violences domestiques.

1012 Enfin, nous avons examiné la question de l'interdiction des discriminations au sens de l'article 14 CEDH dans le domaine des violences domestiques. Nous avons vu que la Cour a conclu à une violation de cet article dans un certain nombre d'affaires traitant des violences domestiques, mais que ses exigences sont relativement élevées. À ce propos, nous avons notamment critiqué le fait que la Cour exige que l'absence de réponse suffisante dans le cas concret s'inscrive dans une passivité généralisée de la part des autorités. Nous avons en particulier proposé que la vulnérabilité structurelle des femmes aux violences domestiques donne lieu à une présomption de discrimination lorsque les autorités ont manqué à leurs obligations positives dans le cas d'espèce.

1013 Approfondissant d'abord des aspects liés à la procédure, puis le droit de fond dans le domaine spécifique des violences domestiques, les deuxième et troisième parties nous ont permis d'étudier en détail la manière dont la Cour conçoit la vulnérabilité et les conséquences de celle-ci, notamment au niveau de l'effectivité de l'accès à la Cour et de l'effectivité des droits. Cela nous a permis de saisir les contours de la notion de vulnérabilité comme étant étroitement liée à la dépendance, aux déséquilibres de pouvoir et, dans certains cas, aux inégalités structurelles. Dans tous ces cas, il s'agit d'une vulnérabilité particulière et non pas universelle, qui exprime le fait qu'une personne coure un risque d'atteinte à ses droits plus élevé que la moyenne ou qu'elle a une résilience moindre pour y faire face. Souvent, les deux éléments sont liés : ainsi, dans le cas d'une personne privée de liberté, tant le risque d'atteinte à ses droits que la résilience limitée pour y faire face découlent de sa situation sous le contrôle des autorités. La résilience fait référence à des ressources qu'une personne peut mobiliser pour faire face à une atteinte à ses droits, comprenant également le recours au système judiciaire : par exemple, dans le domaine des violences domestiques, le fait de demander une ordonnance de protection et que celle-ci soit effectivement mise en œuvre.

1014 Notre analyse nous a également amenée à nous interroger sur l'utilité de la notion de vulnérabilité. Celle-ci se situe à plusieurs niveaux. Tout d'abord, la vulnérabilité particulière de certaines requérantes a permis à la Cour de dégager

des conséquences juridiques visant à l'atténuer : sa reconnaissance, par la Cour, est donc un premier pas vers la création de résilience. À ce titre, elle s'inscrit dans une conception asymétrique et substantielle de l'égalité, partant de la vision que des obligations positives spécifiques ou aménagements procéduraux sont nécessaires afin que toute personne puisse avoir la jouissance effective de ses droits. Ensuite, la vulnérabilité fonctionne par ailleurs comme une sorte de « curseur », indiquant des domaines où la Cour renforce la protection conventionnelle à travers une interprétation dynamique de la Convention. Elle est ainsi un élément réduisant la marge d'appréciation des États, au même titre que l'existence d'un consensus international ou européen. Les deux éléments sont d'ailleurs partiellement liés, en effet, la Cour s'est référée à d'autres instruments de protection des droits humains, telle la Convention d'Istanbul, pour affirmer l'existence d'un consensus international sur la vulnérabilité de certaines personnes. Des considérations liées à la vulnérabilité pourraient toutefois aussi être un moyen de se libérer ponctuellement du critère du consensus européen, une réflexion qui est peut-être appelée à gagner en importance dans un climat politique qui remet en question certains acquis du système conventionnel. Enfin, la vulnérabilité peut elle-même fonctionner comme outil heuristique ou cadre d'analyse pour une lecture critique de la jurisprudence et des propositions visant à améliorer son effectivité.

La vulnérabilité s'inscrit dans une conception asymétrique et substantielle de l'égalité. Ainsi, « si la vulnérabilité a fait son apparition dans tous les secteurs de la vie sociale », mais également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « c'est parce que, dans [tous les secteurs de la vie], < [c]ertains disposent d'armures, d'autres de boucliers et d'autres entrent dans le jeu, sans défense, à mains nues > »³⁵¹¹. Le fait, pour la Cour, de reconnaître la vulnérabilité particulière de certaines personnes, et de dégager des conséquences afin d'y répondre, est ainsi un pas nécessaire pour garantir la jouissance égale et effective des droits conventionnels à tout être humain.

³⁵¹¹ MARTENS, p. 326, citant SOULET, Prudence, p. 15.

Bibliographie

ABRESCH WILLIAM, A Human Rights Law of Internal Armed Conflict. The European Court of Human Rights in Chechnya, *European Journal of International Law*, vol. 16/4 (2005), pp. 741-767.

ACKERMANN JÜRIG-BEAT/VOGLER PATRICK/BAUMANN LAURA/EGLI SAMUEL, Strafrecht Individualinteressen. Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung, Berne : Stämpfli 2019.

AFROUKH MUSTAPHA, La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles : Bruylant 2011.

AJEVSKI MARJAN, Fragmentation in International Human Rights Law. Beyond Conflict of Laws, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 21/2 (2014), pp. 87-98.

AKANDJI-KOMBE JEAN-FRANÇOIS, Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2006.

AKDENIZ YAMAN/ALTIPARMAK KEREM, Turkey : Freedom of Expression in Jeopardy. Violations of the rights of authors, publishers and academics under the state of emergency, Rapport 2018, accessible sous : https://www.researchgate.net/publication/324136969_Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_Violations_of_the_rights_of_authors_publishers_and_academics_under_the_State_of_Emergency?channel=doi&linkId=5ac08eee0f7e9bfc045c4619&showFulltext=true [31.10.2021].

AL TAMIMI YUSSEF, The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights, *Journal européen des droits de l'homme*, n° 5 (2016), pp. 561-583.

ALTWICKER-HÁMORI SZILVIA/ALTWICKER TILMANN/PETERS ANNE, Measuring Violations of Human Rights. An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76 (2016), pp. 1-51.

ALWANG JEFFREY/SIEGEL PAUL/JORGENSON STEEN, Vulnerability as Viewed from Different Disciplines, *Social Protection Discussion Paper Series*, n° 0115 (juin 2001), pp. 1-42.

ANAGNOSTOU DIA, *The Strasbourg Court, Democracy and the Protection of Marginalised Individuals and Minorities*, in Dia Anagnostou/Evangelia Psychogiopoulou (éds), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2009, pp. 1-26.

ANDENAS MADS/BJORGE EIRIK, *Introduction : From Fragmentation to Convergence in International Law*, in Mads Andenas/Eirik Borge (éds), *A Farewell to Fragmentation : Reassertion and Convergence*, Cambridge : CUP 2015, pp. 1-36.

ANDERSON JOEL, *Autonomy and Vulnerability Entwined*, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2013, pp. 134-161.

ANDERSON JOEL/HONNETH AXEL, *Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice*, in John Christman/Joel Anderson (éds), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge : CUP 2005, pp. 127-149.

ANDORNO ROBERTO, *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights ?*, in Aniceto Masferrer/Emilio García-Sánchez (éds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Cham : Springer International Publishing 2016, pp. 257-272.

ARNARDÓTTIR ODDNÝ MJÖLL, *Nondiscrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof*, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51 (2007), pp. 13-39 (ARNARDÓTTIR, Burden).

ARNARDÓTTIR ODDNÝ MJÖLL, *A Future of Multidimensional Disadvantage Equality ?*, in Oddný Mjöll Arnardóttir/Gerard Quinn (éds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers 2009, pp. 41-66 (ARNARDÓTTIR, Multidimensional).

ARNARDÓTTIR ODDNÝ MJÖLL, *Discrimination as a magnifying lens : Scope and ambit under Article 14 and Protocol No. 12*, in Eva Brems/Janneke Gerards (éds), *Shaping rights in the ECHR : the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge : CUP 2013, pp. 330-349 (ARNARDÓTTIR, Magnifying).

ARNARDÓTTIR ODDNÝ MJÖLL, *The Differences that Make a Difference. Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Review*, vol. 14/4 (2014), pp. 647-670 (ARNARDÓTTIR, Difference).

ARNARDÓTTIR ODDNÝ MJÖLL, *Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual ?*, vol. 4/3 (2017), pp. 150-171 (ARNARDÓTTIR, Vulnerability).

ASCHE JOSEPHINE, Die Margin of Appreciation. Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz, Berlin : Springer 2018.

ASHWORTH ANDREW J., Positive Obligations in Criminal Law, Oxford : Hart Publishing 2013.

ATHANASSOULIS NAFSIKA, Virtue Ethics, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, accessible sous : <https://www.iep.utm.edu/virtue/> [31.10.2021].

AUBIN EMMANUEL, La réception de la vulnérabilité des étrangers dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, in Pascal Mbongo (dir.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris : Beger-Levrault 2015, pp. 35-53.

AUDOUY LAURÈN, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la CEDH, Thèse, Université de Montpellier 2015, accessible sous : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01369159> [31.10.2021].

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse. Volume II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne : Stämpfli 2013.

BAER SUSANNE, A closer look at law : human rights as multi-level sites of struggles over multi-dimensional equality, *Utrecht Law Review*, vol. 6/2 (2010), pp. 56-76.

BAGATTINI ALEXANDER/GUTWALD REBECCA, Renderli forti ? Vulnerabilità, capacità, e resilienza nei bambini poveri, in Maria Giulia Bernardini et al. (éds), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome : IF Press 2018, pp. 237-270.

BAKIRCIOGLU ONDER/DICKSON BRICE, The European Convention in Conflicted Societies. The Experience of Northern Ireland and Turkey, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 66 (2017), pp. 263-294.

BALDWIN CLIVE, Do Vulnerable Groups within Ethnic, Religious or Linguistic Minorities Need Special Standards ?, in Kristin Henrard (éd.), *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers 2010, pp. 243-258.

BANDES SUSAN, The Negative Constitution : A Critique, *Michigan Law Review*, vol. 88/8 (1990), pp. 2271-2347.

BARKHUYSEN TOM/VAN EMMERIK MICHIEL, Right to an Effective Remedy, in Pieter van Dijk et al. (éds), *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, 5^e éd., Cambridge/Antwerp/Portland : Intersentia 2018, pp. 1035-1061.

BARNETT JOHN, Human Rights and Vulnerability to Climate Change, *in* Stephen Humphreys (éd.), *Human Rights and climate change*, Cambridge : CUP 2010, pp. 257–271.

BARRANCO AVILÉS MARIA DEL CARMEN, Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y del edadismo, *in* Maria del Carmen Barranco Avilés/Cristina Churruca Muguruza (éds), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia : Tirant lo blanch 2014, pp. 17–44.

BARRANCO AVILES MARIA DEL CARMEN/CHURRUCA MUGURUZA CRISTINA, Présentation, *in* Maria del Carmen Barranco Aviles/Cristina Churruca Muguruza (éds), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia : Tirant lo blanch 2014.

BARROCA BRUNO/DI NARDO MARYLINE/MBOUMOUA IRÈNE, De la vulnérabilité à la résilience : mutation ou bouleversement ?, *EchoGéo*, vol. 24 (2013), pp. 1–11.

BAUMGÄRTEL MORITZ, Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 38/1 (2020), pp. 12–29.

BÉAL CHRISTOPHE, Vulnérabilité et non-domination : quels enjeux pour la justice pénale ?, *in* Marie Gaille/Sandra Laugier (dir.), *Grammaires de la vulnérabilité. L'art de l'intime, Raison publique*, n° 14 (2011), Paris : Presses de l'université Paris-Sorbonne 2011, pp. 175–190.

BEAUCHAMP TOM L./CHILDRESS JAMES L., *Principles of Biomedical Ethics*, 8^{ème} éd., New York : OUP 2019.

BECERRA SYLVIA, Vulnérabilité, risques et environnement : l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain, *vertigo – La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 12 (2012), accessible sous : <http://vertigo.revues.org/11988> [11.07.20].

BECK ULRICH, *World at risk*, Hoboken : Wiley 2008.

BEDFORD DANIEL, Introduction. Vulnerability refigured, *in* Daniel Bedford/Jonathan Herring (éds), *Embracing Vulnerability. The challenges and implications for Law*, Abingdon/New York : Routledge 2020, pp. 1–27.

BEDI SONU, The absence of horizontal effect in human rights law. Domestic violence and the intimate sphere, *in* Tom Campbell/Kylie Bourne (éds), *Political and Legal Approaches to Human Rights*, Abingdon/New York : Routledge 2018, pp. 189–202.

BELLITTO MELISSA, Gender Mainstreaming in the United States. A New Vision of Equality, *University of California Women's Law Journal*, vol. 22/2 (2015), pp. 125–150.

BEERNAERT MARIE-AUDE, Manuel de droit pénitentiaire, Louvain-la-Neuve : Anthemis 2007.

BEERNAERT MARIE-AUDE/CHARRIÈRE-BOURNAZEL CHRISTIAN/JEANNERET YVAN, Les suites de l'arrêt Salduz en droit belge, français et suisse, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 23/90 (2012), pp. 241-269.

BEERNAERT MARIE/KRENC FRÉDÉRIC, Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles : Anthemis 2019.

BEITZ CHARLES R./GOODIN ROBERT E., Introduction, in Charles R. Beitz/Robert E. Goodin (éds), *Global Basic Rights*, Oxford : OUP 2011, pp. 1-24.

BELDA BÉATRICE, Les droits de l'homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles : Bruylant 2010.

BELOFF MARY/CLÉRICO LAURA, The Right to Dignified Living Conditions and the Position of Vulnerability in the Jurisprudence of the Inter-American Court, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers* n° 146 (2014), accessible en ligne sous : https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/146/ [31.10.2021].

BENAROYO LAZARE/LEFÈVE CÉLINE/MINO JEAN-CHRISTOPHE/WORMS FRÉDÉRIC, *La philosophie du soin. Éthique, médecine et société*, Paris : PUF 2010.

BENOÎT-ROHMER FLORENCE, La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (En marge de l'arrêt Chapman), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 10/48 (2001), pp. 1000-1015.

BERGOUIGNAN CHRISTOPHE, Mesurer la vulnérabilité ?, in Elisabeth Paillet/Pascal Richard (éds), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles : Bruylant 2014, pp. 11-19.

BERNARD FRÉDÉRIC, Évolution(s) de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de l'enfant, in Fatima Niang/Frédéric Bernard (éds), *Promotion et défense des droits de l'enfant. Enjeux théoriques, pratiques et philosophiques*, Genève : Global Studies Institute 2015, pp. 47-56.

BERNARDINI MARIA GIULIA, Vulnerability and the (disability) law : status, challenges and promises of a controversial category, *Gênero e Direito*, vol. 5/3 (2016), pp. 132-151 (BERNARDINI, Vulnerability).

BERNARDINI MARIA GIULIA, « Dangerous Liaisons ». Critical reflections on vulnerability, disability and law, *Sociologia del diritto*, n° 1 (2018), pp. 101-123 (BERNARDINI, Dangerous Liaisons).

BERNHARDT RUDOLF, The Admissibility Stage : The Pros and Cons of a Certiorari Procedure in Individual Applications, in Ulrike Deutsch/Rüdiger Wolfrum (éds), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications : Problems and Possible Solutions*, Berlin : Springer 2009, pp. 29–50.

BERR CLAUDE-J., Vulnérabilité et assurance, in Frédérique Cohet-Cordey (éd.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble 2000, pp. 233–241.

BERRO-LEFÈVRE ISABELLE, L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'homme, in Conseil de l'Europe (éd.), *Justice internationale pour les enfants*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2009, pp. 69–79.

BESSON SAMANTHA, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux. Un essai de dogmatique comparative, *Revue de droit suisse*, vol. 1 (2003), pp. 49–96 (BESSON, Obligations positives).

BESSON SAMANTHA, Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, in Franz Werro (éd.), *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, Zurich : Schulthess 2006, pp. 14–52 (BESSON, Humaniser).

BESSON SAMANTHA, 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 Laurence Burgogues-Larsen (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris : Pedone 2014, pp. 60–85 (BESSON, Vulnérabilité).

BESSON SAMANTHA, Structure et nature des droits de l'homme, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éds), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Berne/Zurich : Schulthess 2014, pp. 19–38 (BESSON, Structure).

BESSON SAMANTHA, Subsidiarity in International Human Rights Law. What is Subsidiary about Human Rights ?, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61/1 (2016), pp. 69–107 (BESSON, Subsidiarity).

BESSON SAMANTHA, Justifications, in Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éds), *International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford : OUP 2018, pp. 22–40 (BESSON, Justifications).

BIEULES BÎNZARU LUCIA, Overview of the European applications relating to hindrances, in Elisabeth Lambert Abdelgawad (éd.), *Preventing and sanctioning the hindrances to the right of individual petition before the European Court of Human Rights*, Cambridge : Intersentia 2011, pp. 3–31.

BIGLER OLIVIER, Art. 2 CEDH, in Luc Gonin/Olivier Bigler (éds), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne : Stämpfli 2018, pp. 21–108.

BIGLER OLIVIER/GONIN LUC, Art. 3 CEDH, in Luc Gonin/Olivier Bigler (éds), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne : Stämpfli 2018, pp. 109–186.

BILLARD ANNA/FOEGLE JEAN-PHILIPPE/MARTIN TRISTAN/TAMOOUZA AHLEM, Droit au logement (Art. 8 CEDH). Un cinglant désaveu de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de logement des gens du voyage [PDF], *La Revue des Droits de l'Homme – Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* (5 décembre 2013).

BIRDSALL WILLIAM F., Development, Human Right, and Human Capabilities : The Political Divide, *Journal of Human Rights*, vol. 13/1 (2014), pp. 1-21.

BIRKMANN JÖRN, Measuring vulnerability to promote disaster-resilient societies. Conceptual frameworks and definitions, in Jörn Birkmann (éd.), *Measuring vulnerability to natural hazards. Towards disaster resilient societies*, Tokyo : UNU-Press 2006, pp. 9-54.

BISCHOF SEVERIN, Stärkung der Kinderrechte als Präventivschutz vor häuslicher Gewalt, Zurich/St. Gall : Dike 2016.

BLONDEL MARION, La personne vulnérable en droit international, Thèse, Université de Bordeaux 2015, accessible sous : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01424139/document> [31.10.2021].

BOEHRINGER SANDRA/FERRARESE ESTELLE, Féminisme et vulnérabilité. Introduction, *Cahiers du Genre*, vol. 58/1 (2015), pp. 5-19.

BOGRAD MICHELE, Strengthening Domestic Violence Theories : Intersections of Race, Class, Sexual Orientation, and Gender, in Natalie J. Sokoloff (éd.), *Domestic Violence at the Margins. Readings on Race, Class, Gender, and Culture*, New Brunswick/New Jersey/Londres : Rutgers University Press 2005, pp. 25-38.

BOITEUX-PICHERAL CAROLINE Introduction. Vers une protection « systématisée » des personnes vulnérables ?, in Caroline Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 7-29.

BORGHİ MARCO, La CEDH : un fondement pour des prestations positives de la part de l'État ?, in Roland Bieber et al. (éds), *Protection des droits fondamentaux en Europe*, Berne/Zurich : Stämpfli/Schulthess 2001, pp. 37-54.

BOSSUYT MARC, Judges on thin ice : The European Court of Human Rights and the treatment of asylum seekers, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3/1-2 (2010), pp. 3-48.

BOYD SUSAN, *Challenging the public/private divide : feminism, law, and public policy*, Toronto : University of Toronto Press 1997.

BRANDL ULRIKE/CZECH PHILIP, *General and Specific Vulnerability of Protection-Seekers in the EU : is there an Adequate Reponse to their Needs ?*, in Francesca Ippolito/Sara Iglesias Sánchez (éds), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford/Portland : Hart Publishing 2015, pp. 247-270.

BREMS EVA, *Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights*, in Daphne Barak-Erez/Ayeal M. Gross (éds), *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Oxford/Portland : Hart Publishing 2007, pp. 135-167 (BREMS, Indirect Protection).

BREMS EVA, *Procedural Protection. An examination of safeguards read into substantive Convention Rights*, in Eva Brems/Janneke Gerards (éds), *Shaping rights in the ECHR : the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge : CUP 2013, pp. 137-161 (BREMS, Procedural Protection).

BREMS EVA, *Positive subsidiarity and its implications for the margin of appreciation doctrine*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 37/3 (2019), pp. 210-227 (BREMS, Subsidiarity).

BREMS EVA/TIMMER ALEXANDRA, *Introduction*, in Eva Brems/Alexandra Timmer (éds), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2016.

BREUER MARTEN, *Artikel 13*, in Ulrich Karpenstein/Franz Mayer (éds), *EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 2^e éd., Munich : Beck 2015, pp. 367-385.

BRODERICK ANDREA, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge : Intersentia 2015 (BRODERICK, Road to Equality).

BRODERICK ANDREA, *Of rights and obligations : the birth of accessibility*, *The International Journal of Human Rights*, vol. 24/4 (2020), pp. 393-413 (BRODERICK, Accessibility).

BRODIEZ-DOLINO, *Le concept de vulnérabilité, la vie des idées* (11 février 2016), accessible sous : <https://laviedesidees.fr/Le-concept-de-vulnerabilite.html> [31.10.2021] (BRODIEZ-DOLINO, Concept).

BRODIEZ-DOLINO, *La vulnérabilité. Un concept opératoire ?*, in Axelle Brodiez-Dolino et al. (dir.), *Vulnérabilités sanitaires et sociales - de l'histoire à la*

- sociologie, Rennes : Presses universitaires de Rennes 2014, pp. 19–26 (BRODIEZ-DOLINO, Opérateur).
- BROWN HILARY, Violence against vulnerable groups, Strasbourg : Council of Europe Publishing 2004 (BROWN, Violence).
- BROWN KATE, Re-moralising « vulnerability », *People, Place & Policy Online*, vol. 6/1 (2012), pp. 41–53 (BROWN, Re-moralising).
- BROWNRIDGE DOUGLAS A., Partner Violence Against Women With Disabilities. Prevalence, Risk, and Explanations, *Violence Against Women*, vol. 12/9 (2006), pp. 805–822 (BROWNRIDGE, Disabilities).
- BROWNRIDGE DOUGLAS A., Violence Against Women. Vulnerable Populations, Abingdon/New York : Routledge 2009 (BROWNRIDGE, Vulnerable Populations).
- BRUGÈRE FABIENNE, L'éthique du *care*. Entre sollicitude et soin, dispositions et pratiques, in Lazare Benaroyo et al. (éds), *La philosophie du soin. Éthique, médecine et société*, Paris : PUF 2010, pp. 69–86 (BRUGÈRE, *Care*).
- BRUGÈRE FABIENNE, Martha Nussbaum ou la démocratie des capacités, *la vie des idées* (19 mars 2013), accessible sous : <https://laviedesidees.fr/Martha-Nussbaum-ou-la-democratie.html> [31.10.2021] (BRUGÈRE, Capacités).
- BRUN ANNE-SOPHIE/GALLIARD CAMILLE, La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée : évolution historique de 1804 à nos jours, in Frédérique Cohet-Cordey (éd.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble 2000, pp. 145–165.
- BULGARIAN HELSINKI COMMITTEE, *Center for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*. Written comments (5 octobre 2011), accessible sous : <https://www.bghelsinki.org/en/news/written-comments-submitted-bulgarian-helsinki-committee/> [31.10.2021].
- BUNCH CHARLOTTE, Women's Rights as Human Rights : Toward a Re-Vision of Human Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 12/4 (1990), pp. 486–498.
- BUNCH CHARLOTTE/REILLY NIAMH, Women's Rights as Human Rights : Twenty-Five Years On, in Niamh Reilly (éd.), *International Human Rights of Women*, Singapour : Springer Nature 2019, pp. 21–38.
- BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire, in Laurence Burgorgue-Larsen (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris : Pedone 2014, pp. 237–243.
- BURTON MANDY, The Human Rights of Victims of Domestic Violence : Opuz v Turkey, *Child&Family Law Quarterly*, vol. 22 (2010), pp. 131–140.

BUSCEMI MARTINA, La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso Talpis c. Italia, *Osservatorio sulle fonti*, vol. X/3 (2017), pp. 1-26.

BUTLER JUDITH, *Precarious Life. The Power of Mourning and Violence*, Londres : Verso 2004 (BUTLER, *Precarious Life*).

BUTLER JUDITH, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, éd. rév., Abingdon/New York : Routledge Classics 2007 (BUTLER, *Gender Trouble*).

BUTLER JUDITH, *Bodily Vulnerability, Coalitions, and Street Politics*, in Joana Sabadell-Nieto/Marta Segarra (éds), *Differences in Common. Gender, vulnerability and community*, Leiden/Boston : Brill 2014, pp. 97-119 (BUTLER, *Street Politics*).

BUTLER JUDITH, *Frames of War*, 2^e éd., Londres : Verso 2016 (BUTLER, *Frames*).

BUTLER JUDITH, *Rethinking Vulnerability and Resistance*, in Judith Butler/Zeynep Gambetti/Leticia Sabsay (éds), *Vulnerability in Resistance*, Durham : Duke University Press 2016, pp. 12-27 (BUTLER, *Resistance*).

BUTLER JUDITH/GAMBETTI ZEYNEP/SABSAY LETICIA, *Introduction*, in Judith Butler/Zeynep Gambetti/Leticia Sabsay (éds), *Vulnerability in Resistance*, Durham : Duke University Press 2016, pp. 1-11.

BUZAWA EVE S./BUZAWA CARL G., *The Evolution of the Response to Domestic Violence in the United States*, in Eve S. Buzawa/Carl G. Buzawa (éds), *Global Responses to Domestic Violence*, Cham : Springer International Publishing 2017, pp. 61-86.

BYRNES ANDREW, *Article 1*, in Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éds), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, New York : OUP 2012, pp. 51-99.

CABRAL BARRETO IRENEU, *Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue québécoise de droit international*, vol. 15/2 (2002), pp. 1-23.

CAHN CLAUDE, *Toward Realising a Right to Positive Action for Roma in Europe : Connors v UK*, *Roma Rights Quarterly*, vol. 1 (2005).

CAMERON IAN, *The Court and the member states : procedural aspects*, in Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (éds), *Constituting Europe : The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge : CUP 2013, pp. 25-61.

CARDONA OMAR D., *The Need for Rethinking the Concepts of Vulnerability and Risk from a Holistic Perspective : A Necessary Review and Criticism for*

Effective Risk Management, in Greg Bankoff/Georg Frerks/Dorothea Hillhorst (éds), *Mapping Vulnerability. Disasters, Development and People*, Londres : Earthscan 2004, pp. 37-51.

CARDONA OMAR D. ET AL., Determinants of Risk : Exposure and Vulnerability, in Christopher B. Field et al. (éds), *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance. A Special Report of Working Groups I and II of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, Cambridge : CUP 2012, pp. 65-108.

CARLIER JEAN-YVES, Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres, *Revue interdisciplinaire des études juridiques*, vol. 79/2 (2017), pp. 175-204.

CAROZZA PAOLO, Human Dignity, in Dinah Shelton (éd.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford : OUP 2013, pp. 345-359.

CARR HELEN, Housing the Vulnerable Subject. The English Context, in Martha A. Fineman/Anna Grear (éds), *Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot : Ashgate 2013, pp. 107-123.

CARRON DJEMILA, Article 6, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éds), *CEDEF - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2019, pp. 163-193.

CARRON DJEMILA/MIRANDA FERDINANDO, A.P., Garçon et Nicot c. France. Un arrêt de la Cour EDH réécrit selon la perspective de genre et de sexualités en droit, in Bérénice K. Schramm et Emmanuelle Tourme Jouannet (dir.), *Queer(s) et droit international : Etudes du Réseau Olympe*, Paris : Société de législation comparée, 2021, pp. 333-374.

CASALINI BRUNELLA, Le teorie femministe contemporanee, dal paradigma della sovranità al paradigma della vulnerabilità, in Maria Giulia Bernardini et al. (éds), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome : IF Press 2018, pp. 27-48.

CELIKSOY ERGUL, *Ibrahim and others v. UK : Watering down the Salduz principles?*, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 9/2, pp. 229-246.

CHAPMAN AUDREY/CARBONETTI BENJAMIN, Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups. The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 33/3 (2011), pp. 682-732.

CHARDIN NICOLE, La Cour européenne des droits de l'homme et la vulnérabilité, in Frédéric Rouvière (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles : Bruylant 2011, pp. 367-383.

CHARLESWORTH HILARY/CHINKIN CHRISTINE/WRIGHT SHELLEY, Feminist approaches to international law, *American Journal of International Law*, vol. 85/4 (1991), pp. 613–645.

CHARLESWORTH HILARY, Transforming the United Men's Club : Feminist Futures for the United Nations, *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 4/2 (1994), pp. 421–454.

CHATTON GREGOR T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève/Bâle/Zurich : Schulthess 2013.

CHAZAL JEAN-PASCAL, Vulnérabilité et droit de la consommation, in Frédérique Cohet-Cordey (éd.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble 2000, pp. 243–264.

CHERUBINI MARIE, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, Genève/Bâle/Zurich : Schulthess 2016.

CHOVGAN VADYM, Les limitations des droits des détenus : nature juridique et justification, Thèse, Université de Reims 2018, accessible sous : <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01796592> [31.10.2021].

CHRISTOFFERSEN JONAS, Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2009.

CLARK SEVDA, Child Rights and the Movement from Status, *Nordic Journal of International Law*, vol. 84 (2015), pp. 183–220.

CLIFFORD JARLATH, Equality, in Dinah Shelton (éd.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford : OUP 2013, pp. 420–445.

CLOUD MORGAN, More than Utopia, in Martha A. Fineman/Anna Grear (éds), *Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot : Ashgate 2013, pp. 77–94.

CLOUGH BEVERLEY, Disability and Vulnerability : Challenging the Capacity/Incapacity Binary, *Social Policy & Society*, vol. 16/3 (2017), pp. 469–481.

COHET-CORDEY FRÉDÉRIQUE (éd.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble 2000.

COJOCARIU CONSTANTIN, Handicapping rules : the overly restrictive application of admissibility criteria by the European Court of Human Rights to complaints concerning disabled persons, *European Human Rights Law Review*, vol. 6 (2011), pp. 686–699 (COJOCARIU, Handicapping).

COJOCARIU CONSTANTIN, Hit and miss. Procedural accommodations ensuring the effective access of people with mental disabilities to the European Court of Human Rights, *in* Peter Blanck/Eilionoir Flynn (éds), *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Abingdon/New York : Routledge 2017, pp. 105-117 (COJOCARIU, Hit and miss).

COKER DONNA, Enhancing Autonomy for Battered Women : Lessons from Navajo Peacemaking, *University of California Law Review*, vol. 47 (1999), pp. 1-111.

COLE ALYSON, The Cult of True Victimhood : From the War on Welfare to the War on Terror, Stanford : Stanford University Press 2007 (COLE, Victimhood).

COLE ALYSON, Verbigide. D'une vulnérabilité qui n'ose dire son nom, *Cahiers du Genre*, vol. 58/1 (2015), pp. 135-162 (COLE, Verbigide).

COLE ALYSON, All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others : The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, and Ambivalent Critique, *Critical Horizons*, vol. 17/2 (2016), pp. 260-277 (COLE, Political Ambiguity).

COLOMBO ANNAMARIA/REYNAUD CAROLINE/DE COULON GIADA, Begging in Geneva : Which Right to Which City ?, *Environnement urbain*, vol. 10 (2016), accessible sous : <http://journals.openedition.org/eue/1306> [31.10.2021].

CONDON STEPHANIE/LESNÉ MAUD/SCHRÖTTLE MONIKA, What Do We Know About Gendered Violence and Ethnicity Across Europe From Surveys ?, *in* Ravi K. Thiara/Stephanie A. Condon/Monika Schröttle (éds), *Violence against Women and Ethnicity : Commonalities and Differences across Europe*, Opladen/Berlin/Farmington Hills : Barbara Budrich Publishers 2011, pp. 97-112.

COOK REBECCA J./CUSACK SIMONE, Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives, Philadelphia : University of Pennsylvania Press 2010.

COPELON RHONDA, Recognizing the egregious in the everyday : domestic violence as torture, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 25/2 (1994), pp. 291-368.

CORBAZ MATTHIEU, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile. Étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant, Berne : Stämpfli 2019.

COSTA JEAN-PAUL, Préface, *in* Pascal Dourneau-Josette/Elisabeth Lambert Abdelgawad (éds), *Quel filtrage pour les requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2011, pp. 7-9.

COSTA JEAN-PAUL, Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in Christopher McCrudden (éd.), *Understanding Human Dignity*, Oxford : OUP 2013, pp. 393–402 (COSTA, Dignity).

COSTELLO CATHRYN/MOUZOURAKIS MINOS, Reflections on reading Tarakhel : Is « How Bad is Bad Enough » Good Enough ?, *Asiel- & Migrantenrecht*, n° 10 (2014), pp. 404–411.

COSTELLO CATHRYN/HANCOX EMILY, The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU : Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee, in Vincent Chetail/Philippe De Bruycker/Francesco Maiani (éds), *Reforming the Common European Asylum System*, Leiden/Boston : Brill Nijhoff 2016, pp. 377–445.

CRENSHAW KIMBERLÉ, Demarginalizing the intersection of race and sex : a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics, *University of Chicago Legal Forum*, n° 1 (1989), pp. 139–167 (CRENSHAW, Demarginalizing).

CRENSHAW KIMBERLÉ, Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, *Stanford Law Review*, vol. 43/6 (1991), pp. 1241–1299 (CRENSHAW, Mapping).

CUDD ANN/EFTEKHARI SEENA, Contractarianism, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017), accessible sous : <https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism/> [31.10.2021].

CULLET PHILIPPE, The Kyoto Protocol and vulnerability : human rights and equity dimensions, in Stephen Humphreys (éd.), *Human rights and climate change*, Cambridge : CUP 2010, pp. 183–206.

CUOMO CHRIS J., Climate Change, Vulnerability, and Responsibility, *Hypatia*, vol. 26/4 (2011), pp. 690–714.

CURRIE DAVID P., Positive and Negative Constitutional Rights, *University of Chicago Law Review*, vol. 53/3 (1986), pp. 864–890.

D'URSEL EUGÉNIE, La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ?, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 29/113 (2018), pp. 29–49.

DALIGAND LILIANE, *Les violences conjugales. Que sais-je*, Paris : PUF 2016.

DANIS MARION/CLANCY CAROLYN/CHURCHILL LARRY R., *Ethical Dimensions of Health Policy*, New York : OUP 2015.

DANISI CARMELO, How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination ? Defining new standards in its non-discrimination

jurisprudence, *International Journal of Constitutional Law I•CON*, vol. 9 (2011), pp. 793–807.

DAUER SHEILA, Human Rights Responses to Violence Against Women, in Niamh Reilly (éd.), *International Human Rights of Women*, Singapour : Springer 2019, pp. 229–245.

DAVIDSON NATALIE R., The Feminist Expansion of the Prohibition of Torture : Towards a Post-Liberal International Human Rights Law ?, *Cornell International Law Journal*, vol. 52 (2019), pp. 109–135.

DAVIS KATHY, Intersectionality as a Buzzword. A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful, *Feminist Theory*, vol. 9/1 (2008), pp. 67–85.

DE BAUCHE LAURENCE, La vulnérabilité en droit européen de l’asile : une conceptualisation en construction. Étude en matière de conditions d’accueil des demandeurs d’asile, Bruxelles : Bruylant 2012.

DE LONDRAS FIONA/DZEHTSIAROU KANTSTANTIN, Great Debates on the European Convention on Human Rights, Londres : Red Globe Press 2018.

DE SCHUTTER OLIVIER, *International Human Rights Law. Cases, Materials and Commentary*, 3^e éd., Cambridge : CUP 2019.

DE VIDO SARA, States’ Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence : The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights, *ESIL Reflections*, vol. 6/6 (2017) (DE VIDO, States’ Positive Obligations), pp. 1–11.

DE VIDO SARA, The ECtHR *Talpis v. Italy* Judgment. Challenging the Osman Test through the Council of Europe Istanbul Convention ?, *Ricerche giuridiche*, vol. 6/2 (2017), pp. 7–15 (DE VIDO, Talpis).

DE VIDO SARA, Interpretative tool, in Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (éds), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon/New York : Routledge 2020, pp. 57–74 (DE VIDO, Interpretative tool).

DE VYLDER HELENA, *Mocanu v. Romania*. Do large-scale human rights violations justify only a mild admissibility test ?, Strasbourg Observers (17 octobre 2014), accessible sous : <https://strasbourgobservers.com/category/cases/mocanu-v-romania/> [31.10.2021] (DE VYLDER, Mocanu).

DE VYLDER HELENA, Rewriting CRL on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania (ECtHR): *actio popularis* as *ultimum remedium* to enhance access to justice of victims with a mental disability, in Eva Brems/Ellen Desmet (éds), *Integrated*

Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions, Cheltenham : Edward Elgar Publishing 2017, pp. 289–316 (DE VYLDER, Rewriting Câmpeanu).

DE WECK FANNY, Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture. The assessment of individual complaints by the European Court of Human Rights under article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under article 3 CAT, Leiden : Brill 2016.

DE WECK FANNY/MOTZ STEPHANIE, Die Relevanz von Krankheit oder Behinderung für die Flüchtlingseigenschaft und für das Refoulement-Verbot gemäss Art. 3 EMRK, *Asyl*, n° 3 (2017), pp. 9–14. DECKHA MANEESHA, Initiating a Non-Anthropocentric Jurisprudence: The Rule of Law and Animal Vulnerability Under a Property, *Alberta Law Review*, vol. 50/4 (2013), pp. 783–814.

DEGENER THERESIA, Disability in a Human Rights Context, *Laws*, vol. 5/35 (2016), pp. 1–24.

DEL GAUDIO CHIARA/MÜLLER LÉONIE/ZIMMERMANN NESA, Chère Cour : Propositions pour le jugement imminent Darboe et Camara c. Italie, *Asyl*, n° 1 (2020), pp. 9–13.

DELASSUS ÉRIC, L'éthique du *Care*. Vulnérabilité, autonomie et justice, *Hal Archives-ouvertes* (2013), accessible sous : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00701247v3> [31.10.2021].

DEMBOUR MARIE-BÉNÉDICTE, Who believes in human rights ?, Cambridge : CUP 2006 (DEMBOUR, Human rights).

DEMBOUR MARIE-BÉNÉDICTE, What are Human Rights? Four Schools of Thought, *Human Rights Quarterly*, vol. 32 (2010), pp. 1–20 (DEMBOUR, Schools).

DEMBOUR MARIE-BÉNÉDICTE, What it takes to have a case : the backstage story of *Muskhadzhiyeva c. Belgium* (illegality of children's immigration detention), in Elisabeth Lambert Abdelgawad (éd.), Preventing and sanctioning the hindrances to the right of individual petition before the European Court of Human Rights, Cambridge : Intersentia, 2011, pp. 75–104 (DEMBOUR, Backstage story).

DEMBOUR MARIE-BÉNÉDICTE, Critiques, in Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éds), *International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford : OUP 2018, pp. 41–59 (DEMBOUR, Critiques).

DETEȘEANU DANIELA-ANCA, La protection des femmes en temps de conflit armé, in Jean-Marc Sorel/Corneliu-Liviu Popescu (dir.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles : Bruylant 2010, pp. 257–291.

DETRICK SHARON, A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers 1999.

DIXON ROSALIND/NUSSBAUM MARTA C., Children's Rights and a Capabilities Approach : The Question of Special Priority, *Cornell Law Review*, vol. 97/3 (2012), pp. 549-594.

DMYTRENKO OLGA, Ukraine, in Pascal Dourneau-Josette/Elisabeth Lambert Abdelgawad (éds), Quel filtrage pour les requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2011, pp. 531-548.

DODDS SUSAN, Dependence, Care, and Vulnerability, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2014, pp. 181-203.

DOTHAN SHAI, Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge, *Chicago Journal of International Law*, vol. 18/2 (2018), pp. 393-419.

DOURNEAU-JOSETTE PASCAL, L'expérience du juge unique et des comités de trois juges depuis l'entrée en vigueur des Protocoles n^{os} 14 et 14 bis, in Pascal Dourneau-Josette/Elisabeth Lambert Abdelgawad (éds), *Quel filtrage pour les requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2011, pp. 225-241.

DOWD NANCY E., The « F » Factor : Fineman as Method and Substance, *Emory Law Journal*, vol. 59 (2010), pp. 1191-1202.

DRÖGE CORDULA, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin : Springer 2003.

DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux. Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle : Helbing Lichtenhahn 2018.

DUBOUT ÉDOUARD, La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 18/70 (2007), pp. 398-425 (DUBOUT, Procéduralisation).

DUBOUT ÉDOUARD, Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 19/74 (2008), pp. 383-418 (DUBOUT, Interprétation).

DUBOUT ÉDOUARD, La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne, in Laurence Burgorgue-Larsen (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris : Pedone 2014, pp. 31-57 (DUBOUT, Vulnérabilité).

DUNN MICHAEL C./CLARE ISABEL C.H./HOLLAND ANTHONY J., To empower or to protect ? Constructing the « vulnerable adult » in English Law and public policy, *Legal Studies*, vol. 28 (2008), pp. 234-255.

DUTHEIL-WAROLIN LYDIE, La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Thèse, Université de Limoges 2004, accessible sous : <http://www.theses.fr/2004LIMO0499> [31.10.2021].

DZEHTSIAROU KANSTANTSIN, European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, *German Law Journal*, vol. 12/10 (2011), pp. 1730-1745.

DZEHTSIAROU KANSTANTSIN/TZEVELEKOS VASSILIS P., Interim Measures : Are Some Opportunities Worth Missing ?, *European Convention on Human Rights Review*, vol. 2 (2021), pp. 1-10.

EATON MARY, Abuse by Any Other Name : Feminism, Difference, and Intralesbian Violence, in Martha A. Fineman/Roxanne Mykitiuk (éds), *The Public Nature of Private Violence. The Discovery of Domestic Abuse*, Abingdon/New York : Routledge 1994, pp. 195-223.

EBERT FRANZ CHRISTIAN/SIJNIENSKY ROMINA I., Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems : From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention ?, *Human Rights Law Review*, vol. 15 (2015), pp. 343-368.

EDWARDS ALICE, *Violence against women under International Human Rights Law*, Cambridge : CUP 2011.

EGLI PATRICIA, *Gonzales v. Carhart* : ein Wendepunkt in der Rechtsprechung des Supreme Court zum Schwangerschaftsabbruch ?, *Pratique juridique actuelle*, n° 8 (2008), pp. 1039-1049.

EICKE TIM, Human rights and climate change : what role for the European Court of Human Rights ?, *European Human Rights Law Review*, vol. 3 (2021), pp. 262-273.

ESTRADA-TANCK DOROTHY, *Human Security and Human Rights under International Law. The Protections Offered to Confronting Persons Structural Vulnerability*, Portland/Oregon : Hart Publishing 2016.

ESTUPIÑAN-SILVA ROSMERLIN, La vulnérabilité saisie par la Cour interaméricaine, in Laurence Burgogues-Larsen (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris : Pedone 2014, pp. 89-113.

EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, *Kósa v. Hungary*. Third-Party Intervention, accessible sous : http://www.errc.org/uploads/upload_en/file/third-party-intervention-kosa-v-hungary-26-october-2016.pdf [31.10.2021].

EVANS YARA/MCILWAINE CATHY, *Violence Against Migrant Women. A review of risk factors and barriers to accessing help*, Rapport, Londres : Economic & Social Research Council 2018.

FÁBIÁN KATALIN, *The Politics of Domestic Violence in Central Europe : International and Domestic Contestations*, in Eve S. Buzawa/Carl G. Buzawa (éds), *Global Responses to Domestic Violence*, Cham : Springer International Publishing 2017, pp. 125-149.

FALCK RUNA, *Discrimination against Roma. Evidence from two survey experiments in Norway*, *Migration Studies*, vol. 9/3 (2021), pp. 360-382.

FARGET DORIS, *Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux des droits de l'homme*, Thèse, Universités de Montréal et Aix-Marseille 2010, accessible sous : <https://core.ac.uk/download/pdf/55647025.pdf> [31.10.2021] (FARGET, Modes de vie).

FARGET DORIS, *Defining Roma Identity in the European Court of human rights*, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 19 (2012), pp. 291-316 (FARGET, Roma Identity).

FAVIER YANN, *Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français*, *Revista Temática Kairós Gerontologia*, vol. 16/6 (2012), pp. 61-68.

FEJZULA SEBIJAN, *The Anti-Roma Europe : Modern ways of disciplining the Roma body in urban spaces*, *Revista Direito e Praxis*, vol. 10/3 (2019), pp. 2097-2116.

FELIPE BELTRAÑO JANE et al., *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*, Barcelone : Universitat Pompeu Fabra 2014.

FERRARESE ESTELLE, *Vivre à la merci. Le care et les trois figures de la vulnérabilité dans les politiques contemporaines*, *Multitudes*, vol. 37-38/2 (2009), pp. 132-141 (FERRARESE, Care).

FERRARESE ESTELLE, *Les vulnérables et le géomètre. Sur les usages du concept de vulnérabilité dans les sciences sociales*, in Marie Gaille/Sandra Laugier (dir.), *Grammaires de la vulnérabilité. L'art de l'intime*, *Raison publique*, n° 14 (2011), Paris : Presses de l'université Paris-Sorbonne 2011, pp. 17-37 (FERRARESE, Géomètre).

FERRARESE ESTELLE, *Vulnerability : A Concept with Which to Undo the World As It Is ?*, *Critical Horizons*, vol. 17/2 (2016), pp. 149-159 (FERRARESE, Concept).

FERRAZ OCTAVIO L. M., *Two conceptions of social and economic rights. Basic needs versus equality*, in Tom Campbell/Kylie Bourne (éds), *Political and Legal*

Approaches to Human Rights, Abingdon/New York : Routledge 2017, pp. 133–154.

FERRERO JULIE, L'interprétation évolutive des Conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international, Paris : Pedone 2019.

FERSTLER SABRINA, Les stratégies des O.N.G. dans la défense des requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme. Approche socio-politique, in Magdalena Forowicz/Elisabeth Lambert Abdelgawad/Inan Sevinc (éds), La défense des requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles : Nemesis 2012, pp. 63–91.

FIECHTER-BOULVARD FRÉDÉRIQUE, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in Frédérique Cohet-Cordey (éd.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble 2000, pp. 13–32.

FINEMAN MARTHA A., Cracking the Foundational Myths : Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency, *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 8/1 (2000), pp. 13–29 (FINEMAN, Myths).

FINEMAN MARTHA A., Contract and Care, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 76 (2001), pp. 1403–1440 (FINEMAN, Contract).

FINEMAN MARTHA A., Domestic Violence, Custody, and Visitation, *Family Law Quarterly*, vol. 36/1 (2002), pp. 211–225 (FINEMAN, Domestic Violence).

FINEMAN MARTHA A., The Autonomy Myth : a Theory of Dependency, New York : New Press 2004 (FINEMAN, Autonomy).

FINEMAN MARTHA A., The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20 (2008–2009), pp. 1–23 (FINEMAN, Anchoring Equality).

FINEMAN MARTHA A., The Vulnerable Subject and the Responsive State, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n° 10/130 (2010), pp. 1–41 (FINEMAN, Responsive State).

FINEMAN MARTHA A., Beyond identities : The limits of an antidiscrimination approach to equality, *Boston University Law Review*, vol. 92 (2012), pp. 1713–1770 (FINEMAN, Identities).

FINEMAN MARTHA A., « Elderly » as Vulnerable : Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility, *The Elder Law Journal*, vol. 20 (2012), pp. 71–112 (FINEMAN, Elderly).

FINEMAN MARTHA A., Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics, in Martha A. Fineman/Anna Grear (éds), Vulnerability :

Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics, Aldershot : Ashgate 2013, pp. 13-27 (FINEMAN, Law and Politics).

FINEMAN MARTHA A., Vulnerability and inevitable inequality, *Oslo Law Review*, vol. 4/3 (2017), pp. 133-149 (FINEMAN, Inequality).

FINEMAN MARTHA A., The limits of equality : vulnerability and inevitable inequality, in Robin West/Cynthia Grant Bowman (éds), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Cheltenham/Northampton : Edward Elgar Publishing 2019, pp. 73-90 (FINEMAN, Limits).

FINEMAN MARTHA A./GREAR ANNA, Vulnerability as Heuristic. An Invitation to Future Exploration, in Martha A. Fineman/Anna Grear (éds), *Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot : Ashgate 2013, pp. 1-11.

FISHER BERENICE/TRONTO JOAN, Towards a feminist theory of caring, in Emily K. Abel/Margaret K. Nelson (éds), *Circles of care. Work and identity in women's lives*, New York : State University of New York Press 1990, pp. 35-62.

FLEGAR VERONIKA/IEDEMA EMMA, The Use of the « Vulnerability » Label by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. Protecting or Stigmatizing Women and Girls in the Forced Migration Context ?, *Brill Open Law*, vol. 2 (2019), pp. 1-41.

FOCARELLI CARLO, *International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford : OUP 2012.

FORMOSA PAUL, The Role of Vulnerability in Kantian Ethics, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2014, pp. 88-109.

FOROWICZ MAGDALENA, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford : OUP 2010.

FREDMAN SANDRA, The Age of Equality, in Sandra Fredman/Sarah Spencer (éds), *Age as an Equality Issue. Political and Legal Perspectives*, Oxford : Hart Publishing 2003, pp. 21-69 (FREDMAN, Age).

FREDMAN SANDRA, Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality : Towards a New Definition of Equal Rights, in Ineke Boerefijn et al. (éds), *Temporary Special Measures: Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*, Antwerp : Intersentia 2005, pp. 111-118 (FREDMAN, Dichotomy).

FREDMAN SANDRA, *Human Rights Transformed : Positive Rights and Positive Duties*, Oxford : OUP 2009 (FREDMAN, Positive Rights).

FREDMAN SANDRA, Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 16 (2016), pp. 273–301 (FREDMAN, Emerging).

FREDMAN SANDRA, Substantive Equality Revisited, *International Journal of Constitutional Law I•CON*, vol. 14/3 (2016), pp. 712–738 (FREDMAN, Revisited).

FREI NULA, Menschenhandel und Asyl. Die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Opferschutz im schweizerischen Asylverfahren, Baden-Baden : Nomos 2018.

FRERKS GEORG/WARNER JEROEN/WEIJS BART, The politics of vulnerability and resilience, *Ambiente & Sociedade*, vol. 14/2 (2011), pp. 105–122.

FROWEIN JOCHEN, Artikel 2, in Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (éds), Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar, 3^e éd., Kehl am Rhein : N. P. Engel Verlag 2009, pp. 28–41 (FROWEIN, Artikel 2).

FROWEIN JOCHEN, Artikel 3, in Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (éds), Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar, 3^e éd., Kehl am Rhein : N. P. Engel Verlag 2009, pp. 42–58 (FROWEIN, Artikel 3).

FURUSHO CAROLINA YOKO, The « ideal migrant victim » in human rights courts : between vulnerability and otherness, in Marian Duggan (éd.), Revisiting the « ideal victim ». Developments in Critical Victimology, Bristol : Policy Press 2018, pp. 123–140.

GAFFNEY-RHIS RUTH, International Law and Child Marriage, in Niamh Reilly (éd.), International Human Rights of Women, Singapour : Springer 2019, pp. 345–363.

GAILLE MARIE/LAUGIER SANDRA, Grammaire de la vulnérabilité. Introduction, in Marie Gaille/Sandra Laugier (dir.), Grammaires de la vulnérabilité. L'art de l'intime, *Raison publique*, n° 14 (2011), Paris : Presses de l'université Paris-Sorbonne 2011, pp. 7–15.

GALAMAGA ADAM, Philosophie der Menschenrechte von Martha C. Nussbaum. Eine Einführung in den Capabilities Approach, Marburg : Tectum Verlag 2014.

GALIZIA MICHÈLE, Etiquettes stigmatisantes : un manque de précision risqué, *Tangram*, vol. 30/12 (2012), pp. 1–8.

GARRAU MARIE, Comment définir la vulnérabilité ? L'apport de Robert Goodin, in Marie Gaille/Sandra Laugier (dir.), Grammaires de la vulnérabilité. L'art de l'intime, *Raison publique*, n° 14 (2011), Paris : Presses de l'université Paris-Sorbonne 2011, pp. 79–99 (GARRAU, Définir).

GARRAU MARIE, Regards croisés sur la vulnérabilité. « Anthropologie conjonctive » et épistémologie du dialogue, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, hors-série n° 13 (2013), pp. 141-166 (GARRAU, Regards croisés).

GARRAU MARIE/LABORDE CÉCILE, Relational Equality, Non-Domination, and Vulnerability, in Carina Fourie/Fabian Schuppert/Ivo Wallimann-Helmer (éds), *Social Equality : On What It Means to be Equals*, Oxford : OUP 2015, pp. 45-64.

GARRAU MARIE/LE GOFF ALICE, Care, justice et dépendance. Introduction aux théories du Care, Paris : PUF 2010.

GATÉ JUILLETTE/ROMAN DIANE, Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente, in Elisabeth Paillet/Pascal Richard (éds), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles : Bruylant 2014, pp. 219-243.

GERARDS JANNEKE H., Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine, *European Law Journal*, vol. 17/1 (2011), pp. 80-120 (GERARDS, Pluralism).

GERARDS JANNEKE H., The European Court of Human Rights and the national courts : giving shape to the notion of « shared responsibility », in Janneke Gerards/Jospeh Fleuren (éds), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law. A comparative analysis*, Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2014, pp. 13-94 (GERARDS, Shared Responsibility).

GERARDS JANNEKE H., Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 18 (2018), pp. 495-515 (GERARDS, Margin).

GERARDS JANNEKE H./GLAS LIZE R., Access to justice in the European Convention on Human Rights system, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 53/1 (2017), pp. 11-30.

GIANNOULOPOULOS DIMITRIOS, Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law : A Tale of the Rights to Custodial Legal Assistance in Five Countries, *Human Rights Law Review*, vol. 16 (2016), pp. 103-129.

GILL CAROL J., Disability, Constructed Vulnerability, and Socially Conscious Palliative Care, *Journal of Palliative Care*, vol. 22/3 (2006), pp. 183-191.

GILLIGAN CAROL, In a different voice : psychological theory and women's development, Cambridge : Harvard University Press 1993 (GILLIGAN, In a different voice).

GILLIGAN CAROL, Le care, éthique féminine ou éthique féministe ?, *Multitudes*, vol. 37-38/2-3 (2009), pp. 76-78 (GILLIGAN, Multitudes).

GILSON ERIN C., *The Ethics of Vulnerability. A feminist Analysis of Social Life and Practice*, Abingdon/New York : Routledge 2014.

GIOLO ORSETTA, *Conclusion : La vulnerabilità e la forza : un binomio antico da ritematizzare*, in Maria Giulia Bernardini et al. (éds), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome : IF Press 2018, pp. 341–350.

GLAS LIZE R., *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights : Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn*, *Human Rights Law Review*, vol. 14 (2014), pp. 671–699 (GLAS, Procedural Practice).

GLAS LIZE R., *The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 34/1 (2016), pp. 41–70 (GLAS, Pilot-Judgment).

GOLDHABER MICHAEL D., *A people's history of the European Court of Human Rights*, New Brunswick : Rutgers University Press 2007.

GOLDSCHIED JULIE, *Gender Neutrality and the « Violence Against Women » Frame*, *University of Miami Race & Social Justice Law Review*, vol. 5 (2015), pp. 307–324 (GOLDSCHIED, Gender Neutrality).

GOLDSCHIED JULIE, *Gender Violence and Human Rights in an Era of Backlash*, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 24/3 (2018), pp. 559–591 (GOLDSCHIED, Gender Violence).

GOLDSCHIED JULIE/LIEBOWITZ DEBRA J., *Due Diligence and Gender Violence : Parsing its Power and Perils*, *Cornell International Law Journal*, vol. 48 (2015), pp. 301–345.

GOLDSTEIN PIERRE, *Vulnérabilité et autonomie dans la pensée de Martha C. Nussbaum*, Paris : PUF 2011.

GÓMEZ ISA FELIPE, *Pueblos indígenas : de objeto de protección a sujetos de derechos*, in Maria del Carmen Barranco Avilés/Cristina Churruca Muguruza (éds), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia : Tirant lo blanch 2014, pp. 167–185.

GOODALE MARK, *Surrendering to Utopia. An Anthropology of Human Rights*, Stanford : Stanford University Press 2009.

GOODIN ROBERT E., *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago/Londres : The University of Chicago Press 1985 (GOODIN, Protecting).

GOODIN ROBERT E., *Vulnerabilities and Responsibilities. An Ethical Defense of the Welfare State*, *The American Political Science Review*, vol. 79/3 (1985), pp. 775–787 (GOODIN, Responsibilities).

GOODIN ROBERT E., Welfare, Rights and Discretion, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6/2 (1986), pp. 232-261 (GOODIN, Rights).

GOODIN ROBERT E., Reasons for Welfare. The Political Theory of the Welfare State, Princeton : Princeton University Press 1988 (GOODIN, Welfare State).

GOODMARK LEIGH, Decriminalizing Domestic Violence. A Balanced Policy Approach to Intimate Partner Violence, Oakland : University of California Press 2018.

GOULD CAROL, Globalizing Democracy and Human Rights, Cambridge : CUP 2004 (GOULD, Globalizing).

GOULD CAROL, Interactive democracy: social roots global justice, Cambridge : CUP 2014 (GOULD, Interactive Democracy).

GONZALEZ GÉRARD, Conclusions générales, in Caroline Boiteux-Picheral (dir.), La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s), Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 197-213.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI JESÚS, Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, Valencia : Tirant lo blanch 2004.

GRABENWARTER CHRISTOPH, Artikel 2, in Christoph Grabenwarter (éd.), European Convention on Human Rights. Commentary, Munich : C. H. Beck 2014, pp. 12-30.

GRABENWARTER CHRISTOPH, Artikel 3, in Christoph Grabenwarter (éd.), European Convention on Human Rights. Commentary, Munich : C. H. Beck 2014, pp. 31- 52.

GRABENWARTER CHRISTOPH, Artikel 14, in Christoph Grabenwarter (éd.), European Convention on Human Rights. Commentary, Munich : C. H. Beck 2014, pp. 340-363.

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 6^e éd., Munich : C.H. Beck 2016.

GRDINIC ELA, Application of the Elements of Torture and Other Forms of Ill-Treatment, as Defined by the European Court and Commission of Human Rights, to the Incidence of Domestic Violence, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 23 (1999-2000), pp. 217-260.

GREAR ANNA, Redirecting human rights : Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity, Basingstoke : Palgrave Macmillan 2010 (GREAR, Redirecting).

GREAR ANNA, Embracing vulnerability : Notes towards human rights for a more-than-human world, in Daniel Bedford/Jonathan Herring (éds),

Embracing Vulnerability. The challenges and implications for Law, Abingdon/New York : Routledge 2020, pp. 153–174 (GREAR, Embracing).

GREER STEVEN, *The Margin of Appreciation. Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2000.

GREER STEVEN/WILDHABER LUZIUS, Revisiting the Debate About « Constitutionalizing » the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 12/4 (2012), pp. 655–687.

GREER STEVEN/GERARDS JANNEKE/SLOWE ROSE, *Human Rights in the Council of Europe and the European Union. Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge : CUP 2018.

HAGUE GILL/THIARA RAVI K./MAGOWAN PAULINE/MULLENDER AUDREY, *Making the Links. Disabled women and domestic violence. Final report*, Bristol : Women's Aid 2007.

HANCOCK ANGE-MARIE, *Intersectionality. An intellectual history*, Cambridge : OUP 2018.

HANISCH CAROL, *The personal is political, in Women's Liberation Movement*, (éd.), *Notes from the Second Year : Women's Liberation. Major Writings of the Radical Feminists*, New York : Radical Feminism 1970, pp. 76–77.

HARDY HÉLÈNE/BOITEUX-PICHERAL CAROLINE, *La portée transversale de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Caroline Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 119–160.

HARRIS ANGELA P., *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, *Stanford Law Review*, vol. 42/3 (1990), pp. 518–616.

HARRIS ET AL., Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford : OUP 2018.

HARPUR PAUL/DOUGLAS HEATHER, *Disability, Domestic Violence, and Human Rights*, in Niamh Reilly (éd.), *International Human Rights of Women*, Singapour : Springer 2019, pp. 267–282.

HART HERBERT L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis 1976.

HASSELBACHER LEE, *State Obligations Regarding Domestic Violence : The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8/2 (2010), pp. 190–215.

HEIKKILÄ MIKAELA/MUSTANIEMI-LAAKSO MAIJA, Vulnerability as a human rights variable : African and European Human Rights Developments, *African Human Rights Journal*, vol. 20 (2020), pp. 777–798.

HELD VIRGINIA, *The Ethics of care. Personal, political, and global*, Oxford : OUP 2006 (HELD, *Care*).

HELD VIRGINIA, *Care and Human Rights*, in Rowan Cruft/S. Matthew Liao/Massimo Renzo (éds), *The Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford : OUP 2015, pp. 624–641 (HELD, *Human Rights*).

HELLUM ANNE/SINDING AASEN HENRIETTE, Introduction, in Anne Hellum/Henriette Sinding Aasen (éds), *Women’s Human Rights : CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge : CUP 2013, pp. 1–23.

HENN ELISABETH V., *International Human Rights Law and Structural Discrimination. The Example of Violence against Women*, Berlin : Springer 2018.

HERA GABOR, The relationship between the Roma and the police : a Roma perspective, *Policing and Society*, vol. 27/4 (2015), pp. 393–407.

HERI CORINA, *The Rights of the Vulnerable under Article 3 ECHR. Promoting Dignity, Equality and Autonomy by Reconceptualizing the Human Rights Subject*, Thèse, Université de Zurich 2017 (HERI, *Rights of the Vulnerable*).

HERI CORINA, Volodina, Article 3, and Russia’s systemic problem regarding domestic violence, *Strasbourg Observers* (30 juillet 2019), accessible sous : <https://strasbourgobservers.com/2019/07/30/volodina-article-3-and-russias-systemic-problem-regarding-domestic-violence/> [31.10.2021] (HERI, *Volodina*).

HERRING JONATHAN, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford : Oxford University Publishers 2016 (HERRING, *Vulnerable Adults*).

HERRING JONATHAN, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Cham : Springer International Publishing 2018 (HERRING, *Childhood*).

HERTIG RANDALL MAYA, Histoire des droits de l’homme, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éds), *Introduction aux droits de l’homme*, Genève/Berne/Zurich : Schulthess 2014, pp. 4–18 (HERTIG RANDALL, *Histoire*).

HERTIG RANDALL MAYA, Typologie des droits de l’homme, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éds), *Introduction aux droits de l’homme*, Genève/Berne/Zurich : Schulthess 2014, pp. 39–54 (HERTIG RANDALL, *Typologie*).

HERTIG RANDALL MAYA, Les droits des Roms en situation précaire : un « test case » de la citoyenneté européenne, in Biaggini/Diggelmann/Kaufmann (éds),

Polis und Kosmopolis. Festschrift für Daniel Thürer, Zurich : Dike 2015, pp. 247-256.

HERTIG RANDALL MAYA, La Convention européenne des droits de l'homme, in Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éds), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich/Bâle/Genève : Schulthess 2020, pp. 1267-1292 (HERTIG RANDALL, CEDH).

HERVIEU NICOLAS, Pistes de solutions pour remédier à l'accroissement exponentiel des demandes de mesures provisoires [PDF], *La Revue des Droits de l'Homme - Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* (12 février 2011) (HERVIEU, Pistes de solutions).

HERVIEU NICOLAS, Cour européenne des droits de l'homme : De la résilience juridictionnelle à l'audace contentieuse ? [PDF], *La Revue des Droits de l'Homme - Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* (1^{er} février 2018) (HERVIEU, Résilience juridictionnelle).

HESFORD WENDY S./LEWIS RACHEL A., Mobilizing Vulnerability : New Directions in Transnational Feminist Studies and Human Rights, *Feminist Formations*, vol. 28/1 (2016), pp. VII-XVIII.

HOBBS THOMAS, *Leviathan* [1651], Oxford : OUP 2008.

HODSON LOVEDAY, *NGOs and the Struggle for Human Rights in Europe*, Oxford/Portland : Hart Publishing 2011.

HOTTELIER MICHEL, La garantie de la dignité humaine, *Revue belge de droit constitutionnel*, n^{os} 3-4 (2014), pp. 365-376 (HOTTELIER, Dignité).

HOTTELIER MICHEL, Le Conseil de l'Europe. I - Le Conseil de l'Europe et les droits de l'homme, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éds), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Berne/Zurich : Schulthess 2014, pp. 385-396 (HOTTELIER, Conseil de l'Europe).

HUBER GÉRARD/TEBOUL GÉRARD, Avant-Propos : le principe de vulnérabilité, in Association des lauréats de la Chancellerie des universités de Paris (éd.), *Le principe de vulnérabilité*, Paris : L'Harmattan 2013, pp. 13-18.

HULME DAVID/MOORE KAREN/SHEPHERD ANDREW, Chronic poverty : meanings and analytical frameworks, *Chronic Poverty Research Centre Working Paper Series*, n^o 2 (2001), pp. 1-41.

HURST SAMIA, Vulnerability in research and health care : describing the elephant in the room ?, *Bioethics*, vol. 22/4 (2008), pp. 191-202.

IPPOLITO FRANCESCA, (De-)Constructing Children's Vulnerability under European Law, in Francesca Ippolito/Sara Iglesias Sánchez (éds), *Protecting*

Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework, Oxford/Portland : Hart Publishing 2015, pp. 23–47.

IPPOLITO FRANCESCA/IGLESIAS SÁNCHEZ SARA (éds), Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework, Oxford/Portland : Hart Publishing 2015.

JACKSON JOHN D., Responses to Salduz : Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence, *The Modern Law Review*, vol. 79/6 (2016), pp. 987–1018.

JAQUIER VÉRONIQUE/VUILLE JOËLLE, Les femmes : jamais criminelles, toujours victimes ?, Charmey : Éditions de l'Hèbe 2008.

JOHNSON PAUL, Homosexuality and the European Court of Human Rights, Abingdon/New York : Routledge 2014.

KABOĞLU İBRAHİM ÖZDEN/PALLUEL CHRISTELLE, L'état d'urgence en Turquie à l'épreuve du droit européen des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 29/113 (2018), pp. 5–27.

KADEM SABINE, Intérêt supérieur de l'enfant et critique de la notion de discernement dans une approche morale générique de l'éducation à la sexualité, *Thèmes – Revue de la bibliothèque de philosophie comparée* (12 octobre 2014), accessible sous : <http://www.philosophiedudroit.org/kadem,standards%20europeens%20educ%20sexuelle%20de%20l%27enfant.pdf> [31.10.2021].

KADIOĞLU AYŞE GÜLDEN, Necessity and state of exception : the Turkish State's permanent war with its Kurdish citizens, in Riva Kastoryano (éd.), *Turkey between Nationalism and Globalization*, Abingdon/New York : Routledge 2013, pp. 142–162.

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *The Law of International Human Rights Protection*, 2^e éd., Oxford : OUP 2019 (KÄLIN/KÜNZLI, Human Rights).

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz : der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2019 (KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz).

KAMBER KREŠIMIR, The European Court of Human Rights. Organization, Practice, and Procedure, in Harris et al (éds), *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford : OUP 2018, pp. 107–182.

KAMMINGA MENNO T., Due Diligence Mania : The Misguided Introduction of an Extraneous Concept into Human Rights Discourse, in Ingrid Westendorp (éd.), *The Women's Convention Turned 30*, Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2012, pp. 407–413.

KAPUR RATNA, The Tragedy of Victimization Rhetoric. Resurrecting the « Native » Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15 (2002), pp. 1-37 (KAPUR, Victimization Rhetoric).

KAPUR RATNA, Human Rights in the 21st Century. Take a Walk on the Dark Side, *Sydney Law Review*, vol. 28 (2006), pp. 665-687 (KAPUR, Dark Side).

KAPUR RATNA, Makeshift Migrants and Law. Gender, Belonging, and Postcolonial Anxieties, Londres : Taylor & Francis 2011 (KAPUR, Makeshift Migrants).

KASTANAS ELIAS, Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles : Bruylant 1996.

KELLER HELEN/FISCHER ANDREAS/KÜHNE DANIELA, Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference, *European Journal of International Law*, vol. 21/4 (2011), pp. 1025-1048.

KELLER HELEN/GARIN AURORE, Câmpeanu : Quo vadis ? Le recours individuel en péril, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 28/111 (2017), pp. 485-509.

KELLER HELEN/KÜHNE DANIELA, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76 (2016), pp. 245-307.

KELLER HELEN/MARTI CEDRIC, Interim Relief Compared : Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 73 (2013), pp. 325-372.

KELLY CHRISTOPHER J., The personal is political, *Encyclopædia Britannica*, accessible sous : <https://www.britannica.com/topic/the-personal-is-political> [31.10.2021].

KENDRICK LESLIE, On « Clear and Present Danger », *Notre Dame Law Review*, vol. 94/4 (2019), pp. 1653-1670.

KIRBY PEADAR, Vulnerability and Violence. The Impact of Globalisation, Londres : Pluto Press 2006.

KITTAY EVA F., Taking Dependence Seriously : The Family and Medical Leave Act Considered in Light of the Social Organization of Dependency Work and Gender Equality, *Hypatia*, vol. 10/1 (1995), pp. 8-29 (KITTAY, Taking Dependence Seriously).

- KITTAY EVA F., *Love's Labor. Essay on Women Equality and Dependency*, Abingdon/New York : Routledge 1999 (KITTAY, *Love's Labor*).
- KITTAY EVA F., *Equality, Dignity, and Disability*, in Mary Ann Lyons/Fionnuala Waldron (éds), *Perspectives on Equality : The Second Seamus Heaney Lectures*, Dublin : The Liffey Press 2005, pp. 93-119 (KITTAY, *Equality*).
- KITTAY EVA F., *The Ethics of Care, Dependence, and Disability*, *Ratio Juris*, vol. 24/1 (2011), pp. 49-58 (KITTAY, *Ethics of care*).
- KLAUSSER NICOLAS, *Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité* [PDF], *La Revue des Droits de l'Homme - Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* (2 février 2017).
- KLATT MATTHIAS, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71 (2011), pp. 691-718.
- KLEBER ELEONOR, *La discrimination multiple. Étude de droit international, suisse et européen*, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2015 (KLEBER, *Discrimination multiple*).
- KLEBER ELEONOR, *Article 1*, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éds), *CEDEF - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2019, pp. 23-46 (KLEBER, *CEDEF*).
- KLEIST CHAD, *Global Ethics : Capabilities Approach*, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, accessible sous : <https://www.iep.utm.edu/ge-capab/4/> [31.10.2021].
- KLERK Yvonne, *Protocol No. 11 to the European Convention for Human Rights : A Drastic Revision of the Supervisory Mechanism under the ECHR*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 4 (1996), pp. 35-46.
- KOCH IDA ELISABETH, *Human Rights as Indivisible Rights : the Protection of Socio-Economic Demands under the European Court of Human Rights*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2009.
- KOENEN Thomas, *Wirtschaft und Menschenrechte : Staatliche Schutzpflichten auf der Basis internationaler und regionaler Menschenrechte*, Berlin : Duncker & Humblot 2012.
- KOHN NINA, *Vulnerability Theory and the Role of Government*, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 26 (2014), pp. 1-27.
- KOIVUROVA TIMO, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples : Retrospect and Prospects*, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 18 (2011), pp. 1-37.

KOTTOW MIGUEL, Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos, *Derecho PUCP*, n° 69 (2012), pp. 25–44.

KRALL MCCRARY LORRAINE, Hannah Arendt and Disability : Natality and the Right to Inhabit the World, in Barbara Arneil/Nancy Hirschmann (éds), *Disability and Political Theory*, Cambridge : CUP 2016, pp. 198–221.

KRATOCHVÍL JAN, The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3 (2011), pp. 324–357.

KRÖGER TEPPPO, Care research and disability studies : Nothing in common ?, *Critical Social Policy*, vol. 29/3 (2009), pp. 398–420.

KUNZ RAFFAELA, A further « constitutionalization » to the detriment of the individual? On the ECtHR's stricter reading of the principle of subsidiarity regarding the admissibility of cases, *Völkerrechtsblog* (27.08.2018), accessible sous : <https://voelkerrechtsblog.org/a-further-constitutionalization-to-the-detriment-of-the-individual/> [31.10.2021].

KURBAN DILEK, Protecting Marginalised Individuals and Minorities in the ECtHR : Litigation and Jurisprudence in Turkey, in Dia Anagnostou/Evangelia Psychogiopoulo (éds), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2009, pp. 159–182.

KYMLICKA WILL, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford : OUP 1995.

LA SPINA ENCARNACIÓN, Immigrati nell'Europa meridionale. Quando « non si nasce ma si diventa » giuridicamente « particolarmente vulnerabili » ?, in Maria Giulia Bernardini et al. (éds), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome : IF Press 2018, pp. 315–340.

LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2008 (LAMBERT ABDELGAWAD, Exécution).

LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, The hindrances relating to the correspondence of detainees with the European Court of Human Rights and their lawyers, in Elisabeth Lambert Abdelgawad (éd.), *Preventing and sanctioning hindrances to the right of individual petition before the European Court of human rights*, Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2011, pp. 47–65 (LAMBERT ABDELGAWAD, Hindrances).

LANTER MARKUS, L'épuisement des voies de recours internes et l'exigence du délai de six mois, in Pascal Dourneau-Josette/Elisabeth Lambert Abdelgawad

(éds), *Quel filtrage pour les requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2011, pp. 53–83.

LARRALDE JEAN-MANUEL, *L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté*, in Catherine-Amélie Chassin (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant 2007, pp. 209–236.

LAUGIER SANDRA, *Frontières du care*, in Sandra Laugier (dir.), *Tous vulnérables ? Le care, les animaux et l'environnement*, Paris : Éditions Payot & Rivages 2009 (LAUGIER, *Frontières*).

LAUGIER SANDRA, *Le care, le souci du détail et la vulnérabilité du réel*, in Marie Gaille/Sandra Laugier (dir.), *Grammaires de la vulnérabilité. L'art de l'intime, Raison publique*, n° 14 (2011), Paris : Presses de l'université Paris-Sorbonne 2011, pp. 39–58 (LAUGIER, *Vulnérabilité du réel*).

LAUGIER SANDRA/MOLINIER PASCALE, *Politiques du care*, *Multitudes*, vol. 37–38/2–3 (2009), pp. 74–75.

LAVRYSEN LAURENS, *No « Significant Flaws » in the Regulatory Framework : E.S. v. Sweden and the Lowering of Standards in the Positive Obligations Case-Law of the European Court of Human Rights*, *Jurisquare*, vol. 5/1 (2013), pp. 145–164 (LAVRYSEN, *Significant Flaws*).

LAVRYSEN LAURENS, *The Scope of Rights and the Scope of Obligations*, in Eva Brems/Janneke Gerards (éds), *Shaping rights in the ECHR : the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge : CUP 2013, pp. 162–182 (LAVRYSEN, *Scope*).

LAVRYSEN LAURENS, *Positive Obligations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7/1 (2014), pp. 94–115 (LAVRYSEN, *Inter-American Court*).

LAVRYSEN LAURENS, *Protection by the Law : The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights*, in Yves Haeck/Eva Brems (éds), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht : Springer Netherlands 2014, pp. 69–129 (LAVRYSEN, *Legal Framework*).

LAVRYSEN LAURENS, *Strengthening the Protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22/2 (2015), pp. 293–325 (LAVRYSEN, *Poverty*).

LAVRYSEN LAURENS, *Human Rights in a Positive State : Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge : Intersentia, 2016 (LAVRYSEN, *Positive State*).

LAYCOCK DOUGLAS, The Clear and Present Danger Test, *Journal of Supreme Court History*, vol. 25 (2000), pp. 161–186.

LE FORT OLIVIA, La preuve et le principe de non-refoulement : entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations, Genève/Bâle/Zurich : Schulthess 2018.

LEACH PHILIP, Taking a Case to the European Court of Human Rights, 4^e éd., Oxford : OUP 2017.

LEACH SCULLY JACKIE, Disability and Vulnerability : On bodies, Dependence, and Power, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2014, pp. 204–221.

LEHMANN NADJA, Immigrant Women and Domestic Violence : Intersectional Perspectives in a Biographical Context, in Ravi K. Thiara/Stephanie A. Condon/Monika Schrötle (éds), *Violence against Women and Ethnicity : Commonalities and Differences across Europe*, Opladen/Berlin/Farmington Hills : Barbara Budrich Publishers 2011, pp. 97–112 (LEHMANN, Immigrant Women).

LEHMANN NADJA, Häusliche Gewalt. Eine intersektionale Perspektive auf Migrantinnen im Frauenhaus: Biografierkonstruktion, in Cornelia Giebeler/Claudia Rademacher/Erika Schulze (éds), *Intersektionen von race, class, gender, body : Theoretische Zugänge und qualitative Forschungen in Handlungsfeldern der Sozialen Arbeit*, Opladen/Berlin/Toronto : Barbara Budrich Publishers 2013, pp. 151–172 (LEHMANN, Häusliche Gewalt).

LEMMENS KOEN, General Survey of the Convention, in Pieter van Dijk et al. (éds), *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, 5^e éd., Cambridge/Antwerp/Portland : Intersentia 2018, pp. 1–78.

LIÉGEOIS JEAN-PIERRE, Le Conseil de l'Europe et les Roms. 40 ans d'action, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2010.

LERNER NATAN, Group rights and discrimination in International Law, 2^e éd., La Haye/Londres/New York : Martinus Nijhoff Publishers 2003.

LETSAS GEORGE, Two Concepts of the Margin of Appreciation, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26/4 (2006), pp. 705–732 (LETSAS, Margin).

LETSAS GEORGE, The ECHR as a living instrument : its meaning and legitimacy, in Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (éds), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge : CUP 2013, pp. 106–141 (LETSAS, Living Instrument).

- LEUENBERGER LUISA, Menschenhandel gemäss Art. 182 StGB, Analyse des schweizerischen Straftatbestandes unter Berücksichtigung der internationalen Vorgaben, Berne : Weblaw 2018.
- LEVINET MICHEL, La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Droits*, vol. 49/1 (2009), pp. 3-18.
- LOCKE JOHN, *Second Treatise of Government* [1690], Oxford : OUP 2016.
- LONDONO PATRICIA, Developing Human Rights Principles in Cases of Gender-based Violence : *Opuz v Turkey* in the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 9/4 (2009), pp. 657-667 (LONDONO, Principles).
- LONDONO PATRICIA, Human Rights, Positive Obligations and Domestic Violence : *Kaluzca v Hungary* in the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 1/2 (2012), pp. 339-348 (LONDONO, Positive Obligations).
- LOTZ MIANNA, Vulnerability and resilience : a critical nexus, *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 37 (2016), pp. 45-59.
- LUDVIG ALICE, Differences between women ? Intersecting Voices in a Female Narrative, *European Journal of Women's Studies*, vol. 13/3 (2006), pp. 245-258.
- LUNA FLORENCIA, Elucidating the Concept of Vulnerability : Layers Not Labels, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, vol. 2/1 (2009), pp. 121-139.
- LUTZ HELMA/HERRERA VIVAR MARIA TERESA/SUPIK LINDA, Framing intersectionality : debates on a multi-faceted concept in gender studies, Farnham : Ashgate Publishing 2011.
- MACIOCE FABIO, Undocumented migrants, vulnerability and strategies of inclusion: A philosophical perspective, *Constellations*, vol. 25/1 (2017), pp. 87-100.
- MACINTYRE ALASDAIR, *Dependent Rational Animals. Why human beings need the virtues*, Londres : Duckworth 1999.
- MACKENZIE CATRIONA, The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2014, pp. 33-59.
- MACKENZIE CATRIONA/ROGERS WENDY/DODDS SUSAN, Introduction : What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2014, pp. 1-29.

MAČKIĆ JASMINA, Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights, Leiden : Brill Nijhoff Publishers 2017.

MACKINNON CATHARINE A., Are women human ? and other international dialogues, Cambridge/Londres : The Belknap Press of Harvard University Press 2006.

MACKLIN RUTH, Bioethics, Vulnerability, and Protection, *Bioethics*, vol. 17/5-6 (2003), pp. 472-486.

MADELEINE COLOMBINE, La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Paris : Editions Dalloz 2014.

MAHON PASCAL/GRAF ANNE-LAURENCE/ZIMMERMANN NESA, Interdiction de discriminer et champ d'application de la Convention d'Istanbul, Berne : Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes 2021.

MAHONEY MARTHA R., Victimization or Oppression ? Women's Lives, Violence, and Agency, in Martha A. Fineman/Roxanne Mykitiuk (éds), *The Public Nature of Private Violence. The Discovery of Domestic Abuse*, Abingdon/New York : Routledge 1994, pp. 59-92.

MAILLARD NATHALIE, La vulnérabilité. Une nouvelle catégorie morale ?, Genève : Éditions Labor et Fides 2011.

MAKOKA DONALD/KAPLAN MARCUS, Poverty and Vulnerability. An Interdisciplinary Approach, *MPRA Papers*, n° 6964 (2005), accessible sous : <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/6964/> [31.10.2021].

MALINVERNI GIORGIO, La réforme du mécanisme de contrôle institué par la Convention européenne des droits de l'homme (Protocole additionnel n° 11), *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, vol. 7 (1996), pp. 289-320 (MALINVERNI, Contrôle).

MALINVERNI GIORGIO, Le Conseil de l'Europe. II - La Convention européenne des droits de l'homme, in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éds), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Berne/Zurich : Schulthess 2014, pp. 397-426 (MALINVERNI, Mise en œuvre).

MARDOROSSIAN CARINE M., Framing the Rape Victim, Gender and Agency Reconsidered, New Brunswick/New Jersey/Londres : Rutgers University Press 2014.

MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme, in Alain Giami/Bruno Py (dir.), *Droits de l'Homme et sexualité : Vers la notion de droits sexuels ?*, Paris : Éditions des archives contemporaines 2019, pp. 25-44.

- MARQUIS JULIEN, La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2017.
- MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2003.
- MARTENS PAUL, La nouvelle controverse de Valladolid, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 25/98 (2014), pp. 307-331.
- MARTINEAU ANNE-CHARLOTTE, Le débat sur la fragmentation du droit international, Bruxelles : Bruylant 2016.
- MASFERRER ANICETO, Taking Human Dignity More Humanely, in Aniceto Masferrer/Emilio García-Sánchez (éds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, pp. 221-256.
- MASSON SABINE/ROUX PATRICIA, Male Postcolonial lens : Denying Rights in a Racist Gender System, in Ravi K. Thiara/Stephanie A. Condon/Monika Schrötle (éds), *Violence against Women and Ethnicity : Commonalities and Differences across Europe*, Opladen/Berlin/Farmington Hills : Barbara Budrich Publishers 2011, pp. 127-140.
- MAVRONICOLA NATASA, Taking Life and Liberty Seriously : Reconsidering Criminal Liability Under Article 2 of the ECHR, *The Modern Law Review*, vol. 80/6 (2017), pp. 1026-1051.
- MAYER LLOYD HITOSHI, NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commissions, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 63/3 (2011), pp. 911-946.
- MAZOWER MARK, Minorities and the League of Nations in Interwar Europe, in Joshua Castellino (éd.), *Global Minority Rights*, Farnham : Ashgate 2011, pp. 17-33.
- MCCRUDDEN CHRISTOPHER, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *European Journal of International Law*, vol. 19/4 (2008), pp. 655-724 (MCCRUDDEN, Judicial Interpretation).
- MCCRUDDEN CHRISTOPHER, In Pursuit of Human Dignity : An Introduction to Current Debates, in Christopher McCrudden (éd.), *Understanding Human Dignity*, Oxford : OUP 2013, pp. 1-58 (MCCRUDDEN, Current Debates).
- MCGARRY AIDAN/AGARIN TIMOFEY, Unpacking the Roma Participation Puzzle. Presence, Voice and Influence, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 40/12 (2014), pp. 1972-1990.
- MCGLYNN CLARE, Rape as Torture ? Catharine MacKinnon and Questions of Feminist Strategy, *Feminist Legal Studies*, vol. 16 (2008), pp. 71-85 (MCGLYNN, Feminist Strategy).

MCGLYNN CLARE, Rape, Torture and the European Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58 (2009), pp. 565–595 (MCGLYNN, Rape).

MCLAUGHLIN CARLY, « They don't look like children » : child asylum seekers, the Dubs amendment and the politics of childhood, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 44/2 (2018), pp. 1757–1773.

MCQUIGG RONAGH J.A., International Human Rights Law and Domestic Violence, Abingdon/New York : Routledge 2011 (MCQUIGG, IHRL).

MCQUIGG RONAGH J.A., The European Court of Human Rights and Domestic Violence : *Valiulienė v. Lithuania*, *The International Journal of Human Rights*, vol. 18/7–8 (2014), pp. 756–773 (MCQUIGG, ECHR and domestic violence).

MCQUIGG RONAGH J.A., Domestic Violence as a Human rights issue : *Rumor v. Italy*, *The European Journal of International Law*, vol. 26/4 (2016), pp. 1009–1925 (MCQUIGG, Human rights issue).

MCQUIGG RONAGH J.A., Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights, Abingdon/New York : Routledge 2017 (MCQUIGG, Istanbul Convention).

MÉGRET FRÉDÉRIC, Nature of Obligations, in Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éds), *International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford : OUP 2018, pp. 86–109 (MÉGRET, Obligations).

MÉGRET FRÉDÉRIC, The Human Rights of the Elderly. An Emerging Challenge, *Working Paper* (2010) accessible sous : https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=372721 [31.10.2021] (MÉGRET, Elderly).

MENDUS SUSAN, Care and Human Rights. A Reply to Virginia Held, in Rowan Cruft/S. Matthew Liao/Massimo Renzo (éds), *The Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford : OUP 2015, pp. 642–652.

MEYER-LADEWIG JENS/BRUNOZZI KATHRIN, Artikel 41, in Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), *EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 656–682.

MEYER-LADEWIG JENS/HARRENDORF STEFAN/KÖNIG STEFAN, Artikel 5, in Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), *EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 133–186.

MEYER-LADEWIG JENS/HUBER BERTOLD, Artikel 2, in Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), *EMRK : Europäische*

- Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 63–91.
- MEYER-LADEWIG JENS/KULICK ANDREAS, Artikel 34, *in* Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 548–572.
- MEYER-LADEWIG JENS/LEHNER ROMAN, Artikel 14, *in* Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 474–491.
- MEYER-LADEWIG JENS/LEHNERT MATTHIAS, Artikel 3, *in* Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 91–128.
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, Artikel 8, *in* Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 317–373.
- MEYER-LADEWIG JENS/PETERS BIRGIT, Artikel 35, *in* Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 572–610.
- MEYER-LADEWIG JENS/RENGER DENISE, Artikel 13, *in* Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn 2017, pp. 453–473.
- MEYERSFELD BONITA C., *Domestic Violence and International Law*, Oxford/Portland : Hart Publishing 2012 (MEYERSFELD, *Domestic Violence*).
- MEYERSFELD BONITA C., *Reconceptualizing domestic violence in international law*, *Albany Law Review*, vol. 67 (2004), pp. 371–426 (MEYERSFELD, *Reconceptualizing*).
- MICHEL NOÉMI, *Accounts of Injury as Misappropriation of Race : Towards a Critical Black Politics of Vulnerability*, *Critical Horizons*, vol. 17/2 (2017), pp. 240–259.
- MICHOD JACQUES, *Avocat de la première heure et droits de la défense*, *Revue de l'avocat*, vol. 8 (2010), pp. 323–327.

MISZTAL BARBARA A., *The Challenges of Vulnerability. In Search of Strategies for a Less Vulnerable Social Life*, Basingstoke : Palgrave MacMillian 2011.

MOECKLI DANIEL, Bettelverbote. Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, *Zentralblatt*, n° 111 (2010), pp. 537-542 (MOECKLI, Bettelverbote).

MOECKLI DANIEL, Equality and Non-discrimination, in Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éds), *International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford : OUP 2018, pp. 148-164 (MOECKLI, Equality).

MONTOYA CELESTE/ROLANDSEN AGUSTÍN LISE, The Othering of Domestic Violence : The EU and Cultural Framings of Violence against Women, *Social Politics*, vol. 20/4 (2013), pp. 534-557.

MORALES ANTONIAZZI MARIELA, La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la luz del *ius constitutionale commune* de la democracia, in Ugartemendia Eceizabarrena et al. (eds), *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela : europeo, interamericano y africano*, Oñati : Instituto Vasco de Administración Pública 2014, pp. 315-341.

MORAWA ALEXANDER, The European Court of Human Rights and Minority Rights : The « Special Consideration » Standard in Light of Gypsy Council, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 10/2 (2003), pp. 97-109 (MORAWA, Special Consideration).

MORAWA ALEXANDER, Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law, *Journal of International Relations and Development*, vol. 6/2 (2003), pp. 139-155 (MORAWA, Vulnerability).

MORONDO TARAMUNDI Dolores, Women's Oppression and Face-Veil Bans : A Feminist Assessment, in Eva Brems (éd.), *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge : CUP 2014, pp. 218-231 (MORONDO TARAMUNDI, Oppression).

MORONDO TARAMUNDI DOLORES, ¿ Un nuevo paradigma para la igualdad ? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión, *Cuadernos electrónica de Filosofía del Derecho*, n° 34 (2016), pp. 205-221 (MORONDO TARAMUNDI, Paradigma).

MÖSCHEL MATHIAS, Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence « Beyond Reasonable Doubt » ?, *Human Rights Law Review*, vol. 12/3 (2012), pp. 497-507.

MOTZ STEPHANIE A., Tarakhel v. Switzerland, *Journal of Immigration, Asylum and Nationality*, vol. 29/1 (2015), pp. 59-62 (MOTZ, Tarakhel).

MOTZ STEPHANIE A., The Persecution of Disabled and the Duty of Reasonable Accommodation. An Analysis under International Refugee Law, the EU Recent Qualification Directive and the ECHR, in Céline Bauloz/Meltem Inel-Ciger/Sarah Singerand/Vladislava Stoyanova (éds), *Seeking Asylum in the European Union*, Leiden : Brill/Nijhoff (2015), pp. 141–194 (MOTZ, Persecution).

MOWBRAY ALASTAIR, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford : Hart Publishing 2004 (MOWBRAY, Positive Obligations).

MOWBRAY ALASTAIR, The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 5/1 (2005), pp. 57–79 (MOWBRAY, Creativity).

MOWBRAY ALASTAIR, Subsidiarity and the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 15/2 (2015), pp. 313–341 (MOWBRAY, Subsidiarity).

MUJUZI JAMIL D., Preventing and Combating Domestic Violence in Europe : the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in Bill Atkin/Fareda Banda (éds), *The International Survey of Family Law*, Bristol : Jordan Publishing 2016, pp. 165–185.

MUNRO VANESSA E./SCOLAR JANE, Abusing Vulnerability ? Contemporary Law and Policy Responses to Sex Work in the UK, *Feminist Legal Studies*, vol. 20 (2012), pp. 189–206.

MURPHY ANN V., « Reality Check ». Rethinking the Ethics of Vulnerability, in Renée J. Heberle/Victoria Grace (éds), *Theorizing Sexual Violence*, Abingdon/New York : Routledge 2009, pp. 55–71.

MUTUA MAKAU, Savages, Victims, Saviors, The Metaphor of Human Rights, *Harvard International Law Journal*, vol. 42/1 (2001), pp. 201–245.

NAUDÉ WIM/SANTOS-PAULINO AMELIA U./MCGILLIVRAY MARK, *Vulnerability in Developing Countries*, Tokyo : United Nations University Press 2009.

NEAL MARY, Not gods but animals : human dignity and vulnerable subjecthood, *Liverpool Law Review*, vol. 33 (2012), pp. 177–200 (NEAL, Gods).

NEAL MARY, The idea of vulnerability in healthcare law and ethics : from the margins to the mainstream?, in Daniel Bedford/Jonathan Herring (éds), *Embracing Vulnerability. The challenges and implications for Law*, Abingdon/New York : Routledge 2020, pp. 91–113 (NEAL, Margins).

NICHOLLS TRACEY, Concerning Violence against Women : A Fanonian Analysis of Colonizing the Female Body, *e-cadernos*, vol. 16 (2012), accessible sous : <http://journals.openedition.org/eces/1047> [31.10.2021].

NIEMI JOHANNA/VERDU SANMARTIN AMALIA, The concept of gender and violence in the Istanbul Convention, *in* Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vladislava Stoyanova (éds), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon/New York : Routledge 2020, pp. 77-94.

NIFOSI-SUTTON INGRID, *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Abingdon/New York : Routledge 2017.

NIVARD CAROLE, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles : Larcier 2012 (NIVARD, Justiciabilité).

NIVARD CAROLE, *La valeur systématisante de la vulnérabilité dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, *in* Caroline Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 101-118 (NIVARD, CEDS).

NODDINGS NEL, *Feminist Morality and Social Policy*, *in* Joram G. Haber/Mark S. Halfon (éds), *Norms and Values : Essays on the Work of Virginia Held*, Lanham/Oxford : Rowman & Littlefield 1998, pp. 61-71.

NUSSBAUM MARTHA C., *Aristotelian Social Democracy*, *in* Robert B. Douglas et al. (éds), *Liberalism and the Good*, Abingdon/New York : Routledge 1990, pp. 203-252 (NUSSBAUM, Social Democracy).

NUSSBAUM MARTHA C., *Human Functioning and Social Justice : In Defense of Aristotelian Essentialism*, vol. 20/2 (1992), pp. 202-246 (NUSSBAUM, Human Functioning).

NUSSBAUM MARTHA C., *Cultivating humanity. A classical defense of reform in liberal education*, Cambridge/Londres : Harvard University Press 1997 (NUSSBAUM, Cultivating).

NUSSBAUM MARTHA C., *Women and Human Development*, Cambridge : CUP 2000 (NUSSBAUM, Women).

NUSSBAUM MARTHA C., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophie*, version révisée, Cambridge : CUP (2001) (NUSSBAUM, Fragility).

NUSSBAUM MARTHA C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge/Londres : Harvard University Press 2006 (NUSSBAUM, Frontiers).

NUSSBAUM MARTHA C., *Human Rights and Human Capabilities*, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 20 (2007), pp. 21-24 (NUSSBAUM, Human Rights).

NUSSBAUM MARTHA C., *Creating Capabilities: the Human Development Approach*, Cambridge : Belknap Press 2011 (NUSSBAUM, *Creating Capabilities*).

NUSSBERGER ANGELIKA, *The European Court of Human Rights*, Oxford : OUP 2020.

O'BOYLE MICHAEL, Can the ECtHR provide an effective remedy following the coup d'état and declaration of emergency in Turkey ?, *EJIL : Talk !* (19 mars 2018), accessible sous : <https://www.ejiltalk.org/can-the-ecthr-provide-an-effective-remedy-following-the-coup-detat-and-declaration-of-emergency-in-turkey/comment-page-1/> [11.07.20].

O'BOYLE MICHAEL/LAFFERTY MICHELLE, General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law, in Dinah Shelton (éd.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford : OUP 2013, pp. 194-221.

O'CINNEIDE COLM, Extracting Protection for the Rights of Persons with Disabilities from Human Rights Frameworks : Established Limits and New Possibilities, in Oddný Mjöll Arnardóttir/Gerard Quinn (éds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities : European and Scandinavian Perspectives*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2009, pp. 163-198.

O'CONNELL RORY, Cinderella comes to the Ball. Art. 14 and the right to non-discrimination in the ECHR, *Legal Studies*, vol. 29/2 (2009), pp. 211-229 (O'CONNELL, Cinderella).

O'CONNELL RORY, Realising Political Equality : the European Court of Human Rights and positive obligations in a democracy, *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 61 (2010), pp. 263-279 (O'CONNELL, Political Equality).

O'NIONS HELEN, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, Aldershot : Ashgate 2007.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Kósa v. Hungary*. Written Comments (20 octobre 2016), accessible sous : <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/litigation-kosa-hungary-thirdparty-20170201.pdf> [31.10.2021].

OBREJA LEYLA-DENISA, Human Rights Law and Intimate Partner Violence : Towards an Intersectional Development of Due Diligence Obligations, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 37/1 (2019), pp. 63-80 (OBREJA, Partner Violence).

OBREJA LEYLA-DENISA, Intimate Partner Violence in Childhood : Human Rights Implications in Multiple Exposure Scenarios, *International Journal of Children's Rights*, vol. 27 (2019), pp. 99-121 (OBREJA, Childhood).

OGORODOVA ANNA/SPRONKEN TARU, Legal Advice in Police Custody : From Europe to a Local Police Station, *Erasmus Law Review*, vol. 7/4 (2014), pp. 191-205.

OST FRANÇOIS, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, in Mireille Delmas-Marty (éd.), *Raisonnement la Raison d'État*, Paris : PUF 1989, pp. 405-463.

OTTO DIANNE, Lost in translation : re-scripting the sexed subjects of international human rights law, in Anne Orford (éd.), *International Law and its others*, Cambridge : CUP 2006, pp. 318-356 (OTTO, Lost in translation).

OTTO DIANNE, Women's rights, in Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éds), *International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford : OUP 2018, pp. 309-325 (OTTO, Women's rights).

OUDOT PASCAL, Propos critiques sur la vulnérabilité en droit des obligations, in Elisabeth Paillet/Pascal Richard (éds), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles : Bruylant 2014, pp. 195-206.

PAILLET ELISABETH/RICHARD PASCAL (éds), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles : Bruylant 2014.

PALANCO ALEXANDRE, Les variations autour des formes de vulnérabilité reconnues en droit européen des droits de l'homme, in Caroline Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 33-61.

PALMER ELLIE, Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights : Trends and Developments in the European Court of Human Rights, *Erasmus Law Review*, vol. 2/4 (2009), pp. 397-425.

PARE MONA, Why have street children disappeared ? The role of international human rights law in protecting vulnerable groups, *The international journal of children's rights*, vol. 11 (2003), pp. 1-32.

PASTRE-BELDA BÉATRICE, La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 27/107 (2016), pp. 591-616 (PASTRE-BELDA, Géométrie variable).

PASTRE-BELDA BÉATRICE, La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 28/110 (2017), pp. 265-294 (PASTRE-BELDA, Femme).

PASTRE-BELDA BÉATRICE, La dimension responsabilisante de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Caroline Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de*

l'homme. Conception(s) et fonction(s), Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 161-198 (PASTRE-BELDA, Dimension).

PAVAGEAU STÉPHANIE, Les obligations positives dans la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, *Revista colombiana de derecho internacional*, vol. 6 (2005), pp. 201-246.

PAYANDEH MEHRDAD, Fragmentation within international human rights law, in Mads Andenas/Eirik Bjorge (éds), *A Farewell to Fragmentation. Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge : CUP 2015, pp. 297-319.

PEJCHALOVA GRÜNVALDOVA VLADIMIRA, Approches générales et particulières à la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, *Annuaire canadien de droit international*, vol. 55 (2017), pp. 248-292.

PELLUCHON CORINE, Éléments pour une éthique de la vulnérabilité. Les hommes, les animaux, la nature, Paris : Les éditions du cerf 2011 (PELLUCHON, Éléments).

PELLUCHON CORINE, Taking Vulnerability Seriously : What Does It Change for Bioethics and Politics ?, in Aniceto Masferrer/Emilio García-Sánchez (éds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives* pp. 293-312 (PELLUCHON, Change).

PERONI LOURDES, The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights. Unearthing the Gendered Roots of Harm, *Human Rights Law Review*, vol. 18 (2008), pp. 347-370 (PERONI, Women asylum seekers).

PERONI LOURDES, Postcolonial lens : The Istanbul Convention Through a Postcolonial Feminist Lens, *Feminist Legal Studies*, vol. 24 (2016), pp. 49-67 (PERONI, Postcolonial lens).

PERONI LOURDES, *Talpis v. Italy* : Elements to Show An Article 12 Violation in Domestic Violence Cases, *Strasbourg Observers* (19 avril 2017), accessible sous : <https://strasbourgobservers.com/2017/04/19/talpis-v-italy-elements-to-show-an-article-14-violation-in-domestic-violence-cases/> [31.10.2021] (PERONI, Talpis).

PERONI LOURDES/TIMMER ALEXANDRA, Vulnerable Groups : the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law, *International Journal of Constitutional Law I•CON*, vol. 11 (2013), pp. 1056-1085 (PERONI/TIMMER, Vulnerable Groups).

PERONI LOURDES/TIMMER ALEXANDRA, Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases. An Analysis of the European Court of Human Rights' Jurisprudence, in Eva Brems/Alexandra Timmer (éds), *Stereotypes and Human*

Rights Law, Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2016, pp. 39-65 (PERONI/TIMMER, Stereotyping).

PÉTERMANN NATHANAËL, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Berne : Stämpfli 2014.

PETERS ANNE, Fragmentation and Constitutionalization, in Anne Orford/Florian Hoffmann (éds), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford : OUP 2016, pp. 1011-1032 (PETERS, Fragmentation).

PETERS ANNE, The refinement of international law : From fragmentation to regime interaction and politicization, *International Journal of Constitutional Law I•CON*, vol. 15 (2017), pp. 671-704 (PETERS, Refinement).

PÉTIN JOANNA, Exploring the Role of Vulnerability in Immigration Detention, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35 (2016), pp. 91-108.

PETRY ROSWITHA, La situation juridique des migrants sans statut légal : entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2013.

PETTERSEN TOVE, *Comprehending Care. Problems and Possibilities in the Ethics of Care*, Plymouth : Lexington 2008.

PEUKERT WOLFGANG, Artikel 14, in Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (éds), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein : N. P. Engel Verlag 2009, pp. 401-418 (PEUKERT, Artikel 14).

PEUKERT WOLFGANG, Artikel 34, in Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (éds), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein : N. P. Engel Verlag 2009, pp. 467-494 (PEUKERT, Artikel 34).

PEUKERT WOLFGANG, Artikel 35, in Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (éds), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein : N. P. Engel Verlag 2009, pp. 495-520 (PEUKERT, Artikel 35).

PHILLIPS ANNE, What's wrong with essentialism ?, *Distinktion : Scandinavian journal of social theory*, vol. 11/1 (2010), pp. 47-60.

PICQ FRANÇOISE, « Le personnel est politique » : féminisme et for intérieur, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (éd.), *Le for intérieur*, Paris : PUF 1995, pp. 341-352.

PIERRON JEAN-PHILIPPE, *Vulnérabilité. Pour une philosophie du soin*, Paris : PUF 2010.

PIN XAVIER, La vulnérabilité en matière pénale : une notion perturbatrice, in Frédérique Cohet-Cordey (éd.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de*

la vulnérabilité et ses enjeux en droit, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble 2000, pp. 119-143.

PINTO ALBERTO, Vulnerabilità : come trasformare il dato ontologico in categoria politica ? Un confronto tra Adriana Cavarero e Judith Butler, in Maria Giulia Bernardini et al. (éds), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome : IF Press 2018, pp. 49-82.

PINTO DE ALBUQUERQUE PAOLO, The Constitutionalisation of the Legal Order of the Council of Europe, in Iulia Motoc/Paolo Pinto de Albuquerque/Krzysztof Wojtyczek (éds), *New Developments in Constitutional Law. Essays in honour of Andras Sajó*, La Haye : Eleven 2018, pp. 317-328.

PINTO DE ALBUQUERQUE PAOLO, SCOSERIA KATZ ANDREA, « Fraternité » in ECHR Jurisprudence, in Marie-Jo Thiel, Marc Feix (éds), *Le défi de la fraternité*, Berlin : Lit. Verlag 2018, pp. 153-172.

PIVATY ANNA, The Right to Custodial Legal Assistance in Europe : In Search for the Rationales, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 26 (2018), pp. 62-98.

PRASONG ORAPIM, La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme, Thèse, Université de Bordeaux 2016, accessible sous : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01384603/document> [31.10.2021].

PROBST JOHANNA/EFIONAYI-MÄDER, L'exploitation du travail à l'ombre de la traite. Résultats de recherche et réflexions sur des situations marginales, *Asyl*, vol. 33/3 (2018), pp. 15-19.

PROWSE MARTIN, Towards a clearer understanding of « vulnerability » in relation to chronic poverty, *Chronic Poverty Research Centre Working Paper Series*, n° 24 (2003), pp. 1-41.

PUBERT LAURE, La défense des requérants mineurs devant la Cour européenne des droits de l'homme, in Magdalena Forowicz/Elisabeth Lambert Abdelgawad/Inan Sevinc (éds), *La défense des requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Nemesis 2012, pp. 281-313.

QUENET GRÉGORY, Fléaux de Dieu ou catastrophes naturelles ? Les tremblements de terre en France à l'époque moderne, *Catastrophes*, vol. 54 (2010), pp. 10-25.

RACHOVITSA ADAMANTIA, Fragmentation of International Law Revisited : Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), pp. 863-885.

RAGONE SABRINA/VOLPE VALENTINA, Le droit à une vie de famille « gay » en Europe, le rôle de la CEDH et des cours nationales, in Bérénice K. Schramm et Emmanuelle Tourme Jouannet (dir.), *Queer(s) et droit international : Etudes du Réseau Olympe*, Paris : Société de législation comparée, 2021, pp. 375-427.

RAINBIRD SOFIA, Asylum Seeker « vulnerability » : the official explanation of service providers and the emotive responses of asylum seekers, *Community Development Journal*, vol. 47/3 (2012), pp. 405-422.

RAINEY BERNADETTE/WICKS ELIZABETH/OVEY CLARE, Jacobs, White, and Ovey. The European Convention on Human Rights, 7^e éd., Oxford : OUP 2018.

RATNIECE ZANE, A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case, *Strasbourg Observers* (13 août 2019), accessible sous : <https://strasbourgobservers.com/2019/08/13/a-worrisome-reasoning-by-the-strasbourg-court-in-a-domestic-violence-case-kurt-v-austria/> [31.10.2021].

RAWLS JOHN, *A Theory of Justice*, éd. rév., Cambridge : Belknap Press 1999.

RE LUCIA, Introduction : the vulnerability challenge, *Genero & Direito*, vol. 5/3 (2016), pp. 1-14 (RE, Challenge).

RE LUCIA, La vulnerabilità fra etica, politica e diritto, in Maria Giulia (éds), *Vulnerabilità : etica, politica, diritto*, Rome : IF Press 2018, pp. 7-26 (RE, Vulnerabilità).

REBOURG MURIEL/BURDIN ELSA, La vulnérabilité dans l'espace juridique : la situation des personnes du grand âge, in Axelle Brodiez-Dolino et al. (dir.), *Vulnérabilités sanitaires et sociales. De l'histoire à la sociologie*, Rennes : Presses universitaires de Rennes 2014, pp. 65-76.

REILLY NIAMH, Women, Gender, and International Human Rights : An Overview, in Niamh Reilly (éd.), *International Human Rights of Women*, Singapour : Springer 2019, pp. 1-18.

RÉMICHE ADELAÏDE, Yordanova and Others v Bulgaria : The Influence of the Social Right to Adequate Housing on The Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home, *Human Rights Law Review*, vol. 12/4 (2012), pp. 787-800.

RENDTORFF JACOB DAHL, Basic ethical principles in European bioethics and biolaw : Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw, *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 5 (2002), pp. 235-244.

RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Droit européen des droits de l'homme : droits et libertés fondamentales garantis par la CEDH*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ 2012.

ROBEYNS INGRID, The Capability Approach : a theoretical survey, *Journal of Human Development*, vol. 6/1 (2005), pp. 93–117 (ROBEYNS, Theoretical survey).

ROBEYNS INGRID, The Capability Approach, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2016), accessible sous : <https://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/> [31.10.2021] (ROBEYNS, Capability Approach).

ROGERS WENDY, Vulnerability and Bioethics, in Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (éds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York : OUP 2013, pp. 60–87.

ROGERS WENDY/MACKENZIE CATRIONA/DODDS SUSAN, Why bioethics needs a concept of vulnerability, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, vol. 5/2 (2012), pp. 11–38.

ROLLÈ LUCA/GIARDINA GIULIA/CALDARERA ANGELA M./GERINO EVA/BRUSTIA PIERA, When Intimate Partner Violence Meets Same Sex Couples : A Review of Same Sex Intimate Partner Violence, *Frontiers in Psychology*, vol. 9 (2018), pp. 1–13.

ROMANY CELINA, Women as Aliens : A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 6 (1993), pp. 87–125.

RÖMKENS RENÉE/LALAH ESMAH, Particularly Violent ? The Construction of Muslim Culture as a Risk Factor for Domestic Violence, in Ravi K. Thiara/Stephanie A. Condon/Monika Schröttle (éds), *Violence against Women and Ethnicity : Commonalities and Differences across Europe*, Opladen/Berlin/Farmington Hills : Barbara Budrich Publishers 2011, pp. 79–96.

ROSENBERG DOMINIQUE, L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms (en marge de l'arrêt Chapman), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 12/48 (2001), pp. 1017–1033.

ROSENBLUM DARREN, Unsex CEDAR, or What's Wrong With Women's Rights, *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 20 (2011), pp. 96–194.

ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Du contrat social ou Principes du droit politique* [1762], Paris : Flammarion 2012.

ROUX-DEMARE FRANÇOIS-XAVIER, La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Journal du droit des jeunes*, n^{os} 345–346 (2015), pp. 35–38.

RUBIO-MARÍN RUTH/MÖSCHEL MATHIAS, Anti-Discrimination Exceptionalism : Racist Violence before the ECtHR and the Holocaust Prism, *The European Journal of International Law*, vol. 26/4 (2016), pp. 881–899.

RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Procédure, obligations des États, pratique et réforme, Bâle : Helbing Lichtenhahn 2009.

RUET CÉLINE, La protection de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 26/102 (2015), pp. 317-340 (RUET, Vulnérabilité).

RUET CÉLINE, Sentiments et droits de l'homme. Philosophie des sentiments moraux et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 27/106 (2016), pp. 351-379 (RUET, Sentiments).

RUOF MARY C., Vulnerability, Vulnerable Populations, and Policy, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 14/4 (2004), pp. 411-425.

RUSSELL BEATTIE AMANDA/SCHICK KATE, The Vulnerable Subject : Beyond Rationalism in International Relations, Basingstoke : Palgrave Macmillan 2012.

RYNGAERT JULIE/VANDENHOLE WOUTER, Undocumented migration : integrating the children's rights concept of nuanced vulnerability in human rights law, in Eva Brems/Ellen Desmet/Wouter Vandenhoele (éds), *Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape. Isolation, Inspiration, Integration?*, Londres : Routledge 2017, pp. 210-230.

SAMBUC BLOISE JOËLLE, La situation juridique des Tziganes en Suisse : analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme, Genève : Schulthess 2007.

SANDER-STAUDT MAUREEN, Care Ethics, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, accessible sous : <https://www.iep.utm.edu/care-eth/> [31.10.2021].

SATZ ANI B., Disability, vulnerability, and the limits of antidiscrimination, *Washington Law Review*, vol. 83 (2008), pp. 513-568 (SATZ, Disability).

SATZ ANI B., Animals as Vulnerable Subjects : Beyond Interest-Convergence, Hierarchy, and Property, *Animal Law*, vol. 16/2 (2009), pp. 65-122 (SATZ, Animals).

SAUTEREAU CYNDIE, Subjectivité et vulnérabilité chez Ricœur et Levinas, *Études Ricœuriennes* vol. 4/2 (2013), pp. 8-24.

SCHABAS WILLIAM A., The European Convention on Human Rights. A Commentary, Oxford : OUP 2015.

SCHAHMANECHE AURÉLIA, La dialectique des sources dans la caractérisation de la vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme, in Caroline Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles : Nemesis 2019, pp. 63-100.

- SCHEIDEGGER NORA, *Das Sexualstrafrecht in der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, Berne : Stämpfli 2018.
- SCHLÜTER ALIX, *Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Berlin : Springer 2019.
- SCHNEIDER ELIZABETH M., *Battered Women and Feminist Lawmaking*, New Haven : Yale University Press 2000.
- SCHRÖTTLE MONIKA/KHELAIFAT NADIA, *Correlates of Partner Violence and Helath among Migrant Women in Germany. Results of Comparable Analyses of Quantitative Survey Data*, in Ravi K. Thiara/Stephanie A. Condon/Monika Schröttle (éds), *Violence against Women and Ethnicity : Commonalities and Differences across Europe*, Opladen/Berlin/Farmington Hills : Barbara Budrich Publishers 2011, pp. 186–205.
- SCULLY PAMELA F., *Vulnerable Women : A critical reflection on human rights discourse and sexual violence*, *Emory International Law Review*, vol. 23 (2009), pp. 113–124.
- SEDMAK CLEMENS, *Human Dignity, Interiority, and Poverty*, in Christopher McCrudden (éd.), *Understanding Human Dignity*, Oxford : OUP 2013, pp. 559–572.
- SEN AMARTYA, *Equality of What ?*, *The Tanner Lectures on Human Values* (1980), pp. 179–220 (SEN, *Equality of What*).
- SEN AMARTYA, *The Standard of Living*, Cambridge : CUP 1987 (SEN, *Standard*).
- SEN AMARTYA, *Elements of a Theory of Human Rights*, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32/4 (2004), pp. 315–356 (SEN, *Elements*).
- SEN AMARTYA, *Human Rights and Capabilities*, *Journal of Human Development*, vol. 6/2 (2005), pp. 151–166 (SEN, *Human Rights*).
- SEPÚLVEDA MAGDALENA ET AL. (éds), *Human rights reference handbook*, Ciudad Colón : University for Peace 2004.
- SERGHIDES GEORGIOS A., *The Principle of Effectiveness in the European Convention on Human Rights, in Particular its Relationship to the other Convention Principles*, in Jure Vidmar et al. (éds), *Hague Yearbook of International Law 2017*, Leiden : Brill 2019, pp. 1–15.
- SERRA NATALIE E., *Queering International Human Rights : LGBT Access to Domestic Violence Remedies*, *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, vol. 21/3 (2013), pp. 583–607.
- SHELTON DINAH, *Introduction*, in Dinah Shelton (éd.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford : OUP 2013.

SHUE HENRY, *Basic Rights*, Princeton : Princeton University Press 1980.

SICILIANOS LINOS-ALEXANDRE, The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments : Recent Developments under Article 46, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/3 (2014), pp. 235-262.

SICILIANOS LINOS-ALEXANDRE/KOSTOPOULOU MARIA-ANDRIANI, La requête individuelle en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Guide procédural, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2019.

SIEGEL REVA B., The New Politics of Abortion : An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions, *University of Illinois Law Review*, n° 3 (2007), pp. 991-1054.

SIRVEN NICOLAS, De la pauvreté à la vulnérabilité. Évolutions conceptuelles et méthodologiques, *Mondes en développement*, n° 140/4 (2007), pp. 9-24.

SJÖHOLM MARIA, *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, Leiden/Boston : Brill Nijhoff Publishers 2018.

SOKOLOFF NATALIE J./DUPONT IDA, Domestic Violence at the Intersections of Race, Class, and Gender. Challenges and Contributions to Understanding Violence Against Marginalized Women in Diverse Communities, *Violence against Women*, vol. 11/1 (2005), pp. 38-64.

SOLANKE IYOLA, *Discrimination a stigma. A theory of anti-discrimination law*, Oxford/Portland : Hart Publishing 2017.

SOSA LORENA, *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence against Women. At the Centre or the Margins ?* Cambridge : CUP 2017.

SOULET MARC-HENRY, La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence, in Laurence Burgorgue-Larsen (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris : Pedone 2014, pp. 7-27 (SOULET, Prudence).

SOULET MARC-HENRY, Les raisons d'un succès. La vulnérabilité comme analyseur des problèmes sociaux contemporains, in Axelle Brodiez-Dolino et al. (dir.), *Vulnérabilités sanitaires et sociales - de l'histoire à la sociologie*, Rennes : Presses universitaires de Rennes 2014, pp. 59-64 (SOULET, Raisons).

SPANÓ RÓBERT R., Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, *Human Rights Law Review*, vol. 14 (2014), pp. 487-502.

SPENCER LEIGHANN, The ECtHR and Post-coup Turkey : Losing Ground or Losing Credibility ? *Verfassungsblog* (17 juillet 2018), accessible sous : <https://verfassungsblog.de/the-ecthr-and-post-coup-turkey-losing-ground-or-losing-credibility/> [31.10.2021].

SPIELMANN DEAN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, in Frédéric Sudre (éd.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant 1998, pp. 133-174.

SPIJKERBOER THOMAS, Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights, *Law and Critique*, vol. 29 (2018), pp. 221-239.

SPILOPOULOU ÅKERMARK SIA, The Limits of Pluralism. Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights with Regard to Minorities : Does the Prohibition of Discrimination Add Anything ?, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, n° 3 (2002), pp. 1-24.

SPIVAK GAYATRI CHAKRAVORTY, The Rani of Sirmur : An Essay in Reading the Archives, *History and Theory*, vol. 24/3 (1985), pp. 247-272.

STAHL SANDRA, Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik. Ein Beitrag zu Grund, Inhalt und Grenzen der völkerrechtlichen Schutzpflichtendogmatik im Bereich konventionell geschützter Menschenrechte, Heidelberg : Springer 2012.

STARK EVAN, Reconsidering State Intervention in Domestic Violence Cases, *Social Policy & Society*, vol. 5/1 (2005), pp. 149-159.

STARMER KEIR, Positive Obligations under the Convention, in Sir Jeffrey Jowell/Jonathan Cooper (éds), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford : Hart Publishing 2001, pp. 139-159.

STEWART FRANCES, Basic Needs Strategies, Human Rights, and the Right to Development, *Human Rights Quarterly*, vol. 11/3 (1989), pp. 347-374.

STILES-SHIELDS COLLEEN/CARROLL RICHARD A., Same-Sex Domestic Violence : Prevalence, Unique Aspects, and Clinical Implications, *Journal of Sex & Marital Therapy*, vol. 41/6 (2015), pp. 636-648.

STONE SWEET ALEC/KELLER HELEN, *The reception of the ECHR in national legal orders*, Oxford : OUP 2008.

STÖSSEL JASMINE, Die Einschränkung der Einwilligung in den Tatbestand des Menschenhandels. Eingriff in die persönliche Freiheit oder legitimer Schutz besonders verletzbarer Personen?, in Roberto Andorno/Markus Thier (éds), *Menschenwürde und Selbstbestimmung*, Zurich/St. Gall : Dike 2014, pp. 151-177.

STOYANOVA VLADISLAVA, How Exceptional Must « Very Exceptional » Be ? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposhvili v Belgium, *International Journal of Refugee Law*, vol. 29/4 (2017), pp. 580-616 (STOYANOVA, Non-Refoulement).

STOYANOVA VLADISLAVA, Human trafficking and slavery reconsidered. Conceptual limits and states' positive obligations in European law, Cambridge : CUP 2017 (STOYANOVA, Human trafficking).

STOYANOVA VLADISLAVA, Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 18 (2018), pp.309-346 (STOYANOVA, Causation).

STOYANOVA VLADISLAVA, Common tort law of negligence as a tool for deconstructing positive obligations under the European convention on human rights, *The International Journal of Human Rights*, vol. 23 (2019), pp.1-24 (STOYANOVA, Common tort law).

STOYANOVA VLADISLAVA, Due diligence versus positive obligations. Carritical reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women, in Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vladislava Stoyanova (éds), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon/New York : Routledge 2020, pp.95-129 (STOYANOVA, Due diligence).

STRAEHLE CHRISTINE, Vulnerability, Autonomy and Self-Respect, in Christine Straehle (éd.) *Vulnerability, Autonomy and Applied Ethics*, Abingdon/New York : Routledge 2017, pp. 33-48.

SUDRE FRÉDÉRIC, Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 6/23 (1995), pp. 363-384 (SUDRE, Obligations positives).

SUDRE FRÉDÉRIC, Article 3bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine, in Luigi Condorelli et al. (éds), *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles : Bruylant 2004 (SUDRE, Article 3bis).

SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e éd., Paris : PUF 2005 (SUDRE, *Droit européen et international* [2005]).

SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., Paris : PUF 2019 (SUDRE, *Droit européen et international*).

SUDRE FRÉDÉRIC ET AL., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 9^e éd., Paris : PUF 2019.

SUMMERS SARAH J., *Fair Trials : The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford : Hart Publishing 2007.

SUR SERGE, *Les dynamiques du droit international*, Paris : Pedone 2012.

TALBOT SUSIE, The Kurdish Human Rights Project Perspective, in Elisabeth Lambert Abdelgawad (éd.), Preventing and sanctioning the hindrances to the right of individual petition before the European Court of Human Rights, Cambridge : Intersentia 2011, pp. 178-190.

TCHEN VINCENT, Le droit des étrangers, droit de la vulnérabilité par objet ?, in ELISABETH PAILLET/PASCAL RICHARD (éds), Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne, Bruxelles : Bruylant 2014, pp. 77-94.

TEN HAVE HENK, Vulnerability. Challenging Bioethics, Abingdon/New York : Routledge 2016.

THIARA RAVI K., « Hard, Feisty Women » - « Coping on Your Own ». African-Caribbean Women and Domestic Violence in Ravi K. Thiara/Stephanie A. Condon/Monika Schröttle (éds), Violence against Women and Ethnicity : Commonalities and Differences across Europe, Opladen/Berlin/Farmington Hills : Barbara Budrich Publishers 2011, pp. 226-240.

THOMAS HÉLÈNE, Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres, Bellecombe-en-Bauges : Éditions du Croquant 2010.

TIMMER ALEXANDRA, Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 11/4 (2011), pp. 707-738 (TIMMER, Anti-Stereotyping).

TIMMER ALEXANDRA, A Quiet Revolution : Vulnerability in the European Court of Human Rights, in Martha A. Fineman/Anna Grear (éds), Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics, Aldershot : Ashgate 2013, pp. 141-170 (TIMMER, Vulnerability).

TIMMER ALEXANDRA, Judging Stereotypes : What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law, *American Journal of Comparative Law*, vol. 63 (2015), pp. 239-284 (TIMMER, Judging).

TOBIN JOHN, Understanding Children's Rights : A Vision beyond vulnerability, *Nordic Journal of International Law*, vol. 84 (2015), pp. 155-182.

TOMUSCHAT CHRISTIAN, Human Rights. Between Realism and Individualism, 3^e éd., Oxford : OUP 2014.

TRAN HÉLÈNE, Les obligations de vigilance des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général, Bruxelles : Bruylant 2013.

TRECHSEL STEFAN/BERTOSSA CARLO, Artikel 189, in Stefan Trechsel/Mark Pieth (éds), *Schweizerisches Strafrecht. Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich : Dike 2018, pp. 1094–1104.

TRONTO JOAN, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, Paris : Éditions La Découverte 2009.

TRUSCAN IVONA, Considerations of vulnerability : from principles to action in the case law of the European Court of Human Rights, *Nordisk juridisk tidsskrift*, vol. 36/3 (2013), pp. 64–83 (TRUSCAN, Considerations).

TRUSCAN IVONA, The Notion of Vulnerable Groups in International Human Rights Law, Thèse, Institut de Hautes Études Internationales et de Développement de Genève 2015, accessible sous : <https://repository.graduateinstitute.ch/record/292691> [31.10.2021] (TRUSCAN, Vulnerable Groups).

TULKENS FRANÇOISE, Les réformes à droit constant, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 18 (2002), pp. 265–273 (TULKENS, Réformes).

TULKENS FRANÇOISE, La Convention européenne des droits de l'homme et les droits des enfants, *Journal du droit des jeunes*, n° 272 (2008), pp. 29–34 (TULKENS, Enfants).

TULKENS FRANÇOISE, The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pp. 577–595 (TULKENS, Paradoxical Relationship).

TULKENS FRANÇOISE, La Cour et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir, *Cahiers de droit européen*, vol. 27 (2012), pp. 305–343 (TULKENS, Avenir).

TULKENS FRANÇOISE/DUBOIS-HAMDI CLAIRE, Prison et santé mentale. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Justice et santé mentale*, vol. 48/1 (2015), pp. 77–99.

TURNER BRYAN S., *Vulnerability and Human Rights*, University Park : Pennsylvania State University Press 2006.

FÓR BJÖRGVINSSON DAVÍÐ, The Protection of the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of The European Court of Human Rights, in Oddný Mjöll Arnardóttir/Gerard Quinn (éds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities : European and Scandinavian Perspectives*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2009, pp. 141–161.

ULFSTEIN GEIR/ZIMMERMANN ANDREAS, Certiorari through the Backdoor ? The judgment by the European Court of Human Rights in *Burmych and Others v. Ukraine* in perspective, *KFG Working Paper Series*, n° 13 (2018), pp. 1–18.

- VALETTE MARIE-FRANÇOISE, La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 23/89 (2012), pp. 103–123.
- VAN BOVEN Theo, Categories of Rights, in Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford : Oxford University Press 2018, pp. 135–147.
- VAN DEN EYNDE LAURA, Requêtes d'ONG à la Cour européenne des droits de l'homme : la Cour tente (trop) prudemment d'élargir l'accès à son prétoire en contournant ses propres embûches, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 27/105 (2016), pp. 227–243.
- VAN LEEUWEN FLEUR, « Women's rights are human rights ! ». The practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in Anne Hellum/Henriette Sinding Aasen (éds), *Women's human rights : CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge : CUP 2013, pp. 242–267 (VAN LEEUWEN, Women's rights).
- VAN LEEUWEN FLEUR, Back on track ! Court acknowledges gendered nature of domestic violence in *M.G. v. Turkey*, *Strasbourg Observers* (14 avril 2016), accessible sous : <https://strasbourgobservers.com/2016/04/14/back-on-track-court-acknowledges-gendered-nature-of-domestic-violence-in-m-g-v-turkey> [31.10.2021] (VAN LEEUWEN, Back on Track).
- VANNESTE FRÉDÉRIC, Interpréter la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme : comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale, *Revue québécoise de droit international*, vol. 29/1 (2016), pp. 81–95.
- VAN ZYL SMIT DIRK/SNACKEN SONJA, *Principles of European prison law and policy. Penology and human rights*, Oxford : OUP 2009.
- VASÁK KAREL, A 30-Year-Struggle. The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights, *UNESCO Courier*, n° 30 (novembre 1977), pp. 29–32.
- VASBIST LATIKA, Martha Nussbaum's Capability Approach : Perils and Promises, *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52/2 (2010), pp. 230–266.
- VELU JACQUES/ERGEC RUSEN, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Bruxelles : Bruylant 2014.
- VERMEULEN BEN/BATTJES HEMME, Prohibition of Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in Pieter van Dijk et al. (éds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2018, pp. 381–424.

VILLIGER MARK E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève : Schulthess 2020.

VRDOLJAK ANA FILIPA, *Human Rights and Genocide. The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law*, *The European Journal of International Law*, vol. 20/4 (2010), pp. 1163–1194.

WALKER LEONORE E., *The battered woman*, New York : Harper Colophon 1980 (WALKER, *Battered*).

WALKER MARGARET U., *Moral Understandings : A Feminist Study in Ethics*, 2^e éd., Oxford : OUP 2008 (WALKER, *Understandings*).

WALKER MARGARET U., *Review of Frontiers of Justice : Disability, Nationality, Species Membership by Martha Nussbaum*, *Ethics*, vol. 118/4 (2008), pp. 742–746 (WALKER, *Review*).

WATTHÉE SANDRINE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Bruxelles : Anthemis/Nemesis 2014.

WEBB PHILIPPA, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford : OUP 2013.

WEBER ANNE, *Preventing and Sanctioning Hindrances in Extradition and Expulsion Cases*, in Elisabeth Lambert Abdelgawad (éd.), *Preventing and sanctioning the hindrances to the right of individual petition before the European Court of Human Rights*, Cambridge : Intersentia 2011, pp. 67–74.

WEISSBRODT DAVID/RUMSEY MARY, *Introduction*, in David Weissbrodt/Mary Rumsey (éds), *Vulnerable and Marginalised Groups and Human Rights*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing 2011, pp. XI–XIX.

WENDT SARAH/ZANNETTINO LANA, *Domestic Violence in Diverse Contexts. A re-examination of gender*, Abingdon/New York : Routledge, 2015.

WESSELS JANNA, *The boundaries of universality – migrant women and domestic violence before the Strasbourg Court*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 37/4 (2019), pp. 336–358.

WHITNEY SHILOH Y., *Dependency Relations : Corporeal Vulnerability and Norms of Personhood in Hobbes and Kittay*, *Hypatia*, vol. 26/3 (2011), pp. 554–574.

WILKINSON IAIN, *Risk, vulnerability and everyday life*, Abingdon/New York : Routledge 2010.

WILSON JOHN R.S., *In one another's power*, *Ethics*, vol. 88/4 (1978), pp. 299–315.

WISNER BEN ET AL., *At Risk. Natural hazards, people's vulnerability, and disasters*, 2^e éd., Abingdon/New York : Routledge 2003.

WOUTERS CORNELIS WOLFRAM, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement. A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Anvers : Intersentia 2009.

WYLER ERIC, *L'influence du positivisme sur la doctrine volontariste objectiviste en droit international : plus qu'un facteur de rapprochement ?*, in Pierre-Mary Dupuy/Vincent Chetail (éds), *Les fondements du droit international. Liber amicorum Peter Haggenmacher*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2013, pp. 335-364.

XENOS DIMITRIS, *The human rights of the vulnerable*, *The International Journal of Human Rights*, vol. 13 (4) (2009), pp. 591-614 (XENOS, Vulnerable).

XENOS DIMITRIS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres : Routledge 2012 (XENOS, Positive Obligations).

YOSHIDA KEINA, *Towards Intersectionality in the European Court of Human Rights : The Case of B.S. v Spain*, *Feminist Legal Studies*, vol. 21 (2013), pp. 195-204.

YOUNG MARGARET A., *The Productive Friction between Regimes*, in Margaret A. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge : CUP 2012, pp. 1-19.

ZIELINSKI AGATA, *L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin*, *Études*, vol. 413/12 (2010), pp. 631-641.

ZIEMELE INETA, *Customary International Law in the Caselaw of the European Court of Human Rights - the Method*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), pp. 243-252.

ZIMMERMANN NESA, *Legislating for the vulnerable ? Special duties under the European Convention of Human Rights*, *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 25/4 (2015), pp. 539-562 (ZIMMERMANN, Legislating).

ZIMMERMANN NESA, *A matter of life or death : the euthanasia debate under a human rights perspective*, *ex/ante*, n° 2 (2016), pp. 41-48 (ZIMMERMANN, Life or death).

ZIMMERMANN NESA, *CEDH et développement territorial : implications actuelles et potentielles*, in Véronique Boillet et al. (éds), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit*

suisse, Genève/Zurich/Bâle : Schulthess 2016, , pp. 69–87 (ZIMMERMANN, Développement territorial).

ZIMMERMANN NESA, « Dublin » et les deux Cours supranationales européennes : échange constructif ou dialogue de sourds ?, *Geneva Jean Monnet Working Papers*, n° 4, 2016, accessible sous : <https://www.ceje.ch/fr/recherche/publications/jean-monnet-working-papers/> [31.10.2021] (ZIMMERMANN, Dublin).

ZIMMERMANN NESA, Personnes vulnérables et obligations positives : quelles limites à l'activité économique ?, in Olivier Hari (éd.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?* Genève/Bâle/Zurich : Schulthess 2016, pp. 221–241 (ZIMMERMANN, Limites).

ZWAAK LEO/HAECK YVES/BURBANO HERRERA CLARA, Procedure before the Court, in Pieter van Dijk et al. (éds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland : Intersentia 2018, pp. 79–272.

Sources diverses

I. Au niveau international

ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, Déclaration d'Helsinki. Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, adoptée en 1964 et amendée la dernière fois en octobre 2013, accessible sous : <https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-dhelsinki-de-lamm-principes-ethiques-applicables-a-la-recherche-medicale-impliquant-des-etres-humains/> [31.10.2021] (Déclaration d'Helsinki).

AGENCE DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, Principes directeurs sur la protection internationale. Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 22 décembre 2009 (HCR/GIP/09/08) (UNHCR, Principes directeurs concernant les enfants).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, Moyens de mieux assurer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Résolution 37/200, 18 décembre 1982 (A/RES/37/200) (AGNU, A/RES/37/200).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, Suite donnée à la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement, Rapport du Secrétaire général, 2 juillet 2011 (A/66/173) (AGNU, A/66/173).

COMITÉ CONTRE LA TORTURE, Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les États parties, 24 janvier 2008 (CAT/C/GC/2) (CAT, Observation générale n° 2).

COMITÉ CONTRE LA TORTURE, Observation générale n° 3. Application de l'article 14 par les États parties, 13 décembre 2012 (CAT/C/GC/3) (CAT, Observation générale n° 3).

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 3 sur les femmes et les filles handicapées, 25 novembre 2016 (CRPD/C/GC/3) (CDPH, Observation générale n° 3).

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 5 sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société, 27 octobre 2017 (CRPD/C/GC/5) (CDPH, Observation générale n° 5).

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, 26 avril 2018 (CRPD/C/GC/6) (CDPH, Observation générale n° 6).

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 3. Nature des obligations des États parties, 14 décembre 1990 (E/1991/23) (CDESC, Observation générale n° 3).

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 5. Personnes souffrant d'un handicap, 9 décembre 1994 (E/1995/22) (CDESC, Observation générale n° 5).

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 7. Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1, du Pacte) : expulsions forcées, 16 mai 1997 (E/1998/22, annexe IV) (CDESC, Observation générale n° 7).

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 20. Non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2 juillet 2009 (E/C.12/GC/20) (CDESC, Observation générale n° 20).

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle, 21 décembre 2009 (E/C.12/GC/21) (CDESC, Observation générale n° 21).

COMITÉ RELATIF AUX DROITS DES ENFANTS, Observation générale n° 6. Traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 1^{er} septembre 2005 (CRC/GC/2005/6) (CDE, Observation générale n° 6).

COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, Guide à l'intention des membres des comités d'éthique pour la recherche, du 3 décembre 2010, Strasbourg : Conseil de l'Europe 2012 (COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, Guide).

COMITÉ INTERNATIONAL DE BIOÉTHIQUE, Le principe du respect de la vulnérabilité et de l'intégrité personnelle. Rapport du Comité international de bioéthique de l'UNESCO, 2013, accessible sous <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232368> [31.10.2021] (COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, Vulnérabilité).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 12, Violence contre les femmes, 1989 (A/44/38) (CEDEF, Recommandation générale n° 12).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n°18, Les femmes handicapées, 1991 (A/46/38) (CEDEF, Recommandation générale n° 18).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n°19, Violence à l'égard des femmes, 1992 (A/47/38) (CEDEF, Recommandation n° 19).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), 2004 (CEDAW/C/GC/25) (CEDEF, Recommandation générale n° 25).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains, 16 décembre 2010 (CEDAW/C/GC/27) (CEDEF, Recommandation générale n° 27).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2010 (CEDAW/C/GC/28) (CEDEF, Recommandation générale n° 28).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la Recommandation générale n° 19, 2017 (CEDAW/C/GC/35) (CEDEF, Recommandation générale n° 35).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Observations finales à l'égard de la Suisse, 23 septembre 2008 (CERD/C/CHE/CO/6) (CERD, Observations finales).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Recommandation générale XXXII. Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 29 septembre 2009 (CERD/C/GC/32) (CERD, Recommandation générale XXXII).

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Rapport final du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation suffisante en tant que droit de l'homme, Asbjørn Eide, 7 juillet 1987 (E/CN.4/Sub.2/1987/23) (COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, E/CN.4/Sub.2/1987/23).

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Droits de l'homme des migrants, Résolution 1999/44, 27 avril 1999 (COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Résolution n° 1999/44).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Études d'impact sur les droits de l'homme. Résoudre les principales questions méthodologiques, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 5 février 2007 (A/HRC/4/74) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/4/74).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, 15 janvier 2008 (A/HRC/7/3) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/7/3).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les entreprises et les droits de l'homme : Vers une traduction opérationnelle du cadre « Protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 22 avril 2009 (A/HRC/11/13) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/11/13).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Entreprises et droits de l'homme : nouvelles mesures pour la mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire Général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 9 avril 2010 (A/HRC/14/27) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/14/27).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, Rapport du représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 21 mars 2011 (A/HRC/17/31) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/17/31).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, Résolution 17/4, 6 juillet 2011 (A/HRC/RES/17/4) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/RES/17/4).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Rashida Manjoo (Additif), 15 juin 2012 (A/HRC/20/16/Add.2) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/20/16/Add.2).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez, 5 janvier 2016 (A/HRC/31/57) (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, A/HRC/31/57).

OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME (ONUDC), Note d'orientation sur « l'abus d'une situation de vulnérabilité » donnant lieu à la traite de personnes, notion mentionnée à l'article 3 du Protocole visant à

prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, New York : Nations Unies 2012 (ONUUDC, Note).

OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME (ONUUDC), L'abus d'une situation de vulnérabilité et les autres « moyens » visés par la définition de la traite des personnes. Étude thématique, New York : Nations Unies 2013 (ONUUDC, Étude).

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), Global and regional estimates of violence against women, Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence, Genève 2013.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), Annuaire des Nations Unies 1946-1947, New York : Office de l'information publique 1947.

II. Au niveau européen

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, Violence against women : an EU-wide survey. Main results report, Luxembourg : Publications Office of the European Union 2015 (FRA, Violence against women).

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, Fundamental Rights Report 2018, Luxembourg : Publications Office of the European Union 2018 (FRA, Report 2018).

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, Women as victims of partner violence. Justice for victims of violence crime part IV, Luxembourg : Publications Office of the European Union 2019 (FRA, Women as victims). ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, La situation des Roms en Europe et les activités pertinentes du Conseil de l'Europe, Résolution 1740(2010), 22 juin 2010 (APCE, Résolution 1740[2010]).

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Enfants migrants non accompagnés : pour une détermination de l'âge adapté à l'enfant, Résolution 2195(2017), 24 novembre 2017 (APCE, Résolution 2195[2017]).

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, Tierce intervention en application de l'article 36 par. 3 CEDH dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 14 octobre 2011 (CommDH[2011]37) (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH[2011]37).

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, A qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2012 (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Capacité juridique).

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Human rights of Roma and Travellers in Europe, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2012 (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Roma and Travellers).

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, Memorandum au sujet des implications des opérations anti-terroristes dans le sud-est de la Turquie pour les droits humains, 2 décembre 2016 (CommDH[2016]39) (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH[2016]39).

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, Tierce intervention en application de l'article 36 par. 3 CEDH dans trente-quatre affaires turques, 25 avril 2017 (COMMDH [2017]13) (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, COMMDH [2017]13).

COMMISSION POUR L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Étude analytique des résultats du 4e cycle de suivi de la mise en œuvre de la Recommandation Rec(2002)5 sur la protection des femmes contre la violence dans les États membres du Conseil de l'Europe, 2013.

COMITÉ DE LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITÉ DU CONSEIL DE L'EUROPE, Étude cartographique sur la cyberviolence, 9 juillet 2018 (T-CY[2017]10) (COMITÉ DE LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITÉ DU CONSEIL DE L'EUROPE, T-CY[2017]10).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur les personnes âgées, 10 octobre 1994 (CM/Rec[94]9) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[94]9).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur la protection des femmes contre la violence, 30 avril 2002 (CM/Rec[2002]5) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2002]5).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur le vieillissement et le handicap au 21^e siècle : cadres durables permettant une meilleure qualité de vie dans une société inclusive, 8 juillet 2009 (CM/Rec[2009]6) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2009]6).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur les droits de l'homme des membres des forces armées, 24 février 2010 (CM/Rec[2010]4) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2010]4).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution intérimaire. Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire

Ben Khemais contre Italie (requête n° 246/07, arrêt du 24 février 2009, définitif le 6 juillet 2009), 3 juin 2010 (CM/ResDH[2010]83) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/ResDH[2010]83).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la prévention des risques de vulnérabilité des migrants âgés et l'amélioration de leur bien-être, 25 mai 11 (CM/Rec[2011]5) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2011]5).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, 17 février 2014 (CM/Rec[2014]7) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2014]7).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées, 19 février 2014 (CM/Rec[2014]2) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2014]2).

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation aux États membres sur l'aide aux jeunes réfugiés en transition vers l'âge adulte (CM/Rec[2019]4) (COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec[2019]4).

CONSEIL DE L'EUROPE, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme. Déclaration d'Interlaken, 19 février 2010 (CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Interlaken [2010]).

CONSEIL DE L'EUROPE, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, organisée dans le cadre de la présidence turque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Déclaration d'Izmir, 26-27 avril 2011 (CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration d'Izmir [2011]).

CONSEIL DE L'EUROPE, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme. Déclaration de Brighton, 19-20 avril 2012 (CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Brighton [2012]).

CONSEIL DE L'EUROPE, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée – Déclaration de Bruxelles, 27 mars 2015 (CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Bruxelles [2015]).

CONSEIL DE L'EUROPE, Conférence de haut niveau réunie à Copenhague – Déclaration de Copenhague, 1-13 avril 2018 (CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de Copenhague [2018]).

CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n° 210, 11 mai 2011 (CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul).

CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE n° 197, 16 mai 2005

(CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains).

CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, STCE n° 194, 13 mai 2004 (CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport relatif au Protocole n° 14).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Analyse statistique 2005, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2005_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Analyse statistique 2005).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Analyse statistique 2006, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2006_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Analyse statistique 2006).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Analyse statistique 2010, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2010_FRA.pdf [31.10.2021] (Cour EDH, Analyse statistique 2010).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2010, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2010_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2010).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Déclaration du Président concernant les demandes au titre de l'article 39 du règlement, Communiqué de presse du Greffier, n° 127 (14 février 2011), accessible dans la base de données hudoc (<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press>) [31.10.2021] (COUR EDH, Communiqué de presse n° 127 [2011]).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2011, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2011_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2011).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2015, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2015).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Le processus d'Interlaken et la Cour. Rapport 2016, 1^{er} septembre 2016, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/2016_Interlaken_Process_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Processus d'Interlaken).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2016, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2016).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Analyse statistique 2017, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Analyse statistique 2017).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Lancement du nouveau système de décisions de juge unique avec motivation détaillée, Communiqué de presse du Greffier, n° 180 (1^{er} juin 2017), accessible dans la base de données hudoc (<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press>) [31.10.2021] (COUR EDH, Communiqué de presse n° 180 [2017]).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2017, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2017).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide pratique sur la recevabilité, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2018 (COUR EDH, Guide sur la recevabilité).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Analyse statistique 2019, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2019_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Analyse statistique 2019).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2019, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2019).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Analyse statistique 2020, accessible sous : https://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Analyse statistique 2020).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport annuel 2020, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Rapport annuel 2020).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Arrêt des traitements de Vincent Lambert : la Cour rejette la demande de mesures provisoires, Communiqué de presse du Greffier, n° 161 (25 avril 2019), accessible dans la base de données hudoc (<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press>) [31.10.2021] (COUR EDH, Communiqué de presse n° 161 [2019]).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 5 de la Convention. Droit à la liberté et à la sûreté, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2019 (COUR EDH, Guide sur l'article 5).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet pénal), Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2019 (COUR EDH, Guide sur l'article 6 [volet pénal]).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit au respect de la vie privée et familiale, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2019 (COUR EDH, Guide sur l'article 8).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Vincent Lambert : la Cour rejette la demande de mesures provisoires, Communiqué de presse du Greffier, n° 180 (20 mai 2019), accessible dans la base de données hudoc (<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press>) [31.10.2021] (COUR EDH, Communiqué de presse n° 180 [2019]).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Prisoners' rights, 30 avril 2020, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2020 (COUR EDH, Prisoners' rights).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à l'instruction, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe 2020 (COUR EDH, Guide sur l'article 2 du Protocole n° 1).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, La politique de priorisation de la Cour, accessible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf [31.10.2021] (COUR EDH, Politique de priorisation).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Ma requête à la CEDH : Comment l'introduire et quel en sera son cheminement ? (https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_FRA.pdf) [31.10.2021] (COUR EDH, Ma requête).

GROUPE D'EXPERTS SUR LA LUTTE CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS (GRETA), Rapport concernant la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la Suisse, du 11 juillet 2019 (GRETA[2019]4).

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution sur la déclaration de l'Union européenne en tant que zone de liberté pour les personnes LGBTIQ, du 11 mars 2021(2021/2557(RSP)).

III. Au niveau national

A. États-Unis

UNITED STATES DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION, AND WELFARE, Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research, 18 avril 1979 (Rapport Belmont).

B. Suisse

CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SOCIALES, Recommandations de la CDAS relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, du 20 mai 2016, CDAS : Berne 2016 (CDAS, MNA).

CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SOCIALES, Recommandations de la CDAS pour le développement de la politique de l'enfance et de la jeunesse dans les cantons, du 19 mai 2016, CDAS : Berne 2016 (CDAS, Enfance et jeunesse).

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, 21 décembre 2005 (FF 2005 1057) (CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la procédure pénale, FF 2005 1057).

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, Réforme du droit pénal en matière sexuelle et adaptations à la Convention d'Istanbul. Réponse à l'interpellation n° 18.3889 (Munz), 21 novembre 2011 (CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse à l'interpellation n° 18.3889).

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » et à la loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) en tant que contre-projet indirect, 10 octobre 2012 (FF 2012 8051) (CONSEIL FÉDÉRAL, Message proposant un contre-projet à l'initiative contre la pédophilie, FF 2012 8051).

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH : Bilan et perspectives, Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, 19 novembre 2014 (FF 2015 353) (CONSEIL FÉDÉRAL, 40 ans d'adhésion, FF 2015 353).

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, Quatrième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, février 2017 (CONSEIL FÉDÉRAL, Quatrième rapport CCMN).

Traités, déclarations et lois

I. Au niveau international

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984 (CAT).

Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980 (Convention de la Haye ; CLaH 80).

Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (CVDT).

Convention OIT n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, du 27 juin 1989.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965 (CERD).

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, du 18 décembre 1990.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948 (CPRCG).

Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, du 20 décembre 2006.

Convention relative au statut des réfugiés, du 28 juillet 1951.

Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 (CDE).

Convention relative aux droits des personnes handicapées, du 13 décembre 2006 (CDPH).

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 1^{er} décembre 1979 (CEDEF).

Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, du 18 décembre 1990 (CMW).

Convention sur les armes à sous-munitions, du 30 mai 2008.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, du 13 septembre 2007.

Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948 (DUDH).

Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, du 19 octobre 2005.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II ; PIDCP).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 (Pacte ONU I ; PIDESC).

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, du 15 novembre 2000 (Protocole de Palerme).

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, du 25 mai 2000.

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, du 25 mai 2000.

II. Au niveau régional

A. Afrique

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, du 27 juin 1981 (CADHP).

Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique, du 11 juillet 2003 (Protocole de Maputo).

B. Amériques

Convention américaine relative aux droits de l'homme, du 22 novembre 1969 (CADH).

Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, du 9 juin 1994 (Convention de Belém Do Pará).

C. Europe

1) Conseil de l'Europe

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (STE n° 5) (Convention européenne des droits de l'homme ; CEDH).

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, du 11 mai 2011 (STCE n° 210) (Convention d'Istanbul).

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, du 4 avril 1997 (STE n° 164) (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine).

Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, du 16 mai 2005.

Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, du 1^{er} février 1995 (STCE n° 157) (CCMN).

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 20 mars 1952 (STE n° 9) (Protocole n° 1).

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, du 24 janvier 2002 (STE n° 186).

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale, du 25 janvier 2005 (STE n° 195) (Protocole relatif à la recherche biomédicale).

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, du 27 novembre 2008 (STE n° 203).

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, du 12 janvier 1998 (STE n° 168).

Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, du 16 septembre 1963 (STE n° 46) (Protocole n° 4).

Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 1^{er} novembre 1988 (STE n° 117) (Protocole n° 7).

Protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 6 novembre 1990 (STE n° 140) (Protocole n° 9).

Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, du 11 mai 1994 (STE n° 155) (Protocole n° 11).

Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, du 15 mai 2004 (STCE n° 194) (Protocole n° 14).

Protocole n° 14bis à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 27 mai 2009 (STCE n° 204) (Protocole n° 14bis).

Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 24 juin 2013 (STCE n° 213) (Protocole n° 15).

Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 2 octobre 2013 (STCE n° 214) (Protocole n° 16).

2) Union européenne

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), du 26 juin 2013 (Directive « Accueil »).

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), du 26 juin 2013 (Directive « Procédure »).

Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, du 22 octobre 2013.

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), du 13 décembre 2011 (Directive « Qualification »).

Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, du 26 juin 2013 (Règlement « Dublin III »).

III. Au niveau national

A. Suisse

Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, du 16 décembre 2005 (LEI ; RS 142.20).

Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst.-GE ; RS 131.234).

Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003 (Cst.-VD ; RS 131.231).

Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches des Kantons Glaris, du 2 mai 1965.

Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Schwyz, du 13 janvier 1972.

Legge sull ordine pubblico del cantone di Ticino, du 23 novembre 2015.

Loi pénale du canton de Vaud, du 19 novembre 1940.

Straf- und Justizvollzugsgesetz des Kantons Zürich, du 19 juin 2006.

Übertretungsstrafgesetz des Kantons Zug, du 23 mai 2013.

B. France

Code pénal français, du 22 juillet 1992, version consolidée, du 12 août 2020 (CP-F).

Loi française relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, du 23 décembre 1980.

C. Belgique

Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, du 13 août 2011 (« Loi Salduz » ; Recueil n° 2011-08-13/13).

Table de la jurisprudence

La table de jurisprudence comporte tous les arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme citées dans la thèse. Les documents émanant d'autres organes internationaux et nationaux sont cités dans les notes de bas de page uniquement.

« *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » c. Belgique (Affaire linguistique belge) [Cour plénière], requêtes n^{os} 1474/62 et al., 23 juillet 1968

A. c. Croatie, requête n^o 55164/08, 14 octobre 2010

A. c. Royaume-Uni, requête n^o 25599/94, 23 septembre 1998

A. c. Russie, requête n^o 37735/09, 12 novembre 2019

A., B. et C. c. Irlande [GC], requête n^o 25579/05, 16 décembre 2010

A. et B. c. Croatie, requête n^o 7144/15, 20 juin 2019

A.-M.V. c. Finlande, requête n^o 53251/13, 23 mars 2017

A.A. c. France, requête n^o 18039/11, 15 janvier 2015

A.A. c. Suède, requête n^o 14499/09, 28 juin 2012

A.B. et autres c. France, requête n^o 11593/12, 12 juillet 2016

A.G.A.M. c. Suède, requête n^o 71680/10, 27 juin 2013

A.I. c. Italie, requête n^o 70896/17, 1er avril 2021

A.K. et autres c. Russie [Comité], requêtes n^{os} 38042/18 et al., 18 mai 2021

A.M. c. France, requête n^o 24587/12, 12 juillet 2016

A.M. c. Russie (déc.), requête n^o 46630/14, 31 mars 2015

A.M. c. Suisse (déc.), requête n^o 37466/13, 3 novembre 2015

A.M. et autres c. France, requête n^o 24587/12, 12 juillet 2016

A.M. et autres c. Russie, requête n^o 47220/19, 6 juillet 2021

- A.M.E. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 51428/10, 13 janvier 2015
- A.M.M. c. Roumanie*, requête n° 2151/10, 14 février 2012
- A.N. c. Lituanie*, requête n° 17280/08, 31 mai 2016
- A.N. et autres c. Russie*, requêtes n°s 61689/16 et al., 23 octobre 2018
- A.P. c. République de Moldova*, requête n° 41086/12, 26 octobre 2021
- A.P. c. Slovaquie*, requête n° 10465/17, 28 janvier 2020
- A.P., Garçon et Nicot c. France*, requêtes n°s 79885/12 et al., 6 avril 2017
- A.S. c. Suisse*, requête n° 39350/13, 30 juin 2015
- A.Ş. c. Turquie*, requête n° 58271/10, 13 septembre 2016
- A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012
- A.S.N. et autres c. Pays-Bas*, requêtes n°s 68377/17 et 530/18, 25 février 2020
- A.T. c. Luxembourg*, requête n° 330460/13, 9 avril 2015
- A.T.H. c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 54000/11, 17 novembre 2015
- Abdulzhon Isakov c. Russie*, requête n° 14049/08, 8 juillet 2010
- Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, requêtes n°s 25792/13, 28151/13, 22 novembre 2016
- Abdurrahman Orak c. Turquie*, requête n° 31889/96, 14 février 2002
- Abdyusheva et autres c. Russie*, requêtes n°s 58502/11 et al., 26 novembre 2019
- Abrahamsson c. Suède* (déc.), requête n° 12154, 5 octobre 1987
- Abubeker c. Autriche et Italie* (déc.), requête n° 73874/11, 18 juin 2013
- Abuyeva et autres c. Russie*, requête n° 27065/05, 2 octobre 2010
- Adamkiewicz c. Pologne*, requête n° 54729/00, 2 mars 2010
- Ahmed c. Royaume-Uni*, requête n° 59727/13, 2 mars 2017
- Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979
- Akdeniz et autres c. Turquie*, requête n° 23954/94, 31 mai 2001,
- Akdivar et autres c. Turquie* [GC], requête n° 21893/93, 16 septembre 1996
- Akkoç c. Turquie*, requêtes n°s 22947/93 et 22948/93, 10 octobre 2000

- Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996
- Alajos Kiss c. Hongrie*, requête n° 38832/06, 20 mai 2010
- Alberti c. Italie*, requête n° 15397/11, 24 juin 2014
- Aldeguer Tomás c. Espagne*, requête n° 35214/09, 14 juin 2016
- Aleksandr Zaichenko c. Russie*, requête n° 39660/02, 18 février 2010
- Alekseyev c. Russie*, requêtes n^{os} 4916/07 et al., 21 octobre 2010
- Allanazarova c. Russie*, requête n° 46721/14, 14 février 2017
- Altay c. Turquie*, requête n° 22279/93, 22 mai 2001
- Amiridze c. Géorgie [Comité]*, requête n° 15351/09, 26 mars 2020
- Amirov c. Russie*, requête n° 51857/13, 27 novembre 2014
- Andrey Lavrov c. Russie*, requête n° 66252/14, 1^{er} mars 2016
- Angelova c. Bulgarie*, requête n° 38361/97, 13 juin 2002
- Aoulmi c. France*, requête n° 50278/99, 17 janvier 2006
- Aquilina c. Malte [GC]*, requête n° 25642/94, 29 avril 1999
- Artur Parkhomenko c. Ukraine*, requête n° 40464/05, 16 février 2017
- Asady et autres c. Slovaquie*, requête n° 24917/15, 24 mars 2020
- Assenov c. Bulgarie*, requête n° 24760/94, 27 juin 1996
- Association Accept et autres c. Roumanie*, requête n° 19237/16, 1^{er} juin 2021
- Association de défense des droits de l'homme en Roumanie – Comité Helsinki au nom de Ionel Garcea c. Roumanie*, requête n° 2959/11, 24 mars 2015
- Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, requêtes n^{os} 15343/15 et 1806/15, 4 juin 2020
- Athanassoglou c. Suisse*, requête n° 27644/95, 6 avril 2000
- Aune c. Norvège*, requête n° 52502/07, 28 octobre 2010
- Avdyukov et autres c. Russie*, requêtes n^{os} 33373/07 et al., 3 mars 2020
- Avşar c. Turquie*, requête n° 25657/94, 10 juillet 2001
- Aydin c. Turquie [GC]*, requête n° 23178/94, 25 septembre 1997
- Aydin et Yunus c. Turquie*, requêtes n^{os} 32572/96 et 33366/96, 22 juin 2004

- Ayetullah Ay c. Turquie*, requêtes n^{os} 29084/07 et 1191/08, 27 octobre 2020
- Azimov c. Russie*, requête n^o 67474/11, 18 avril 2013
- B. c. République de Moldova*, requête n^o 61382, 16 juillet 2013
- B. c. Roumanie*, requête n^o 42390/07, 10 janvier 2012
- B. c. Roumanie* (n^o 2), requête n^o 1285/03, 19 février 2013
- B. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n^o 9237/81, 12 octobre 1983
- B. c. Royaume-Uni* (déc.) requête n^o 10471/83, 9 décembre 1985
- B. et C. c. Suisse*, requêtes n^{os} 889/19 et 43987/16, 17 novembre 2020
- B.B. c. Royaume-Uni*, requête n^o 5376/00, 10 février 2004
- B.G. et autres c. France*, requête n^o 63141/13, 10 septembre 2020
- B.S. c. Espagne*, requête n^o 47159/08, 24 juillet 2012
- B.T. c. Russie* (déc.), requête n^o 40755/16, 5 décembre 2017
- B.U. et autres c. Russie* [Comité], requêtes n^{os} 59609/17 et al., 22 janvier 2019
- B.Z. Ullstein GMBH c. Allemagne* (déc. [Comité]), requête n^o 43231/16, 22 septembre 2020
- Bączkowski et autres c. Pologne*, requête n^o 1543/06, 3 mai 2007
- Badalyan c. Azerbaïdjan*, requête n^o 51295/11, 22 juillet 2021
- Bădoiu c. Roumanie*, requête n^o 5365/16, 25 juin 2019
- Bagdonavicius et autres c. Russie*, requête n^o 19841/06, 11 octobre 2016
- Bagirov c. Azerbaïdjan*, requêtes n^{os} 81024/12 et 28198/15, 25 juin 2020
- Bakoyev c. Russie*, requête n^o 30225/11, 5 février 2013
- Balázs c. Hongrie*, requête n^o 15529/12, 20 octobre 2015
- Bălșan c. Roumanie*, requête n^o 49645/09, 23 mai 2017
- Bamouhammad c. Belgique*, requête n^o 47687/13, 17 février 2015
- Barabanchtchikov c. Russie*, requête n^o 36220/02, 8 janvier 2009
- Bărbulescu c. Roumanie* [GC], requête n^o 61496/08, 5 septembre 2017
- Barsova c. Russie* [Comité], requête n^o 20289/10, 22 octobre 2019

- Bati et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004
- Bayev c. Russie*, requêtes n^{os} 67667/09 et al., 20 juin 2017
- Bazorkina c. Russie*, requête n^o 69481/01, 27 juillet 2006
- Beard c. Royaume-Uni [GC]*, requête n^o 24882/94, 18 janvier 2001
- Becaj c. Albanie*, requête n^o 1542/13, 24 juin 2016
- Beckers c. Pays-Bas (déc.)*, requête n^o 12344/86, 25 février 1991
- Begheluri et autres c. Géorgie*, requête n^o 28490/02, 7 octobre 2014
- Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n^o 41288/15, 14 janvier 2020
- Béláné Nagy c. Hongrie [GC]*, requête n^o 53080/13, 13 décembre 2016
- Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, requête n^o 65550/13, 11 décembre 2018
- Belyaev et Digtyar c. Ukraine*, requêtes n^{os} 16984/04 et 9947/05, 16 février 2012
- Ben Khemais c. Italie*, requête n^o 246/07, 24 février 2009
- Benzer et autres c. Turquie*, requête n^o 23502/06, 12 novembre 2013
- Berkova c. Slovaquie*, requête n^o 67149/01, 24 juin 2009
- Berktay c. Turquie*, requête n^o 22493/93, 1^{er} mars 2001
- Beuze c. Belgique [GC]*, requête n^o 71409/10, 9 novembre 2018
- Bevacqua et S. c. Bulgarie*, requête n^o 71127/01, 12 juin 2008
- Bilen c. Turquie*, requête n^o 344482/97, 21 février 2006
- Bitiyeva et X. c. Russie*, requêtes n^{os} 57953/00 et 37392/03, 21 juin 2007
- Blaj c. Roumanie*, requête n^o 36259/04, 8 avril 2014
- Bljakaj et autres c. Croatie*, requête n^o 74448/12, 18 septembre 2014
- Bloise c. France*, requête n^o 30828/13, 11 juillet 2019
- Blokhin c. Russie*, requête n^o 47152/06, 14 novembre 2013
- Blokhin c. Russie [GC]*, requête n^o 47152/06, 23 mars 2016
- Botta c. Italie*, requête n^o 21439/93, 24 février 1998
- Boukrourou et autres c. France*, requête n^o 30059/15, 16 novembre 2017
- Bouyid c. Belgique [GC]*, requête n^o 23380/09, 28 septembre 2015

- Boychenko c. Russie*, requête n° 8663/08, 12 octobre 2021
- Branko Tomašić et autres c. Croatie*, requête n° 46598/06, 15 janvier 2009
- Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, requêtes nos 14553/89 et 14554/89, 26 mai 1993
- Broniowski c. Pologne*, requête n° 31443/96, 22 juin 2004
- Brus c. Belgique*, requête n° 18779/15, 14 septembre 2021
- Buckland c. Royaume-Uni*, requête n° 40060/08, 18 septembre 2012
- Buckley c. Royaume-Uni*, requête n° 20348/92, 25 septembre 1996
- Budina c. Russie* (déc.), requête n° 45603/05, 18 juin 2009
- Bulgaru c. République de Moldova*, requête n° 35840/09, 30 septembre 2014
- Bureš c. République tchèque*, requête n° 37679/08, 18 octobre 2012
- Burlyya et autres c. Ukraine*, requête n° 3289/10, 6 novembre 2018
- Burmych et autres c. Ukraine* [GC], requêtes nos 46852/13 et al., 12 octobre 2017
- Butrin c. Russie*, requête n° 16179/14, 22 mars 2016
- Buturugă c. Roumanie*, requête n° 56867/15, 11 février 2020
- Buzilo c. République de Moldova*, requête n° 52643/07, 21 février 2012
- C. et. D. et S. et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requêtes nos 34407/02 et 34593/02, 31 août 2004
- C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, requête n° 26692/05, 20 mars 2012
- C.M. c. République de Moldova*, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014
- C.N. c. Royaume-Uni*, requête n° 4239/08, 13 novembre 2012
- C.N. et V. c. France*, requête n° 67724/09, 11 octobre 2012
- C.R. c. Royaume-Uni*, requête n° 20190/92, 22 novembre 1995
- Caamaño Valle c. Espagne*, requête n° 43564/17, 11 mai 2021
- Çam c. Turquie*, requête n° 51500/08, 23 février 2016
- Campbell c. Royaume-Uni*, requête n° 13590/88, 25 mars 1992
- Cano Moya c. Espagne*, requête n° 3142/11, 11 octobre 2016
- Cantaraşiu c. République de Moldova*, requête n° 13013/11, 24 mars 2020

- Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, requête n° 17484/15, 25 juillet 2017
- Case of Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union c. Ukraine*, requête n° 10640/05, 26 juin 2018
- Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], requêtes nos 43370/04 et al., 19 octobre 2012
- Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], requête n° 47848/08, 17 juillet 2014
- Cestaro c. Italie*, requête n° 6884/11, 7 avril 2015
- Chapin et Charpentier c. France*, requête n° 40183/07, 9 juin 2016
- Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001
- Charron et Merle-Montet c. France* (déc.), requête n° 22612/15, 16 janvier 2018
- Chaykovskiy c. Ukraine*, requête n° 2295/06, 15 octobre 2009
- Chevalier c. France* [Comité], requête n° 44392/19, 18 mars 2021
- Cheydaïev c. Russie*, requête n° 65859/01, 7 décembre 2006
- Chiragov et autres c. Arménie* (déc. [GC]), requête n° 13216/05, 14 décembre 2011
- Chiragov et autres c. Arménie* [GC], requête n° 13216/05, 16 juin 2015
- Chowdury et autres c. Grèce*, requête n° 21884/15, 30 mars 2017
- Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 28957/95, 11 juillet 2002
- Chtoukatourov c. Russie*, requête n° 44009/05, 27 mars 2008
- Chugunov c. Russie* [Comité], requête n° 18883/12, 11 octobre 2016
- Cînta c. Roumanie*, requête n° 3891/19, 18 février 2020
- Citraro et Molino c. Italie* [Comité], requête n° 50988/13, 4 juin 2020
- Civek c. Turquie*, requête n° 55354/11, 23 février 2016
- Claes c. Belgique*, requête n° 43418/09, 10 janvier 2013
- Colibaba c. République de Moldova*, requête n° 29089/06, 23 octobre 2007
- Comité Helsinki bulgare c. Bulgarie* (déc.), requêtes nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016
- Comorașu c. Roumanie*, requête n° 16270/12, 31 mai 2016

Čonka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique (déc.), requête n° 51564/99, 13 mars 2001

Connors c. Royaume-Uni, requête n° 66746/01, 27 mai 2004

Cordella et autres c. Italie, requêtes n°s 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019

Correia de Matos c. Portugal [GC], requête n° 56402/12, 4 avril 2018

Coster c. Royaume-Uni [GC], requête n° 24876/94, 18 janvier 2001

Cotleş c. Roumanie, requête n° 38565/97, 3 juin 2003

Council of Civil Service Unions et autres c. Royaume-Uni [déc.], requête n° 11603/85, 20 janvier 1987

Covezzi et Morselli c. Italie, requête n° 52763/99, 9 mai 2003

Cruz Varas et autres c. Suède, requête n° 15576/89, 20 mars 1991

D. c. Bulgarie, requête n° 29447/17, 20 juillet 2021

D. c. République de Moldova [Comité], requête n° 25397/09, 8 décembre 2020

D. c. Royaume-Uni, requête n° 30240/96, 2 mai 1997

D.F. c. Lituanie, requête n° 11160/07, 29 octobre 2013

D.H. et autres c. République tchèque [GC], requête n° 573235/00, 13 novembre 2007

D.M.D. c. Roumanie, requête n° 23022/13, 3 octobre 2017

D.N.M. c. Suède, requête n° 28379/11, 27 juin 2013

D.P. c. Lituanie (déc. [rayée du rôle]), requête n° 27920/08, 22 octobre 2013

D.P. et J.C. c. Royaume-Uni, requête n° 38719/97, 10 octobre 2002

D.R. c. Lituanie, requête n° 691/15, 26 juin 2018

Darboe et Camara c. Italie, requête n° 5797/17, affaire communiquée au gouvernement le 14 février 2017

Daşlik c. Turquie, requête n° 38305/07, 13 juin 2017

Dayanan c. Turquie, requête n° 7377/03, 13 octobre 2009

De Donder et De Clippel c. Belgique, requête n° 8595/06, 6 décembre 2011

Dekić et autres c. Serbie, requête n° 32277/07, 29 avril 2014

Demiray c. Turquie, requête n° 27308/95, 21 novembre 2000

- Denis Vasilyev c. Russie*, requête n° 32704/04, 17 décembre 2009
- Denizci et autres c. Chypre*, requêtes n°s 25316/94 et al., 23 mai 2001
- Deweer c. Belgique*, requête n° 6903/75, 27 février 1989
- Dikme c. Turquie*, requête n° 20869/92, 11 juillet 2000
- Dimcho Dimov c. Bulgarie*, requête n° 57123/08, 16 décembre 2014
- Dimitar Mitev c. Bulgarie*, requête n° 34779/09, 8 mars 2018
- Dłużewska c. Pologne [Comité]*, requête n° 39873/18, 15 avril 2021
- Doganay c. Turquie*, requête n° 50125/99, 21 février 2006
- Dorneanu c. Roumanie*, requête n° 55089/13, 28 novembre 2017
- Drake c. Royaume-Uni* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 11748/85, 9 mai 1988
- Dubetska et autres c. Ukraine*, requête n° 30499/03, 10 février 2011
- Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981
- Dudka c. Ukraine*, requête n° 55912/09, 4 décembre 2018
- Dulaş c. Turquie*, requête n° 25801/94, 30 janvier 2001
- Dupate c. Lettonie [Comité]*, requête n° 18068/11, 19 novembre 2020
- Dupin c. France* (déc. [Comité]), requête n° 2282/17, 18 décembre 2018
- Durmaz c. Turquie*, requête n° 3621/07, 13 novembre 2014
- Đurović c. Croatie* (déc.), requête n° 51714/13, 7 mars 2017
- Dvorski c. Croatie [GC]*, requête n° 25703/11, 20 octobre 2015
- Dzemyuk c. Ukraine*, requête n° 42488/02, 4 septembre 2014
- E. c. Norvège* (déc.), requête n° 11701/85, 7 mars 1988
- E. et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 33218/96, 26 novembre 2002
- E.B. c. France [GC]*, requête n° 43546/02, 22 janvier 2008
- E.B. c. Roumanie*, requête n° 49089/10, 19 mars 2019
- E.B. et autres c. Autriche*, requêtes n°s 31913/07 et al., 7 novembre 2013
- E.M. c. Roumanie*, requête n° 43994/05, 30 octobre 2012
- E.H. c. France*, requête n° 39126/18, 22 juillet 2021

- E.S. c. Suède*, requête n° 5786/08, 21 juin 2012
- E.S. et autres c. Slovaquie*, requête n° 8227/04, 15 septembre 2009
- Eduard Popa c. République de Moldova*, requête n° 17008/07, 12 février 2013
- El-Masri c. l'« Ex-République yougoslave de Macédoine »* [GC], requête n° 399630/09, 13 décembre 2012
- Elefteriadis c. Roumanie*, requête n° 38427/05, 25 janvier 2011
- Enache c. Roumanie*, requête n° 10662/06, 1^{er} avril 2014
- Engel et autres c. Pays-Bas*, requêtes nos 5100/71 et al., 8 juin 1976
- Enver Şahin c. Turquie*, requête n° 23065/12, 30 janvier 2018
- Epure c. Roumanie*, requête n° 73731/17, 11 mai 2021
- Ercankan c. Turquie* (déc.), requête n° 44312/12, 15 mai 2018
- Eremia c. République de Moldova*, requête n° 3564/11, 28 mai 2013
- Eriomenco c. République de Moldova et Russie*, requête n° 42224/11, 9 mai 2017
- Ermakov c. Russie*, requête n° 43165/10, 7 novembre 2013
- Esélyt A Hátrányos Helyzetű Gyerekeknek Alapítvány c. Hongrie* (déc.), requête n° 786/14, 25 mars 2014
- Eshonkulov c. Russie*, requête n° 68900/13, 15 janvier 2015
- Ever c. Allemagne*, requête n° 17895/14, 28 mai 2020
- F. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 11862/85, 18 juillet 1986
- F.G. c. Suède* [GC], requête n° 43611/11, 23 mars 2016
- Fábián c. Hongrie* [GC], requête n° 78117/13, 5 septembre 2017
- Fabris et Parziale c. Italie*, requête n° 41603/13, 19 mars 2020
- Farbtuhs c. Lituanie*, requête n° 4672/02, 2 décembre 2004
- Farrugia c. Malte*, requête n° 63041/13, 4 juin 2019
- Fartushin c. Russie*, requête n° 38887/09, 8 octobre 2015
- Feilazoo c. Malte*, requête n° 6865/19, 11 mars 2021
- Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], requête n° 78103/14, 31 janvier 2019
- Fernández Martínez c. Espagne* [GC], requête n° 56030/07, 12 juin 2014

- G. c. France*, requête n° 27244/09, 23 février 2012
- G. et E. c. Royaume-Uni* (déc.), requêtes nos 9278/81 et 9415/81, 3 octobre 1983
- G.B. et autres c. Turquie*, requête n° 4633/15, 17 octobre 2019
- G.G. c. Italie*, requête n° 34574/97, 10 octobre 2002
- G.H. c. Hongrie* (déc.), requête n° 54041/14, 9 juin 2015
- G.J. c. Espagne* (déc.), requête n° 59172/12, 21 juin 2016
- G.L. c. Italie*, requête n° 59751/15, 10 septembre 2020
- G.U. c. Turquie*, requête n° 16143/10, 18 octobre 2016
- Gablshvili c. Russie*, requête n° 39428/12, 26 juin 2014
- Gagiu c. Roumanie*, requête n° 63258/00, 24 février 2009
- Gardel c. France*, requête n° 16428/5, 17 décembre 2009
- Garib c. Pays-Bas* [GC], requête n° 43494/09, 6 novembre 2017
- Gas et Dubois c. France*, requête n° 25951/07, 15 mars 2012
- Gayeva c. Russie* [Comité], requête n° 688/11, 23 juin 2020
- Gayratbek Saliyev c. Russie*, requête n° 39093/13, 17 avril 2014
- Gazeta Ukraina-Tsentr c. Ukraine*, requête n° 16695/04, 15 juillet 2010
- Genderdoc-M c. République de Moldova*, requête n° 9106/06, 12 juin 2021
- Georgi Dimitrov c. Bulgarie*, requête n° 31365/02, 15 janvier 2009
- Ghedir c. France*, requête n° 20579/12, 16 juillet 2015
- Giorgini c. Italie* (déc.), requête n° 20034/11, 1^{er} septembre 2015
- Gisayev c. Russie*, requête n° 14811/04, 20 janvier 2011
- Gjini c. Serbie*, requête n° 1128/16, 15 janvier 2019
- Glaisen c. Suisse* (déc.), requête n° 40477/13, 25 juin 2019
- Glor c. Suisse*, requête n° 13444/04, 30 avril 2009
- Golder c. Royaume-Uni*, requête n° 4451/70, 21 février 1975
- Golubyatnikov et Zhuchkov c. Russie*, requêtes nos 49869/06 et 44822/06, 9 octobre 2018

- Gömi c. Turquie*, requête n° 38704/11, 19 février 2019
- Gonzalez Etayo c. Espagne* [Comité], requête n° 20690/17, 19 janvier 2021
- Goran Kovačević c. Croatie*, requête n° 34804/14, 12 avril 2018
- Gorraiz Lizarriga et autres c. Espagne*, requête n° 62543/00, 27 avril 2004
- Göthlin c. Suède*, requête n° 8307/11, 16 octobre 2014
- Grant c. Royaume-Uni*, requête n° 32570/03, 23 mai 2006
- Gremina c. Russie*, requête n° 17054/08, 26 mai 2020
- Grigoryev c. Russie* [Comité], requête n° 52673/07, 5 octobre 2019
- Grimailovs c. Lituanie*, requête n° 6087/03, 25 juin 2013
- Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22 mars 2016
- Gül c. Suisse*, requête n° 23218/94, 19 février 1996
- Gutsanovi c. Bulgarie*, requête n° 34529/10, 15 octobre 2013
- Güveç c. Turquie*, requête n° 70337/01, 20 janvier 2009
- Gypsy Council et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 66336/01, 14 mai 2002
- H. et autres c. Suisse* (déc.), requête n° 67981/16, 15 mai 2018
- H.A. c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019
- Hajduová c. Slovaquie*, requête n° 2660/03, 30 novembre 2010
- Halime Kiliç c. Turquie*, requête n° 63034/11, 28 juin 2016
- Halimi c. Autriche et Italie* (déc.), requête n° 53852/11, 18 juin 2013
- Hämäläinen c. Finlande* [GC], requête n° 37359/09, 16 juillet 2014
- Hasáliková c. Slovaquie*, requête n° 39654/15, 24 juin 2021
- Heinisch c. Allemagne*, requête n° 28274/08, 21 juillet 2011
- Helhal c. France*, requête n° 10401/12, 19 février 2015
- Hernehult c. Norvège*, requête n° 14652/16, 10 février 2020
- Hilal Mammadov c. Azerbaïdjan*, requête n° 81553/12, 4 février 2016
- Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], requête n° 74025/01, 6 octobre 2005
- Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020

- Horoáth et Kiss c. Hongrie*, requête n° 11146/11, 29 janvier 2013
- Hudorovič et autres c. Slovénie*, requêtes n°s 24816/14 et 25140/14, 10 mars 2020
- Hunde c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 17931/16, 5 juillet 2016
- Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 57592/08, 17 janvier 2017
- I. c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25680/94, 11 juillet 2002
- I.B. c. Grèce*, requête n° 552/10, 3 octobre 2013
- I.C. c. Roumanie*, requête n° 36934/08, 24 mai 2016
- I.E. c. République de Moldova*, requête n° 45422/13, 26 mai 2020
- I.G. et autres c. Slovaquie*, requête n° 15966/04, 13 novembre 2012
- I.K. c. Russie*, requête n° 58182/14, 7 novembre 2017
- I.K. c. Suisse* (déc.), requête n° 21417/17, 19 décembre 2017
- I.M. c. France*, requête n° 9152/09, 2 février 2012
- I.U. c. Russie* [Comité], requête n° 48917/15, 10 janvier 2017
- Iambor c. Roumanie* (n° 1), requête n° 64536/01, 24 juin 2008
- Ibrahim c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n°s 50541/08 et al., 13 septembre 2016
- Ibrahim Demirtas c. Turquie*, requête n° 25018/10, 28 octobre 2014
- Idalov c. Russie* [GC], requête n° 5826/03, 22 mai 2012
- Identoba et autres c. Géorgie*, requête n° 73235/12, 12 mai 2015
- Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, requête n° 61638/00, 30 novembre 2006
- Ilaşcu c. République de Moldova et Russie* [GC], requête n° 48787/99, 8 juillet 2004
- İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie*, requête n° 19986/06, 10 avril 2012
- Ilghiz Khalikov c. Russie*, requête n° 48724/15, 15 janvier 2019
- İlhan c. Turquie* [GC], requête n° 22277/93, 27 juin 2000
- Ilias et Ahmed c. Hongrie* [GC], requête n° 47287/15, 21 novembre 2019
- Irene Wilson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10601/09, 23 octobre 2012
- Irina Smirnova c. Ukraine*, requête n° 1870/05, 13 octobre 2016
- Irlande c. Royaume-Uni* [Cour plénière], requête n° 5310/71, 18 janvier 1978

- Isakov c. Russie* (déc.), requête n° 52286/14, 5 juillet 2016
- Iulian Popescu c. Roumanie*, requête n° 24999/04, 4 juin 2013
- Iwanczuk c. Pologne*, requête n° 25196/94, 15 novembre 2001
- İzzet'in Doğan c. Turquie* [GC], requête n° 62649/10, 26 avril 2016
- J. et autres c. Autriche*, requête n° 58216/12, 17 janvier 2017
- J.A. et autres c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 21459/14, 3 novembre 2015
- J.C. c. Lituanie*, requête n° 23893/06, 17 avril 2012
- J.D. et A. c. Royaume-Uni*, requêtes nos 32949/17 et 34614/17, 24 octobre 2019
- J.L. c. Italie*, requête n° 5671/16, 27 mai 2021
- J.M.B. et autres c. France*, requêtes nos 9671/15 et al., 30 janvier 2020
- J.R. et autres c. Grèce*, requête n° 22696/16, 25 janvier 2018
- Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 25154/94, 18 janvier 2001
- Janowiec c. Russie* [GC], requêtes nos 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013
- Jansen c. Norvège*, requête n° 2822/16, 6 septembre 2018
- Jeanty c. Belgique*, requête n° 82284/17, 31 mars 2020
- Johnson c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10389/83, 17 juillet 1986
- Jones c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 14837/89, 7 mai 1990
- K.A.B. c. Suède*, requête n° 886/11, 5 septembre 2013
- K.H. et autres c. Slovaquie*, requête n° 32881/04, 28 avril 2009
- K.I. c. Russie*, requête n° 58182/14, 7 novembre 2017
- K.R.S. c. Royaume-Uni* [déc.], requête n° 32733/08, 2 décembre 2008
- K.S. c. Suède* [Comité], requête n° 31827/18, 16 décembre 2020
- K.U. c. Finlande*, requête n° 2872/02, 2 décembre 2008
- Kaak et autres c. Grèce*, requête n° 34215/16, 3 octobre 2019
- Kaboğlu et Oran c. Turquie*, requêtes nos 1759/08 et al., 30 octobre 2018
- Kacper Nowakowski c. Pologne*, requête n° 32407/13, 10 janvier 2017

- Kadirzhanov et Mamashev c. Russie*, requêtes n^{os} 42351/13 et 47823/13, 17 juillet 2014
- Kalēa c. Lettonie*, requête n^o 22059/08, 5 octobre 2017
- Kalkanli c. Turquie*, requête n^o 2600/04, 13 janvier 2009
- Kalucza c. Hongrie*, requête n^o 57693/10, 24 avril 2012
- Kamińska et autres c. Pologne [Comité]*, requête n^o 4006/17, 3 septembre 2020
- Kaminskas c. Lituanie*, requête n^o 44817/18, 4 août 2020
- Kanagaratnam et autres c. Belgique*, requête n^o 15297/09, 13 décembre 2011
- Kaos GL c. Turquie*, requête n^o 4982/07, 22 novembre 2016
- Karácsony et autres c. Hongrie [GC]*, requêtes n^{os} 42461/13 et 44357/13, 17 mai 2016
- Karpylenko c. Ukraine*, requête n^o 15509/12, 11 février 2016
- Karsakova c. Russie*, requête n^o 1157/10, 27 novembre 2014
- Kasymakhunov c. Russie*, requête n^o 29604/12, 14 novembre 2013
- Kayak c. Turquie*, requête n^o 60444/08, 10 juillet 2012
- Kayankin c. Russie*, requête n^o 24427/02, 11 février 2010
- Keenan c. Royaume-Uni*, requête n^o 27229/95, 3 avril 2001
- Ketreb c. France*, requête n^o 38447/09, 19 juillet 2012
- Khachaturov c. Arménie*, requête n^o 59687/17, 24 juin 2021
- Khaksar c. Royaume-Uni (déc.)*, requête n^o 2654/18, 3 avril 2018
- Khalikov c. Russie*, requête n^o 66373/13, 26 février 2015
- Khamidkariyev c. Russie*, requête n^o 42332/14, 26 janvier 2017
- Khamrakulov c. Russie*, requête n^o 68894/13, 16 avril 2015
- Khamtokhu et Aksenchik c. Russie [GC]*, requêtes n^{os} 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017
- Khan c. France*, requête n^o 12267/16, 28 février 2019
- Kighuradze c. Géorgie [Comité]*, requête n^o 9013/12, 12 novembre 2020
- Khlaifia et autres c. Italie*, requête n^o 16483/12, 1^{er} septembre 2015

Khlaifia et autres c. Italie [GC], requête n° 16483/12, 15 décembre 2016
Kholmurodov c. Russie, requête n° 58923/14, 1^{er} mars 2016
Király et Dömötör c. Hongrie, requête n° 10851/13, 17 janvier 2017
Kiyutin c. Russie, requête n° 2700/10, 10 mars 2011
Klass et autres c. Allemagne, requête n° 5029/71, 6 septembre 1978
Klimov c. Russie, requête n° 54436/14, 4 octobre 2016
Klyakhin c. Russie, requête n° 46082/99, 30 novembre 2004
Knox c. Italie, requête n° 76577/13, 24 janvier 2019
Knyazev c. Russie, requête n° 25948/05, 8 novembre 2007
Kocherov et Sergejeva c. Russie, requête n° 16899/13, 29 mars 2016
Köksal c. Turquie, requête n° 70478/16, 6 juin 2017
Kondrulin c. Russie, requête n° 12987/15, 20 septembre 2016
Konstantin Markin c. Russie [GC], requête n° 30078/06, 22 mars 2012
Kontrová c. Slovaquie, requête n° 7510/04, 31 mai 2007
Kornakovs c. Lettonie, requête n° 61005/00, 15 juin 2006
Kósa c. Hongrie (déc.), requête n° 53461/15, 21 novembre 2017
Kotsaftis c. Grèce, requête n° 39780/6, 12 juin 2008
Koutcherouk c. Ukraine, requête n° 2570/04, 6 septembre 2007
Kovács c. Hongrie [Comité], requête n° 25294/15, 7 octobre 2021
Kowal c. Pologne (déc.), requête n° 21913/05, 2 octobre 2012
Kozak c. Pologne, requête n° 13102/02, 2 mars 2010
Krivolapov c. Ukraine, requête n° 5406/07, 2 octobre 2018
Krsmanović c. Serbie, requête n° 19796/14, 19 décembre 2017
Kudła c. Pologne [GC], requête n° 30210/96, 26 octobre 2000
Kurić et autres c. Slovénie [GC], requête n° 26868/06, 26 juin 2012
Kurt c. Autriche, requête n° 62003/15, 4 juillet 2019
Kurt c. Autriche [GC], requête n° 62903/15, 15 juin 2021

- Kurt c. Turquie (rapport)*, requête n° 24276/94, 5 décembre 1996
- Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94, 25 mai 1998
- L. c. Lituanie*, requête n° 27527/03, 11 septembre 2007
- L. et V. c. Autriche*, requêtes n°s 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003
- L.E. c. Grèce*, requête n° 71545/12, 21 janvier 2016
- L.M. et autres c. Russie*, requêtes n°s 40081/14 et al., 15 octobre 2015
- L.R. c. Macédoine du Nord*, requête n° 38067/15, 23 janvier 2020
- Labshin c. Azerbaïdjan*, requête n° 13527/18, 20 mai 2021
- Lăcătuș c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021
- Ladner c. Autriche*, requête n° 18297/03, 3 février 2005
- Lambert et autres c. France [GC]*, requête n° 46043/14, 5 juin 2015
- Lavida et autres c. Grèce*, requête n° 7973/10, 30 mai 2013
- Lay c. Royaume-Uni*, (déc.), requête n° 13341/87, 14 juillet 1988
- Lee c. Royaume-Uni [GC]*, requête n° 25289/94, 18 janvier 2001
- Lekić c. Slovénie [GC]*, requête n° 36480/07, 11 décembre 2018
- Lengyel c. Hongrie*, requête n° 8271/15, 18 juillet 2017
- Lesnykh c. Russie [Comité]*, requête n° 1609/13, 6 juillet 2021
- Levchuk c. Ukraine*, requête n° 17496/19, 3 septembre 2020
- Lilliendahl et autres c. Islande (déc.)*, requête n° 29297/218, 12 mai 2020
- M. c. Pays-Bas*, requête n° 46595/19, 23 mars 2021
- M. et C. c. Roumanie*, requête n° 29032/04, 27 septembre 2011
- M. et M. c. Croatie*, requête n° 10161/13, 3 septembre 2015
- M. Özel et autres c. Turquie*, requêtes n°s 14350/05 et al., 17 novembre 2015
- M.A. c. Belgique*, requête n° 19656/18, 27 octobre 2020
- M.A. c. France*, requête n° 9373/15, 1^{er} février 2018
- M.B. c. Roumanie*, requête n° 43982/06, 3 novembre 2011
- M.B. et autres c. Slovaquie*, requête n° 45322/17, 1^{er} avril 2021

- M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, 4 décembre 2003
- M.C. et A.C. c. Roumanie*, requête n° 12060/12, 12 avril 2016
- M.D. c. France*, requête n° 50376/13, 10 octobre 2019
- M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021
- M.D. et autres c. Malte*, requête n° 64791/10, 17 juillet 2012
- M.D. et autres c. Russie*, requêtes n°s 71321/17 et al., 14 septembre 2021
- M.E. c. Suède [GC]*, requête n° 71398/12, 8 avril 2015
- M.G. c. Turquie*, requête n° 646/10, 22 mars 2016
- M.G.C. c. Roumanie*, requête n° 61495/11, 15 mars 2016
- M.K. c. Luxembourg*, requête n° 51746/18, 18 mai 2021
- M.K.N. c. Suède*, requête n° 72413/10, 27 juin 2013
- M.L. c. Norvège*, requête n° 64639/16, 22 décembre 2020
- M.M. c. Roumanie*, requête n° 2151/10, 14 février 2012
- M.M.B. c. Slovaquie*, requête n° 6318/17, 26 novembre 2019
- M.O.S.H. c. Pays-Bas (déc.)*, requête n° 63469/09, 3 février 2015
- M.P. c. Finlande*, requête n° 36487/12, 15 décembre 2016
- M.R. et autres c. Finlande (déc.)*, requête n° 13630/16, 24 mai 2016
- M.S. c. Croatie (n° 2)*, requête n° 75450/12, 19 février 2015
- M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC]*, requête n° 30696/09, 21 janvier 2011
- M.T. et S.T. c. Slovaquie (déc.)*, requête n° 59968/09, 29 mai 2012
- M.Y.H. et autres c. Suède*, requête n° 50859/10, 27 juin 2013
- Mafalani c. Croatie*, requête n° 32325/13, 9 juillet 2015
- Makhlyagon et Belyayev c. Russie*, requêtes n°s 14784/09 et 51742/11, 9 janvier 2018
- Makhmudzhan Ergashev c. Russie*, requête n° 49747/11, 16 octobre 2012
- Malacu et autres c. Roumanie (déc. [rayée du rôle])*, requête n° 55093/09, 27 septembre 2016
- Malyy c. Ukraine [Comité]*, requête n° 14486/07, 11 avril 2019

- Mamadaliyev c. Russie*, requête n° 5614/13, 24 juillet 2014
- Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], requêtes nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005
- Mamazhonov c. Russie*, requête n° 17239/13, 23 octobre 2014
- Mandet c. France*, requête n° 30955/12, 14 janvier 2016
- Manenc c. France* (déc.), requête n° 66686/09, 21 septembre 2010
- Marckx c. Belgique* [Cour plénière], requête n° 6833/74, 13 juin 1979
- Marina Alekseyeva c. Russie*, requête n° 22490/05, 19 décembre 2013
- Martin c. Estonie*, requête n° 35985/09, 20 mai 2013
- Marzari c. Italie* (déc.), requête n° 36448/97, 4 mai 1999
- McCann c. Royaume-Uni*, requête n° 19009/04, 13 mai 1995
- McKerr c. Royaume-Uni*, requête n° 28883/95, 4 mai 2001
- Mechenkov c. Russie*, requête n° 35421/05, 7 février 2008
- Mehmet Ali Ayhan et autres c. Turquie*, requêtes nos 4536/06 et 5328/07, 4 juin 2019
- Melnichuk et autres c. Roumanie*, requêtes nos 35279/10 et 34782/10, 5 mai 2015
- Menecheva c. Russie*, requête n° 59261/00, 9 mars 2006
- Menteş et autres c. Turquie*, requête n° 23186/94, 28 novembre 1997
- Metin Gültekin et autres c. Turquie*, requête n° 17081/06, 6 octobre 2015
- Milić et Nikezić c. Monténégro*, requêtes nos 54999/10 et 10609/11, 28 avril 2015
- Minibayev c. Russie* [Comité], requête n° 68793/3, 3 décembre 2019
- Mladina D.D. Ljubljana c. Slovénie*, requête n° 20981/10, 17 avril 2014
- Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], requêtes nos 10865/09 et al., 17 septembre 2014
- Mockienė c. Lituanie* (déc.), requête n° 75916/13, 4 juillet 2017
- Mohamed Hasan c. Norvège*, requête n° 27496/15, 26 avril 2018
- Mohammadi c. Autriche* (déc.), requête n° 71932/12, 3 juillet 2014
- Mohammed c. Autriche* (déc.), requête n° 2283/12, 6 juin 2013
- Mohammed Hussein c. Pays-Bas et Italie* (déc.), requête n° 27725/10, 2 avril 2013

- Mosendz c. Ukraine*, requête n° 52013/08, 17 janvier 2013
- Mouisel c. France*, requête n° 67263/01, 4 novembre 2002
- Moustahi c. France*, requête n° 9347/14, 25 juin 2020
- Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006
- Mudric c. République de Moldova*, requête n° 74839/10, 16 juillet 2013
- Mukhitdinov c. Russie*, requête n° 20999/14, 21 mai 2015
- Munteanu c. République de Moldova*, requête n° 34168/11, 26 mai 2020
- Muradyan c. Arménie*, requête n° 11275/07, 2 novembre 2016
- Murray c. Pays-Bas* [GC], requête n° 10511/10, 26 avril 2016
- Muršić c. Croatie* [GC], requête n° 7334/13, 20 octobre 2016
- Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, requête n° 41442/07, 19 janvier 2010
- Mustafayev c. Azerbaïdjan*, requête n° 47095/09, 4 mai 2017
- Myszk c. Pologne* (déc.), requête n° 28244/95, 1^{er} juillet 1998
- N. c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 26565/05, 27 mai 2008
- N. c. Suède*, requête n° 23505/09, 20 juillet 2010
- N. et M. c. Russie* (déc.), requêtes nos 39496/14 et 39727/14, 26 avril 2016
- N.A.N.S. c. Suède*, requête n° 68411/10, 27 juin 2013
- N.B. c. Slovaquie*, requête n° 29518/10, 12 juin 2012
- N.Ç. c. Turquie*, requête n° 40591/11, 9 février 2021
- N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], requêtes nos 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020
- N.H. et autres c. France*, requêtes nos 28820/13 et al., 2 juillet 2020
- N.M. c. Russie* [Comité], requête n° 29343/18, 2 décembre 2019
- N.M.B. c. Suède*, requête n° 68335/10, 27 juin 2013
- N.M.Y. et autres c. Suède*, requête n° 72686/10, 27 juin 2013
- N.P. et N.I. c. Bulgarie* (déc.), requête n° 72226/11, 3 mai 2016
- N.Š. c. Croatie*, requête n° 36908/13, 10 septembre 2020

- N.T.P. et autres c. France*, requête n° 68862/13, 24 mai 2018
- N.Ts. et autres c. Géorgie*, requête n° 71776/12, 2 février 2016
- NA. c. Royaume-Uni*, requête n° 25904/07, 17 juillet 2008
- Nabid Abdullayev c. Russie*, requête n° 8474/14, 15 octobre 2015
- Naltakyan c. Russie*, requête n° 54366/08, 20 avril 2021
- Naoumenko c. Ukraine*, requête n° 42023/98, 10 février 2004
- Natchova et autres c. Bulgarie*, requêtes nos 43577/98 et 435779/98, 26 février 2004
- Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], requêtes nos 43577/98 et 435779/98, 6 juillet 2005
- Navone et autres c. Monaco*, requêtes nos 62880/11 et al., 24 octobre 2013
- Naydyon c. Ukraine*, requête n° 16474/03, 14 octobre 2010
- Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, requête n° 42310/04, 21 avril 2011
- Nencheva et autres c. Bulgarie*, requête n° 48609/06, 18 juin 2013
- Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], requête n° 41615/07, 6 juin 2010
- Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie* [GC], requête n° 41720/13, 25 juin 2016
- Nizomkhon Dzhurayev c. Russie*, requête n° 31890/11, 3 octobre 2013
- Norris c. Irlande*, requête n° 10581/83, 6 octobre 1988
- Novinskiy c. Russie*, requête n° 11982/02, 10 février 2009
- Novruk et autres c. Russie*, requêtes nos 31039/11 et al., 15 mars 2016
- O.C.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 49450/17, 21 mai 2019
- O.M. c. Hongrie*, n° 9912/15, 5 juillet 2016
- O'Keefe c. Irlande* [GC], requête n° 35810/09, 28 janvier 2014
- Ojei c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 64724/10, 14 mars 2017
- Okkali c. Turquie*, requête n° 52067/99, 17 octobre 2006
- Olaechea Cahuas*, requête n° 24668/03, 10 août 2006
- Oliari et autres c. Italie*, requêtes nos 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015
- Öneryıldız c. Turquie* [GC], requête n° 48939/99, 30 novembre 2004

- Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 9 juin 2009
- Orhan c. Turquie*, requête n° 25656/94, 18 juin 2002
- Orlandi et autres c. Italie*, requêtes nos 26431/12 et al., 14 décembre 2017
- Oršuš et autres c. Croatie*, requête n° 15766/03, 16 mars 2010
- Oshurko c. Ukraine*, requête n° 33108/05, 8 septembre 2011
- Osman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 23452/94, 28 octobre 1998
- Ostrowski c. Pologne* [déc.], requête n° 26945/07, 1^{er} septembre 2015
- Otašević c. Serbie*, requête n° 32198/07, 5 février 2013
- P. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 14751/89, 12 décembre 1990
- Pajić c. Croatie*, requête n° 68453/13, 23 février 2016
- Paladi c. République de Moldova* [GC], requête n° 39806/05, 10 mars 2009
- Pantea c. Roumanie*, requête n° 33343/96, 3 juin 2003
- Papon c. France* (n° 1) (déc.), requête n° 64666/01, 7 juin 2001
- Paposhvili c. Belgique* [GC], requête n° 41738/10, 13 décembre 2016
- Patranin c. Russie*, requête n° 12983/14, 23 juillet 2015
- Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, requête n° 46477/99, 14 mars 2002
- Pavel Shishkov c. Russie*, requête n° 78754/13, 2 mars 2021
- Peers c. Grèce*, requête n° 28524/95, 19 avril 2001
- Penati c. Italie*, requête n° 44166/15, 11 mai 2021
- Perevedentsevy c. Russie*, requête n° 39583/05, 24 avril 2014
- Petra c. Roumanie*, requête n° 27273/95, 23 septembre 1998
- Placi c. Italie*, requête n° 48754/11, 21 janvier 2014
- Plesó c. Hongrie*, requête n° 41242/08, 2 octobre 2012
- Poleshchuk c. Russie*, requête n° 60776/00, 7 octobre 2004
- Polshina c. Russie* [Comité], requête n° 65557/14, 16 juin 2020
- Ponushkov c. Russie*, requête n° 30209/04, 6 novembre 2008
- Popov c. France*, requêtes nos 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012

- Popov c. Russie*, requête n° 26853/04, 13 juillet 2006
- Portu Juanenea et Sarasola Yarzabal c. Espagne*, requête n° 1653/13, 13 février 2018
- Potoroc c. Roumanie*, requête n° 37772/17, 2 juin 2020
- Pranjić-M-Lukić c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 4938/16, 2 juin 2020
- Premiininy c. Russie*, requête n° 44973/04, 10 février 2011
- Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02, 29 avril 2002
- Pylayevy c. Russie*, requête n° 61240/15, 17 juillet 2018
- R. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 10083/82, 4 juillet 1983
- R. c. Russie*, requête n° 11916/15, 26 janvier 2016
- R.A. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 73521/12, 3 mai 2016
- R.B. c. Estonie*, requête n° 22597/16, 22 juin 2021
- R.B. c. Hongrie*, requête n° 64602/12, 12 avril 2016
- R.C. et V.C. c. France*, requête n° 76491/14, 12 juillet 2016
- R.D. et I.M.D. c. Roumanie*, requête n° 35402/14, 12 octobre 2021
- R.I. et autres c. Roumanie*, requête n° 57077/16, 4 décembre 2018
- R.K. c. République tchèque* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 7883/08, 27 novembre 2012
- R.K. et autres c. France*, requête n° 68264/14, 12 juillet 2016
- R.L. c. Russie*, requêtes n°s 36253/13 et 52516/13, communiquées au gouvernement russe le 19 octobre 2017
- R.L. c. Russie* [déc. (rayée du rôle)], requête n° 36253/13, 11 juin 2020
- R.M. et autres c. France*, requête n° 33201/11, 12 juillet 2016
- R.M.S. c. Espagne*, requête n° 28775/12, 18 juin 2013
- R.O. c. Russie* [déc. (rayée du rôle)], requête n° 52516/13, 18 juin 2019
- R.R. c. Pologne*, requête n° 27617/04, 26 mai 2011
- R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021
- R.R. et A.R. c. Russie* [Comité], requêtes n°s 67485/17 et 24014/18, 8 octobre 2019
- Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011

- Rantsev c. Chypre et Russie*, requête n° 25965/04, 7 janvier 2010
- Rasul Jafarov c. Azerbaïdjan*, requête n° 69981/14, 17 mars 2016
- Reilly c. Irlande (déc.)*, requête n° 51083/09, 23 septembre 2014
- Renolde c. France*, requête n° 5608/05, 16 octobre 2008
- Rezmivoş et autres c. Roumanie*, requêtes n°s 61467/12 et al, 25 avril 2017
- Ribitsch c. Autriche*, requête n° 18896/91, 4 décembre 1995
- Ristić c. Serbie*, requête n° 32181/08, 18 janvier 2011
- Rivas c. France*, requête n° 59584/00, 1^{er} avril 2004
- Rodić et autres c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 22893/05, 27 mai 2008
- Rohde c. Danemark*, requête n° 69332/01, 21 juillet 2005
- Rohlens c. République tchèque [GC]*, requête n° 59552/08, 27 janvier 2015
- Roman Zakharov c. Russie [GC]*, requête n° 47143/06, 4 décembre 2015
- Rooman c. Belgique [GC]*, requête n° 18052/11, 31 janvier 2019
- Rumor c. Italie*, requête n° 72964/10, 27 mai 2014
- Rupa c. Roumanie (n° 1)*, requête n° 58478/00, 16 décembre 2008
- Ruşen Bayar c. Turquie*, requête n° 25253/08, 19 février 2019
- Ruslan Makarov c. Russie*, requête n° 19129/13, 11 octobre 2016
- S.B. et S.Z. c. Russie*, requêtes n°s 65122/17 et 13280/18, 8 octobre 2019
- S.F. c. Suisse*, requête n° 23405/16, 30 juin 2020
- S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017
- S.H.H. c. Royaume-Uni*, requête n° 60367/10, 29 janvier 2013
- S.J. c. Belgique*, requête n° 70055/10, 27 février 2014
- S.J. c. Belgique [GC] (déc. [rayée du rôle])*, requête n° 70055/10, 19 mars 2015
- S.J.P. et E.S. c. Suède*, requête n° 8610/11, 28 août 2018
- S.L. c. Autriche*, requête n° 45330/99, 9 janvier 2003
- S.M. c. Croatie*, requête n° 60561/14, 25 juin 2020
- S.M.H. c. Pays-Bas (déc.)*, requête n° 5868/13, 17 mai 2016

- S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 23715/94, 20 mai 1996
- S.S. c. Slovénie*, requête n° 40938/16, 30 octobre 2018
- S.S. et autres c. Russie* [Comité], requêtes n°s 2236/16 et al., 25 juin 2019
- S.S. et B.Z. c. Russie* [Comité], requêtes n°s 35332/17 et 79223/17, 11 juin 2019
- S.V. c. Italie*, requête n° 55216/08, 14 octobre 2018
- S.W. c. Royaume-Uni*, requête n° 20166/92, 22 novembre 1995
- Saadi c. Italie* [GC], requête n° 37201/06, 28 février 2008
- Sabri Güneş c. Turquie* [GC], requête n° 27396/06, 29 juin 2012
- Sadkov c. Ukraine*, requête n° 21987/05, 6 juillet 2017
- Safaii c. Autriche*, requête n° 44689/09, 7 mai 2014
- Sakhnovski c. Russie* [GC], requête n° 21272/03, 2 novembre 2010
- Sakir c. Grèce*, requête n° 48475/09, 24 mars 2016
- Salah Sheekh c. Pays-Bas*, requête n° 1948/04, 11 janvier 2007
- Salduz c. Turquie* [GC], requête n° 36391/02, 27 novembre 2008
- Salman c. Turquie* [GC], requête n° 21986/93, 27 juin 2000
- Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, requête n° 36500/05, 13 septembre 2009
- Šaltinytė c. Lituanie*, requête n° 32394/19, 26 octobre 2021
- Samoylov c. Russie*, requête n° 17512/08, 3 juillet 2018
- Sampani et autres c. Grèce*, requête n° 59608/09, 11 décembre 2012
- Sampanis et autres c. Grèce*, requête n° 32526/05, 5 juin 2008
- Sandra Janković c. Croatie*, requête n° 38478/05, 5 mars 2009
- Sanlisoy c. Turquie* (déc.), requête n° 77023/12, 8 novembre 2016
- Sarban c. République de Moldova*, requête n° 3456/05, 4 octobre 2005
- Sargsyan c. Azerbaïdjan* (déc. [GC]), requête n° 40167/06, 14 décembre 2011
- Sargsyan c. Azerbaïdjan* [GC], requête n° 40167/06, 16 juin 2015
- Savchenko c. Ukraine* [Comité], requête n° 1574/06, 22 septembre 2016
- Savinov c. Ukraine*, requête n° 5212/13, 22 octobre 2015

- Savitskiyy c. Ukraine*, requête n° 38773/05, 26 juillet 2012
- Savran c. Danemark*, requête n° 57467/15, 1^{er} octobre 2019
- Savridin Dzhurayev c. Russie*, requête n° 71386/10, 25 avril 2013
- Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04, 24 juin 2010
- Schlumpf c. Suisse*, requête n° 29002/06, 8 janvier 2009
- Scozzari et Giunta c. Italie*, requêtes nos 39221/98 et 41963/98, 13 juillet 2000
- Selçuk et Asker c. Turquie*, requêtes nos 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998
- Selmouni c. France* [GC], requête n° 25803/4, 28 juillet 1999
- Semikhvostov c. Russie*, requête n° 2689/12, 6 février 2014
- Sept Personnes c. Suède* (déc.), requête n° 8811/79, 13 mai 1982
- Sergey Antonov c. Ukraine*, requête n° 40512/13, 22 octobre 2015
- Severini c. Saint-Marin* (déc.), requête n° 13510/14, 30 mai 2017
- Sh.D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019
- Shakulina et autres c. Russie*, requêtes nos 24688/05 et al., 5 juin 2018
- Sharifi c. Autriche*, requête n° 60104/08, 5 décembre 2013
- Shekhov c. Russie*, requête n° 12440/04, 10 juin 2014
- Shishkov c. Russie*, requête n° 26746/05, 20 février 2014
- Siliadin c. France*, requête 73316/01, 26 juillet 2005
- Simeonovi c. Bulgarie* [GC], requête n° 21980/04, 12 mai 2017
- Sîrghi c. Roumanie*, requête n° 19181/09, 24 mai 2016
- Slavov et autres c. Bulgarie*, requête n° 58500/10, 10 novembre 2015
- Sławomir Musiał c. Pologne*, requête n° 28300/06, 20 janvier 2009
- Slimani c. France*, requête n° 57671/00, 27 juillet 2004
- Smith c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 14455/88, 4 septembre 1991
- Smith c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 18401/91, 6 mai 1993
- Smith et Forrest c. Royaume-Uni* (déc. [rayée du rôle]), requête n° 19789/92, 8 janvier 1993

- Soares de Melo c. Portugal*, requête n° 72850/14, 16 février 2016
- Söderman c. Suède* [GC], requête n° 5786/08, 12 novembre 2013
- Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, 7 juillet 1989
- Soltani c. France*, requête n° 45287/11, 5 décembre 2019
- Sousa Goucha c. Portugal*, requête n° 70434/12, 22 mars 2016
- Sršen c. Croatie*, requête n° 30305/13, 22 janvier 2019
- Stanev c. Bulgarie* [GC], requête n° 36760/06, 17 janvier 2012
- Stanimirović c. Serbie*, requête n° 26088/06, 18 octobre 2011
- Starenkyy et autres c. Ukraine* [Comité], requête n° 71848/13, 24 juin 2021
- Stasi c. France*, requête n° 25001/07, 20 octobre 2011
- Stefan Stankov c. Bulgarie*, requête n° 25820/07, 17 mars 2015
- Stenegry et Adam c. France* (déc.), requête n° 40987/05, 22 mai 2007
- Stepanian c. Roumanie*, requête n° 60103/11, 14 juin 2016
- Stevan Petrović c. Serbie*, requêtes nos 6097/16 et 28999/19, 20 avril 2021
- Stoian c. Roumanie* [Comité], requête n° 289/14, 25 juin 2019
- Stoyan Mitev c. Bulgarie*, requête n° 60922/00, 7 janvier 2010
- Strand Lobben et autres c. Norvège* [GC], requête n° 37283/13, 10 septembre 2019
- Strazimiri c. Albanie*, requête n° 34602/16, 21 janvier 2020
- Stuart et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 41903/98, 6 juillet 1999
- Stubbings c. Royaume-Uni*, requêtes nos 22083/93 et 22095/93, 22 octobre 1996
- Štulíř c. République tchèque* (déc.), requête n° 36705/12, 12 janvier 2017
- Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, requêtes nos 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011
- Sukachov c. Ukraine*, requête n° 14057/17, 30 janvier 2020
- Sultan Öner et autres c. Turquie*, requête n° 73792/01, 17 octobre 2006
- Sutherland c. Royaume-Uni* (rapport), requête n° 25186/94, 1^{er} juillet 1997
- Süzer c. Turquie*, requête n° 13885/05, 23 avril 2013

Syssoyeva et autres c. Lettonie [GC] (déc. [rayée du rôle]), requête n° 60654/00, 15 janvier 2007

Szafránski c. Pologne, requête n° 17249/12, 15 décembre 2015

Szemkovics c. Roumanie (déc.) requête n° 27117/08, 17 décembre 2013

Szurovecz c. Hongrie, requête n° 15428/16, 8 octobre 2019

T. c. Royaume-Uni, requête n° 24724/94, 16 décembre 1999

T.I. c. Royaume-Uni [déc.], requête n° 43844/98, 7 mars 2000

T.K. et S.R. c. Russie, requêtes n°s 28492/15 et 49975/15, 19 novembre 2019

T.M. et autres c. Russie [Comité], requêtes n°s 31189/15 et al., 7 novembre 2017

T.M. et C.M. c. République de Moldavie, requête n° 26608/11, 28 janvier 2014

T.W. c. Malte [GC], requête n° 25644/94, 29 avril 1999

Taddeucci et McCall c. Italie, requête n° 51362/09, 30 juin 2016

Tadzhibayev c. Russie, requête n° 17724/14, 1^{er} décembre 2015

Tagayeva et autres c. Russie (déc.), requête n° 26562/07, 9 juin 2015

Talpis c. Italie, requête n° 41237/14, 2 mars 2017

Tanli c. Turquie, requête n° 26129/95, 10 avril 2001

Tanrikulu c. Turquie [GC], requête n° 23763/94, 8 juillet 1999

Tarak et Depe c. Turquie, requête n° 40472/12, 9 avril 2019

Tarakhel c. Suisse [GC], requête n° 29217/12, 4 novembre 2014

Tararieva c. Russie, requête n° 4353/03, 14 décembre 2006

Tatar c. Suisse, requête n° 65692/12, 14 avril 2015

Tchember c. Russie, requête n° 7188/03, 3 juillet 2008

Tekin et Arslan c. Belgique, requête n° 37795/13, 5 septembre 2017

Tërshana c. Albanie, requête n° 48756/14, 4 août 2020

Thlimmenos c. Grèce [GC], requête n° 34369/7, 6 avril 2000

Tkheldze c. Géorgie, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021

Tikhonov c. Ukraine, requête n° 17969/09, 10 décembre 2015

- Tiziano Pennino c. Italie*, requête n° 21759/15, 12 octobre 2017
- Tkheldidze c. Géorgie*, requête n° 33056/17, 8 juillet 2021
- Tlapak et autres c. Allemagne*, requêtes n°s 11308/16 et 11344/16, 22 mars 2018
- Tomasi c. France* (rapport), requête n° 12850/87, 11 décembre 1990
- Topekhin c. Russie*, requête n° 78774/13, 10 mai 2016
- Trepashkin c. Russie* (n° 2), requête n° 14248/05, 16 décembre 2010
- Trosin c. Ukraine*, requête n° 39758/05, 23 février 2012
- Truten c. Ukraine*, requête n° 18041/08, 23 juin 2016
- Tsuroyev et autres c. Russie* [Comité], requêtes n°s 8372/07 et al., 8 juin 2021
- Turgunov c. Russie*, requête n° 15590/14, 22 octobre 2015
- Tymchenko c. Ukraine* [Comité], requête n° 47351/06, 13 octobre 2016
- Tyrer c. Royaume-Uni*, requête n° 5856/72, 25 avril 1978
- Tysiāc c. Pologne*, requête n° 5410/3, 20 mars 2007
- U.A. c. Russie* [Comité], requête n° 12018/16, 22 janvier 2019
- U.N. c. Russie*, requête n° 14348/15, 26 juillet 2016
- Ülke c. Turquie*, requête n° 39437/98, 24 janvier 2006
- Ushakov et Ushakova*, requête n° 10705/12, 18 juin 2015
- V. c. Royaume-Uni*, requête n° 24888/94, 16 décembre 1999
- V.C. c. Italie*, requête n° 54227/17, 1^{er} février 2018
- V.C. c. Slovaquie*, requête n° 18968/07, 8 novembre 2011
- V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 77587/12 et 74603/12
- V.D. c. Roumanie*, requête n° 7078/02, 16 février 2010
- V.M. et autres c. Belgique*, requête n° 60125/11, 7 juillet 2015
- Valiulienė c. Lituanie*, requête n° 33234/07, 26 mars 2013
- Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], requêtes n°s 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013
- Varesi et autres c. Italie* (déc.), requête n° 49407/08, 12 mars 2013

- Varnava et autres c. Turquie* [GC], requêtes n^{os} 16064/90 et al., 18 septembre 2009
- Vasiliy Ivashchenki c. Ukraine* (n^o 2) [Comité], requête n^o 1976/13, 22 avril 2021
- Vasylychuk c. Ukraine*, requête n^o 24402/07, 13 juin 2013
- Velev c. Bulgarie*, requête n^o 43531/08, 16 avril 2013
- Velikova c. Bulgarie*, requête n^o 41488/98, 18 mai 2000
- Venken et autres c. Belgique*, requêtes n^{os} 46130/14 et al., 6 avril 2021
- Veronica Ciobanu c. République de Moldova*, requête n^o 69829/11, 9 février 2021
- Vinter et autres c. Royaume-Uni* [GC], requêtes n^{os} 66069/09 et al., 9 juillet 2013
- Vladimir Sokolov c. Russie*, requête n^o 31242/05, 29 mars 2011
- Volodina c. Russie*, requête n^o 41261/17, 9 juillet 2019
- Volodina c. Russie* (n^o 2), requête n^o 40419/19, 14 septembre 2021
- Vučković et autres c. Serbie* [GC], requêtes n^{os} 17153/11 et al., 25 mars 2014
- Wallová et Walla c. République tchèque*, requête n^o 23848/04, 26 octobre 2006
- Watts c. Royaume-Uni* (déc.), requête n^o 53586/09, 4 mai 2010
- Wells c. Royaume-Uni* (déc.), requête n^o 37794/05, 16 janvier 2007
- Wetjen et autres c. Allemagne*, requêtes n^{os} 68125/14 et 72204/14, 22 mars 2018
- Winterstein et autres c. France*, requête n^o 27013/07, 17 octobre 2013
- Winterwerp c. Pays-Bas*, requête n^o 6301/73, 24 octobre 1979
- Woditschka et Wilfing c. Autriche*, requêtes n^{os} 69756/01 et 6306/02, 21 octobre 2004
- X. c. Allemagne* (déc.), requête n^o 8819/79, 19 mars 1981
- X. c. Autriche*, n^o 1527/62, 4 octobre 1962
- X. c. Croatie*, requête n^o 11223/04, 17 juillet 2008
- X. c. Royaume-Uni* (déc.), requête n^o 7215/75, 7 juillet 1977
- X. c. Royaume-Uni* (rapport), requête n^o 7215/75, 12 octobre 1978
- X. c. Russie*, requête n^o 3150/15, 20 février 2018
- X. c. Turquie*, requête n^o 24626/09, 9 octobre 2012

- X. et autres c. Autriche*, requête n° 19010/07, 19 février 2013
- X. et autres c. Bulgarie*, requête n° 22457/16, 17 janvier 2019
- X. et autres c. Bulgarie* [GC], requête n° 22457/16, 2 février 2021
- X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80, 26 mars 1985
- X. et Y. c. Roumanie*, requêtes nos 2145/16 et 20607/16, 19 janvier 2021
- Y. c. Turquie* (déc.), requête n° 648/10, 17 février 2015
- Y.C. c. Royaume-Uni*, requête n° 4547/10, 13 mars 2012
- Y.F. c. Turquie*, requête n° 24209/94, 22 juillet 2003
- Y.T. c. Bulgarie*, requête n° 41701/16, 9 juillet 2020
- Y.Y. c. Turquie*, requête n° 14793/08, 10 mars 2015
- Yakubov c. Russie*, requête n° 7265/10, 8 novembre 2011
- Yefimenko c. Russie*, requête n° 152/04, 12 février 2013
- Yeliseyev c. Russie*, requête n° 12098/04, 28 mai 2009
- Yevgeniy Alekseyenko c. Russie*, requête n° 41833/04, 27 janvier 2011
- Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, requête n° 10486/10, 20 décembre 2011
- Yordanova et autres c. Bulgarie* (déc.), requête n° 25446/06, 14 septembre 2010
- Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012
- Yunusova et Yunusov c. Azerbaïdjan*, requête n° 59629/14, 2 juin 2016
- Yuriy Koval c. Ukraine* [Comité], requête n° 35121/09, 23 janvier 2020
- Yusupov c. Russie*, requête n° 30227/18, 1er décembre 2020
- Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 29392/95, 10 mai 2001
- Z. c. Bulgarie*, requête n° 39257/17, 28 mai 2020
- Ž.B. c. Croatie*, requête n° 47666/13, 11 juillet 2017
- Z.H. c. Hongrie*, requête n° 28973/11, 8 novembre 2012
- Zagidulina c. Russie*, requête n° 11737/06, 2 mai 2013
- Zarzycki c. Pologne*, requête n° 15351/03, 12 mars 2013
- Zayev c. Russie*, requête n° 36552/05, 16 avril 2015

Zehentner c. Autriche, requête n° 20082/02, 16 juillet 2009

Zehnalová et Zehnal c. République tchèque (déc.), requête n° 38621/97, 14 mai 2009

Zeynep Avci c. Turquie, requête n° 37021/97, 6 février 2003

Zhdanov et autres c. Russie, requêtes nos 12200/08 et al., 16 juillet 2019

Zherdev c. Ukraine, requête n° 34015/07, 27 avril 2017

Zhu c. Royaume-Uni (déc.), requête n° 36790/97, 12 septembre 2000

Zinatullin c. Russie, requête n° 10551/10, 28 janvier 2020

Živković et autres c. Slovénie (déc.), requêtes nos 42670/16 et al., 5 septembre 2017

Znakovas c. Lituanie, requête n° 32715/17, 19 novembre 2019

Zoletic et autres c. Azerbaïdjan, requête n° 20116/12, 7 octobre 2021

Zontul c. Grèce, requête n° 12294/07, 17 janvier 2012



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Droit international

- Zimmermann, Nesa* 2022
La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Contours et utilité d'un concept en vogue
- Ballivet, Louis* 2021
Beyond the Arm's Length Principle
- Ahmedi, Abdulah* 2021
La retraite, un défi pour la sécurité sociale – Analyse en droit international, européen et macédonien
- Vallélian, Anton* 2021
Licéité et opportunité d'une responsabilité pour complicité étatique dans le système de la CEDH
- Samson Mwin Sôg Mé Dabiré* 2021
La dérogation aux droits de l'homme en Afrique
Le droit africain des droits de l'homme et des peuples à l'épreuve des circonstances exceptionnelles
- Adeline Michoud* 2021
The accountability of transnational corporations for the adverse impacts of their business activities: an international and comparative law study
- Espinosa Salas, Luis* 2021
Legal, political and diplomatic implications in the elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights
- Rosselet, Sébastien* 2020
Les contre-mesures à travers le prisme du principe de proportionnalité
Étude en droit de la paix et en droit international humanitaire
- de Moerloose, Stéphanie* 2020
World bank environmental and social conditionality as a vector of sustainable development
- Kouassi, Akossia Rachelle* 2019
Programmes de réparations, justice transitionnelle et droit international
Analyse à la lumière du droit individuel à réparation
- Graf-Brugère, Anne-Laurence* 2019
La « menace contre la paix » dans la pratique du Conseil de sécurité des Nations Unies – Réflexions sur un concept de droit international
- Fardel, Mélissa* 2019
La participation des victimes aux procédures pénales internationales et les droits de l'accusé

- Le Fort, Olivia* 2018
La preuve et le principe de non-refoulement
Entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations
- Thalman, Vanessa* 2018
Reasonable and effective universality
Conditions to the exercise by national courts of universal jurisdiction over international crimes
- Sangbana, Komlan* 2017
La protection des eaux douces transfrontières contre la pollution: dimensions normatives et institutionnelles
- Marquis, Julien* 2017
La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme
- Riondel, Ghislaine* 2016
La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen – Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise
- Rodriguez Ellwanger, Maria* 2016
Les instruments juridiques de la planification territoriale transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois
- Herren, Pascal* 2016
L'intervention internationale au nom des droits de l'homme – L'autorité de l'approche finaliste
- Christófolo, João Ernesto* 2016
Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law
- Carron, Djemila* 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé international
- Sossou Biadja, Cassius Jean* 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé
- McGregor, Eleanor* 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement
- Reymond, Michel* 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet
- de María Palaco Caballero, Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano, Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges, Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international
- Grignon, Julia* 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire
- Bulak, Begüm* 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme
- Johannot-Gradis, Christiane* 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel: quelle protection en cas de conflit armé?

<i>Chatton, Gregor T.</i>	2013	<i>Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicct (éds)</i>	2015
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels		Responsabilité civile – Responsabilité pénale (Journée de la responsabilité civile 2014)	
<i>Ludwiczka, Maria</i>	2013	<i>Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicct (éds)</i>	2013
La délégation internationale de la compétence pénale		Le tort moral en question (Journée de la responsabilité civile 2012)	
<i>Petry, Roswitha</i>	2013	<i>Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicct (éds)</i>	2011
La situation juridique des migrants sans statut légal		La preuve en droit de la responsabilité civile (Journée de la responsabilité civile 2010)	
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations		<i>Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicct (éds)</i>	2009
<i>Redalié, Lorenzo</i>	2013	La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel (Journée de la responsabilité civile 2008)	
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques: un défi au droit humanitaire			
<i>Tran, Laurent</i>	2013		
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes			

Droit de la responsabilité

<i>Chappuis, Christine / Pichonnaz, Pascal / Werro, Franz (éds)</i>	2021
Environnement et responsabilité (Journée de la responsabilité civile 2020)	
<i>Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicct (éds)</i>	2019
Responsabilité civile et nouvelles technologies (Journée de la responsabilité civile 2018)	
<i>Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicct (éds)</i>	2018
La responsabilité du fait des produits (Journée de la responsabilité civile 2016)	

Collection générale

<i>Dellagana-Sabry, Yasmine</i>	2021
Perquisitions en procédure pénale	
<i>Irène Martin-Rivara</i>	2021
La servitude de passage nécessaire	
<i>Egger, Florian</i>	2021
L'équilibre inachevé du régime juridique du tatouage, du piercing et des pratiques associées en droit public	
<i>Meriboute, Nadia</i>	2020
La traite d'êtres humains à des fins d'exploitation du travail	

<i>Cellina, Eva</i>	2020	responsabilité sociale de l'entreprise – Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale
La commercialisation des données personnelles Aspects de droit contractuel et de protection des données		
<i>Karametaxas, Xenia Elisa</i>	2019	<i>Hohl-Chirazi, Catherine</i> 2016 La privation de liberté en procédure pénale suisse : but et limites
L'engagement des investisseurs institu- tionnels : enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives		<i>Dan, Adrian</i> 2015 Le délit de commission par omission – éléments de droit suisse et comparé
<i>Hänni, Dominique</i>	2019	<i>Mirfakhraei, Kaveh</i> 2014 Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribu- tion exclusive
Vers un principe d'intégrité de l'administration publique La prévention de la corruption en droit administratif		<i>Sigrist, Alexandra</i> 2013 Les pouvoirs de la police : le cas de la délinquance juvénile
<i>Schmidt, Tanja</i>	2019	<i>Pavlidis, Georgios</i> 2012 Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse
Les clauses pour solde de tout compte Ou la renonciation définitive à se préva- loir de prétentions ultérieures		<i>Rubido, José-Miguel</i> 2012 L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé
<i>Liégeois, Fabien</i>	2018	<i>Gonin, Luc</i> 2011 L'obsolescence de l'Etat moderne Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français
La disponibilité du revenu : le moment de l'acquisition en droit fiscal suisse		<i>Marti, Ursula</i> 2011 Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
<i>Avramov, Philippe</i>	2018	<i>Alberini, Adrien</i> 2010 Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution
L'omission fautive : la violation d'un devoir juridique ou moral. Une analyse historique et dogmatique		
<i>Villard, Katia</i>	2017	
La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entre- prise Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés		
<i>Jubin, Oriana</i>	2017	
Les effets de l'union libre Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives		
<i>Neri-Castracane, Giulia</i>	2016	
Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la		

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

Trigo Trindade, Rita / Bahar, Rashid /
Neri-Castracane Giulia (éds) 2019
Vers les sommets du droit
Liber amicorum pour Henry Peter

Hottelier, Michel / Hertig Randall, Maya /
Flückiger, Alexandre (éds) 2019
Études en l'honneur du Professeur
Thierry Tanquerel
Entre droit constitutionnel et droit
administratif: questions autour du droit
de l'action publique

Bernard, Frédéric / McGregor, Eleanor /
Vallée-Grisel, Diane (éds) 2017
Études en l'honneur de Tristan
Zimmermann
Constitution et religion
Les droits de l'homme en mémoire

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
Propriété et liberté d'entreprendre
De la liberté de contracter à l'arbitrage
immobilier

Wylér, Rémy / Meier, Anne /
Marchand, Sylvain (éds) 2015
Regards croisés en droit du travail:
Liber Amicorum pour Gabriel Aubert

Bellanger, François /
de Werra, Jacques (éds) 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion
du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry /
Bovet, Christian (éds) 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit de la propriété

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 2019
La sphère privée du propriétaire

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2018
Imprescriptibilité, contrôle et
responsabilité
Les effets du droit de propriété dans le
temps

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
La propriété immobilière face aux
défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au
contrôle des loyers

<i>Foëx, Bénédic (éd.)</i>	2016	<i>Geissbühler, Grégoire</i>	2016
La propriété par étages aujourd'hui		Le recouvrement privé de créances	
Une alerte cinquantenaire		Aspects contractuels et protection du débiteur	
<i>Foëx, Bénédic (éd.)</i>	2013	<i>Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédic / Leuba, Audrey / Papaux van Delden, Marie-Laure (éds)</i>	2014
Planification territoriale		Facettes du droit de la personnalité	
Droit fédéral et spécificités cantonales		Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai	
<i>Foëx, Bénédic (éd.)</i>	2012	<i>Marchand, Sylvain</i>	2012
Les rénovations d'immeubles		Droit de la consommation	
<i>Foëx, Bénédic (éd.)</i>	2012	<i>Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédic / Leuba, Audrey / Papaux Van Delden, Marie-Laure (éds)</i>	2012
La réforme des droits réels immobiliers		Le droit civil dans le contexte international	
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1 ^{er} janvier 2012		Journée de droit civil 2011	
<i>Foëx, Bénédic (éd.)</i>	2011	<i>Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédic (éds)</i>	2009
Droit de superficie et leasing immobilier		La planification du patrimoine	
Deux alternatives au transfert de propriété		Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher	
<i>Foëx, Bénédic / Hottelier, Michel</i>	2009	<i>Perrin, Jean-François / Chappuis, Christine</i>	2008
La garantie de la propriété à l'aube du XXI ^e siècle		Droit de l'association	
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine		3 ^e édition	
<h2>Droit civil</h2>			
<i>Leuba, Audrey / Papaux van Delden, Marie-Laure / Foëx, Bénédic (éds)</i>	2017	<i>Baddeley, Margareta (éd.)</i>	2007
Le droit en question		La protection de la personne par le droit	
Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley		Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler	