



HAL
open science

La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité?

Caterina Severino, Hubert Alcaraz

► To cite this version:

Caterina Severino, Hubert Alcaraz. La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité?. Conseil Constitutionnel. 2020, 174 p. halshs-03975197

HAL Id: halshs-03975197

<https://shs.hal.science/halshs-03975197v1>

Submitted on 18 Mar 2023

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

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

Rapport final de recherche QPC 2020

La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?

Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol

Sous la direction de

Caterina SEVERINO

Professeur de droit public, *Centre de Droit et Politique Comparés Jean-Claude Escarras (CDPC-JCE), UMR 7318 DICE, Université de Toulon*

et

Hubert ALCARAZ,

Professeur de droit public, *Institut d'Études Ibériques et Ibérico-Américaines (IE2IA), UMR 7318 DICE, Université de Pau et des Pays de l'Adour*

Rapport publié en janvier 2020

Recherche réalisée à l'occasion des dix ans de la QPC, avec le soutien du Conseil constitutionnel



Rapport final de recherche QPC 2020

La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?

Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol



Rapport final de recherche QPC 2020

Convention de recherche n°14_ConventionQPC2020

La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?

Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol

Sous la direction de

Caterina SEVERINO

Professeur de droit public, *Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras (CDPC-JCE), UMR 7318 DICE, Université de Toulon*

et

Hubert ALCARAZ,

Professeur de droit public, *Institut d'Études Ibériques et Ibérico-Américaines (IE2IA), UMR 7318 DICE, Université de Pau et des Pays de l'Adour*

Ont contribué à ce rapport de recherche :

Hubert Alcaraz, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, IE2IA (Institut d'Études Ibériques et Ibérico-Américaines UMR DICE 7318) ; **Marco Berardi**, Doctorant contractuel à l'Université de Toulon, CDPC-JCE (Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR 7318 DICE) ; **Valérie Bernaud**, Maître de conférences HDR à l'Université d'Avignon, LBNC (Laboratoire Biens, Normes et Contrats EA 3788) ; **Thierry Di Manno**, Professeur à l'Université de Toulon, Directeur du CDPC-JCE (Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR 7318 DICE), Doyen de la Faculté de droit de Toulon ; **Mélina Douchy-Oudot**, Professeur à l'Université de Toulon, CDPC-JCE (Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR 7318 DICE) ; **Marthe Fatin-Rouge Stefanini**, Directrice de recherche CNRS à l'Université d'Aix-Marseille, ILF- GERJC (Institut Louis Favoreu – Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle UMR 7318 DICE), Directrice de l'UMR 7318 DICE (Droit International, Comparé et Européen) ; **Laurence Gay**, Chargée de recherches CNRS à l'Université d'Aix-Marseille, Directrice-adjointe de l'ILF- GERJC (Institut Louis Favoreu – Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle UMR 7318 DICE) ; **Anna-Maria Lecis Cocco Ortu**, Docteur en droit, CDPC-JCE (Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR 7318 DICE) ; **Olivier Lecucq**, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur de l'IE2IA (Institut d'Études Ibériques et Ibérico-Américaines UMR DICE 7318) ; **Gaëlle Lichardos**, Maître de conférences, Institut Catholique de Toulouse ; **Nicolas Pauthe**, Docteur en droit à l'Université de Bordeaux ; **Annabelle Pena**, Professeur à l'Université de Toulon, CDPC-JCE (Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR 7318 DICE) ; **Caterina Severino**, Professeur à l'Université de Toulon, CDPC-JCE (Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR 7318 DICE).

Marina Calamo Specchia, Professeur à l'Université de Bari ; **Daniele Chinni**, Maître de conférences à l'Université Roma Tre, Collaborateur scientifique de M. Franco Modugno, juge à la Cour constitutionnelle italienne ; **Francesco Grisostolo**, Docteur en Droit à l'Université d'Udine ; **Laura Montanari**, Professeur à l'Université d'Udine ; **Paolo Passaglia**, Professeur à l'Université de Pise, Coordinateur scientifique de la « Section Droit comparé » du Service recherche et documentation de la Cour constitutionnelle italienne ; **Marco Ruotolo**, Professeur à l'Université Roma Tre ; **Giovanni Serges**, Professeur à l'Université Roma Tre, Doyen de la Faculté de droit ; **Giuliano Serges**, Docteur en droit, Chercheur chargé d'enseignement à l'Université Roma Tre ; **Giovanna Spanò**, Docteur en droit, Chercheur à l'Université de Pise.

Fernando Alvarez-Ossorio Micheo, Maître de conférences à l'Université de Séville ; **Itziar Gómez Fernández**, Maître de conférences à l'Université Carlos III de Madrid, Letrada au Tribunal constitutionnel espagnol ; **Francisco Javier Matia Portilla**, Professeur à l'Université de Valladolid ; **Miguel Pérez-Moneo**, Maître de conférences à l'Université de Barcelone.

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du Conseil constitutionnel (convention de recherche n°14_ConventionQPC2020). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du Conseil constitutionnel.

Remerciements :

Nous tenons, d'abord, à remercier le Conseil constitutionnel et le Comité scientifique « QPC 2020 » pour nous avoir fait confiance en nous offrant la possibilité de réaliser cette recherche.

Nous remercions également le Centre de Droit et de Politiques Comparés-Jean-Claude Escarras, ainsi que la Faculté de Droit de Toulon, pour le soutien scientifique et l'apport logistique tout au long de la réalisation de ce projet.

Nos remerciements vont aussi à l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines qui a soutenu et participé à ce projet, tant à travers ses membres qu'à travers ses partenaires espagnols.

Les auteurs tiennent également à exprimer toute leur gratitude à Laurence Gay, Laura Montanari et Thierry Di Manno pour les conseils et les éclairages apportés à l'occasion de nombreux échanges.

Il nous faut adresser un remerciement tout particulier à Giuliano Serges : il a, non seulement, largement inspiré l'idée fondatrice de cette recherche, mais son soutien indéfectible s'est, en outre, manifesté tout au long de la réalisation de ce projet qui lui doit donc beaucoup.

Nous remercions également les services de documentation du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, en particulier Pierre-Yves Martinie et Edouard Rottier.

Le Président du Tribunal administratif de Toulon, Michel Lascar, a permis l'accès aux locaux et, notamment, aux archives de la juridiction administrative. Qu'il en soit ici sincèrement remercié.

De même, Céline Maillafet, Docteur en droit et ingénieur d'études au CDPC-JCE, a fourni une aide précieuse, faite en particulier d'une grande disponibilité tout au long de la réalisation de la recherche et de la mise en forme du présent rapport. Nous tenions à lui exprimer toute notre gratitude.

Enfin, cette recherche, parce qu'elle a été menée en droit comparé, n'a pu exister que grâce à la collaboration active et fertile de nos collègues et amis espagnols et italiens. Nous leur témoignons ici toute notre plus profonde et sincère reconnaissance, ainsi qu'au Tribunal constitutionnel espagnol et à la Cour constitutionnelle italienne qui nous ont ouvert grandes leurs portes.

Sommaire

I. Le questionnement : la QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? Une recherche au prisme du droit comparé

- A) Une recherche portant sur la protection des « personnes en situation de vulnérabilité »
- B) Une recherche réalisée au prisme du droit comparé

II. Le(s) choix méthodologique(s) : la démarche comparatiste, outil performant d'évaluation de la QPC

- A) Une recherche réalisée en deux temps
- B) Une recherche déclinée en trois rencontres

III. La Question prioritaire de constitutionnalité protège-t-elle réellement les personnes en situation de vulnérabilité ? Une perspective comparée France-Italie-Espagne

- A) Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens
- B) La protection des mineurs
- C) La protection des personnes malades et handicapées
- D) La protection des étrangers
- E) La protection des gens du voyage
- F) La protection des travailleurs précaires et des chômeurs
- G) La protection des personnes détenues
- H) L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC

IV. QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé : bilan et perspectives

Si l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 soulève de nombreuses questions relevant de la technique juridique ou du « dialogue entre les juges », nul doute que l'une de celles qui préoccupent principalement les citoyens reste celle de son efficacité dans la protection de leurs droits. En complétant le système de contrôle de constitutionnalité *a priori* mis en place en 1958, cette nouvelle voie d'accès au Conseil constitutionnel devait, en effet, dans l'intention du constituant, « démocratiser » le recours au juge constitutionnel, rapprocher ce dernier des citoyens et ainsi renforcer la protection de leurs droits et libertés, tout en assurant une plus grande appropriation du texte de la Constitution par les justiciables.

Répondant à l'appel à projets « QPC 2020 » du Conseil constitutionnel et afin d'évaluer l'efficacité de ce nouveau système de protection, la recherche collective que nous avons réalisée a eu pour ambition de dresser un bilan de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel, au terme de ses dix premières années d'existence, mais sous un angle tout à fait particulier : celui de la protection des personnes qui en ont le plus besoin, celles en situation de vulnérabilité. À cet égard, comment ne pas considérer qu'un système de protection de droits et libertés, quel qu'il soit, n'est réellement efficace que s'il est véritablement capable d'offrir une protection aux personnes les plus vulnérables ?

I. Le questionnement : la QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? Une recherche au prisme du droit comparé

Comme l'a mis en exergue le président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, le 30 janvier 2009, le véritable enjeu dans la protection des droits et des libertés est celui de « faire reculer les zones de non-droit et admettre que les femmes, les enfants, les personnes âgées, les handicapés, les détenus, toutes les personnes vulnérables » puissent bénéficier de façon égale des libertés¹. Pour ces personnes, seule la réponse apportée par le droit peut offrir une réelle protection et une sauvegarde de leurs droits et libertés fondamentaux.

Ainsi, l'effectivité et l'efficacité de la protection des droits et des libertés des personnes se trouvant dans des situations de fragilité, de faiblesse et de besoin, semblent représenter un paramètre particulièrement pertinent pour évaluer, de manière générale, l'efficacité du système de la QPC dans son intégralité et pour vérifier si ce système offre, dans les faits, une protection conforme aux intentions affichées par ses promoteurs. Il s'est agi de vérifier si la QPC répond bien à son objet, c'est-à-dire, notamment, apporter une plus-value par rapport à la protection offerte jusque-là par le contrôle de constitutionnalité exercé *a priori*, spécialement – pour ce qui nous intéresse ici – lorsque sont en cause des personnes en situation de vulnérabilité.

Pour répondre à cette question, il nous est également paru indispensable et particulièrement pertinent d'utiliser, dans le cadre de cette recherche, une approche comparative, en confrontant la protection offerte aux personnes vulnérables par le système français de la QPC avec les procédures similaires existant dans deux pays voisins : le « procès incident de constitutionnalité », prévu en Italie, et la « question d'inconstitutionnalité », prévue en Espagne.

Pour répondre aux questions soulevées par ce projet de recherche, la réflexion a dû, tout d'abord, s'accorder sur une définition préalable des situations pouvant être considérées comme des « situations de vulnérabilité », objet de notre étude. Quant au choix des systèmes étrangers objet de la comparaison, il s'est naturellement imposé, pour des raisons tenant à la fois à la similitude des systèmes pris en considération avec la procédure de la QPC, mais aussi à la spécialisation de nos champs d'investigation scientifique ainsi qu'à ceux de nos centres de recherche.

¹ Discours de Jean-Paul Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, le 30 janvier 2009 (souligné par nous).

A) Une recherche portant sur la protection des « personnes en situation de vulnérabilité »

Nous avons dû, tout d'abord, définir le champ de l'analyse, pour ce qui concerne les personnes, justiciables, objet de la protection accordée par les procédures incidentes de constitutionnalité, et nous saisir, pour ce faire, de la notion de vulnérabilité.

Disons-le franchement : ce concept, qui a connu, dans les dernières années, un très grand essor dans de nombreux champs disciplinaires², y compris dans le champ du droit³, est pourtant difficilement définissable et ses contours échappent à une délimitation nette⁴. Les études juridiques de plus en plus nombreuses qui existent actuellement dans ce domaine, tout en essayant d'en dégager une définition opératoire, mettent en évidence ses dangers et ses contradictions⁵.

D'une manière générale, la personne vulnérable est celle qui peut être blessée (de *vulnerare* : blesser), la personne qui présente une certaine faiblesse car elle est atteinte dans son intégrité physique, psychique ou encore patrimoniale. En ce sens, tout être humain est vulnérable, ou du moins susceptible d'être exposé à des attaques contre lesquelles il n'est pas, ou peu, capable de se défendre. Le concept de vulnérabilité est, ainsi, un concept « fédérateur »⁶, susceptible d'englober une pluralité de situations différentes, c'est une « notion potentielle [...] mobilisable à l'envie »⁷.

² Notamment en sociologie, où la notion de *vulnérabilité* a remplacé des notions comme celle d'*exclusion* (notion très employée dans les années 1990-2000), ou de *pauvreté* (notion très en vogue dans les années 1980) ou encore celle de *marginalité* (notion employée dans les années 1970). Sur cette évolution, voir en particulier M.-H. Soulet, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Cahiers Européens, n° 7, Pedone, 2014, p. 7-27.

³ Les travaux sur les rapports entre « le droit », « les droits » et la « vulnérabilité » ne manquent pas. Cf. notamment F. Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presses Univ. de Grenoble, 2000 ; X. Lagarde, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009 ; *Idem*, « La protection des personnes vulnérables entre audace et tempérance. A propos du rapport annuel de la Cour de cassation », *JCP*, éd. G., 2010, p. 862 ; F. Rouvière (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2011 ; L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.* ; E. Paillet et P. Richard (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruylant, 2014 ; P. Mbongo (dir.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Berger-Levrault, 2015 ; C. Boiteux-Picheral (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme*. Le législateur lui-même a dû préciser dans certains domaines, tel le droit pénal (art. 223-15-2 C. pén. (abus de faiblesse) ; art. 225-12-6 C. pén. (exploitation de la mendicité) ; art. 222-33 C. pén. (harcèlement sexuel)) ou civil (art. 425 C. civ., relatif à la curatelle), ce qu'il entendait par le concept de « personnes vulnérables ».

⁴ En ce sens, C. Denizeau, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle de la France et du Royaume-Uni », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, p. 149.

⁵ V. en particulier, L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, *passim*.

⁶ L. Azoulay, « Sensible droit », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, p. 228.

⁷ M.-H. Soulet, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », *op. cit.*, p. 15.

Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, consacrées à cette notion et à son utilisation par les juges français et européens, le débat philosophique et juridique sur la vulnérabilité tourne essentiellement autour de deux approches différentes. Il existe, ainsi, une acception « catégorielle » de la vulnérabilité (en ce sens la vulnérabilité serait, en quelque sorte, un état *intrinsèque* de certaines catégories ou groupes de personnes, tels que les enfants ou les personnes malades) et une acception « situationnelle », la vulnérabilité étant considérée comme une situation *extrinsèque*, pouvant toucher n'importe qui et à tout moment, une situation de faiblesse dans laquelle tout le monde peut, potentiellement, se retrouver.

Ainsi, le choix de l'expression « personnes en situation de vulnérabilité » que nous avons retenu pour le titre de notre projet, tout comme le choix de réaliser notre recherche par « catégories » de personnes en situation de vulnérabilité ne sont pas des choix anodins. En effet, entre les deux approches, « catégorielle » et « situationnelle », chacune avec ses défauts et ses qualités, nous avons choisi une solution de compromis qui nous paraît être la plus pertinente et la plus performante pour répondre à notre questionnement. Il s'est agi, en d'autres termes, de tenter de déterminer si la QPC offre une protection adéquate et satisfaisante pour les droits et les libertés des personnes qui se trouvent dans des « situations de vulnérabilité », soit parce qu'elles le sont de manière, pour ainsi dire, intrinsèque (par ex. les enfants), soit parce que le contexte dans lequel ces personnes se retrouvent les place dans une situation de faiblesse, de dépendance, de manque d'autonomie (par ex. les détenus, les travailleurs précaires).

Or, puisque nous ne pouvions bien évidemment pas envisager, pour notre recherche, toutes les situations de vulnérabilité, nous avons décidé de retenir six « catégories » de personnes se trouvant dans cette situation, c'est-à-dire des cas dans lesquels le déséquilibre entre le sujet et le monde qui l'entoure est particulièrement important et nécessite ainsi la mise en œuvre d'une protection accrue. Dès lors, la recherche a concentré son analyse sur le cas des mineurs (y compris les mineurs étrangers non accompagnés), des personnes malades ou souffrant d'un handicap, mais aussi des étrangers, des gens du voyage, des travailleurs précaires (ou des personnes sans emploi) et, enfin, sur le cas des détenus.

Par ailleurs, il ne nous a pas échappé qu'il existe des situations dans lesquelles les « vulnérabilités » se cumulent, en quelque sorte, tel le cas d'un détenu, étranger, malade, ou d'un mineur étranger, par exemple⁸. Bien évidemment ces cas ont également été pris en compte par nos différents contributeurs dans l'analyse de la jurisprudence des juges constitutionnels.

⁸ Sur ces cas de cumul de vulnérabilités, voir notamment L. Azoulai, « Sensible droit », *op. cit.*, p. 233.

Au travers de l'analyse de l'ensemble de la jurisprudence QPC depuis sa mise en place, mais également, dans la mesure du possible, des décisions de non-renvoi, il s'est agi de voir si ces personnes parviennent, ou pas, jusqu'au prétoire du Conseil constitutionnel et si, finalement, la protection accordée à leurs droits et libertés est réelle. Au-delà de cette appréciation qui relève du fond, il y avait lieu également d'évaluer la procédure elle-même, afin de dire si elle s'est révélée adaptée à ces situations particulières qui touchent des personnes qui ont souvent des difficultés à saisir un juge et poursuivre un contentieux jusqu'à son achèvement. La recherche a donc abordé à la fois, inévitablement, des aspects substantiels et procéduraux. C'est la raison pour laquelle, outre des études comparatives, des recherches transversales ont été réalisées, concernant les six « catégories » de personnes en situation de vulnérabilité, visant à saisir les difficultés et les atouts du mécanisme de la QPC devant le juge ordinaire français, ainsi que le rôle joué par les associations dans l'accès des personnes vulnérables à la QPC. Dans le cadre d'une telle analyse, à propos de l'attitude du juge ordinaire, il aurait été intéressant d'étudier les rapports entre la QPC et le contrôle de conventionnalité de la loi opéré par ce juge, afin de vérifier si, lorsqu'il intervient pour filtrer les questions, il ne privilégie pas le second instrument plutôt que le premier. En effet, il n'est pas impossible qu'une connaissance, faite aussi d'habitudes à l'égard de la manipulation du droit international conventionnel, en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, l'encourage à préférer ce type d'instrument. Toutefois, compte tenu de notre objet d'analyse, de ses dimensions, et dans l'optique comparative qui est la nôtre (les deux systèmes étrangers objet de la comparaison ne connaissant pas, selon des modalités comparables à la formule française, le contrôle de conventionnalité opéré par le juge ordinaire), cette question, complexe – sujet de recherche à part entière – ne pouvait être examinée.

B) Une recherche réalisée au prisme du droit comparé

Pour que l'évaluation de ces éléments nationaux soit la plus éclairée possible, l'introduction d'un critère externe de comparaison, à travers le recours au droit comparé, nous a paru indispensable. Voilà pourquoi le projet s'est proposé de réaliser une comparaison entre la jurisprudence produite par le Conseil constitutionnel depuis l'introduction de la QPC et celle des cours constitutionnelles italienne et espagnole rendue dans le cadre des procédures de contrôle de constitutionnalité de la loi par voie préjudicielle (*giudizio in via incidentale* et *cuestión de inconstitucionalidad*), afin de déceler les vertus et les faiblesses de la protection des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité offerte par le Conseil constitutionnel.

Cette approche comparative et le choix des systèmes italien et espagnol, comme termes de la comparaison, se sont imposés non seulement pour des raisons tenant à la similitude

des trois systèmes contentieux – les systèmes italien et espagnol ayant, d’ailleurs, fortement inspiré le constituant français, au moment de la création de la QPC – mais aussi compte tenu des champs d’investigation traditionnels des deux équipes de recherche qui ont porté ce projet : le CDPC-Jean-Claude Escarras (Université de Toulon), spécialisé en contentieux constitutionnel italien, et l’IE2IA (Université de Pau et des Pays de l’Adour), spécialisé en contentieux constitutionnel ibérique⁹.

1. Le cadre de la comparaison

Comme chacun sait, pour bâtir le nouveau système de justice constitutionnelle qu’est la QPC, le constituant français s’est beaucoup inspiré de mécanismes existants dans d’autres systèmes de justice constitutionnelle, notamment du recours par la voie incidente utilisé en Italie depuis près de soixante-dix ans ou encore de celui, similaire, prévu en Espagne pour le contrôle de constitutionnalité des lois depuis 1978. Par ailleurs, tout en s’inspirant de ces procédures contentieuses, le mécanisme de la QPC a adopté certaines spécificités, essentiellement, mais pas seulement, destinées à éviter les écueils constatés chez nos voisins. Le droit comparé et ses enseignements ont donc joué un rôle déterminant dans l’introduction et dans l’architecture de la question prioritaire de constitutionnalité ; dès lors, il est, au même titre, un outil utile pour l’évaluation de ses résultats¹⁰.

Nous avons donc pris le parti de comparer le mécanisme, et la jurisprudence élaborée dans le cadre de la QPC, avec des systèmes similaires mis en place et utilisés dans les pays voisins que sont l’Espagne et l’Italie, afin de mieux apprécier les points forts et les limites de la QPC dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité.

De sorte qu’il nous paraît indispensable de rappeler brièvement les principales caractéristiques de ces deux systèmes étrangers, afin d’en saisir les spécificités, mais aussi les points communs avec le système français, pour saisir les présupposés et les conditions de la comparaison qui fera l’objet de notre recherche.

Il faut préciser avant tout qu’en Italie et en Espagne (tout comme en France, d’ailleurs), plusieurs voies d’accès au juge constitutionnel existent. Le contrôle par voie préjudicielle de la constitutionnalité de la loi, autrement dit le doute de constitutionnalité de la loi né lors d’un procès ordinaire et renvoyé au juge constitutionnel par le juge en charge de ce procès - compte tenu de son incompétence radicale à le lever -, ne représente que l’un des

⁹ Il faut préciser que le CDPC-JCE et l’IE2IA composent, avec l’ILF-GERJC et le CERIC (Aix-Marseille Université) l’Unité Mixte de Recherche CNRS 7318 DICE (Droits international, comparé et européen).

¹⁰ Pour une analyse approfondie de la QPC dans une approche comparative, cf. L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, Coll. À la croisée des droits, 2014, 734 p.

moyens d'accès au juge constitutionnel. Une voie de droit qui, au surplus, peut revêtir un rôle différent dans chacun de ces trois pays.

Ainsi, en Italie, à côté de la question préjudicielle, dénommée « recours par voie incidente », figure le « recours par voie principale », déclenché par l'État ou les régions afin de protéger leur sphère de compétence respective¹¹. En Espagne, les voies d'accès au juge constitutionnel sont nombreuses et, à côté de la question préjudicielle, appelée « question d'inconstitutionnalité », prennent, notamment, place le « recours d'inconstitutionnalité », abstrait, déclenché par voie d'action par des autorités politiques, mais également, et surtout, une voie d'accès direct des citoyens au Tribunal constitutionnel pour la sauvegarde de certains de leurs droits et libertés constitutionnels : le recours d'*amparo* constitutionnel¹². Notons que ce recours, qui, contrairement aux recours par voie préjudicielle ne peut jamais être dirigé contre une loi, peut, en revanche, porter sur les actes parlementaires non-législatifs, mais également sur les actes administratifs et juridictionnels, ce qui ne manque pas de lui conférer, aux yeux des justiciables, un intérêt concret pour la défense de leurs droits fondamentaux. Il peut, d'ailleurs, être déclenché par toute personne physique ou morale ayant un intérêt légitime, lorsqu'elle estime ne pas avoir obtenu protection de ses droits par le juge ordinaire, mais aussi par le ministère public et le Défenseur du peuple. Il n'y donc pas de filtre à proprement parler pour ce recours au stade de son déclenchement¹³, ce qui, ajouté aux autres caractéristiques qui le distinguent des autres voies d'accès au Tribunal constitutionnel, explique le succès de cette procédure. En France enfin, comme nous le savons, outre la QPC, il existe, depuis 1958, le contrôle abstrait et *a priori* de la loi, déclenché par voie d'action par des autorités politiques, cette procédure continuant à jouer son rôle, complémentaire à celui de la QPC.

Malgré la présence d'autres voies d'accès au juge constitutionnel et, notamment en Espagne, malgré la présence du recours d'*amparo*, la recherche s'est concentrée sur la comparaison de la jurisprudence produite par les trois juges constitutionnels dans le cadre de la question préjudicielle, seule voie pouvant véritablement être comparée avec la QPC. Bien évidemment, cela n'interdit pas de tenir également compte des résultats produits par les autres contentieux constitutionnels, chaque fois que cela est pertinent pour la recherche. En particulier, une réflexion sur la « concurrence des contentieux »¹⁴ dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité apparaît particulièrement

¹¹ Il faut garder à l'esprit que l'Italie est un État régional, les régions étant dotées d'une véritable autonomie législative.

¹² Il n'est possible, en effet, de déclencher un recours d'*amparo* que pour la protection des droits fondamentaux proclamés par les articles 14 à 29 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, ainsi que pour l'objection de conscience consacrée par l'article 30, alinéa 3, de la Constitution.

¹³ Évidemment, la loi organique relative au Tribunal constitutionnel, pose néanmoins, dans son article 44, un certain nombre de conditions de forme, de procédure, mais aussi – au moins depuis une réforme de 2007 – de fond, qui peuvent donner prise à un filtrage – notamment au stade de l'admission - de la part du Tribunal constitutionnel.

¹⁴ Olivier Lecucq, colloque final de restitution de notre recherche, Toulon, 8 novembre 2019.

bienvenue, à travers l'étude de l'impact que les autres types de recours peuvent produire sur la voie de la question préjudicielle et, éventuellement, la plus-value de celle-ci sur ceux-là. À cet égard, il faut également rechercher si ce ne sont pas ces autres procédures, tel l'*amparo*, qui absorbent l'essentiel du contentieux et protègent donc davantage les personnes en situation de vulnérabilité. La réponse à cette question est déterminante concernant la QPC, car cette voie de recours constitue, en France, la seule voie d'accès des individus au juge constitutionnel et, qui plus est, la seule voie de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi.

Venons-en, alors, aux principales caractéristiques des recours par voie préjudicielle, objets de notre recherche.

Le système, désigné comme le « recours par voie incidente », mis en place en Italie par l'article 134 de la Constitution de 1947¹⁵, et par les textes qui ont suivi en 1948¹⁶ et en 1953¹⁷, permet aux parties du litige, au ministère public ou bien, d'office, au juge du litige, de saisir, au cours d'un procès et sous certaines conditions, la Cour constitutionnelle italienne, afin de contrôler la conformité à la Constitution « d'une loi ou d'un acte ayant force de loi ». Pour renvoyer la question devant la Cour, le juge *a quo* doit vérifier l'existence de deux conditions : le caractère pertinent de la question (la *rilevanza*) – la solution du litige doit dépendre de la résolution de cette question – et son caractère non manifestement infondé (la *non manifesta infondatezza*)¹⁸. Par ailleurs, lorsque la Cour est saisie, le procès *a quo* est suspendu *sine die* jusqu'à l'adoption de la décision de la Cour constitutionnelle. Il est important de rappeler que le contrôle peut être opéré à l'égard de toute violation de la Constitution, et non seulement pour la protection des droits fondamentaux¹⁹. En outre, les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour ont un effet *erga omnes*, elles abrogent la disposition censurée, tandis que les décisions de rejet de la question (qui ne reconnaissent aucune violation de la Constitution en l'espèce) n'ont qu'un effet *inter partes*, elles ne valent que pour le litige en cours, auquel la disposition contestée devra donc s'appliquer, mais n'empêchent pas de soulever une question identique lors d'un autre procès. Rappelons, enfin, que ce recours sur renvoi du juge ordinaire constitue, en Italie, le principal mode de saisine de la Cour

¹⁵ L'article 134 de la Constitution italienne du 22 décembre 1947 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948) dispose, dans son 1^{er} alinéa, que : « La Cour constitutionnelle juge : des questions relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des Régions ».

¹⁶ Il s'agit de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 qui, dans son article 1^{er}, décrit la procédure de renvoi de la question de constitutionnalité.

¹⁷ Nous faisons référence à la loi n° 87 de 1953 qui détaille les conditions du renvoi de la question de constitutionnalité (articles 23 et suivants).

¹⁸ Sur les conditions de recevabilité de la question de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle italienne et l'évolution jurisprudentielle de la Cour, voir en particulier Thierry Di Manno, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 123-150.

¹⁹ Sur ce point particulier voir nos développements *infra*.

constitutionnelle et connaît indéniablement, depuis près de soixante-dix ans, un énorme succès chez les italiens, pour la protection de leurs droits fondamentaux²⁰.

Le système de contrôle dénommé « question d'inconstitutionnalité », prévu par l'article 163 de la Constitution espagnole de 1978²¹ et par la loi organique relative au Tribunal constitutionnel²², permet, lors d'un procès, aux parties ainsi qu'au juge, éventuellement d'office, de saisir le Tribunal constitutionnel d'une question d'inconstitutionnalité contre une « norme ayant force de loi ». Autrement dit, si, à l'occasion d'un procès, surgit un doute quant à la constitutionnalité d'une disposition législative, seul le Tribunal constitutionnel est compétent pour le trancher et une question d'inconstitutionnalité doit alors lui être renvoyée. Évidemment, deux conditions essentielles sont posées par l'article 163, reprises par l'article 35 de la loi organique. D'une part, la norme contestée doit être applicable au procès et en conditionner l'issue : il s'agit de la *relevancia*, c'est à dire de la pertinence de la question. D'autre part, il faut que le juge auteur de la question doute de la constitutionnalité de la loi dont il doit faire application, c'est à dire qu'il doit « estimer » qu'une violation de la Constitution (dans son ensemble) s'est produite²³. Par ailleurs, le texte organique précise aussi que le juge doit entendre les parties et le ministère public avant de décider de procéder, ou non, au renvoi. Les décisions du Tribunal constitutionnel qui prononcent l'inconstitutionnalité de la loi ont pour effet d'annuler le texte avec, en principe, un effet rétroactif, contrairement au système français ou italien. Ici aussi, tout comme en Italie et contrairement à la France, les arrêts de rejet de la question n'ont qu'un effet *inter partes*, pour le procès *a quo*, la possibilité étant alors ouverte de soulever à nouveau la même question à l'occasion d'un autre litige. Enfin, si la question d'inconstitutionnalité doit aujourd'hui faire face à la concurrence du recours d'*amparo*, elle demeure une voie de droit capitale permettant aux cours et tribunaux espagnols de participer à la garantie de la Constitution, tout en centralisant l'unité de l'interprétation de la Constitution dans les mains du Tribunal constitutionnel. Elle partage, d'ailleurs, avec le recours d'inconstitutionnalité les traits communs aux

²⁰ Bien que ce recours connaisse, depuis les années 2000, un certain infléchissement, avec une forte augmentation du recours par la voie principale, s'expliquant, en grande partie, par une révision importante de la répartition constitutionnelle des compétences entre l'État et les régions intervenue en 2001 (la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001, modifiant le Titre V de la Seconde Partie de la Constitution italienne) qui a rendu nécessaire l'intervention massive de la Cour constitutionnelle dans les années qui ont suivi.

²¹ L'article 163 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dispose : « Lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ».

²² Il s'agit de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel (L.O.T.C.).

²³ Voir sur ce point P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 131 ; H. Alcaraz, « Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée – Le rôle du Tribunal constitutionnel espagnol », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2011*, Vol. XXVII, p. 33 ; F. Alvarez-Ossorio, « Juge ordinaire et doute d'inconstitutionnalité. Quelques questions sur le doute d'inconstitutionnalité en Espagne », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 91.

« procédures de déclaration d'inconstitutionnalité²⁴ » et permet, comme lui, de rechercher « l'épuration abstraite de l'ordre juridique », selon l'expression du Tribunal constitutionnel lui-même.

2. La pertinence de la comparaison

Ces quelques caractéristiques brièvement rappelées, il est intéressant, nous semble-t-il, d'évoquer maintenant ce qui distingue les systèmes italien et espagnol par voie préjudicielle du système de la QPC, afin de mieux appréhender les spécificités du fonctionnement des trois procédures. Il y a là un préalable indispensable à notre étude sur la question de la protection, par ces systèmes, des personnes en situation de vulnérabilité.

Une première différence, considérable, doit être mise en exergue, différence qui concerne l'inspiration et la conception même du système par la voie incidente.

Contrairement aux questions préjudicielles italienne et espagnole, en effet, la QPC française ne peut être soulevée que par les justiciables et uniquement lorsqu'est en cause une éventuelle violation des droits et libertés que la Constitution garantit. La QPC répond ainsi à une conception subjective de protection des droits et libertés des justiciables ; elle est un « droit »²⁵ des justiciables orienté pour la protection de leurs droits. Rien de tel en Espagne et en Italie : la question de constitutionnalité y a été conçue avec une finalité objective, comme un mécanisme d'épurement de l'ordonnement juridique, afin de faire disparaître les normes contraires à la Constitution²⁶.

Cette différence de conception explique, d'ailleurs, qu'en France le juge ne puisse pas soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, alors qu'il peut le faire en Italie ou en Espagne. De ce point de vue, la question de savoir si la QPC, « droit des justiciables », est effectivement utilisée par les plus faibles d'entre eux, rapprochée et comparée avec ce qui se passe chez nos voisins – qui, quant à eux disposent de procédures

²⁴ Selon l'expression retenue par le titre II de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel.

²⁵ Bien que ce terme n'apparaisse dans aucun texte relatif à la QPC, c'est bien l'idée qui ressort tant des travaux du Comité Balladur que des travaux préparatoires des textes relatifs à la mise en place de cette procédure. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel lui-même a employé ce terme lors du contrôle de constitutionnalité de la loi organique de 2009, en affirmant que « le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (Conseil constitutionnel, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution*, cons. 3, souligné par nous).

²⁶ En Italie, ce n'est que dans la pratique jurisprudentielle que la voie incidente est devenue, aussi, une arme pour les justiciables dans la défense de leurs droits, alors qu'en Espagne le recours d'*amparo* remplit pleinement la fonction subjective de protection des droits et intérêts des justiciables.

certes similaires mais n'ayant pas été créées, en principe, pour cette finalité –, révèle alors tout son intérêt et la comparaison toute sa pertinence²⁷.

Ensuite, au stade du filtre, une seconde différence frappe : seul le système français de la QPC met en place un double filtre, la question de constitutionnalité devant forcément transiter par les cours suprêmes que sont la Cour de cassation ou le Conseil d'État, avant d'atteindre le prétoire du Conseil constitutionnel, tandis qu'en Italie et en Espagne tous les juges ordinaires peuvent saisir directement le juge constitutionnel par une question de constitutionnalité, au moyen d'une ordonnance soigneusement motivée qui sera ensuite contrôlée par le juge constitutionnel lui-même²⁸.

Cette différence aura des répercussions inévitables qu'il s'agira d'identifier. Tout d'abord, d'éventuels effets sur la procédure d'accès au juge constitutionnel, accès qui pourrait s'avérer largement entravé, notamment, en ce qui nous intéresse ici, pour les personnes en situation de vulnérabilité qui sont, en principe, plus démunies face à la machine juridictionnelle. Ensuite, d'éventuels effets sur les juges eux-mêmes, en particulier sur l'interprétation de leur rôle et de leur importance dans le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité. Ajouté à l'impossibilité pour les juges de saisir d'office le Conseil constitutionnel, ce double filtre « à la française » peut également jouer sur la « culture constitutionnelle » et le « réflexe constitutionnel » que nos juges peuvent, ou auraient pu, acquérir – en particulier lorsqu'il s'agit de violations de droits et libertés – suite à la mise en place de la QPC.

Enfin, contrairement aux systèmes espagnol et italien, dans lesquels les textes restent muets sur cette question, le système mis en place en France prévoit la possibilité pour le juge constitutionnel de différer dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette différence importante, relative aux suites des décisions des juges constitutionnels, n'est, bien évidemment, pas sans conséquences au moment de s'interroger sur l'efficacité d'un système de protection. Apparaîtra alors si, et dans quelles conditions, le Conseil constitutionnel français a utilisé cet instrument dans le contentieux QPC, sans que l'on néglige de rechercher dans quelle mesure les juges constitutionnels italien et espagnol ont néanmoins pu, dans leur pratique jurisprudentielle, moduler les effets de leurs décisions afin de garantir une protection plus efficace des droits des personnes en situation de vulnérabilité²⁹.

²⁷ Cette question a notamment été mise en exergue par Thierry Di Manno, colloque final de restitution de notre recherche, Toulon, 8 novembre 2019.

²⁸ Sur cette spécificité française qu'est le double filtre dans une perspective de droit comparé voir L. Gay, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 51-89.

²⁹ Sur cette question, dans une optique de droit comparé, voir O. Lecucq, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 287-310.

II. Le(s) choix méthodologique(s) : la démarche comparatiste, outil performant d'évaluation de la QPC

Pour constituer l'équipe scientifique du projet, nous avons fait appel à la fois à des enseignants-chercheurs français, spécialisés dans le contentieux constitutionnel français et étranger, mais aussi à des collègues italiens et espagnols, spécialisés, eux aussi, en droit et en contentieux constitutionnel, parmi lesquels certains travaillent également auprès des juges constitutionnels de leurs pays (Cour constitutionnelle italienne et Tribunal constitutionnel espagnol), ce qui, au-delà de la valeur ajoutée à notre recherche, a facilité l'accès aux sources et à la jurisprudence de ces juges et a conduit à mieux en saisir les méthodes de raisonnement.

En outre, deux chercheurs de l'équipe se sont attelés à mener une étude concrète de récolte de données auprès du Tribunal constitutionnel espagnol et de la Cour constitutionnelle italienne, selon une approche transversale, incluant, là-aussi, les différentes « catégories » de personnes vulnérables. Cette recherche a notamment été menée en travaillant sur place, à Madrid, auprès du Tribunal constitutionnel espagnol, et à Rome, auprès de la Cour constitutionnelle italienne.

D'un point de vue méthodologique, la recherche comparative a été menée en deux temps et s'est déclinée concrètement en trois rencontres.

A) Une recherche réalisée en deux temps

Comme pour toute recherche de droit comparé, notre étude collective a été réalisée en deux temps, nécessairement articulés l'un après l'autre et méthodologiquement indispensables pour une telle démarche.

Dans un premier temps, il a été nécessaire de travailler en « droit étranger », c'est à dire de réaliser une recherche approfondie visant à connaître le système de protection et la jurisprudence de chaque pays étudié, dans le domaine envisagé. Ainsi, chaque chercheur a conduit, dans ce premier temps, une analyse de la jurisprudence rendue par le juge constitutionnel de son propre pays, et ce à propos d'une « catégorie » de personnes en situation de vulnérabilité prédéfinie (ainsi, tel chercheur a travaillé sur la jurisprudence du juge constitutionnel de son pays concernant les personnes malades, tel autre sur la jurisprudence concernant les enfants, etc.). L'attribution des divers champs d'étude a été concertée dès le début avec les différents participants au projet, en fonction des affinités scientifiques et des domaines de compétence de chacun.

Dans un second temps, et sur la base des données et connaissances récoltées, a été réalisée la comparaison proprement dite, par la confrontation de ces données et la mise en perspective qui en est ressortie quant à l'efficacité du système de protection QPC.

1. Premier temps : études de droit étranger

Durant la première phase de la recherche, une première analyse de la jurisprudence des cours constitutionnelles a été réalisée par chaque chercheur dans les trois systèmes étudiés : chaque chercheur a recensé de manière exhaustive l'ensemble des décisions rendues par le juge constitutionnel du pays examiné au regard de la « catégorie » de personnes vulnérables étudiée, en recensant en même temps les principales questions de fond soulevées ainsi que les réponses apportées.

Notre recherche se voulant d'actualité, nous avons pris le parti, quelque peu arbitraire mais nécessaire à la faisabilité et à la pertinence de l'analyse, de n'étudier, pour l'Italie et l'Espagne, que la jurisprudence produite à partir du 1^{er} janvier 2000.

Le choix de cette date a, ainsi, permis de réaliser une recherche prenant en compte des données assez récentes, tout en disposant d'un recul suffisant. De cette façon, nous avons, par ailleurs, mis en place un encadrement temporel de dix ans préalablement à l'institution en France du mécanisme de la QPC. Bien évidemment, cette analyse de la jurisprudence la plus récente n'a pas exclu des renvois à des solutions antérieures, lorsque ces renvois étaient pertinents pour la compréhension des décisions rendues dans les vingt dernières années, par exemple lorsqu'un changement de jurisprudence important se produit ou lorsqu'une décision marquante a été rendue dans le passé et demeure d'actualité. Cette remarque vaut naturellement aussi pour la jurisprudence française, l'analyse de la totalité des décisions QPC n'excluant pas celle, plus ponctuelle, des décisions rendues auparavant, dans le cadre du contrôle *a priori*.

Durant cette première phase, l'idée a donc été de travailler à partir de données « brutes », en recensant de manière systématique toutes les décisions rendues, catégorie par catégorie, afin d'établir des éléments statistiques, mais aussi et surtout de mettre en lumière les principales questions de fond posées au juge constitutionnel et les réponses apportées par lui.

Chaque membre du projet a ainsi adressé, au début du mois de novembre 2018, un document de travail d'étape, offrant une première présentation de la jurisprudence de chaque cour constitutionnelle concernant la catégorie de situation de vulnérabilité étudiée. Cela a permis d'organiser un premier séminaire de travail, à Toulon, le 22 novembre 2018, au cours duquel les données récoltées par chaque chercheur ont été confrontées entre elles.

2. Second temps : la comparaison entre systèmes

D'un point de vue méthodologique, après avoir réalisé l'étude de droit étranger dans chaque pays, la comparaison proprement dite a été réalisée : les résultats obtenus ont été confrontés les uns avec les autres, afin de mettre en lumière les convergences et les divergences entre les trois systèmes étudiés. Cela s'est fait, en particulier, lors de trois rencontres.

B) Une recherche déclinée en trois rencontres

Dans le cadre du présent projet, trois rencontres ont eu lieu entre les membres du groupe de recherche.

La première a pris la forme d'un séminaire qui s'est déroulé à Toulon, deux mois après le début du projet. La deuxième a également pris la forme d'un séminaire de travail, tenu à Rome en mai 2019. La troisième et dernière rencontre a pris la forme d'un colloque de restitution fermé, à Toulon au mois de novembre 2019, auquel ont été conviés tous les membres du groupe de recherche.

1. La première rencontre, Toulon 22 novembre 2018

Ce séminaire avait pour but d'initier le travail d'analyse par une mise au point des lignes directrices de la recherche et par une réflexion autour de la définition de l'objet d'étude.

À cette occasion, tous les membres de l'équipe de recherche n'étaient pas présents, mais des chercheurs français et italien ont tout de même pu être réunis.

Lors de cette rencontre, en partie ouverte à un public de doctorants, les données récoltées par chaque chercheur ont été confrontées entre elles et une première synthèse comparée a été réalisée. Ainsi, nous avons pu réaliser un premier bilan d'étape, comparatif, dans lequel ont été rapprochées les questions et réponses apportées par les juges constitutionnels des trois pays selon la catégorie de personnes vulnérables. Nous avons, notamment, commencé à dégager des points de contact entre les jurisprudences, des questions/problématiques communes, en même temps que des divergences, des problèmes spécifiques ou des singularités.

Par ailleurs, lors de ce premier séminaire, un certain nombre de difficultés sont apparues. Certaines d'entre elles concernaient la délimitation de la recherche par les membres des

trois équipes, d'autres avaient trait aux possibilités d'accès à des données relatives à la QPC permettant d'analyser le filtrage opéré par les juges du fond à l'occasion des QPC formées par des personnes en situation de vulnérabilité.

Quant aux difficultés résultant d'une première analyse de la jurisprudence dans les trois pays étudiés, les trois équipes ont soulevé des questionnements à propos de la délimitation du champ de leur recherche, les questions posées différant d'un pays à l'autre.

Ainsi, les chercheurs italiens se sont trouvés face à une masse considérable de décisions adoptées par voie incidente par la Cour constitutionnelle (exactement 4723 entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2018). Parmi ces décisions, l'attention s'est focalisée, bien évidemment, sur celles qui concernaient la catégorie de personnes en situation de vulnérabilité étudiée et nous avons décidé, d'un commun accord, de permettre à ces chercheurs d'analyser, parmi ces décisions (qui restent tout de même très nombreuses) celles qui paraissent les plus intéressantes ou qui soulèvent des points forts au sein des orientations de la Cour constitutionnelle italienne. Une sélection a été donc réalisée.

Les chercheurs espagnols, en revanche, et, en partie, les chercheurs français, ont rencontré des difficultés en quelque sorte opposées à celle que nous venons d'évoquer. En effet, en Espagne, le recours par la voie incidente est utilisé de manière résiduelle par rapport au recours d'*amparo* constitutionnel, qui reste la voie maîtresse pour la protection des droits fondamentaux. Les chiffres sont particulièrement éloquents : dans le cadre du contrôle incident, sur la période étudiée, le Tribunal constitutionnel espagnol a été saisi annuellement, au minimum de 33 questions d'inconstitutionnalité (en 2017) et, au maximum, de 237 questions (en 2006) ; dans le même temps, les recours d'*amparo*, s'ils ont vu leur chiffre décroître, sont allés jusqu'à représenter 11 471 saisines en 2006, niveau record, et s'établissent désormais en moyenne autour de 6000 à 7000 saisines annuelles. Comme nous le disions, le recours d'*amparo*, recours constitutionnel direct en défense des droits et libertés de valeur constitutionnelle, connaît un succès écrasant auprès des plaideurs face à la question d'inconstitutionnalité, dans le cadre de laquelle peuvent, au demeurant, être soulevés tous les griefs d'inconstitutionnalité. Et si le Tribunal a rendu chaque année, en moyenne, 8129 décisions portant sur des recours d'*amparo*, il n'a tranché, en moyenne, annuellement que 83 questions d'inconstitutionnalité. En France, le nombre total de décisions QPC rendues en novembre 2018 (750 environ), au sein desquelles il fallait sélectionner celles pertinentes pour la recherche, produisait un champ d'analyse qui, là aussi, était bien moins vaste qu'en Italie. Ainsi, pour les uns et pour les autres, nous avons décidé d'élargir au maximum la recherche, en envisageant le plus de situations possibles de vulnérabilité pouvant rentrer dans la catégorie étudiée, afin de disposer d'une matière à analyser assez substantielle.

En outre, après discussion, une précision importante a été apportée aux trois équipes dans le but d'assurer à la recherche la plus grande exhaustivité : en cas de chevauchement de catégories, il est demandé à chaque membre de l'équipe en charge d'une catégorie spécifique de ne pas exclure la question de son analyse, afin d'éviter des « vides » ou des « oublis », même si cela pouvait entraîner la présence de « doublons » (par exemple, le cas du mineur, détenu, toxicomane, a été traité à la fois par le responsable de la catégorie mineurs, par le responsable de la catégorie détenus et par le responsable de la catégorie personnes malades).

2. La deuxième rencontre, Rome 31 mai 2019

La deuxième phase du projet s'est concrétisée par l'envoi aux directeurs de la recherche, au début du mois de janvier 2019, de fiches synthétiques réalisées par chaque chercheur sur la catégorie étudiée, ce qui a permis la rédaction du rapport d'étape adressé au Conseil constitutionnel à la fin du mois de janvier 2019.

Par ailleurs, cette deuxième phase s'est achevée par l'organisation d'un second séminaire d'étape, qui s'est tenu à Rome (Université « Roma Tre »), six mois après le début de la recherche, soit le 31 mai 2019³⁰.

Ce séminaire, destiné à l'établissement d'un deuxième bilan d'étape comparatif, nous a permis de réaliser un échange entre les porteurs du projet et les collègues italiens et français participant à la recherche, afin de poursuivre la réflexion entamée et de donner quelques précisions méthodologiques supplémentaires, notamment à la suite de la rencontre, au mois de mars 2019, des porteurs du projet avec le comité scientifique « QPC 2020 ».

En vue de ce second séminaire, chaque chercheur a complété le recensement des décisions et l'analyse des questions/réponses apportées par la jurisprudence étudiée. Par ailleurs, lors de cette deuxième phase de la recherche, il a également été demandé aux chercheurs d'axer, dans la mesure du possible, leur analyse sur l'articulation de la question préjudicielle avec les autres voies d'accès au juge constitutionnel, afin de pouvoir évaluer l'impact des autres contentieux sur le contentieux par la voie incidente, c'est-à-dire la concurrence contentieuse en matière de protection des personnes vulnérables. Il a aussi été demandé de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, si cela s'avèrerait pertinent pour la recherche, et, surtout, de fournir une appréciation critique de la jurisprudence étudiée.

³⁰ Le programme de cette rencontre figure dans l'annexe n° 1.

À cette occasion encore, les porteurs du projet et les chercheurs présents ont confronté les résultats obtenus en mettant en relief divergences et convergences. Des pistes de réflexion supplémentaires ont été posées pour la suite de l'analyse.

3. La troisième rencontre, Toulon 8 novembre 2019

Enfin, la troisième étape de la recherche s'est clôturée par l'organisation d'un colloque de restitution final, fermé, qui s'est tenu à Toulon le 8 novembre 2019³¹.

En vue de cette rencontre, chaque chercheur a préparé une contribution finale, adressée aux porteurs du projet à la fin du mois d'octobre. Ces derniers ont ensuite adressé à chaque chercheur ces contributions, par catégorie, afin de permettre à tous les participants au colloque de prendre connaissance par avance des conclusions relatives à leur catégorie et de pouvoir procéder à des comparaisons efficaces et pertinentes.

Ainsi, lors du colloque du 8 novembre, les principaux éléments jurisprudentiels des trois systèmes, les points critiques, les singularités procédurales, les convergences et les divergences de fond entre systèmes ont été présentés et confrontés de manière dynamique lors de huit tables rondes successives : d'abord une table ronde initiale, portant sur la notion de vulnérabilité et sur son utilisation devant et par les juges ; ensuite, six tables rondes, chacune portant sur une « catégorie » de personnes en situation de vulnérabilité ; enfin, une table ronde transversale portant sur la procédure de filtrage de la QPC.

À cette occasion, grâce aux riches débats entre les 21 participants, tout au long de la journée, autour d'une table unique, les différentes solutions jurisprudentielles ont été rapprochées et évaluées, à travers le prisme des droits et des libertés, mais aussi des spécificités procédurales, afin d'en tirer des enseignements qui ont fait l'objet, par la suite, du présent rapport.

³¹ Le programme de ce colloque final de restitution figure dans l'annexe n° 2.

III. La Question prioritaire de constitutionnalité protège-t-elle réellement les personnes en situation de vulnérabilité ? Une perspective comparée France-Italie-Espagne

A) Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens

Le développement de « nouvelles formes de subjectivité », promouvant des analyses qui mettent « l'accent sur la dépendance relationnelle »³², marque le temps – le triomphe ? – de la vulnérabilité. Avec la faiblesse, la précarité ou encore la fragilité, elle scande désormais de plus en plus régulièrement les dispositifs institutionnels imaginés par un État qui peine à assumer sa dimension sociale, sans renier pour autant son ambition et son éthique du *care and welfare*. Elle apparaît également, et presque au moins mécaniquement, de plus en plus régulièrement dans les décisions juridictionnelles. Faut-il s'en réjouir ? Faut-il s'en attrister ? Sans doute la mesure est-elle entre ces deux postures et la recherche ne prétend pas ici trancher, pas davantage que faire taire, une discussion qui se développerait autour de la détermination d'un concept, en toute hypothèse, aujourd'hui utilisé tant par la doctrine que par le juge, et de manière croissante. Pour tout dire, la vulnérabilité est un thème dont les juristes ne se sont saisis que relativement récemment, considérant que le domaine ne relevait pas directement du champ du droit³³. Mais, l'essor des théories relatives aux droits et aux libertés fondamentales a permis un développement de sa prise en compte, aboutissant à des travaux fournis et à des débats intenses et prolifiques qui dépassent, par ailleurs, le seul domaine du droit.

1. Une notion mouvante

À l'origine, la vulnérabilité est avant tout un concept mobilisé par le droit privé, en particulier par le droit de la consommation et par le droit pénal. Mais, les juridictions, en particulier judiciaires, ont alors privilégié une réflexion en termes de catégories de personnes (femmes enceintes, personnes âgées, enfants, personnes malades et personnes en situation de handicap). Dans toutes ces hypothèses, une grande sensibilité, qui lui est spécifique, prive la personne de la capacité d'exercer pleinement les droits dont elle est titulaire. Autrement dit, son intégrité, physique mais aussi morale, peut être altérée, c'est

³² L. Burgogue-Larsen, « La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire », in L. Burgogue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 237.

³³ Voir, par ex., F. Cohet-Cordey, *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, op. cit., p. 9.

à dire aussi, *in fine*, son autonomie. La vulnérabilité se présente alors comme un paramètre actif de mesure de la protection particulière dont doivent faire l'objet certaines personnes et, subséquemment, de mesure de l'efficacité des mécanismes précisément conçus pour les protéger. D'autant plus que, bien que le droit français soit relativement obscur en matière de vulnérabilité, la confondant parfois avec la faiblesse, la réflexion, au-delà des seules catégories, a poursuivi son développement jusqu'à distinguer, schématiquement, deux types d'analyse de la vulnérabilité : d'une part, une analyse qui peut être dite « catégorielle » et, d'autre part, une analyse dite « situationnelle », avec de nombreux aménagements possibles entre ces deux pôles conceptuels (analyses plutôt catégorielles avec acceptation de situations, analyses plutôt situationnelles avec inclusion de catégories, analyses exclusivement catégorielles, etc.).

Ainsi, la vulnérabilité peut être, en premier lieu, catégorielle, c'est-à-dire conçue à travers des catégories : seraient vulnérables les enfants, les femmes enceintes, les personnes handicapées ou encore les personnes âgées³⁴. C'est, d'ailleurs, historiquement la manière dont la vulnérabilité, on l'a dit, a d'abord été explicitement prise en compte³⁵. Se fait jour, ici, une forme de perception morale de la vulnérabilité : les catégories visées sont socialement perçues comme devant être protégées en raison de leur(s) faiblesse(s)³⁶. L'appartenance à une catégorie comme déterminant le statut de « personne vulnérable » est, cependant, extrêmement restrictive et rigide ; de ce point de vue, une perception catégorielle de la vulnérabilité limite nécessairement le champ de cette dernière. Cependant, en second lieu, la vulnérabilité peut être, également, situationnelle : à ce titre, elle ne serait pas le caractère d'une personne en raison de son appartenance à une catégorie, mais naîtrait d'une situation spécifique, d'un état factuel. Le critère de détermination de ce qui relève de la vulnérabilité et ce qui n'en relève pas ne serait plus, alors, la conséquence de la simple appartenance à une catégorie prédéterminée, souvent en raison de caractères endogènes identifiés comme « vulnérables », mais le résultat d'une analyse de la situation dans laquelle l'individu est placé. Le critère de détermination serait alors le déséquilibre de rapports qui pourrait exister entre un individu X et son entourage (au sens large du terme), déséquilibre qui comporte mécaniquement la potentialité d'un abus³⁷. Car l'un des paradoxes de la vulnérabilité consiste en ce que, si elle est bien propre à l'humain, elle ne s'exprime en réalité qu'à l'occasion de ses rapports

³⁴ Ce sont ici les catégories de personnes visées directement par le code pénal. D'autres catégories peuvent être incluses, comme les personnes illettrées en droit de la consommation, par exemple.

³⁵ V., par exemple, la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes et la loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens.

³⁶ L. Azoulai parle d'« axiologisation des évaluations juridiques » : L. Azoulai, « Sensible droit », in L. Burgogue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 230.

³⁷ Cela a une conséquence tout à fait particulière : la situation de vulnérabilité, si elle provient d'un déséquilibre et d'un abus, induit une relation mais ne relève pas nécessairement d'une relation interpersonnelle. En effet, la situation de vulnérabilité peut tout autant relever d'une relation entre deux individus que d'une relation entre deux personnes, physiques ou morales : rapport à l'État, rapport à une personne morale de droit public, de droit privé ou international, etc.

avec l'extérieur³⁸. D'ailleurs, si de plus en plus de lois prennent en compte expressément la vulnérabilité de groupes ou de catégories de personnes, cela ne concrétise pas seulement une évolution quantitative ; l'évolution est aussi qualitative puisque la vulnérabilité n'y est plus, désormais, exclusivement liée à l'appartenance à une catégorie mais est, de plus en plus, rattachée à un contexte. Cependant, une telle analyse suppose d'étudier chaque individu en fonction de sa situation spécifique, ce qui rend la tâche plus complexe.

Un certain nombre d'arguments peuvent être mobilisés en faveur de la catégorisation (davantage de lisibilité, commodité *a priori* pour cibler la vulnérabilité, commodité d'utilisation de la notion) mais aussi en défaveur de celle-ci : la catégorisation exclut nécessairement puisqu'elle clive entre ce qui est vulnérable et ce qui ne l'est pas. De la même façon, des arguments en faveur d'une analyse situationnelle de la vulnérabilité peuvent être identifiés (flexibilité et adaptation de la notion et donc de son utilisation, prise en compte effective de la vulnérabilité), mais aussi en sa défaveur (difficulté pratique de prise en compte de chaque individu).

Si le choix méthodologique opéré dans le projet de recherche est celui, non seulement, de la poursuite, tant que faire se peut, d'une analyse ayant un champ d'étude assez significatif pour rendre compte au mieux de la protection (ou pas) de situations de vulnérabilité, mais aussi du maintien d'un cadre clair et lisible afin d'éviter un éparpillement improductif des chercheurs, nous avons décidé, pour notre champ d'étude, de réaliser une conciliation entre les deux approches. Ainsi, à côté de certaines catégories traditionnelles de vulnérabilité (par exemple les mineurs), des situations de vulnérabilité ont été retenues (par exemple, les détenus, ou les travailleurs en situation de précarité). De cette façon, le champ d'analyse demeure assez large. Ajoutons que cette conciliation s'inscrit, par ailleurs, dans les analyses prétoriennes actuelles de la vulnérabilité.

2. Une notion opératoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

A cet égard, observons, en particulier, que la Cour européenne des droits de l'homme a fait évoluer sa jurisprudence en la matière en cherchant à l'affiner, sans doute, pour tenir compte de ce type de réflexions ; elle utilise désormais la perception catégorielle, mais aussi la perception situationnelle. Autrement dit, le juge européen ne se range pas à une conception unique et univoque mais, au contraire, à une conception qui fait une place à ces deux approches. Autrement dit, elle met en œuvre tous les instruments à sa disposition afin de réaliser un contrôle proprement concret et produisant les résultats les plus effectifs

³⁸ G. Lichardos, *La vulnérabilité en droit public*, Thèse soutenue à l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015.

pour le justiciable. Car en matière de situations de vulnérabilité, le lien s'établit directement avec la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret. Et cela pose, donc, la question de savoir ce que le juge et l'ordre juridique entendent protéger : des catégories figées³⁹ ou des situations davantage ouvertes aux évolutions ? La différence, de ce point de vue, est particulièrement nette entre ce qui est fait en droit national et ce qui est fait en droit international, même si des évolutions sont sans doute à l'œuvre dans la jurisprudence interne.

Certes, si on choisit d'identifier les cas d'abus d'un déséquilibre ponctuel de rapports entre deux acteurs pour y voir une situation de vulnérabilité – autrement dit, si on écarte le recours aux catégories – pour ne s'en tenir qu'aux situations, un pouvoir d'appréciation considérable est alors confié au juge. Mais, il est également vrai qu'une personne peut connaître une situation de vulnérabilité passagère et que l'appartenance à une catégorie représente un critère trop figé, trop rigide, insusceptible de s'adapter à l'éventuelle évolution de la situation de la personne, ce que permet précisément une perspective situationnelle, offrant au juge la possibilité d'évaluer et d'apprécier la situation. Sans doute la recherche devait-elle, dès lors, – comme elle l'a fait – croiser, c'est-à-dire utiliser en même temps des présomptions de vulnérabilité (posées par les catégories auxquelles le droit a communément recours) et la prise en compte des situations effectives, c'est-à-dire ponctuelles, autrement dit la « dimension dynamique »⁴⁰ de la vulnérabilité.

3. Une notion rare dans la jurisprudence constitutionnelle française et espagnole

Pourtant, la vérité oblige à reconnaître que les textes constitutionnels, tant italien, qu'espagnol ou français⁴¹, ne comportent pas de référence expresse à la vulnérabilité ou même à des groupes ou des personnes qu'ils diraient vulnérables. Certes, les Constitutions en cause visent toutes, dans certaines de leurs dispositions, des collectifs ou des critères discriminatoires dont elles excluent la prise en compte dans la construction des dispositifs normatifs. Mais, elles n'en font pas des éléments d'identification de catégories, de groupes ou de situations vulnérables. Au demeurant, les jurisprudences constitutionnelles, sans totalement ignorer ces concepts, n'en font qu'un usage toujours mesuré et plus ou moins fréquent.

De ce point de vue, la France est sans doute l'État qui se distingue le plus nettement, parmi les trois étudiés. En effet, comme le met en évidence, dans le cadre de notre

³⁹ L. Azoulai, citant M.-H. Soulet, évoque « un danger de "l'inhérence" » : L. Azoulai, « Sensible droit », *op. cit.*, p. 232.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 233.

⁴¹ Les études sont, d'ailleurs, rares sur les liens entre le droit constitutionnel et la notion de vulnérabilité : C. Denizeau, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle de la France et du Royaume-Uni », in L. Burgorgue-Larsen (dir), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, p. 124.

recherche, Gaëlle Lichardos, c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui y fait le plus rarement référence et, paradoxalement moins encore dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi que dans celui du contrôle *a priori*⁴². Au surplus, comme chez ses voisins, c'est souvent par le biais de la reprise des termes employés par la loi, objet du contrôle, que la mention de la vulnérabilité intervient. Quelle qu'en soit l'explication, le constat aiguise encore un peu plus l'intérêt de la recherche. D'autant plus que si le Tribunal constitutionnel et la Cour constitutionnelle italienne ont explicitement, et plus régulièrement, recours à cette notion, ils ne le font pas, pour autant, avec une grande fréquence. En toute hypothèse, ces références ne peuvent que nourrir la curiosité quant à leur éventuelle influence sur leur jurisprudence.

D'après l'analyse réalisée par Marco Berardi, devant le Tribunal constitutionnel espagnol, entre 2000 et aujourd'hui, 90 décisions⁴³ mentionnent la « vulnérabilité spéciale » de certaines personnes ou de certains groupes. Mais cette expression ne voit jamais son contenu ou son sens détaillé par le juge constitutionnel espagnol. Et encore s'agit-il, à l'image de ce qui se produit en France, de références « provoquées » par les qualifications posées par la loi examinée.

4. Une notion promue dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne

Au contraire, la jurisprudence constitutionnelle italienne se distingue, quant à elle, par des références qui, si elles restent rares, n'en produisent pas moins des développements explicites consacrés à la notion et à son sens. La recherche, réalisée par Giuliano Serges (tant pour le procès incident que pour celui par voie principale), combinant les expressions « *persone in situazione di vulnerabilità* » (« personnes en situation de vulnérabilité ») et « *persone vulnerabili* » (« personnes vulnérables »), fait ressortir 4 décisions, le terme « vulnérabilité » n'apparaissant que depuis 2017. Plus fréquente, en revanche, est l'utilisation de l'expression « *soggetti deboli* » (« personnes faibles »)⁴⁴, qui apparaît dans 27 décisions. Notons, d'ores et déjà, que sur cette trentaine de décisions,

⁴² 5 décisions DC mentionnent explicitement le terme « vulnérabilité » : décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations* ; décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* ; décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; décision n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, *Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen*. Et 3 décisions QPC visent, quant à elles, *expressis verbis*, la vulnérabilité : décision n° 2014-411 QPC du 9 septembre 2014, *Commune de Tarascon* ; décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres*, et décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, *M. Lamin J.*

⁴³ 51 arrêts et 39 ordonnances. Les ordonnances ne doivent pas être négligées afin de quantifier la masse d'affaires soumises à l'examen du Tribunal constitutionnel et d'évaluer l'impact du filtrage que celui-ci effectue à travers des décisions de non-admission.

⁴⁴ Cette expression étant pratiquement synonyme, en italien, de celle de personnes vulnérables.

seules 5 ont été adoptées dans le cadre d'un recours par voie principale, la majorité relevant donc de la question incidente de constitutionnalité, objet de notre analyse.

Parmi les 4 premières décisions ici évoquées, trois méritent l'attention. Tout d'abord, l'arrêt n° 141 de 2019, dans lequel la Cour rattache, en se référant aux prostituées en tant que personnes vulnérables, l'exigence de protection des droits fondamentaux à la dignité humaine : la vulnérabilité est donc ici mise en relation, d'un côté, avec la prostitution et, de l'autre, avec la dignité humaine, de sorte qu'au-delà de l'objet de notre analyse, se fait jour la question d'une éventuelle objectivisation, par la vulnérabilité de la notion de dignité humaine, d'un maniement toujours délicat en droit⁴⁵. Ensuite, la célèbre ordonnance n° 207/2018⁴⁶ et le célèbre arrêt qui a suivi n° 242/2019⁴⁷, mieux connues sous les noms d'« *ordinanza Cappato* » et « *sentenza Cappato* », mentionnent ces expressions à propos des personnes malades souhaitant recourir au suicide assisté. Comme le met bien en exergue Giuliano Serges, ces deux décisions importantes – sur lesquelles nous reviendrons à propos des personnes malades – sont particulièrement intéressantes pour au moins deux raisons. En premier lieu, parce qu'elles fournissent une illustration plutôt claire de la raison pour laquelle la Cour considère ces personnes malades comme des personnes vulnérables : non seulement parce qu'elles souffrent d'une maladie, mais aussi parce qu'elles peuvent servir de cible à des personnes souhaitant profiter de leur condition. En second lieu, parce qu'avec l'ordonnance *Cappato* de 2018, la Cour a « forcé », de manière inédite, les règles du procès par la voie incidente, en intimant au législateur italien de légiférer sur la question délicate de l'aide au suicide⁴⁸. Ceci pourrait constituer, selon Giuliano Serges, l'indice d'une différence d'attitude de la Cour constitutionnelle à l'égard des formalités de procédure dès lors que sont en cause les droits des personnes en situation de vulnérabilité.

Parmi les 27 décisions, dans lesquelles figure l'expression « *soggetti deboli* », il faut mentionner avant tout l'arrêt n° 422/1999, dans lequel la Cour l'utilise, pour la première fois, volontairement en se référant à des catégories de personnes bien déterminées (à savoir des personnes condamnées à la détention, pouvant bénéficier de la détention

⁴⁵ Giuliano Serges, qui évoque à ce propos la célèbre affaire du lancer du nain.

⁴⁶ Sur cette ordonnance importante de la Cour constitutionnelle, inédite, très médiatisée et très commentée, voir notamment Anna Maria Lecis Cocco Ortu, « "Questa legge s'ha da fare" : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions*, n°1, 2019, p. 51-56 ; Giuliano Serges, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 (« *Ordinanza Cappato* ») : une nouvelle typologie de décision ou un « *non liquet* » avec date d'expiration ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019/4, n° 120, p. 67-89.

⁴⁷ Rappelons ici que dans le cadre du procès incident de constitutionnalité, les ordonnances (*ordinanze*) sont des décisions de procédure par lesquelles la Cour ne juge pas le fond de l'affaire, tandis que les arrêts (*sentenze*) sont des décisions au fond.

⁴⁸ Il faut savoir qu'au bout d'un an, à l'automne 2019, le législateur italien n'avait toujours pas légiféré sur la question, ce qui a ainsi conduit la Cour constitutionnelle à adopter l'arrêt n° 242/2019. Sur cette affaire retentissante, voir nos développements ci-après (C) à propos de la protection des personnes malades.

domiciliaire⁴⁹), pour indiquer que ces personnes (détenues) n'étaient pas vulnérables en tant que telles, mais en tant que personnes nécessitant « une assistance humanitaire et sociale »⁵⁰.

Par la suite, d'autres arrêts ont rattaché la notion de vulnérabilité tantôt à la protection de la santé lors de situations particulières⁵¹, tantôt au devoir d'assistance des enfants de la part de leurs parents⁵², tantôt à la protection des consommateurs dans le cadre des rapports contractuels⁵³, tantôt, plus récemment, à la protection des « personnes vulnérables dans le marché du travail »⁵⁴. A cet égard, l'arrêt n° 467 de 2002 mérite également d'être signalé dans la mesure où la Cour y affirme, pour la première fois, d'une façon nette, l'existence d'une « exigence constitutionnelle de protection des personnes en situation de vulnérabilité » (« *esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli* »). Elle le fait, en particulier, en référence à l'accès au droit à l'éducation des mineurs handicapés, en affirmant que l'exigence de protéger les droits de ces derniers en tant que « *soggetti deboli* » a trouvé une traduction également dans la jurisprudence de cette Cour⁵⁵. Cette exigence constitutionnelle de protection des personnes vulnérables sera rappelée dans des décisions, plus récentes⁵⁶, ce qui fait naître une question : l'attitude inédite et remarquable du juge constitutionnel italien dans l'ordonnance *Cappato* est-elle la traduction de l'exigence constitutionnelle de protection des personnes vulnérables, qui après avoir été affirmée serait désormais mise en œuvre ?⁵⁷.

En toute hypothèse, pour en revenir à la notion de vulnérabilité, dans la quasi-totalité des décisions, la Cour constitutionnelle italienne semble utiliser une conception situationnelle de la vulnérabilité, en même temps que la distinction entre notion catégorielle et notion situationnelle ne semble pas opérer devant ce juge. La Cour constitutionnelle paraît davantage considérer que l'appartenance à une catégorie découle nécessairement d'une situation transitoire et extérieure à l'individu (par ex., pour le mineur, le fait d'avoir moins de 18 ans). Dans ce sens, la vulnérabilité « catégorielle » n'est qu'une forme objective de vulnérabilité situationnelle. De l'autre côté, à chaque fois qu'une personne se trouve dans une situation de vulnérabilité, elle devient immédiatement, même si d'une façon transitoire, susceptible d'être située dans une catégorie (par exemple, pour ceux qui

⁴⁹ Il s'agit, en particulier, de la femme enceinte ou qui allaite son enfant ou mère d'un enfant en bas âge ; de la personne grièvement malade ; des personnes âgées de plus de 60 ans, invalides ; des jeunes de moins de 21 ans ayant des exigences particulières liées à la santé, aux études, au travail ou à la famille.

⁵⁰ Voir aussi, dans le même sens, Cour constitutionnelle, arrêt n° 350/2003.

⁵¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 423/2000. Dans cet arrêt, la Cour qualifie de *soggetti deboli* ceux qui ont été atteints, d'une façon irréversible et permanente, par une hépatite post-transfusionnelle due à des vaccinations obligatoires. Ils sont, en effet, d'après la Cour constitutionnelle, des personnes vulnérables qui se trouvent dans « une très grave situation de difficulté et qui, par conséquent, méritent une protection » (« *soggetti deboli, posti in condizioni di gravissima difficoltà e quin di meritevoli di protezione* »).

⁵² Cour constitutionnelle, arrêt n° 236/2002.

⁵³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 469/2002.

⁵⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 114/2015.

⁵⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 467/2002.

⁵⁶ Voir notamment, Cour constitutionnelle, arrêts n° 233/2005 et n° 203/2013.

⁵⁷ Giuliano Serges.

tombent malades : ils rentrent dans la catégorie de malades). Dans ce sens, la vulnérabilité « situationnelle » n'est qu'une forme subjective de vulnérabilité catégorielle⁵⁸. Ces observations ne font conforter notre choix méthodologique qui croise, tout à la fois, des catégories et des situations de vulnérabilité, afin de s'assurer la plus grande exhaustivité.

Pour finir, comme le rappelle Giuliano Serges, les expressions « *soggetti deboli* », « *persone vulnerabili* » et « *persone in situazione di vulnerabilità* » n'ont jamais été utilisées par la Cour constitutionnelle avant 1992⁵⁹, ce qui constitue probablement, selon lui, le signe de l'importance croissante du principe d'égalité réelle, reconnu par l'alinéa 2 de l'article 3 de la Constitution italienne⁶⁰. Ce principe, longtemps négligé, est désormais devenu l'« axe » central de la jurisprudence constitutionnelle. La montée en puissance de la notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour n'en serait ainsi qu'une manifestation, peut-être la plus importante.

5. Des interrogations opportunes

En toute hypothèse, ces références jurisprudentielles à la notion de vulnérabilité, quelle que soit leur régularité et leur intensité, posent la question de la nature ou de la substance du contrôle mis en œuvre par le juge. À cet égard, si la notion prospère – pensons à la jurisprudence de Strasbourg ou à celle de la Cour constitutionnelle italienne –, faut-il y voir un lien de causalité avec le contrôle concret et le déploiement d'une appréciation contentieuse qui fait une plus grande place aux faits ? Se poserait alors la question de l'adaptation ou de l'adaptabilité de la QPC à ce type d'appréciations. La QPC, telle qu'elle a été conçue et mise en œuvre par le Conseil constitutionnel, permet-elle de protéger des situations et non pas seulement des catégories ? Pour le dire autrement, sans ignorer ni négliger les présomptions de vulnérabilité résultant de l'existence, aux yeux de l'ordre juridique, de catégories de personnes vulnérables, convient-il d'y adjoindre tous les éléments de fait utiles pour offrir une certaine souplesse et établir, de cette façon, une plus-value ? Les interrogations sont nombreuses et, sans les régler toutes, les vertus de la mise à distance, qu'offre le recours au droit comparé, entendent, au moins, les éclairer.

⁵⁸ Giuliano Serges.

⁵⁹ En effet, la première décision dans laquelle apparaît l'expression « *soggettideboli* » est l'ordonnance n° 410 de 1992.

⁶⁰ L'article 3 alinéa 2 de la Constitution italienne dispose : « Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. ».

B) La protection des mineurs

Ainsi que l'écrit Méлина Douchy-Oudot, « La protection par l'État des plus pauvres, en réalité des plus démunis, est l'expression de sa maturité ». A cet égard, quel que soit l'ordre juridique en cause - espagnol, italien ou français - un même constat s'impose : celui du souci des pouvoirs publics de protéger l'enfance, à travers la catégorie juridique du mineur, dont les systèmes constitutionnels n'ont pas manqué de se saisir. Pour une raison d'âge, la personne se trouve alors placée dans une situation de risque qui peut l'empêcher, pour reprendre les propos d'Itziar Gómez Fernández, « d'accéder aux conditions optimales de bien-être ou de pleine jouissance des droits dont elle est titulaire ». Afin d'éclairer la qualité de la protection dont bénéficie les mineurs, quelques précisions d'ordre méthodologiques et statistiques sont nécessaires (1), avant d'envisager le régime de protection constitutionnelle des mineurs, tel qu'issu du contrôle incident de constitutionnalité des lois dans les trois États envisagés, qui se déploie à travers la protection de la personne du mineur (2), l'encadrement des distinctions entre filiations (3), mais aussi à travers les cas particuliers des mineurs étrangers (4) et de la défense pénale des mineurs (5).

1. Précisions méthodologiques et statistiques

Sur le plan quantitatif, commençons par une première observation qui, si elle concerne au premier chef l'Espagne, n'est guère surprenante et éclaire la place faite aux mineurs dans le système procédural - observation qui, au surplus, peut sans doute être étendue à la France et à l'Italie - : en Espagne, depuis l'année 2000, aucune question d'inconstitutionnalité n'a été renvoyée à la demande d'un mineur, agissant de manière autonome sans intervention de son représentant légal, pas davantage que le Tribunal constitutionnel n'a eu à connaître d'un conflit d'intérêt qui aurait justifié la désignation d'un représentant judiciaire du mineur au cours de l'audience *a quo* ou au cours de l'audience devant le Tribunal constitutionnel lui-même. L'absence de capacité procédurale pleine et entière des mineurs, en tant qu'élément directement lié à leur statut juridique, médiatise nécessairement leur accès aux juridictions, quelles qu'elles soient. De manière générale, la Constitution espagnole ne comporte pas de limitation spécifique à l'égard des mineurs conçus comme les titulaires de droits et libertés. Au contraire, le Tribunal constitutionnel a reconnu explicitement que les mineurs sont les titulaires pleins et entiers de leurs droits fondamentaux, ce qui signifie que l'exercice de ces droits et la

faculté d'en disposer ne disparaissent pas du simple fait de la soumission des mineurs à l'autorité parentale⁶¹.

Compte tenu de ces précisions, sur la période envisagée, ce sont 54 décisions, parmi lesquelles 46 arrêts et 8 ordonnances de non-admission pour caractère notoirement infondé, qui ont été rendues par le Tribunal constitutionnel espagnol. La plus grande partie sont des jugements de non-admission (44 % des affaires, soit 24 arrêts), ou des jugements de rejet au fond (40 %, c'est à dire 22 arrêts). Seuls 16 % des doutes de constitutionnalité ont été confirmés. Et pour les mineurs, ce sont, d'abord, les juges administratifs (pour 35 % des affaires), puis les juges pénaux (25 %), les juges civil (21 %) et, enfin, les juges pour enfants (13 %), qui sont les plus importants pourvoyeurs de questions d'inconstitutionnalité. Au-delà de ces premiers éléments chiffrés, notons, toutefois, que plusieurs de ces décisions ne portent pas directement sur les droits des mineurs, car les requêtes sont le plus souvent formées par des personnes majeures dont les intérêts contentieux coïncident, ponctuellement, avec ceux du mineur. Au point que les affaires dans lesquelles l'objet principal du doute de constitutionnalité est relatif à la pleine jouissance des droits des mineurs impliqués dans la procédure *a quo* sont rares. Dans la majorité des cas, les mineurs sont des sujets passifs sur lesquels s'exercent les droits des parents ; ce n'est alors que par ricochet que le mineur bénéficie de la jurisprudence en cause. Au point que l'on peut classer les décisions en deux groupes selon que l'axe central de la décision du Tribunal constitutionnel est formé des droits des mineurs ou, plus indirectement, des droits des tiers, lesquels se projettent sur le statut juridique du mineur. Ainsi, un premier groupe de décisions, 12 pour être précis (soit 22 % des affaires analysées), arrêts et ordonnances, font référence aux droits des mineurs de manière spécifique. Mais seuls 3,7 % des décisions y sont relatifs de manière claire et spéciale, tandis que 14, 8 % portent spécifiquement sur le statut des mineurs délinquants.

En Italie, au cours des vingt dernières années, un grand nombre de décisions a été rendu venant dessiner, là aussi, un véritable statut des mineurs, dont certains éléments sont particulièrement significatifs. En tout, ce sont 77 décisions qui ont été recensées sur la période retenue, parmi lesquelles figurent 41 arrêts et 36 ordonnances. Au sein des arrêts, 7 sont relatifs à la situation de mineurs étrangers, ou dont au moins un des parents est étranger. 32 arrêts sont relatifs, de manière générale, aux mineurs, sans référence aucune à leur nationalité. Enfin, deux arrêts portent spécifiquement sur le thème de la connaissance par le mineur de ses origines. Dans tous les cas, selon Paolo Passaglia, il ressort de cet ensemble de décisions que l'intérêt supérieur de l'enfant y joue un rôle central.

⁶¹ Cette jurisprudence, d'abord établie à l'occasion d'un recours d'*amparo* (arrêt n° 141/2000) a été confirmée dans le cadre d'une question de constitutionnalité : arrêt n° 99/2019.

En France, c'est un ensemble de 17 décisions QPC traitant des mineurs qui peut être identifié. Là aussi, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant tient une place particulièrement importante au sein de la protection mise en place, plus encore depuis que ce concept s'est vu explicitement reconnaître valeur constitutionnelle en 2019⁶². Comme en Espagne et en Italie, une part de la jurisprudence est plus spécifiquement consacrée à deux « catégories » particulières de mineurs : d'une part, les mineurs étrangers et, d'autre part, les mineurs délinquants. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant se décline, en réalité, à travers plusieurs exigences qui se réunissent autour de la protection de la personne du mineur.

2. La protection de la personne du mineur

Les thèmes évoqués autour du mineur concernent le mineur en tant que personne, sa vie et sa santé, son insertion dans une famille, l'éducation à laquelle il a droit, mais aussi et de façon particulièrement intéressante s'agissant du mode d'appréciation de la violation d'un droit, le respect de la vie privée. En France, le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant s'est d'ailleurs vu reconnaître – mais seulement très récemment –, valeur constitutionnelle par le biais de son rattachement au dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946⁶³. De telle sorte que, « ce faisant le Conseil constitutionnel emploie l'expression en usage par les conventions internationales de protection des droits de l'homme et affermit ainsi le principe protégé »⁶⁴. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant se déploie à travers plusieurs impératifs qui tendent à protéger la personne du mineur lui-même. Toutes ces exigences dessinent des droits spécifiques à son bénéfice, qu'il s'agisse, à travers sa personne, de sauvegarder tant sa santé et sa vie, que sa volonté et son identité.

2.1. La vie et la santé du mineur

Si la troisième décision rendue par le Conseil constitutionnel, le 11 juin 2010, dans le cadre de la QPC a porté sur l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, encore connue par la désignation « loi anti-perruche », et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, en son article 2, la non-conformité partielle a résulté de l'application dans le temps de la nouvelle

⁶² Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.*

⁶³ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *préc.*

⁶⁴ M. Douchy-Oudot.

disposition et non d'un raisonnement portant proprement sur la vie ou la santé du mineur. Toutefois, dans une décision de 2015 relative au caractère obligatoire des vaccinations⁶⁵, le Conseil protège directement la santé du mineur en reconnaissant la constitutionnalité des articles L. 3111-2 et L. 3111-3 du code de la santé publique faisant obligation aux titulaires de l'autorité parentale de vacciner le mineur pour les infections précisées par ces textes. Selon les requérants, « en imposant une obligation vaccinale contre certaines maladies alors que les vaccins ainsi rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé », les dispositions contestées portaient atteinte au droit à la santé garanti. Par ailleurs, il était soutenu que ce risque serait particulièrement élevé pour les jeunes enfants, alors même que les maladies pour lesquelles ces vaccins sont obligatoires « ont cessé de provoquer un nombre important de victimes en raison de l'amélioration des conditions de vie » et « que la loi ne prévoit pas d'examen médical préalable permettant de déceler les contre-indications médicales que la personne peut ignorer ».

Le Conseil conclut, néanmoins, à la constitutionnalité des dispositions, par un raisonnement en deux temps. *Primo*, « le législateur a imposé des obligations de vaccination (...) aux enfants mineurs, sous la responsabilité de leurs parents », entendant ainsi lutter contre des maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées. *Secundo*, la détermination d'une telle politique publique relève bien de la compétence du législateur. À cet égard, bien que ne figure pas dans cette décision de référence explicite à la santé du mineur, il ne fait pas de doute qu'elle est bien au cœur du raisonnement du juge constitutionnel français qui en tient directement compte pour apprécier le caractère raisonnable et proportionné de l'intervention du législateur en l'espèce.

En Italie, ont également été contestées certaines dispositions qui imposent des vaccinations obligatoires contre le risque de maladies infectieuses pour les mineurs jusqu'à l'âge de seize ans. Tout en rejetant la question, le juge constitutionnel italien a indiqué que les valeurs constitutionnelles en cause étaient multiples et mettaient en cause, outre la liberté d'autodétermination individuelle dans les choix inhérents aux soins de santé, et l'intérêt du mineur, le droit des parents d'adopter le comportement approprié pour protéger la santé de leurs enfants. Autrement dit, la conciliation de toutes ces valeurs laissait donc place au pouvoir d'appréciation du législateur dans le choix des moyens permettant d'assurer une prévention efficace des maladies infectieuses⁶⁶.

⁶⁵ Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L.*

⁶⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 5/2018.

2.2. La volonté du mineur

La volonté du mineur est garantie par la jurisprudence constitutionnelle à l'occasion de divers moments ou événements durant lesquels elle se déploie, aussi bien en tant que droit à l'autodétermination, que dans le déroulement de sa vie privée et familiale, en particulier dans ses liens avec ses parents, ou dans la nécessité pour le juge de le consulter pour la prise des décisions qui concernent le déroulement de sa vie.

2.2.1. L'autodétermination du mineur

C'est le juge constitutionnel italien qui a eu à connaître d'affaires mettant directement en cause l'autodétermination des mineurs. Le souhait d'une mineure d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse sans impliquer ses parents lui en a fourni l'occasion. Le juge *a quo* considérait que le droit et le devoir du parent d'entretenir, d'instruire et d'éduquer ses enfants comprenaient également celui de secourir la mineure, confrontée au choix difficile de recourir à une interruption volontaire de grossesse ; par ailleurs, selon lui, l'intervention de l'autorité publique n'était admise que sur une base subsidiaire, c'est-à-dire si les parents n'étaient pas en mesure d'accomplir les tâches qui leur étaient confiées. La Cour constitutionnelle a déclaré la non-admission manifeste de l'affaire car le juge *a quo* avait négligé le principe selon lequel il ne disposait pas du pouvoir d'apprécier la décision que la mineure entendait prendre, alors même que la Cour constitutionnelle avait déjà clairement délimité la fonction du juge saisi aux fins d'autorisation du mineur de recourir à l'interruption de grossesse. Selon cette jurisprudence, l'intervention du juge ordinaire ne peut être conçue comme l'exercice d'un pouvoir de codécision mais répond à une simple fonction de vérification de la réunion des conditions dans lesquelles la décision du mineur peut être prise⁶⁷.

2.2.2. Le droit au respect de la vie privée et familiale

En 2008, c'est la révocation automatique de la cession du domicile familial en cas de concubinage ou de nouveau mariage du cessionnaire, sans évaluation de l'intérêt du mineur, dont la Cour constitutionnelle a été saisie qui lui a permis d'envisager le droit au respect de la vie familiale du mineur⁶⁸. Toutefois, la question n'a pas prospéré car la Cour constitutionnelle a estimé qu'elle pouvait fournir une interprétation conforme à la

⁶⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 126/2012.

⁶⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 308/2008.

Constitution de la législation contestée : la Constitution se trouvait respectée si la disposition législative en cause était interprétée en ce sens que la cession du domicile conjugal n'était pas de droit en cas de survenance d'événements tels que l'établissement d'un concubinage ou d'un nouveau mariage, et demeurerait subordonnée au respect de l'intérêt du mineur.

Dans le même sens, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré inconstitutionnelle l'application automatique de la peine accessoire consistant dans la perte de l'autorité parentale à la suite de la réalisation de faux à l'état civil, en s'appuyant notamment – à côté de l'intérêt de l'État à punir une infraction et l'intérêt de l'accusé à un procès équitable - sur l'intérêt supérieur de l'enfant mineur de vivre et grandir au sein de sa famille, en maintenant une relation équilibrée et continue avec chacun de ses parents. En la matière, tout automatisme législatif parce qu'il exclut, de la part du juge, toute possibilité d'évaluation et d'appréciation, *in concreto*, de l'intérêt du mineur – entendu comme son intérêt à une vie familiale « normale » - et de la nécessité d'appliquer la peine accessoire est irrégulier. De la même manière, c'est sur le même fondement qu'est intervenue la déclaration d'inconstitutionnalité du même type d'automatisme relatif, cette fois, à la perte automatique de l'autorité parentale en cas de condamnation pour délit d'atteinte à l'état civil⁶⁹.

De la même façon – toujours en Italie -, a été censurée la disposition législative qui ne permettait pas au juge d'apprécier l'opportunité du maintien de relations significatives avec l'ancien partenaire du parent biologique. Le juge *a quo* a, en effet, négligé de considérer que l'interruption injustifiée, par l'un ou les deux parents, contrairement à l'intérêt du mineur, d'une relation, établie et entretenue par le mineur avec des personnes qui ne lui étaient pas apparentées, était assimilable à une conduite du parent « préjudiciable à l'enfant », à l'égard de laquelle le juge était toujours autorisé à adopter « les mesures appropriées » au cas d'espèce. Par ailleurs, puisqu'un mineur était en cause, l'intervention du procureur, comme celle du non-parent adulte impliqué dans la relation en question, étaient également parfaitement justifiées. L'intérêt supérieur du mineur, en l'espèce, était correctement garanti.

En Espagne également, les difficultés liées au déploiement des relations familiales, en particulier en cas de séparation, et de maintien de ces relations avec les enfants mineurs, ont été la source de plusieurs questions d'inconstitutionnalité. Ce sont les difficultés liées à la garde, au régime des visites et à l'obligation alimentaire qui ont nourri la jurisprudence constitutionnelle espagnole. Mais le Tribunal constitutionnel n'a pas toujours raisonné à partir de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisqu'il a pu arriver, par exemple, que soit en cause, derrière la question d'inconstitutionnalité, un problème de

⁶⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 7/2013.

répartition des compétences entre le pouvoir législatif national et un parlement régional⁷⁰. Une série de décisions porte sur l'éloignement obligatoire du père, en cas de violence de genre, éloignement qui produit, pour les enfants, une atteinte à leur vie familiale et à leurs relations avec leur père. Onze arrêts sont relatifs à la même disposition⁷¹ : l'article 57, alinéa 2, du Code pénal, dans la rédaction qui lui a été donnée par la loi organique 15/2003 du 25 novembre. À propos de l'argument tiré de la privation de contact entre l'enfant mineur et son père, le Tribunal estime que la peine d'éloignement ne viole pas le droit au respect de l'intimité familiale parce que l'article 18, alinéa 1, de la Constitution qui consacre ce droit n'est pas conçu, à la différence de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme la source du droit à une vie familiale normale. Par ailleurs, plusieurs arrêts ont été rendus à propos de la conciliation de la vie professionnelle et familiale et aux conséquences qui peuvent porter sur le soin et l'assistance aux mineurs. Toutefois, aucun n'envisage ces questionnements à travers le prisme de la situation du ou des mineurs et de leurs liens avec leurs parents⁷².

2.2.3. Le droit du mineur à être entendu

En 2019, en Espagne, deux arrêts paraissent particulièrement intéressants car ils placent les intérêts des mineurs en cause au centre du raisonnement développé tant par le juge *a quo* que par le juge constitutionnel. Dans le premier de ces deux arrêts, la question d'inconstitutionnalité a été soulevée d'office par le juge *a quo*, en charge des conséquences d'un divorce, à propos de la prise en charge du traitement psychologique d'une des enfants du couple. La procédure mise en œuvre prévoyait d'entendre obligatoirement la mineure en cause, sans les parents ni aucun représentant légal, le tout entraînant la rédaction d'un acte joint à la procédure à propos duquel le juge *a quo* estimait qu'il y avait violation du droit au respect de l'intimité de la mineure. Pour répondre à la question, le juge constitutionnel espagnol adopte, à l'égard de l'intérêt supérieur de l'enfant, un raisonnement explicite : il affirme, *expressis verbis*, qu'il s'agit là de la « considération primordiale à laquelle doivent répondre toutes les mesures relatives aux mineurs prises par les institutions publiques ou privées d'aide sociale, les tribunaux, les autorités administratives ou les organes législatifs », considération rappelée et réaffirmée

⁷⁰ C'est le cas, entre autres, de l'arrêt n° 77/2018 qui rejette une question d'inconstitutionnalité formée à l'égard d'une disposition (l'article 11) de la loi basque 7/2015 du 30 juin prévoyant qu'en cas de condamnation définitive du père pour un délit de violence domestique ou de genre, ce dernier, en cas de séparation des parents, peut être privé des droits de visite et de garde. Le Tribunal juge que la question de fait pas apparaître de motifs « d'inconstitutionnalité matérielle » mais se contente de soutenir l'éventualité d'un excès de compétence de la part du Parlement de la Communauté autonome, portant atteinte à la compétence du Parlement espagnol. Dans une hypothèse comparable, arrêt n° 185/2012.

⁷¹ Il s'agit des arrêts n°60/2010, n° 79/2010, n° 80/2010, n° 81 à 86/2010 et n° 115 à 119/2010.

⁷² Peuvent être ici rassemblés, les arrêts n° 75/2011, n° 152/20122, n° 181/2012, n° 191/2012, ainsi que les ordonnances n° 30/2009 et n° 14/2016.

par l'article 3, alinéa 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant (ratifiée par l'Espagne le 30 novembre 1990). L'arrêt ajoute même, de manière très catégorique, que « le droit du mineur à “être entendu” fait ainsi partie du statut juridique indisponible des mineurs, en tant que règle d'ordre public, que les pouvoirs publics doivent respecter de manière inconditionnelle ». Les formules sont particulièrement remarquables. Le droit à une protection juridictionnelle effective, consacré par l'ordre constitutionnel espagnol à l'égard de l'ensemble des justiciables, voit, par conséquent, son importance tout spécialement soulignée à l'égard des mineurs. Et c'est à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant que le juge constitutionnel espagnol entend opérer son travail de conciliation entre des intérêts contradictoires, conciliation qui, en l'espèce, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'intimité de la mineure⁷³.

En Italie, l'affirmation de principe de la nécessité d'entendre le mineur, comme expression particulière de l'intérêt supérieur de l'enfant, même si elle n'a jamais été aussi explicite apparaît, sans doute, implicitement dans la censure de la législation qui permettait, en cas de procédure abrégée demandée par l'accusé, que, dans le cadre de la procédure pour mineurs, il y ait compétence du juge unique. En effet, « puisque le procès abrégé pour mineurs est un substitut à la fois à l'audience préliminaire et à l'audience, ses résultats peuvent être très divers et nécessitent tous l'évaluation de la formation collégiale et des experts qui la composent afin de garantir » que les décisions adoptées sont effectivement « attentives à la personnalité du mineur et à ses besoins éducatifs et de formation⁷⁴ ».

Le cadre normatif relatif à la garde et à l'enlèvement international de mineurs ne vient pas contredire cette observation. En effet, il a été examiné par la Cour constitutionnelle et déclaré conforme à la Constitution, qui ne prévoyait pas que l'opposition du mineur au retour, circonstance entravant le prononcé de l'ordonnance de retour, pouvait être formulée à tout instant, même après la délivrance de cette ordonnance. Selon la Cour, l'ordonnance de retour rendue dans une « situation critique », telle que l'éloignement injustifié du mineur, ou son enlèvement, doit répondre au besoin d'efficacité de la protection, ce qui explique sa force exécutoire immédiate. Par conséquent, l'absence de réexamen de l'ordonnance, à la demande de la partie ou d'office, s'intégrait logiquement dans le cadre normatif général valorisant le noyau central de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁵.

Point de jurisprudence aussi explicite et généreuse en France dans le cadre de la QPC. Toutefois, observons, à titre d'éclairage comme le suggère Méлина Douchy-Oudot, que c'est au regard de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 que, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a apprécié le respect de la protection de

⁷³ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 64/2019.

⁷⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 1/2015.

⁷⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 231/2001.

l'intérêt de l'enfant dans le cas de la procédure de divorce par acte d'avocats, mis en place par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite J21, à compter du 1^{er} janvier 2017⁷⁶.

2.3. L'identité du mineur

L'identité du mineur a fait l'objet de développements particulièrement intéressants de la part des jurisprudences constitutionnelles à l'occasion du contrôle incident de constitutionnalité, tant à travers la question du droit à la connaissance de ses propres origines, que par le biais de celle de la recherche de paternité ou que l'attribution du nom de famille.

2.3.1. Le droit de connaître ses propres origines

La conciliation entre le droit de connaître ses propres origines et la protection de l'anonymat de la mère a, d'abord, fait en Italie l'objet de deux décisions importantes en 2005. La Cour constitutionnelle italienne a alors refusé d'examiner la question formée à propos de l'impossibilité pour la personne adoptée d'accéder aux informations sur ses origines, dès lors que cette dernière n'avait pas préalablement vérifié la volonté de la mère biologique de ne pas être identifiée⁷⁷. La disposition contestée, qui visait à protéger la femme enceinte qui avait décidé de ne pas garder l'enfant, ne prévoyait aucune limitation de la protection de l'anonymat de la mère, et se préoccupait, d'une part, de garantir que la naissance ait lieu dans conditions optimales et, d'autre part, que la mère ne prenne pas de décisions irréparables. Elle exprimait une évaluation raisonnée des intérêts contradictoires en cause, évitant toute atteinte aux articles 2 et 32 de la Constitution⁷⁸. N'était pas davantage en cause une atteinte à l'article 3 de la Constitution dans la mesure où la différence de situation entre l'enfant adopté, né d'une femme ayant déclaré vouloir conserver son anonymat, et l'enfant adopté, né d'une femme n'ayant rien déclaré à cet égard, n'était pas « déraisonnable ». Et c'est cet état du droit qui, en 2013, a de nouveau, été hissé jusqu'au prétoire du juge constitutionnel italien qui a, cette fois, jugé nécessaire

⁷⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-739 du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, paragr. n° 52.

⁷⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 425/2005.

⁷⁸ Article 2 : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

Article 32 : « La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et elle garantit des soins gratuits aux indigents. Nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ».

de prévoir - à travers une procédure, établie par la loi et qui assure un maximum de confidentialité - la possibilité pour le juge, à la demande de l'enfant, de consulter la mère - qui a déclaré ne pas vouloir être identifiée - en vue d'une éventuelle révocation de cette déclaration⁷⁹. Ainsi, tout en réaffirmant sa jurisprudence, la Cour a, lors de cette seconde affaire, également reconnu le droit de l'enfant à connaître ses origines, répondant en cela aux invitations de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce besoin de connaissance apparaît participer de la personnalité de l'enfant et peut conditionner son attitude et sa vie relationnelle ; l'irréversibilité du secret est ici surmontée afin d'éviter une excessive rigidité de la solution retenue par le juge constitutionnel italien.

Prudemment, le Conseil constitutionnel vérifie, quant à lui et de manière classique, l'adéquation des moyens au but « sans vérifier la pertinence des moyens par rapport à d'autres »⁸⁰. Lorsqu'il opère la pesée entre deux droits fondamentaux, il essaie de vérifier si le législateur a concilié les impératifs contradictoires, tout en refusant de se substituer à ce dernier. Il vérifie l'absence de disproportion entre les moyens et la fin. « Ainsi dans le contrôle de constitutionnalité des articles L. 147-6 et L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles articulant pour ce dernier le droit de la mère d'accoucher dans le secret, et pour le premier de lever le secret lié à l'identité sous réserve de l'accord de la mère⁸¹. Le contrôle reste précautionneux, encore éloigné de la technique du contrôle de proportionnalité propre au contrôle de conventionnalité des lois opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il s'opère sous le prisme de cette Cour »⁸².

2.3.2. L'établissement de la paternité

L'établissement de la paternité peut passer par diverses voies, recherche de paternité mais aussi reconnaissance de paternité. Ces deux mécanismes ont vu leur constitutionnalité examinée au regard de la protection du mineur.

C'est, d'abord, la recherche de paternité qui, en Italie, a été envisagée. À propos de ce dispositif, deux arrêts méritent de retenir l'attention, dont le premier portait sur la règle législative interdisant la recherche de paternité pour les enfants incestueux. Plus particulièrement, le juge *a quo* soutenait que l'article 30 de la Constitution impose que la loi assure « aux enfants nés hors du mariage toute protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime », en même temps qu'il prévoit « les règles et les limites de la recherche de paternité ». Pourtant, précisément, cette protection n'était pas accordée aux enfants incestueux qui ne pouvaient pas obtenir

⁷⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 278/2013.

⁸⁰ M. Douchy-Oudot.

⁸¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E.*

⁸² M. Douchy-Oudot.

la déclaration juridictionnelle de paternité ou de maternité. Les motifs d'inconstitutionnalité selon le juge ordinaire étaient nombreux puisqu'il estimait aussi que le droit de l'enfant à son identité se trouvait ainsi méconnu, l'enfant se trouvant privé de la possibilité d'avoir un géniteur, un nom et une famille ; selon lui, il y avait par ailleurs, en l'espèce, atteinte au principe d'égalité, dans la mesure où les enfants incestueux, bien qu'ils se trouvent dans la même situation substantielle que les enfants non incestueux (puisque le seul élément de différenciation, consistant dans la relation entre parents, ne peut être établi), étaient soumis à une réglementation différente. La Cour constitutionnelle, pour sa part, a considéré que la disposition en cause était inconstitutionnelle car violant le droit à une filiation, issu de l'article 2 de la Constitution, et le principe d'égalité qui interdit les différenciations législatives fondées sur les conditions personnelles et sociales⁸³.

La paternité naturelle, et plus précisément sa reconnaissance, a, elle aussi, retenu l'attention du juge constitutionnel italien. Face à l'impossibilité de toute action en vue d'obtenir une déclaration judiciaire de paternité naturelle, du fait de la nécessité d'obtenir préalablement une déclaration de recevabilité de l'action, une question a été posée à la Cour constitutionnelle à propos de la disposition qui créait cette procédure préalable d'admission, conditionnant ainsi l'exercice de l'action en reconnaissance de paternité naturelle réalisée par un majeur. Par l'arrêt 50 de 2006, cette règle a été reconnue non conforme à la Constitution car le fait que la procédure d'admission ait eu pour objet de vérifier l'intérêt du mineur n'était pas source d'inconstitutionnalité, pas davantage qu'elle ne justifiait le maintien d'un jugement d'admission à cette seule fin. En réalité, le souci de l'intérêt du mineur n'était pas moindre ou méconnu par la suppression de la déclaration préalable de recevabilité de l'action, puisqu'il pouvait être envisagé en amont de l'examen de la validité de cette action, de sorte que la Cour l'a jugé superflu⁸⁴.

En Espagne, plusieurs affaires ont été relatives à l'application de règles relatives à la détermination de la filiation. Dans ces hypothèses, ce sont les pères qui souhaitent soit contester leur paternité biologique, soit parvenir à son établissement. Ici, les droits des géniteurs étaient donc au cœur des questions formées mais la reconnaissance, ou la négation, d'un lien de filiation affecte nécessairement mécaniquement l'enfant, en particulier lorsqu'il est mineur⁸⁵. À cet égard, à propos de la caducité de l'action en contestation de paternité, acquise un an après l'inscription de la filiation à l'état civil, si le juge constitutionnel reconnaît qu'un tel délai vise à garantir la sécurité juridique, la stabilité de l'état civil et la protection de l'intérêt des enfants, et particulièrement des enfants mineurs, il choisit, néanmoins, la censure car une telle restriction limite de

⁸³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 494/2002.

⁸⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 50/2006.

⁸⁵ Dans un cas, l'arrêt n° 156/2005, l'affaire avait été déclenchée alors que l'enfant était déjà majeur. Mais dans les autres cas, il s'agissait bien d'enfants mineurs : arrêts n° 138/2005, 273/2005, 52/2006 et 41/2017 et ordonnance n° 35/2013.

manière disproportionnée, au regard du souci de sécurité juridique, le droit à la protection juridictionnelle effective du père⁸⁶.

Et dans deux arrêts de 2005 et 2006, c'est encore l'intérêt du père qui prévaut, cette fois à propos d'une déclaration de filiation naturelle sans possession d'état. La disposition contestée prévoyait la possibilité que ce soit le fils qui engage la procédure de déclaration de filiation naturelle et non le géniteur ; aussi, le Tribunal constitutionnel considère que la norme en cause empêche le père naturel d'obtenir la reconnaissance de la filiation dans les cas d'absence de possession d'état, restreignant de la sorte son droit au juge. Dans son raisonnement, le Tribunal reconnaît que le législateur fait primer l'intérêt du mineur « en le dotant des instruments nécessaires à l'établissement de la vérité biologique, rendant effectif le mandat du constituant d'interdire les discriminations fondées sur la naissance et qui permettent d'obtenir l'accomplissement par les parents de leurs devoirs à l'égard des enfants mineurs » ; mais il affirme qu'une telle conciliation ignore totalement l'éventuel intérêt du père dans la déclaration de paternité naturelle⁸⁷.

2.3.3. L'attribution du nom de famille

A propos du nom de famille de l'enfant, de façon prévisible, c'est la place du nom de la mère qui a été envisagée. Et bien que l'attribution automatique du nom du père à l'enfant légitime, même en cas de volonté différente des époux, soit contestable, du point de vue constitutionnel, elle n'a pas fait l'objet d'une décision au fond de la part du juge constitutionnel italien, ce dernier ayant déclaré la question incidente non admissible⁸⁸. En effet, en cas de non-conformité à la Constitution, cela aurait provoqué un vide législatif, que même une décision exigeant l'intervention future du législateur n'aurait pas pu combler, sauf à exiger de la part de la Cour un arrêt additif allant bien au-delà des pouvoirs qu'elle se reconnaît traditionnellement. D'ailleurs, le problème s'est, de nouveau, posé dix ans plus tard, en 2016, aboutissant, cette fois, à une censure. Empêcher la mère d'attribuer son nom de famille à l'enfant dès sa naissance, et empêcher l'enfant d'être identifié, dès sa naissance, également avec le nom de famille de la mère, constituait une atteinte au droit du mineur à son identité personnelle et, dans le même temps, une différence de traitement déraisonnable entre les époux, nullement justifiée par l'objectif de sauvegarde de l'unité familiale⁸⁹.

⁸⁶ Tribunal constitutionnel, arrêts n° 138/2005 et 156/2005.

⁸⁷ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 273/2005 et arrêt n° 52/2006. Il applique le même raisonnement à propos d'une disposition comparable du droit civil de Navarre, censurant alors la loi forale 5/1987 du 1^{er} avril : Tribunal constitutionnel, arrêt n° 41/2017.

⁸⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 61/2006.

⁸⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 286/2016.

Autrement dit, en Italie, la réalisation pleine et effective du droit à l'identité personnelle de l'enfant et la reconnaissance de l'égale importance des deux figures parentales dans le processus de construction de cette identité, ont provoqué la consécration du droit de l'enfant à être identifié, depuis sa naissance, par le nom de famille de ses deux parents. La différence de traitement entre les époux sur ce point, expression d'une conception patriarcale dépassée de la famille et des relations entre époux, n'est compatible, selon la Cour constitutionnelle italienne, ni avec le principe d'égalité, ni avec le principe de « l'égalité morale et juridique des époux ». La Cour a, de cette façon, « pris acte de l'inertie du législateur et de la nécessité de dépasser un schéma archaïque, rendu anachronique par l'évolution des mœurs⁹⁰ ». De ce point de vue, l'attribution du nom de famille de l'adoptant au mineur, placé avant le nom de famille d'origine, qui, ainsi, n'est pas supprimé mais maintenu comme un trait essentiel de la personnalité de la personne adoptée, respecte pleinement le but de l'adoption simple, assurant de ne pas rompre le lien du mineur avec son passé et avec sa famille d'origine, et garantissant de cette façon le respect de son identité⁹¹.

2.3.4. La modification de la mention du sexe à l'état civil

En matière de libre disposition de son corps et de sa personnalité par le mineur, les difficultés liées aux modifications des mentions de l'état civil en cas de changement de sexe occupent, depuis plusieurs mois, l'ensemble des juridictions. En Espagne, c'est le Tribunal constitutionnel qui s'est saisi de cette question en rendant un arrêt important en 2019, dans lequel il n'a pas hésité à reconnaître l'autodétermination dont doit pouvoir jouir le mineur éclairé. Il était saisi, par la première chambre civile du Tribunal suprême, de l'article 1 de la loi 3/2007 du 15 mars, relative aux rectifications d'état civil pour ce qui est de la mention du sexe des personnes. Le Tribunal suprême demandait au Tribunal constitutionnel si l'interdiction posée par cette disposition à l'égard des mineurs transsexuels capables de discernement de demander eux-mêmes la modification de leur état civil violait, ou pas, leurs droits à l'intégrité physique et morale (article 15 de la Constitution), au respect de leur intimité personnelle et familiale (article 18 alinéa 2) et à la protection de la santé (article 43 alinéa 1), tous lus à la lumière de l'article 10 alinéa 1, qui consacre la dignité de la personne humaine et le libre développement de la personnalité. Pour apporter une réponse à cette question, le juge constitutionnel ordonne son raisonnement autour d'une obligation essentielle : celle d'assurer, comme pour les majeurs, la pleine jouissance de leurs droits par les mineurs. Dès lors, il soutient que « si le droit d'obtenir la rectification de la mention du sexe à l'état civil (...) vise la réalisation du libre développement de la personnalité (article 10 alinéa 1 de la Constitution), la

⁹⁰ P. Passaglia.

⁹¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 268/2002.

limitation de sa jouissance aux seules personnes majeures, restriction (...) qui laisse en dehors du domaine subjectif de ce droit les personnes qui ne remplissent pas cette condition d'âge, suppose que l'on prive ces dernières de l'efficacité de ce principe constitutionnel pour ce qui est relatif aux décisions quant à leur propre identité⁹² ». Et le plus intéressant résulte de la synthèse à laquelle parvient le Tribunal quant à la titularité et à l'exercice des droits des mineurs : ils ont le droit d'agir afin de garantir le plein exercice de leurs droits et la défense des intérêts qui affectent leur sphère personnelle, même lorsque cela va à l'encontre de la volonté des personnes qui ont la charge de leur représentation légale et, en l'espèce, la disposition législative, qui limite excessivement cette possibilité, est déclarée contraire à la Constitution.

3. La distinction entre filiations

La distinction entre filiation légitime et filiation naturelle et, plus exactement, les conséquences juridiques susceptibles d'être attachées à cette différenciation, représente un thème largement abordé par les jurisprudences constitutionnelles. En Italie, une tendance jurisprudentielle particulièrement riche, quantitativement et qualitativement, est relative à l'érosion graduelle de la « déconsidération traditionnelle à l'égard de la filiation naturelle ». Cette expression est elle-même tirée de l'arrêt 250 de 2000, dans lequel la Cour constitutionnelle a jugé inconstitutionnelle la disposition du Code civil qui prévoyait une limite temporelle de deux ans pour l'attribution du droit de révoquer une donation à la suite de la reconnaissance d'un enfant naturel. Cette limitation temporaire de la possibilité de révoquer a été considérée comme l'expression d'une défaveur traditionnelle à l'égard de la filiation naturelle, incompatible avec le principe constitutionnel qui impose d'assurer aux enfants naturels une protection adéquate, donc une protection identique à celle octroyée aux enfants légitimes.

A l'occasion d'un arrêt de la même année, la Cour en a également profité, par le biais d'un *obiter dictum*, pour indiquer qu'à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle qui a imposé de surmonter l'inégalité de traitement entre les enfants légitimes et les enfants naturels, la reconnaissance des enfants naturels implique la plénitude de la responsabilité et des devoirs qui en découlent pour les parents. Il s'agit de prendre acte du fait que la nature du lien qui s'est noué entre les parents ne peut plus constituer un élément déterminant de caractérisation et de discrimination dans les relations entre parents et enfants⁹³. Ainsi, il n'est pas davantage possible de ne pas étendre le bénéfice d'une exonération fiscale, prévue pour la contribution alimentaire versée en cas de divorce, à l'hypothèse d'une séparation entre parents naturels ; l'absence de lien matrimonial ne

⁹² Tribunal constitutionnel, arrêt n° 99/2019, FJ 4 a).

⁹³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 332/2000.

peut en aucun cas justifier la différence de traitement fiscal⁹⁴. Dans une autre affaire, la Cour a ajouté que tout comme le droit de l'enfant naturel de ne pas quitter le domicile, à la suite de la cessation de la cohabitation entre les parents, ne nécessite pas de règle explicite spécifique - car le droit de céder le domicile familial au parent d'un enfant naturel peut être tiré d'une interprétation systématique des règles régissant les devoirs des parents envers leurs enfants -, de même le droit du parent naturel, ayant la garde des enfants, d'obtenir la transcription de la cession du domicile doit être considéré comme n'exigeant pas de disposition autonome, car il répond au même souci de protection du mineur et contribue à renforcer le devoir de soin et d'éducation des enfants. La solution est remarquable et elle entend garantir aux enfants un accueil au sein du même milieu que celui dans lequel ils vivaient avec leurs parents⁹⁵.

Toutefois, malgré une jurisprudence constitutionnelle plaidant clairement pour l'assimilation des enfants naturels et des enfants légitimes, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu qu'en vertu de l'article 30, troisième alinéa, de la Constitution, l'égalisation de ces deux catégories ne pouvait être absolue. Cette recherche d'égalité concerne essentiellement la relation qui s'établit entre le parent qui a assuré la reconnaissance de l'enfant naturel (ou à l'égard duquel la paternité ou la maternité a été juridiquement constatée) et l'enfant lui-même ; en revanche, la relation entre les enfants naturels et leurs proches ne sont pas l'objet de dispositions constitutionnelles⁹⁶. De telle sorte que n'a pas été déclarée contraire à la Constitution la disposition selon laquelle les enfants légitimes pouvaient liquider, en espèces ou en biens immobiliers héréditaires, la part due aux enfants naturels qui ne s'y opposaient pas, sous cette réserve qu'en cas d'opposition, il revenait au juge de décider, après appréciation des circonstances personnelles et patrimoniales. Cette règle avait été adoptée en 1975, lors de la réforme du droit de la famille, et représentait certainement une avancée par rapport à la législation précédente, qui attribuait aux enfants légitimes le droit potentiel de dissoudre la communauté héréditaire avec les enfants naturels, transformant la part héréditaire en une somme d'argent, sans possibilité d'opposition de la part de l'enfant naturel et sans appréciation judiciaire des circonstances de l'espèce⁹⁷. La Cour a considéré que la question n'était pas fondée, notant que ne découle pas de l'article 30 de la Constitution une obligation d'égalisation de tous les parents naturels avec les parents légitimes, le constituant s'étant « limité à prévoir la filiation naturelle et établir son égalisation avec la filiation légitime⁹⁸ ».

⁹⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 202/2003.

⁹⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 394/2005.

⁹⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 532/2000.

⁹⁷ Selon la juridiction de renvoi, l'introduction d'une appréciation par le juge en cas d'opposition de l'enfant naturel demeurerait discriminatoire à son égard. En outre, elle estimait que le traitement différent réservé, dans le cadre de la division héréditaire, aux enfants naturels ne se justifiait pas par la nécessité de protéger les droits des enfants légitimes.

⁹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 335/2009. Et dans le même sens, arrêt n° 7/2012.

Le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations pour raison d'origine ou de naissance, ont également nourri la jurisprudence constitutionnelle espagnole à l'égard des mineurs. Plusieurs questions ont porté sur des dispositions législatives relatives à des prestations ou allocations qui se trouvaient limitées pour des raisons liées à la situation familiale. À chaque fois, le Tribunal constitutionnel réaffirme une solution qui refuse la possibilité d'établir des différences fondées sur la structure familiale dès lors que rien ne le justifie objectivement. Ainsi, le Tribunal juge-t-il contraire à la Constitution, car discriminatoire, la règle exigeant l'écoulement d'un délai plus long pour l'accès à l'allocation d'orphelins pour les mineurs orphelins lorsqu'ils sont des enfants adoptifs et non des enfants biologiques⁹⁹. De même, une règle de droit civil de Galice établissait des différences dans le droit de recevoir des aliments entre les enfants mineurs d'un même géniteur après le décès de celui-ci. Le juge constitutionnel espagnol s'appuie sur l'article 39 de la Constitution pour constater qu'en l'espèce cette mesure ne répond pas à une « justification objective et raisonnable¹⁰⁰ ». Ici, le rapprochement avec le raisonnement généralement tenu par le Tribunal constitutionnel en matière de recours d'*amparo* est évident : il exige une motivation renforcée, à l'image de celle qu'il recherche, dans le cadre d'un *amparo*, lorsqu'il examine des décisions juridictionnelles rendues dans des affaires relatives à des mineurs, afin de garantir l'intérêt supérieur du mineur dès lors qu'une décision le concerne.

4. Les mineurs étrangers

Les mineurs étrangers font, quant à eux, l'objet d'une jurisprudence à la fois abondante et spécifique. En France, on sait que la décision du 21 mars 2019 du Conseil constitutionnel affirme la constitutionnalité de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pour justifier le recours aux tests osseux dans la détermination de l'âge de la personne¹⁰¹. En Italie, c'est, d'abord, en lien avec la protection de la cellule familiale que la situation des mineurs étrangers a été envisagée, la Cour constitutionnelle affirmant le droit du mineur étranger au respect de sa vie familiale, à l'image de tout mineur. Ainsi, la non extension de l'interdiction d'expulsion au mari étranger vivant avec la femme enceinte, ou durant les six mois qui suivent la naissance de l'enfant, a été déclarée non conforme à la Constitution. En effet, même si la disposition en cause intervenait en matière d'entrée et de séjour des étrangers, assurant une protection adéquate dans le cas particulier de la femme enceinte et de la femme qui a accouché durant les six mois suivants, elle ne tenait pas compte du droit du mineur à être éduqué, si possible, par ses deux parents et plaçait la femme devant l'alternative de devoir suivre son mari ou de

⁹⁹ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 200/2001

¹⁰⁰ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 171/2012.

¹⁰¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *préc.*

faire face seule à sa maternité, violant ainsi le principe de la « participation égale des deux conjoints aux soins et à l'éducation des enfants, sans distinction ni séparation des rôles entre l'homme et la femme, mais avec une intégration mutuelle de ces derniers ». Puisque la position du mari devait être égale à celle de la femme enceinte et de la femme qui a accouché durant les six mois suivants, l'interdiction d'expulsion devait également lui être étendue, sauf en cas d'obstacles liés à l'ordre public ou à la sécurité de l'État¹⁰².

À propos de la possibilité, pour l'étranger, de demander le regroupement familial des parents à sa charge, lorsqu'ils n'ont pas d'autres enfants dans le pays d'origine ou de provenance, ou des parents de plus de soixante ans, si les autres enfants ne sont pas en mesure de les aider en raison de difficultés de santé graves et attestées, la Cour prend soin de rappeler que l'inviolabilité du droit à l'unité familiale est sans aucun doute invocable et doit bénéficier de la protection la plus large à l'égard de la famille nucléaire, éventuellement à l'égard de la famille en formation, et donc en lien avec le regroupement de l'étranger avec son conjoint et ses enfants mineurs. Toutefois, en l'espèce, il a été jugé que la portée de ce principe n'allait pas jusqu'à englober toutes les hypothèses de regroupement familial lorsque sont en cause des enfants adultes avec leurs parents car dans le cas des enfants adultes, désormais éloignés de leur noyau d'origine, l'unité familiale perd sa nature de droit inviolable, ouvrant une marge d'appréciation permettant au législateur de concilier « la prise en compte de l'affection » et d'autres intérêts importants. Pour le dire autrement, le droit de jouir d'une vie de famille doit être garanti sans condition en faveur des conjoints et des familles avec enfants mineurs, tandis que dans les autres hypothèses, il peut également être soumis à des restrictions, dans la limite du raisonnable¹⁰³.

Au contraire, a été reconnue inconstitutionnelle la non-extension, de la protection renforcée prévue pour le refus ou la révocation du titre de séjour, aux hypothèses où l'étranger a noué des liens familiaux dans l'État, le plaçant dans une situation différente de l'étranger qui exerce le droit au regroupement familial. Certes, l'affaire était avant tout relative à un étranger majeur, mais le juge constitutionnel italien en profite pour affirmer, *expressis verbis*, que « dans le domaine des relations interpersonnelles, chaque décision qui frappe un des intéressés finit également par affecter les autres membres de la famille et le démantèlement du noyau familial, spécialement en présence d'enfants mineurs, est une décision trop grave ». La disposition législative contestée allait donc à l'encontre des principes constitutionnels dans la mesure où elle n'étendait pas la protection renforcée à tous les cas où l'étranger a établi des liens familiaux sur le territoire de l'État¹⁰⁴.

¹⁰² Cour constitutionnelle, arrêt n° 376/2000.

¹⁰³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 224/2005.

¹⁰⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 202/2013.

En revanche, le juge constitutionnel italien a pu « sauver », par le biais d'une interprétation conforme, un autre mécanisme contesté ; il s'agissait, en l'espèce, d'une règle qui ne prévoyait pas la possibilité de transformer le permis de séjour lorsque l'étranger devenait majeur, même pour le mineur étranger soumis à protection, contrairement au mineur placé en famille d'accueil. La Cour, tout en reconnaissant un vide manifeste dans la législation en cause, n'a pas conclu à la violation du principe d'égalité, car un tel silence pouvait être réparé en recourant à l'analogie, ou même à une interprétation extensive de la disposition. Les objectifs poursuivis par ces deux mécanismes - protection et accueil - apparaissent, en effet, fondés sur l'intérêt prééminent du mineur et, dès lors, malgré des différences structurelles et chronologiques, l'impossibilité pour le mineur protégé de transformer le permis de séjour aurait été extrêmement déraisonnable. Par le biais du recours à une interprétation conforme, l'inconstitutionnalité a été écartée¹⁰⁵.

Une dernière décision relative aux mineurs étrangers mérite d'être mentionnée car elle est relative à la disposition qui soumettait à l'exigence de la possession d'un titre de séjour, l'octroi aux mineurs extracommunautaires, séjournant régulièrement sur le territoire de l'État, de l'allocation visée à l'article 1 de la loi n° 289 du 11 octobre 1990. Ce droit était subordonné à la demande et à l'obtention d'une carte de séjour, alors même que les conditions légales dans le secteur de la santé étaient pleinement satisfaites. L'absence de présence continue du mineur sur le territoire italien, pendant au moins cinq ans, était considérée, de manière totalement injustifiée, comme prévalant sur les droits fondamentaux de la personne, ainsi que sur l'intérêt et l'importance sociale indubitables que présente cette allocation. La différence de traitement dont souffrait le mineur étranger était, par conséquent, disproportionnée car même en étant régulièrement présent sur le territoire de l'État, il aurait dû attendre un temps excessivement disproportionné avant que son droit ne soit effectivement garanti et protégé. Cela privait, par ailleurs, de sens et d'efficacité les objectifs de soin et d'assistance que l'allocation en cause poursuit¹⁰⁶.

En France, c'est, en particulier, à travers les difficultés liées au fichage des mineurs non accompagnés que le juge constitutionnel a eu à connaître de la situation des mineurs étrangers. En effet, afin de renforcer la mise en place de la protection des mineurs non accompagnés et faciliter leur prise en charge, la loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, a intégré au CESEDA un nouvel article¹⁰⁷ prévoyant la constitution d'un fichier des mineurs non accompagnés. Cette disposition a donné lieu à la formation, par plusieurs associations de défense des étrangers, d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁸. Pour affirmer la conformité de la disposition du CESEDA à la Constitution, le Conseil constitutionnel

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 198/2003.

¹⁰⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 329/2011.

¹⁰⁷ L'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

¹⁰⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019, *Unicef France et autre*.

rejette successivement les arguments tirés de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'un traitement automatisé non limité à la seule protection de l'enfance pouvant être utilisé dans la lutte contre l'entrée et les séjours irréguliers des étrangers en France, du refus de tirer toutes les conséquences d'une opposition au recueil des données par la personne, et enfin du fait que le recours contre la décision déclarant la personne majeure n'exclut pas la mesure d'éloignement du territoire national. La décision s'appuie, d'une part, sur l'intérêt supérieur de l'enfant et, d'autre part, sur la question du respect du droit à la vie privée du mineur. Or, l'objectif du fichier est de permettre à l'autorité de vérifier si l'âge du mineur n'a pas déjà été évalué, donc d'assurer un traitement plus rapide dans la mise en place de la protection, sans que le refus du recueil des données par la personne ne laisse présumer sa majorité. Par ailleurs, le Conseil relève que la pluralité de fins poursuivies par le fichier n'est pas en soi prohibée, il s'agit tout à la fois pour le législateur de « mettre en œuvre l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre l'immigration irrégulière ».

5. La défense pénale du mineur protégée constitutionnellement

L'analyse des décisions des juridictions constitutionnelles relatives aux mineurs révèle la construction d'une justice pénale des mineurs. En France, la justice pénale visant les mineurs a donné lieu à des QPC, mais la recherche n'a pas identifié de décision relative au mineur victime. Les décisions s'inscrivent ici dans le sillage de l'application des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 dont la réforme est en cours de réalisation par le législateur. S'agissant de la peine, elles concernent les modalités de son exécution, en particulier en matière d'application des peines y compris des majeurs¹⁰⁹. Il y a lieu de rappeler également que l'étude des QPC ici suppose également d'assurer une veille sur les délits plus larges¹¹⁰.

Récemment, deux décisions sont venues rappeler la nécessité de la défense pénale du mineur par un avocat. La première décision, de 2019¹¹¹, est relative à l'audition libre du mineur. Alors que le mineur placé en garde à vue doit obligatoirement être assisté par un avocat, le mineur convoqué au commissariat ou à la gendarmerie est entendu en audition libre conformément à l'article 61-1 du code de procédure pénale, ce texte n'établissant aucune distinction avec les majeurs. C'est ce point qui fait difficulté et entraîne l'inconstitutionnalité de ce mécanisme puisque la justice des mineurs fait l'objet d'une protection constitutionnelle au titre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il convient de souligner qu'en l'espèce l'abrogation sèche aurait eu pour effet d'interdire toute audition libre de mineurs le temps de l'adoption de la nouvelle

¹⁰⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, *M. Antoine L.*

¹¹⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.*

¹¹¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-762 QCP du 8 février 2019, *M. Berket S.*

disposition. Aussi est-il décidé de reporter l'abrogation au 1^{er} janvier 2020. Afin de protéger le mineur, en particulier par la présence d'un avocat, une décision de novembre 2018¹¹² était déjà intervenue s'agissant du régime de garde à vue des mineurs, le Conseil concluant à l'inconstitutionnalité. Le droit à être assisté d'un avocat est une garantie du respect des droits de la défense du mineur. Le fondement de la protection a pour racine la fragilité du mineur.

Le Conseil constitutionnel a même clairement explicité la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs : « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées », d'un côté, sans, de l'autre, que ne soit consacrée une « règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives¹¹³ ». On songe, aussi, à la décision à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire conférant la présidence du tribunal pour enfants au juge des enfants pour atteinte à l'impartialité de la juridiction¹¹⁴.

En Espagne, ce sont les décisions relatives aux mineurs délinquants qui sont les plus nombreuses au cours de la période envisagée¹¹⁵. Par exemple, le Tribunal constitutionnel a recherché si le droit d'être entendu par le juge en charge de l'instruction avant qu'il ne la clôture, prévu dans le cas des personnes majeures, doit être étendu aux mineurs ou s'il peut être adapté en fonction d'autres intérêts ; il a conclu qu'il convenait effectivement de le moduler afin de réduire le nombre des étapes procédurales dont la durée excessive pourrait porter préjudice au mineur¹¹⁶. Par ailleurs, il a écarté la non-conformité de la règle qui soumet la suspension des mesures limitatives de liberté à l'accomplissement de la moitié de leur durée lorsque sont en cause des délits particulièrement graves commis par des mineurs de seize ans¹¹⁷ : si le but de resocialisation ne doit pas être négligé, il n'est pas le seul légitime et le législateur peut tenir compte d'autres finalités légitimes, telles que la prévention des infractions, et les faire concourir dans le cadre du système de responsabilité pénale des mineurs. De la même façon, à propos de mesures pour lesquelles l'organe judiciaire *a quo*, auteur de la question, avait accepté, dans le cadre de l'exécution d'une mesure par un mineur, d'accorder la substitution de la mesure originaire –

¹¹² Conseil constitutionnel, décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018, *Mme Muriel B.*

¹¹³ Décision n° 2016-601 QPC du 9 décembre 2016, *M. Ibrahim B.* Pour une application conforme relative à la procédure de comparution à délai rapproché : Conseil constitutionnel, décision n° 2012-272 QPC du 21 septembre 2012, *M. Afif F.*

¹¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J.*

¹¹⁵ Il s'agit des ordonnances n° 194/2001, 275/2005, 31/2009 et 33/2009 et des arrêts n° 100/2006, 146/2012 et 160/2012. L'ordonnance n° 275/2005 et l'arrêt 100/2006 n'apportent pas d'élément sur le fond puisque ces deux décisions concluent à la non-admission des questions présentées.

¹¹⁶ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 146/2012.

¹¹⁷ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 160/2012

consistant en une peine d'un an de liberté surveillée – par la détention en régime semi-ouvert durant le temps restant d'exécution de la peine, le doute de la conformité de cette faculté avec le droit à une protection juridictionnelle effective¹¹⁸ existait car la mesure de substitution était plus sévère que la mesure originelle. Le juge constitutionnel espagnol a, néanmoins, écarté ce doute de constitutionnalité, compte tenu des nombreuses garanties prévues en la matière par l'ordre juridique espagnol, de nature à assurer le respect de l'article 24 de la Constitution.

6. Éléments de conclusion

La jurisprudence des juges constitutionnels démontre une volonté de défendre, par le fait même de la minorité, l'enfant, au moyen d'un régime de protection constitutionnelle.

En Italie, étant donné que le contrôle incident est déclenché, par construction, à l'occasion de l'examen d'un cas concret et qu'il s'agit de la seule voie d'accès au juge constitutionnel ouverte au justiciable, la Cour constitutionnelle, au moins en matière de statut constitutionnel des mineurs, cherche, de plus en plus, à trancher les affaires dont elle est saisie « de façon précise plutôt que générale »¹¹⁹. En Espagne, beaucoup de sujets ou de questions qui intéressent les mineurs, sont envisagés par le recours d'inconstitutionnalité, davantage que par la voie de la question d'inconstitutionnalité. De sorte que ce ne sont pas les personnes en situation de vulnérabilité elles-mêmes qui agissent. Et lorsqu'elles le font, comme dans les autres champs envisagés par la recherche, la voie d'accès privilégiée, « naturelle » pourrait-on dire, est le recours direct, c'est-à-dire le recours d'*amparo* constitutionnel. En toute hypothèse, dans le cas de questions d'inconstitutionnalité, à la différence du système français en particulier, c'est le juge *a quo* qui est maître de la procédure. L'autre élément tout à fait remarquable est que l'objectivisation du recours d'*amparo* n'a pas entraîné une réactivation des questions d'inconstitutionnalité. En effet, si le recours d'*amparo* est, en principe, la voie d'accès privilégiée à la juridiction constitutionnelle, il est possible de penser qu'un durcissement de la procédure d'admission de ces recours devant le Tribunal constitutionnel aurait dû entraîner et se traduire par une augmentation des demandes de renvoi de questions d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires. Or, un examen des chiffres depuis 2007 – date de la dernière, et de la plus sévère, modification des conditions d'admission des recours d'*amparo* constitutionnel¹²⁰ – ne permet pas une confirmation empirique de cette hypothèse.

¹¹⁸ Protégé par l'article 24 de la Constitution.

¹¹⁹ P. Passaglia.

¹²⁰ La loi organique 6/2007 du 24 mai modifiant la loi organique 2/1979 du 3 octobre relative au Tribunal constitutionnel a apporté des modifications considérables ; elle a, en particulier, dans une volonté

L'intérêt de la minorité tient dans la protection renforcée de la personne jugée vulnérable par le droit. De ce point de vue, « la synonymie entre enfant et mineur au stade d'une protection des droits et libertés fondamentaux est sans doute en elle-même attentatoire au fondement même de l'exigence de protection. Si le seuil de la minorité est dépassé, sans aucun sas ou temps de transition, l'enfant est projeté dans l'univers juridique de la majorité. La détermination de l'âge devient alors prépondérante et avec elle la nécessité de distinguer ceux qui peuvent bénéficier de dispositions juridiques plus clémentes de ceux qui ne le peuvent plus »¹²¹.

C) La protection des personnes malades et handicapées

Le thème des personnes handicapées et des personnes malades touche, d'une part, une catégorie de personnes vulnérables bien déterminée – les personnes souffrant d'un handicap – d'autre part, des situations de vulnérabilité présumée, caractérisées par la maladie, pouvant même être temporaires, à savoir celles dans lesquelles se trouvent les personnes malades.

Dans ces deux types de situations de vulnérabilité, les droits et libertés qui entrent en jeu ne sont pas forcément les mêmes, tout comme ne le sont pas les problématiques soulevées devant les juges constitutionnels. C'est pourquoi nous avons décidé, au cours de la recherche et dans le présent rapport, de traiter séparément les deux situations, en focalisant notre attention, tout d'abord, sur la protection des personnes malades (1), ensuite sur celle des personnes souffrant d'un handicap (2). Quelques propos conclusifs, d'ordre comparatif, seront nécessaires pour terminer l'analyse (3).

1. La protection des personnes malades

Pour appréhender la question de la protection des personnes malades par la voie préjudicielle, il est pertinent de présenter avant tout des données statistiques. Nous nous arrêterons ensuite sur deux thèmes apparaissant comme particulièrement éclairants dans ce domaine : celui des prestations sociales en lien avec la santé et celui des soins sans consentement.

d'objectivisation du recours, introduit l'exigence nouvelle de la démonstration de l'importance constitutionnelle spéciale du recours, mise à la charge du requérant.

¹²¹ M. Douchy-Oudot.

1.1. Eléments d'ordre statistique

L'analyse quantitative de la jurisprudence adoptée dans le cadre de la voie préjudicielle par les juges constitutionnels français, italien et espagnol laisse transparaître une différence importante entre les trois pays. En effet, alors qu'en Espagne seules 3 décisions sont recensées dans ce domaine, toutes concernant le thème des soins sans consentement, en France le droit à la santé semble occuper une place non négligeable, car 32 décisions QPC ressortent de la recherche¹²² ; l'Italie est sans doute le pays où l'on dénombre une quantité considérable de décisions – même à l'égard des autres catégories étudiées dans cette recherche – car entre 2000 et 2019, 670 décisions sont recensées concernant le domaine, assez vaste, du droit à la santé¹²³.

En France, 32 décisions QPC portant sur la santé ont donc été recensées par Laurence Gay, à partir d'une recherche experte sur le site du Conseil constitutionnel, avec les termes de recherche « protection santé ». Cependant, seules 18 d'entre elles paraissent être pertinentes à l'égard de la recherche¹²⁴. Précisons que dans ce domaine l'accès des individus à la QPC semble être privilégié, car le Conseil constitutionnel a été saisi 13 fois par des particuliers et 5 fois par des personnes morales (1 association, 1 fédération d'association, 3 entreprises). Quant aux solutions retenues dans ces 18 décisions, l'on relève 7 décisions de conformité, 3 décisions de conformité sous réserve, 2 décisions de non-conformité partielle avec un effet immédiat, 2 décisions de non-conformité totale avec un effet immédiat, 2 décisions de non-conformité partielle avec un effet différé, dont une avec réserve, et 2 décisions de non-conformité totale, avec effet différé.

L'analyse de ces décisions, dans lesquelles le Conseil applique l'alinéa 11 du Préambule de 1946 – qui consacre la protection de la santé pour tous, notamment pour l'enfant, la mère et les vieux travailleurs – fait apparaître quatre grandes thématiques : l'accès aux soins ; l'éthique (bio)médicale ; la protection de la santé des travailleurs ; la protection de la santé publique. Cependant, parmi ces thématiques, c'est essentiellement la première, celle de l'accès au soin, qui attire notre attention concernant la protection des personnes vulnérables, les trois autres ayant une très faible importance tant d'un point de vue

¹²² Précisons que sont pas comptées ici les 5 décisions QPC adoptées dans le domaine du handicap, qui sera étudié dans le paragraphe qui suit.

¹²³ Sachant cependant que sont comprises dans ces 670 décisions de la Cour constitutionnelle italienne celles qui se réfèrent aux personnes handicapées (22 décisions), qui feront l'objet de notre analyse dans le paragraphe qui suit. Précisons aussi qu'en Italie, entre le 1^{er} janvier 2000 et décembre 2019, 4907 décisions au total ont été adoptées par la Cour constitutionnelle dans le cadre du procès par voie incidente.

¹²⁴ Il s'agit des décisions n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 ; n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 ; n° 2011-170 QPC du 23 septembre 2011 ; n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011 ; n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011 ; n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 ; n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 ; n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012 ; n° 2013-367 QPC du 14 février 2014 ; n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014 ; n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015 ; n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 ; n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016 ; n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016.

quantitatif que d'un point de vue qualitatif aux fins de notre recherche, à savoir du point de vue de l'apport de ces décisions à la protection des droits des personnes en situation de vulnérabilité.

Par ailleurs, au sein même de la thématique de l'accès aux soins, il apparaît que la QPC a permis l'émergence d'un contentieux nouveau, relatif à l'hospitalisation sans consentement : 8 décisions sur les 18 QPC retenues traitent, en effet, de cette question.

Comme nous le disions plus haut, en Italie, les données statistiques révèlent, d'une part, l'abondance de décisions sur renvoi préjudiciel portant sur le droit à la santé, droit consacré de manière expresse par l'article 32 de la Constitution italienne ; d'autre part, l'intérêt, parmi toutes, de la problématique liée aux traitements sanitaires obligatoires (TSO), thème sur lequel s'est donc concentrée l'analyse de Marina Calamo Specchia.

En Espagne enfin, comme nous l'indique le Professeur Francisco Javier Matia Portilla, le recours d'*amparo* laisse, encore une fois, très peu de place aux questions préjudicielles, en matière de protection de la santé. Sont recensées notamment 3 décisions du Tribunal constitutionnel, dont une, la décision de principe, antérieure à 2000 (date initiale de notre recherche concernant l'Espagne et l'Italie). Les trois décisions portent sur la question de l'hospitalisation sous contrainte.

1.2. Les prestations sociales en lien avec la santé

Comme le souligne Laurence Gay, la thématique de l'accès aux soins, au sein de laquelle s'insère celle des prestations sociales liées à la protection de la santé, « est une thématique classique, dans le sens où cela renvoie à la première interprétation à laquelle on pense en matière de "droit à la santé" : un droit-créance, qui doit permettre l'accès aux soins. C'est donc un thème abordé depuis longtemps dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : il vérifie régulièrement que la façon dont sont aménagées les diverses prestations d'assurance maladie ou les prestations d'aide sociale médicale est conforme à l'alinéa 11 du Préambule de 1946 ».

L'analyse menée dans ce domaine, ainsi que dans celui de la protection des personnes handicapées – traité dans le paragraphe qui suit – fait apparaître que la QPC n'a pas changé fondamentalement la façon dont le Conseil constitutionnel appréhende la maladie ou le handicap. Cette nouvelle procédure a simplement permis quelques avancées dans la protection offerte aux personnes touchées par ces situations de vulnérabilité¹²⁵. Nous analyserons ainsi les principaux apports.

¹²⁵ L.Gay.

5 décisions QPC (parmi les 18) ont été recensées en matière d'accès aux soins, sous l'angle des prestations sociales en lien avec la santé : il s'agit des décisions n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 et n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011 sur le régime des accidents du travail/maladies professionnelles ; n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 sur les majeurs protégés ; n° 2011-170 QPC du 23 septembre 2011 sur la retraite anticipée pour inaptitude au travail ; n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016 sur le régime des accidents du travail en Nouvelle-Calédonie. Plus précisément, concernant les prestations sociales en lien avec la santé, le Conseil constitutionnel s'est prononcé trois fois sur un régime d'indemnisation des maladies professionnelles (MP) et accidents du travail (AT) : sur le régime général, sur le régime particulier des marins, et sur le régime applicable dans certaines collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie.

Il a validé l'économie générale de ces régimes, bien qu'ils aboutissent à une indemnisation des préjudices corporels résultant des AT/MP moindre que l'indemnisation des autres préjudices corporels faite sur le fondement du code civil ; raison pour laquelle ces régimes sont critiqués. Notons que dans la première décision (décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010), le Conseil a émis une réserve qui concerne l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur : dans ce cas, « tous les chefs de préjudice doivent être indemnisés, et pas seulement ceux qui sont mentionnés dans le code du travail ». Comme le rappelle Laurence Gay, « cette réserve modifie l'état du droit, car l'interprétation de la Cour de cassation (logique au demeurant vu la rédaction du texte) était que seuls les chefs de préjudice énumérés dans le code du travail pouvaient être indemnisés. Donc, la réserve est un progrès pour les victimes d'AT/MP ». Dans la deuxième décision sur le régime spécial des marins (décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011), le Conseil a fait une réserve qui réintègre les marins dans le cadre du régime général en cas de faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail survenu en mer ; jusqu'à la décision QPC du Conseil constitutionnel, le régime des marins était sur ce point moins favorable, donc il s'agit ici aussi d'un progrès. Enfin, dans la troisième décision sur le régime applicable dans certaines COM et en Nouvelle-Calédonie, le Conseil a émis une réserve équivalente à celle de sa première décision (décision n° 2016-533 QPC).

Laurence Gay a fait remarquer que dans ces affaires, l'alinéa 11 du Préambule de 1946 a été appliqué spontanément par le Conseil constitutionnel, alors qu'il n'était pas invoqué par les requérants. Le Conseil fait valoir que le régime d'indemnisation des AT/MP est une mise en œuvre de l'alinéa 11, lequel doit être concilié avec le droit des victimes d'actes fautifs à en obtenir réparation. C'est sur le terrain de ce droit des victimes d'actes fautifs/du principe de responsabilité que les réserves sont donc émises.

1.3. Les soins sans consentement

Au sein de la problématique liée à la protection de la santé et, plus particulièrement, dans la thématique de l'accès aux soins, le thème des soins sans consentement est sans doute celui qui apparaît de manière significative dans les jurisprudences des trois pays étudiés.

En France, c'est précisément sur ce terrain que la QPC fournit son principal apport en matière de droit à la santé. Comme le constate Laurence Gay, cette procédure « a permis l'émergence d'un contentieux nouveau, qui n'était pas présent dans le contrôle *a priori* car les textes étaient anciens : c'est le thème des soins "forcés", sans consentement »¹²⁶.

Même d'un point de vue statistique, il s'agit de la thématique de santé la plus traitée en QPC, avec 6 décisions sur les hospitalisations psychiatriques sans consentement qui ressortent de la recherche experte réalisée sur le site du Conseil constitutionnel : décisions n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011 ; n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 ; n° 2013-367 QPC du 14 février 2014.

Il faut ajouter à ces six décisions une septième, la décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, qui ne ressort pas de la recherche précitée, ainsi qu'une décision, n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015 sur la vaccination obligatoire, qui concerne donc des soins sans consentement faits à la fois au bénéfice de la santé de l'individu vacciné et au bénéfice de la santé publique. Nous avons pris le parti d'inclure dans la recherche la jurisprudence sur les vaccinations obligatoires, car elles peuvent être considérées comme un moyen de prévention de situations de vulnérabilité dues à la maladie, à la fois de l'individu, mais aussi pour la collectivité.

En Italie aussi, la problématique des « traitements sanitaires obligatoires » est sans doute l'un des thèmes les plus intéressants qui ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de droit à la santé, tout comme en Espagne, où la question des soins sans consentement – en particulier celle de l'hospitalisation sous contrainte – est au fait la seule qui semble ressortir de la jurisprudence par la voie incidente du Tribunal constitutionnel.

¹²⁶ L. Gay.

1.3.1. Les hospitalisations sous contrainte

Dans le domaine des hospitalisations sous contrainte, l'intérêt de la santé de l'individu, couplé ou pas à la nécessité de sauvegarder la sécurité et l'ordre publics, va justifier une restriction à liberté individuelle et à la liberté personnelle.

Or, en France, lorsque la QPC est entrée en vigueur, c'est la loi Evin du 27 juin 1990 qui régissait les procédures d'hospitalisation sous contrainte : elle avait remplacé une loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Une QPC a donc porté sur la loi de 1838¹²⁷. Quatre QPC ont porté sur la loi Evin de 1990¹²⁸. Par ailleurs, les deux premières décisions ont conduit au vote de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011. Ce dernier texte a lui-même fait l'objet de deux QPC, une en 2012 et une en 2014¹²⁹. Enfin, à la suite de la décision du 20 avril 2012, la loi de 2011 a été modifiée par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

Sur le sujet des hospitalisations sans consentement, le Conseil constitutionnel a élaboré le considérant de principe suivant : « l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ».

Encore une fois, c'est le Conseil qui fait application spontanément de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 sur le principe de protection de la santé, pour le concilier avec les libertés mises en cause, notamment la liberté individuelle.

Il fait remarquer aussi que la QPC semble être particulièrement efficace dans la protection des droits fondamentaux dans ce domaine particulièrement sensible, car sur les 7 décisions rendues, seule la dernière conclut à la conformité à la Constitution des dispositions critiquées. Parmi les 6 autres décisions, on trouve : 4 déclarations d'inconstitutionnalité partielle, dont 2 d'effet immédiat et 2 d'effet différé ; 2 déclarations d'inconstitutionnalité totale, dont 1 d'effet immédiat et 1 d'effet différé.

¹²⁷ Conseil constitutionnel, n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011.

¹²⁸ Conseil constitutionnel, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011.

¹²⁹ Conseil constitutionnel, n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 et n° 2013-367 QPC du 14 février 2014.

Sur le fond, le premier point mis en cause est la possibilité de maintien d'une hospitalisation sans consentement au-delà du délai de 15 jours sans intervention de l'autorité judiciaire. Pour le Conseil constitutionnel, cette durée est excessive en violation des garanties de la liberté individuelle. Ce point a été censuré dans les décisions n° 2010-71 QPC, n° 2011-135/140 QPC et n° 2011-202 QPC.

À deux reprises, les conditions permettant une hospitalisation d'office sont aussi jugées contraires à la liberté individuelle. En premier lieu, dans la décision n° 2011-135/140 QPC, le Conseil constitutionnel a vérifié la conformité du système mis en place, qui prévoit que suite à une hospitalisation d'office, dans les 24 heures suivant l'admission, un certificat d'un psychiatre de l'établissement est transmis au préfet et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques ; or, dans l'hypothèse où ce certificat médical ne confirme pas que l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation, aucune disposition ne prévoit un réexamen à brève échéance, de la nécessité de la mesure, ce qui est jugé contraire à la Constitution. En second lieu, dans la décision n° 2011-174 QPC, il s'agissait de l'hypothèse d'une hospitalisation d'office en cas de péril imminent. Cette mesure peut être adoptée dans les cas de « danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un certificat médical ou, à défaut, par la notoriété publique... ». De manière fort pertinente, le Conseil constitutionnel a censuré les mots « ou à défaut par la notoriété publique », car la disposition ne prévoyait pas de garantie que la mesure soit adaptée, nécessaire et proportionnée.

Enfin, à deux reprises également, ce sont les conditions dans lesquelles prend fin la mesure de l'hospitalisation sans consentement qui, selon le Conseil, ne garantissent pas la protection de la liberté individuelle : dans la décision n° 2011-185 QPC, à propos de la levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables, mesure que le juge ne peut prononcer que s'il existe une décision conforme de deux psychiatres, le Conseil constitutionnel juge que cette disposition viole l'article 66 de la Constitution, mais aussi l'article 64. Dans la décision n° 2012-235 QPC, le Conseil censure des conditions de mainlevée de la mesure d'hospitalisation plus rigoureuses pour certaines personnes.

En Italie, la matière des soins sans consentement, appelés « traitements sanitaires obligatoires » (TSO), trouve son fondement dans l'article 32 de la Constitution italienne, qui, après avoir confié à la République italienne le devoir de protéger la santé dans sa double dimension individuelle et collective (1^{er} alinéa), dispose que « nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé, si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine »¹³⁰. Par ailleurs, l'article 117 de la Constitution, en matière de répartition des compétences entre l'Etat et les régions italiennes, réserve à l'Etat la détermination des

¹³⁰ Article 32, 2^e alinéa, Constitution italienne.

traitements considérés comme obligatoires, compte tenu des données scientifiques et de l'état des connaissances médicales.

Ainsi, comme le souligne le Professeur Marina Calamo Specchia, en Italie, comme d'ailleurs en France et en Espagne, « les TSO sont une exception à la règle du droit à la santé comme droit fondamental de l'individu à son autodétermination quant aux soins et quant à la disposition de son propre corps, droit qui s'exprime également à travers le refus des soins ». Le TSO peut donc ne peut donc être considéré conforme à la Constitution qu'à la condition qu'il est nécessaire pour préserver la santé publique, la santé de la collectivité, et s'il respecte la santé et la dignité de la personne soumise à ce traitement.

Dans le domaine des soins sans consentement, et notamment dans celui de l'hospitalisation sous contrainte, la Cour constitutionnelle italienne s'est penchée en particulier sur la question, délicate, de l'hospitalisation sans consentement de personnes condamnées pénalement, et présentant de graves troubles psychiatriques, au sein d'établissements psychiatriques judiciaires¹³¹. En particulier, dans un arrêt n° 253/2003 (arrêt manipulatif additif et de rejet partiel de la question) la Cour a annulé la disposition du code pénal italien qui ne permettait pas au juge de prononcer des mesures de sécurité alternatives à l'enfermement dans un hôpital psychiatrique judiciaire d'une personne condamnée pour homicide et reconnue comme étant totalement incapable. La Cour condamne en particulier – comme dans bien d'autres domaines, au-delà de celui ayant trait au droit à la santé – le caractère automatique d'une mesure ségrégant et « totale » telle que l'enfermement dans un établissement de ce type. S'appuyant sur l'article 32 de la Constitution et sur le principe personnaliste qui inspire l'ordonnancement juridique italien, la Cour constitutionnelle estime que l'enfermement d'une personne totalement incapable à cause de graves troubles psychiatrique n'est possible que s'il poursuit une double finalité : le soin et la protection du malade et la limitation de sa dangerosité sociale. Par ailleurs, dans un arrêt n° 186/2015, la Cour estime que la décision de l'enfermement dans un hôpital psychiatrique judiciaire d'une personne considérée comme dangereuse doit être prise suite à une évaluation non pas générale, mais fondée sur des éléments concrets du cas d'espèce, tels que la situation individuelle, familiale et sociale de la personne, et l'absence de thérapies individualisées finalisées à sa réinsertion dans la société.

La question de la protection des personnes particulièrement vulnérables car atteintes de troubles mentaux et de l'enfermement obligatoire de ces personnes a été à l'origine des trois décisions du Tribunal constitutionnel espagnol adoptées dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité et recensées par le professeur Francisco Javier Matia Portilla. Ces

¹³¹ Les établissements psychiatriques judiciaires, à savoir des institutions régies par un régime carcéral destinées aux personnes condamnées pénalement, affectées par des troubles psychiatriques importants, ont été supprimés en Italie par des réformes successives initiées en 2011. Ces structures ont fait l'objet de vives critiques et de nombreuses enquêtes ont établi qu'elles étaient obsolètes, inadéquates, souvent lieux de situations inhumaines et dégradantes.

décisions concernent en particulier l'enfermement (civil) forcé dans un établissement psychiatrique des personnes atteintes de graves troubles mentaux. Parmi ces décisions, la première, l'arrêt n° 129/1999, date d'avant 2000, mais elle a été prise en considération dans notre recherche car il s'agit de la décision pilote, à laquelle renvoient les deux autres décisions (les arrêts n° 131 et n° 132 de 2010).

Toutefois, dans les trois décisions, le Tribunal constitutionnel a répondu essentiellement à une question formelle, concernant l'article 211 du code civil espagnol¹³² et l'article 763.1 de la loi 1/2000 sur les poursuites civiles¹³³, à savoir si la procédure de l'enfermement prévue par ces dispositions relevait de la compétence de la loi organique ou de la loi ordinaire (avec une différence dans les modalités formelles d'adoption de la loi). Le Tribunal constitutionnel a jugé que l'enfermement, en tant que mesure limitative du droit fondamental de la liberté personnelle (art. 17.1 de la Constitution), est une mesure que seule l'autorité judiciaire peut adopter et qu'il s'agit d'une matière relevant de la loi organique, sans toutefois censurer les normes attaquées. Il faut remarquer cependant que le juge constitutionnel espagnol avait également pu préciser, par le passé, dans une réserve d'interprétation, les conditions que la loi doit respecter pour que l'enfermement de la personne atteinte de troubles mentaux dans un hôpital psychiatrique soit conforme à la Constitution espagnole. Ainsi, le Tribunal avait précisé a) qu'il est nécessaire de prouver de manière convaincante le problème mental de l'intéressé, et décider de son enfermement après avoir procédé à une expertise médicale objective qui prouve l'existence d'un trouble psychiatrique réel ; b) que ce trouble doit revêtir un caractère ou une gravité qui justifie l'enfermement ; c) qu'il est nécessaire de vérifier si les motifs qui ont justifié l'enfermement persistent toujours et décider ensuite si prolonger ou pas l'enfermement¹³⁴.

Avec ces quelques décisions recensées, qui vont même au-delà de la période visée par notre recherche, il est possible de constater que lorsque le Tribunal constitutionnel juge dans le cadre de la question par la voie préjudicielle, il reste plutôt cantonné à un contrôle formel de la loi. Comme le relève dans son rapport Francisco Matia Portilla, le Tribunal estime, en ligne générale, que c'est la loi organique qui doit intervenir dans cette matière, et non la loi ordinaire, et que la loi doit posséder une certaine « qualité » et réglementer les divers aspects de la procédure de l'enfermement. Toutefois, l'inertie du législateur dans ce domaine, qui aggrave la situation de vulnérabilité dans laquelle se retrouvent les personnes affectées de troubles mentaux, n'a pas conduit à des censures de la part du Tribunal constitutionnel. La différence d'approche notamment avec la Cour constitutionnelle italienne en matière de soins sans consentement est évidente et se justifie, encore une fois, avec la présence, en Espagne, de la procédure de l'*amparo*

¹³² Tribunal constitutionnel, arrêts n° 129/1999 et n° 131/2010.

¹³³ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 132/2010.

¹³⁴ Tribunal constitutionnel (Sala Segunda), arrêt n° 112/1988 du 8 juin 1988.

constitutionnel, qui permet de protéger *in concreto* les situations des individus vulnérables, lors de cas concrets et à l'égard d'actes juridiques plus concrets que la loi.

1.3.2 Les vaccinations obligatoires

Dans le domaine des soins sans consentement, une place particulière est occupée par la question des vaccinations obligatoires. Ici, il s'agit de prévenir, en quelque sorte, l'émergence de situations de vulnérabilité dues à la maladie, non seulement pour ce qui concerne l'individu, mais également pour ce qui est de la collectivité dans son ensemble.

Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se pencher sur la question de la vaccination obligatoire, sans pour autant changer fondamentalement la donne. Pour Laurence Gay en effet, sur le sujet, « le juge constitutionnel adopte sans surprise une posture de réserve : il émet son considérant habituel sur le fait qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne apparaît en revanche plus protectrice des droits ayant trait aux vaccinations obligatoires. Dans plusieurs décisions en effet, la Cour s'est penchée notamment sur des cas qui portent sur l'extension de l'indemnisation due à des infections consécutives à des vaccinations obligatoires ou recommandées, ou à des transfusions de sang ou de dérivés du sang, ou contractées pendant le service hospitalier.

Le droit à l'indemnisation découle d'une obligation générale de solidarité, que la Cour constitutionnelle met en évidence dans une décision n° 226/2000, dans laquelle elle retoque l'ordonnance de renvoi du juge *a quo* qui avait fondé l'indemnisation sur le caractère obligatoire des vaccinations, en rattachant en revanche cette indemnisation à l'intérêt collectif à la santé qui conduit à l'indemnisation en tant que prestation sociale en cas de maladie. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a notamment imposé au législateur l'octroi de l'indemnisation à des personnes ou à des situations qui n'étaient pas envisagées par la loi, en élargissant ainsi de façon substantielle les possibilités d'indemnisation tout comme son montant. Elle a procédé ainsi par l'utilisation importante d'arrêts « manipulatifs additifs de prestation », à savoir des arrêts dans lesquels la Cour juge la disposition non conforme à la Constitution « dans la partie où elle ne prévoit pas... » une norme déterminée, nécessaire pour le respect de la Constitution et qui est donc ajoutée au texte par la Cour elle-même. Il s'agit dans ces cas d'arrêts additifs de prestation, car la Cour ajoute une obligation de prestation pécuniaire incombant au législateur¹³⁵. La

¹³⁵ Voir notamment les arrêts n° 423/2000 ; n° 476/2002 ; n° 28/2009 ; n° 107/2012 ; n° 268/2017 ; n° 55/2019.

protection accordée par ce biais aux personnes victimes d'infections dans les hypothèses énumérées ci-dessus est donc particulièrement concrète et efficace.

1.3.3. Soins sans consentement et fin de vie

Une question particulièrement délicate et d'actualité a été jugée, d'une manière fort audacieuse et courageuse, par la Cour constitutionnelle italienne, en matière de soins sans consentement. Il s'agit de l'épineuse question du refus, pour la personne malade, des soins obligatoires pour son maintien en vie¹³⁶, et de la question de « l'aide au suicide » pour des personnes incapables de se soustraire de manière autonome aux traitements sanitaires obligatoires, car gravement affectées dans leur capacité d'agir. La Cour constitutionnelle, appelée, à l'automne 2018, à se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 580 du code pénal italien, qui puni d'une peine d'emprisonnement de cinq à douze ans « quiconque détermine une personne au suicide ou renforce la volonté du suicide ou en facilite l'exécution », en rapport au cas de l'aide au suicide d'une personne grièvement handicapée suite à un accident de voiture, mais pleinement capable de prendre des décisions et de s'exprimer, a décidé de manière inédite de renvoyer l'audience d'un an, afin de permettre au Parlement italien de légiférer dans ce domaine éminemment éthique et politique¹³⁷. Face à l'inertie du législateur, le 25 septembre 2019, la Cour constitutionnelle s'est prononcée par une déclaration d'inconstitutionnalité partielle assortie d'une réserve d'interprétation additive¹³⁸, déclarant non punissable l'aide au suicide dans certaines conditions, à savoir pour celui qui « facilite l'exécution du propos de se suicider, pris de manière autonome et libre, d'un patient maintenu en vie par des traitements de soutien vital et affecté par une pathologie irréversible et source de souffrances physiques ou psychologiques, qu'il estime absolument intolérables, mais pleinement capable de prendre des décisions libres et conscientes »¹³⁹. Cette réserve est

¹³⁶ Sachant que la loi n° 219 du 22 décembre 2017 a introduit en Italie le « testament biologique », à savoir l'obligation de respecter la volonté du patient, même lorsqu'il en découle son décès (Loi n° 219 du 22 décembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

¹³⁷ Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207/2018 du 24 octobre 2018, ordonnance de renvoi de l'audience. On rappelle ici que contrairement au système de la QPC, qui permet au Conseil constitutionnel d'adopter des décisions avec un effet différé (art. 62 de la Constitution), le système italien ne prévoit pas cette possibilité. C'est donc la Cour constitutionnelle elle-même qui a développé, au cours de son activité, un arsenal de décisions permettant d'en différer les effets dans le temps. L'ordonnance de renvoi du 24 octobre 2018 constitue une solution inédite, originale et très audacieuse, qui n'a pas manqué de soulever de nombreuses critiques d'une partie de la doctrine italienne et de nombreux commentaires. Voir notamment Anna Maria Lecis Cocco Ortu, « "Questa legge s'ha da fare" : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *op. cit.*, p. 51-56 ; Giuliano Serges, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 (« *Ordinanza Cappato* ») : une nouvelle typologie de décision ou un « *non liquet* » avec date d'expiration ? », *op. cit.*, p. 67-89.

¹³⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 242/2019, conformité sous réserve.

¹³⁹ Voir le communiqué de presse de la Cour constitutionnelle du 25 septembre 2019, anticipant l'arrêt de la Cour dont la motivation a été déposée le 22 novembre 2019.

toutefois conditionnée au respect de la législation en vigueur en matière de consentement libre et informé du patient et de soins palliatifs, y compris la sédation profonde, ainsi qu'au respect de la procédure prévue au sein de l'hôpital public.

L'attitude audacieuse et inédite adoptée par la Cour constitutionnelle dans cette affaire, qui a consisté à « forcer » les règles du procès incident afin d'assurer une protection pleine et efficace des droits des personnes considérées comme particulièrement vulnérables, peut être interprétée comme une manifestation d'une volonté aigüe de la Cour constitutionnelle de protéger les droits fondamentaux, même en forçant les règles, lorsque ces droits fondamentaux concernent des personnes se trouvant en situation de vulnérabilité.

2. La protection des personnes handicapées

À la différence du contentieux en matière de soins sans consentement, qui s'est développé, en France, précisément grâce à la QPC, la protection des personnes handicapées n'a pas connu de réelles évolutions depuis l'apparition de la QPC. Si l'on se tourne vers le système italien, en revanche, on constate que dans ce domaine la Cour constitutionnelle a mis en place une protection très articulée et très développée des droits et libertés des personnes handicapées. En Espagne au contraire, la question ne semble pas avoir été abordée dans le cadre de la voie incidente de constitutionnalité.

2.1. Un contentieux QPC d'un très faible apport

En France, Laurence Gay a recensé 5 décisions paraissant pertinentes pour la recherche, en ce qu'elles abordent directement la question du respect des droits et libertés des personnes handicapées : il s'agit des décisions n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* [Loi dite "anti-Perruche"] ; n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, M. Mohamed T. [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé] ; n° 2014-398 QPC du 2 juin 2014, M. Alain D. [Sommes non prises en considération pour le calcul de la prestation compensatoire] ; n° 2014-433 QPC du 5 décembre 2014, M. André D. [Majoration de la pension au titre de l'assistance d'une tierce personne] ; n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016, Mme Françoise B. [Recours en récupération des frais d'hébergement et d'entretien des personnes handicapées].

Dans ce domaine, les normes-paramètre le plus utilisées par le Conseil constitutionnel sont le principe d'égalité devant la loi et l'alinéa 11 du Préambule, invoqué dans une décision en ce qu'il vise le droit à des moyens convenables d'existence en faveur des

personnes dans l'impossibilité de travailler en raison de leur état physique ou mental et, dans une autre décision, en ce qu'il consacrerait un « principe de solidarité nationale ».

Sur les 5 décisions retenues, 3 sont relatives à la protection sociale en faveur des personnes handicapées¹⁴⁰. Les 2 autres décisions abordent, l'une question de droit de la famille (question de la prise en charge de certains revenus liés au handicap pour la fixation de la prestation compensatoire en cas de divorce), l'autre une question de responsabilité médicale (il s'agit de la deuxième décision QPC sur la loi dite anti-perruche).

Concernant les solutions retenues dans ces 5 décisions relatives aux personnes handicapées, l'on constate 3 décisions de conformité et 2 décisions de non-conformité, dont 1 de non-conformité partielle et 1 de non-conformité totale.

Sur le fond, aucune des trois décisions concernant la protection sociale à l'égard des personnes porteuses de handicap ne constate d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel y écarte, selon un raisonnement assez classique, les griefs tirés de l'atteinte soit au principe d'égalité, soit à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 (alinéa 11 auquel sont rattachées d'une façon générale les questions d'accès à la protection sociale/conditions de bénéfice des prestations sociales). Par ailleurs, Mme Gay relève-t-elle que l'application de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 dans la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011 amène le Conseil à appliquer un considérant élaboré antérieurement selon lequel : « les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des *personnes défavorisées* »¹⁴¹. Ainsi, dans la décision portant sur les conditions pour bénéficier d'une prestation d'aide sociale, les personnes concernées par les dispositions de la loi sont appréhendées par le Conseil constitutionnel comme des personnes *défavorisées* plutôt que comme des personnes handicapées.

On peut noter qu'au contraire, dans une récente décision DC, le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement des alinéas 10 et 11 du Préambule, que : « les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des *personnes handicapées* »¹⁴². Il s'agit de la déclinaison à la situation du handicap d'une formule devenue rituelle à propos de l'alinéa 11 (couplé le cas échéant à l'alinéa 10) : politique de solidarité nationale en faveur de la famille ; en faveur des travailleurs retraités ; en faveur des personnes défavorisées ; et donc désormais en faveur des personnes handicapées. Pour Mme Gay, s'il y a là une rare,

¹⁴⁰ Conseil constitutionnel, déc. n° 2011-123 QPC ; n° 2014-433 QPC et n° 2016-592 QPC.

¹⁴¹ Souligné par nous.

¹⁴² Conseil constitutionnel, décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Le contrôle portait ici sur des dispositions relatives au pourcentage de logements devant être accessibles aux personnes handicapées dans les bâtiments nouveaux d'habitation collectifs.

peut-être même l'unique, prise en considération à ce jour du handicap en tant que tel, elle ne se traduit pourtant guère en l'espèce par une amélioration de leurs droits¹⁴³.

Présent dans le contentieux relatif à la protection sociale, le principe d'égalité l'est aussi dans les deux autres décisions. Il fonde la seule déclaration d'inconstitutionnalité totale prononcée, sans que la solution concrète retenue par le Conseil ne doive déboucher non plus sur une amélioration des droits des personnes handicapées. La censure prononcée dans la QPC portant sur la loi anti-perruche est par ailleurs essentiellement technique en ce qu'elle porte sur l'application dans le temps du dispositif en cause¹⁴⁴.

En l'état, on peut donc dire, avec les mots de Laurence Gay, que la QPC n'a pas eu d'incidence spécifique sur la protection des droits des personnes porteuses de handicap, ni n'a conduit le Conseil à une appréhension spécifique de la situation de handicap. Concrètement, c'est surtout le Conseil d'État qui est appelé à protéger de manière efficace les droits des personnes handicapées, sans pour autant que le contentieux remonte jusqu'au Conseil constitutionnel. Cela pose la question des rapports entre les juges dans le système juridique et du rôle que le juge constitutionnel devrait jouer, souhaite jouer et joue réellement, comparé à d'autres juges, dans la protection concrète des droits des personnes vulnérables.

2.2. Une protection importante dans le recours par voie incidente

En Italie, Mme Calamo Specchia souligne avant tout que les personnes handicapées (les personnes « *disabili* ») font l'objet d'une « large protection constitutionnelle, tant sous le profil de la sphère personnelle, par le biais du principe de non-discrimination et de la protection de la dignité humaine, que sous le profil des actions positives de la garantie de la santé et de la protection sociale ». Les arrêts recensés dans la période étudiée s'insèrent dans ces deux parcours, afin d'assurer une protection maximale des droits de ces personnes, en particulier des droits qui leur permettent d'atteindre « l'égalité sociale » (article 3, 1^{er} alinéa de la Constitution italienne) et « le plein développement de la personne humaine » (art. 3, 2^{ème} alinéa de la Constitution italienne).

Par ailleurs, une protection spécifique est assurée par la Constitution italienne au droit à l'instruction et à l'assistance des personnes handicapées. L'art. 38 de la Constitution précise en effet que « Tout citoyen inapte au travail et dépourvu des moyens d'existence nécessaires a droit à la subsistance et à l'assistance sociale » (art. 38, 1^{er} al.) et que « Les

¹⁴³ Le Conseil constitutionnel valide en effet le passage à 20 % de la proportion des logements devant être accessibles aux personnes en situation de handicap dans les bâtiments nouveaux d'habitation collectifs, alors que la loi imposait auparavant un taux de 100 %.

¹⁴⁴ L. Gay.

inaptes et les handicapés ont droit à l'éducation et à la formation professionnelle » (art. 38, 3^e al.).

Au cours de sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a pu décliner en de multiples facettes les droits consacrés par la Constitution en faveur des personnes handicapées, en développant une panoplie de principes et règles imposés au législateur.

2.2.1 Le droit à l'instruction

Ainsi, dans le domaine, très mobilisé, du droit à l'instruction, la Cour a précisé que ce droit ne doit en aucun cas être comprimé et doit être promu par tout moyen, y compris par la mise en place de mesures d'indemnisation¹⁴⁵ ou de mesures concernant le transport public, dont le financement ne peut être soumis à des limitations d'ordre budgétaire, puisque, dit la Cour, « c'est la garantie des droits incompressibles qui doit avoir une incidence sur le budget et non l'équilibre budgétaire à pouvoir conditionner la nécessaire allocation de prestations finalisée à sa réalisation »¹⁴⁶. Par ailleurs, il revient au législateur et non pas à la Cour d'établir les prestations, ainsi que leur entité et leur qualité, finalisées à la protection effective du droit à l'instruction des personnes handicapées¹⁴⁷. La Cour estime que le droit à l'instruction ne doit pas se limiter à une simple énonciation formelle, programmatique, mais qu'il doit être rempli de contenu concret et réel. Ainsi, le service d'assistance et de transport scolaire constitue une composante essentielle visant à rendre effectif ce droit¹⁴⁸, tout comme la prévision d'enseignants de soutien titulaires des diplômes attestant de leur compétence¹⁴⁹ ou encore de mesures telles que l'indemnité mensuelle permettant aux jeunes enfants handicapés de fréquenter des crèches, et finalisés « au dépassement de leur marginalisation »¹⁵⁰.

2.2.2. Le droit de circuler librement

Au-delà du droit à l'instruction, le droit de circuler librement a aussi fait l'objet d'une protection efficace de la part de la Cour constitutionnelle. Encore une fois, la Cour a exercé un contrôle très concret, en estimant que ce droit est garanti tant par la prévision

¹⁴⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 329/2002.

¹⁴⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 275/2016.

¹⁴⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 431/2008, dans lequel la Cour n'admet pas la question soulevée par le juge *a quo*, car ce juge demandait à la Cour une décision « additive » concernant l'accès réservé pour des personnes handicapées à des formations en physiothérapie.

¹⁴⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 80/2010.

¹⁴⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 52/2000 (arrêt manipulatif additif).

¹⁵⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n°476/2002 (arrêt additif, par lequel la Cour censure l'absence de la prévision de cette indemnité en faveur des jeunes enfants handicapés).

de places de parking réservées et adaptées aux personnes handicapées¹⁵¹, que par la suppression d'obstacles architecturaux, y compris à travers la mise en adéquation de structures préexistantes, comme des salles de cinéma¹⁵².

2.2.3. Le droit au travail

Le droit au travail des personnes portant un handicap a également fait l'objet d'une attention accrue de la part de la Cour, celle-ci jugeant que si l'ordonnancement juridique doit mettre en place des mesures destinées à favoriser l'accès au monde du travail de ces personnes (telles que des quotas réservés au sein de la fonction publique), il ne doit cependant pas prévoir des privilèges, tels que des mesures vouées à la progression de leur carrière professionnelle, et ce en vertu du respect du principe d'égalité¹⁵³.

2.2.4. L'assistance aux personnes handicapées

Par ailleurs, ce principe joue aussi dans le sens de la prévision de formes d'assistance et de protection spécifiques pour les personnes handicapées, par exemple à travers la mise en place de congés attribués aux parents, mais aussi aux frères et sœurs, tout comme aux conjoints, même si non mariés ni pacsés, ou à travers la prévision de la détention à domicile pour les parents de personnes handicapées¹⁵⁴ ou par la mise en place de congés pour l'enfant vivant dans le même foyer, ou allant s'installer dans le même foyer, afin de pouvoir assister le parent porteur d'handicap¹⁵⁵.

2.2.5. Les droits sociaux reconnus aux étrangers handicapés

Enfin, la Cour constitutionnelle a reconnu aux étrangers handicapés les mêmes droits sociaux que ceux dont bénéficient les nationaux, sans que cela soit conditionné à la possession d'un titre de séjour¹⁵⁶. Elle a également jugé contraire à la Constitution

¹⁵¹ Cour constitutionnelle, arrêts n° 362/2004 ; n° 113/2006.

¹⁵² Cour constitutionnelle, arrêt n° 251/2008.

¹⁵³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 190/2006.

¹⁵⁴ Cour constitutionnelle, arrêts n° 233/2005 (arrêt manipulatif additif) ; n° 158/2007 (arrêt manipulatif additif) ; n° 350/2003 (arrêt manipulatif additif).

¹⁵⁵ Cour constitutionnelle, arrêts n° 19/2009 (arrêt manipulatif additif) ; n° 232/2018 (arrêt manipulatif additif) ; n° 203/2013 (arrêt manipulatif additif).

¹⁵⁶ Cour constitutionnelle, arrêts n° 40/2013 ; 11/2009 ; n° 306/2008 ; n° 324 :2006 ; n° 187/2010 ; n° 329/2001.

l'obligation, pour l'étranger portant un grave handicap mental, de prêter serment pour l'obtention de la nationalité italienne, ceci conduisant, selon la Cour, à une marginalisation et à une exclusion non raisonnables, alors que la personne a par ailleurs rempli les autres conditions requises pour l'obtention de la nationalité italienne, et alors qu'elle a notamment manifesté une pleine intégration dans la société italienne¹⁵⁷.

3. Quelques propos conclusifs

L'analyse de la jurisprudence QPC en matière de protection des personnes malades ou handicapées a manifesté indéniablement des apports, tout particulièrement dans le domaine des soins sans consentement. En effet, malgré quelques réticences, le Conseil constitutionnel semble avoir utilisé le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une manière plutôt efficace. Il a approfondi la vérification de la conformité à la Constitution de la loi, en prononçant un certain nombre de censures, surtout de dispositions anciennes, ce qui a, par ailleurs, conduit à une évolution, fort bienvenue, de la réglementation française en matière d'hospitalisation sous contrainte. En ce sens, la QPC a joué assez bien son rôle, à la fois d'arme pour la protection des droits constitutionnellement garantis attribués aux personnes en situation de vulnérabilité et d'impulsion pour l'amélioration de notre système juridique.

Cependant, face à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en matière de protection de la santé, censurant notamment les omissions du législateur, son inertie, et approfondissant même le contrôle de constitutionnalité de la loi, en prenant en compte le contexte d'application de la disposition législative contrôlée, le Conseil constitutionnel peut apparaître timide au regard des possibilités que lui offre la QPC pour protéger des personnes vulnérables pour des situations liées à leur santé.

D) La protection des étrangers

Comme le souligne fort pertinemment le Professeur Olivier Lecucq, l'identification, le contenu et l'efficacité des droits fondamentaux doivent beaucoup au droit appliqué aux étrangers. La raison en est simple et, somme toute, évidente. Dans un État de droit développé, il y a peu, pour ne pas dire pas, de catégories humaines dont les droits et libertés sont susceptibles d'être aussi bousculés, voire bafoués, compte tenu de la condition qui est la leur par rapport à la communauté étatique de référence. N'appartenant

¹⁵⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 258/2017 (arrêt additif).

pas à la communauté nationale, l'étranger dispose d'un statut juridique nettement dégradé par rapport à celui du national, notamment en termes d'accès et de maintien sur le territoire, et en termes de participation à la vie politique. N'ayant pas, comme dirait le Conseil constitutionnel, de droit général et absolu d'entrée et de séjour sur le sol français, pas davantage que la jouissance des droits politiques, l'étranger voit la plupart de ses droits immédiatement pâtir de cette situation et devoir être conciliés avec les objectifs de maîtrise des flux migratoires et de lutte contre l'immigration irrégulière, qui sont, depuis longtemps, devenus des impératifs de politique publique. C'est pourquoi, à nulle autre pareille, les étrangers sont une catégorie de personnes vulnérables, soumise au joug de la politique d'immigration (nationale et européenne), de sorte que leurs droits ont toujours constitué une sorte de laboratoire expérimental de ce que peut subir tel ou tel droit fondamental – et jusqu'à quel point¹⁵⁸.

Cela est aussi vrai, au demeurant, sur le plan processuel : l'aptitude d'un recours juridictionnel à offrir une protection utile aux étrangers est souvent le révélateur de son opportunité et de son efficacité. Parce qu'ils sont vulnérables, que leur condition rend leurs droits fondamentaux plus exposés aux atteintes de la puissance publique, les étrangers représentent en effet un bon paramètre de l'accessibilité et de l'efficacité d'une voie de droit dans la protection des droits et libertés.

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative aux étrangers dans les trois pays examinés, finalisée notamment à vérifier l'efficacité de la protection offerte par la QPC à l'égard de cette catégorie de personnes vulnérables, nous conduit ainsi à envisager les éléments et apports de cette jurisprudence tant d'ordre processuel (2) que d'ordre substantiel (3), ce qui nous mènera ensuite à quelques propos conclusifs, d'ordre comparatif (4). Avant cela, il est nécessaire toutefois de s'arrêter sur quelques données d'ordre statistique qui nous offrent d'ores et déjà un certain nombre de réponses (1).

1. Éléments d'ordre statistique

D'un point de vue quantitatif, les résultats concernant les jurisprudences française, espagnole et italienne, adoptées dans le cadre de la voie préjudicielle, en matière de droits des étrangers, manifestent des écarts importants, toute proportion gardée. Alors qu'en Italie et en France, les questions préjudicielles dans ce domaine ne manquent pas et leur nombre est même significatif, compte tenu de l'ensemble des décisions adoptées dans ce contentieux, en Espagne en revanche, aucune décision du Tribunal constitutionnel n'a été repérée dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité.

¹⁵⁸ O. Lecucq.

Plus précisément, la recherche réalisée par Olivier Lecucq, en utilisant le mot clef « étrangers » sur le moteur de recherche du site web du Conseil constitutionnel, montre que sur les 811 QPC rendues jusqu'au 25 octobre 2019, 23 décisions intéressent directement les étrangers¹⁵⁹, encore qu'il convient de préciser que, parmi ces dernières, 4 portent sur l'acquisition de la nationalité de sorte que, pour ce qui les concerne, la prise en compte de l'extranéité par les lois contestées impacte surtout des personnes devenues françaises¹⁶⁰. Il est à noter que la transmission des questions est le fait, à parts presque égales, du Conseil d'État pour 14 d'entre elles contre 10 pour la Cour de cassation.

Quant à la nature des décisions prises, les résultats révèlent, dans l'ensemble, une certaine retenue de la part du juge constitutionnel à l'égard du législateur, car sur les 23 décisions recensées l'on relève tout de même 13 décisions de conformité¹⁶¹ et 3 décisions de conformité sous réserve¹⁶², tandis que 6 décisions prononcent la non-conformité totale ou partielle (dont 2 en outre assortie d'une réserve et 4 avec un effet différé de l'abrogation)¹⁶³, et 1 décision prononce un non-lieu à examiner la question¹⁶⁴.

Par ailleurs, pour rester dans les données d'ordre statistique, pour ce qui est des dispositions contestées, sans surprise, ce sont celles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui sont le plus sollicitées (14 cas), même si le code de procédure pénale (3 cas), le code civil (2 cas), le code de l'action sociale et des familles (2 cas), des dispositions relatives à la nationalité ou encore des dispositions de lois de finances ont également été attaquées.

S'agissant par ailleurs des droits et libertés garantis par la Constitution qui ont été invoqués à l'occasion de ces différents recours, le panel est assez large. Il intéresse notamment le droit au recours effectif, le principe d'égalité ou encore le droit au respect de la vie privée ou la liberté d'aller et venir. À cet égard, il faut rappeler la consécration, inédite, du principe de fraternité, appliqué par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 à propos des dispositions du CESEDA prévoyant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. Cette décision est à souligner, comme le rappelle le Professeur Lecucq, à un double titre au

¹⁵⁹ Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-1 QPC, n° 2010-79 QPC, n° 2011-120 QPC, n° 2011-137 QPC, n° 2011-217 QPC, n° 2011-227 QPC, n° 2012-264 QPC, n° 2013-312 QPC, n° 2013-347 QPC, n° 2013-358 QPC, n° 2014-427 QPC, n° 2014-439 QPC, n° 2016-580 QPC, n° 2016-606/607 QPC, n° 2017-674 QPC, n° 2017-690 QPC, n° 2018-709 QPC, n° 2018-717/718 QPC, n° 2018-741 QPC, n° 2018-768 QPC, n° 2019-797 QPC, n° 2019-799/800 QPC, n° 2019-807 QPC, n° 2019-810 QPC.

¹⁶⁰ Décisions n° 2011-227 QPC, n° 2012-264 QPC, n° 2014-427 QPC et n° 2014-439 QPC.

¹⁶¹ Décisions n° 2011-120 QPC, n° 2011-137 QPC, n° 2011-217 QPC, n° 2012-312 QPC, n° 2013-347 QPC, n° 2013-358 QPC, n° 2014-427 QPC, n° 2016-580 QPC, n° 2018-741 QPC, n° 2018-768 QPC, n° 2019-797 QPC, n° 2019-807 QPC, n° 2019-810 QPC.

¹⁶² Décisions n° 2011-227 QPC, n° 2012-264 QPC, n° 2016-606/607 QPC.

¹⁶³ Décisions n° 2010-1 QPC, n° 2017-674 QPC, n° 2017-690 QPC, n° 2018-709 QPC, n° 2018-717/718 QPC, n° 2019-799/800 QPC.

¹⁶⁴ Décision n° 2011-120 QPC, en ce que les dispositions contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive qui ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

moins : d'une part, parce que c'est la première fois que le juge constitutionnel consacre ce principe en tant que norme constitutionnelle opératoire – en l'occurrence dans le cadre de la QPC – en le dégagant notamment de la devise de la République « liberté, égalité, fraternité » énoncée à l'article 2 de la Constitution de 1958, signifiant par là-même l'attachement séculaire dont la notion de fraternité fait l'objet¹⁶⁵. D'autre part, « il est assez symptomatique que ce soit à l'occasion d'une décision portant sur les étrangers que le principe ait fait son entrée dans le corpus constitutionnel s'imposant jurisprudentiellement à la loi, plus précisément dans la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution qu'elle doit respecter »¹⁶⁶. En visant les étrangers sans le dire franchement, le Conseil a ainsi jugé qu'« il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire »¹⁶⁷. Ainsi, ce seul exemple suffirait pour démontrer l'intérêt que peut offrir la QPC pour les personnes vulnérables que sont les étrangers.

Toutefois, les données statistiques et les exemples tel que celui de la décision sur la fraternité ne doivent pas laisser croire que la QPC constitue, sans nuance, un instrument efficace de protection de cette catégorie de personnes en situation de vulnérabilité, « l'efficacité de cet outil demeurant somme toute modeste »¹⁶⁸. Il faut rappeler, en effet, que l'impressionnant arsenal législatif qui nourrit le droit des étrangers n'a finalement vu censurer par cette voie de droit qu'une poignée de ses dispositions, moins d'une dizaine. Ce à quoi s'ajoute le fait que nombre de dispositions de la législation des étrangers ont déjà fait l'objet de déclarations de conformité, ce qui ferme largement la voie de la QPC¹⁶⁹.

Contrairement au constat dressé pour la France, le bilan réalisé par le Professeur Lecucq concernant les questions incidentes de constitutionnalité jugées par le Tribunal constitutionnel en cette matière, « est quasiment vide », puisqu'aucune décision du juge constitutionnel n'a été rendue par cette voie de recours. La recherche réalisée sur le moteur du site web du Tribunal constitutionnel en utilisant les mots clef « étrangers », « étranger »¹⁷⁰ ou « extranéité »¹⁷¹ n'aboutit en effet à aucun résultat, ce qui a été confirmé par le service juridique interne du Tribunal constitutionnel. Tout au plus, peut-on recenser, dans ce domaine, quatre tentatives de recours incidents, soit quatre questions d'inconstitutionnalité, qui se sont tous soldées par une ordonnance d'irrecevabilité du

¹⁶⁵ Pour plus de précisions, voir le commentaire de la décision sur le site web du Conseil constitutionnel.

¹⁶⁶ O. Lecucq.

¹⁶⁷ Point 8.

¹⁶⁸ O. Lecucq.

¹⁶⁹ Voir le tableau récapitulatif des dispositions législatives déclarées conformes sur le site web du Conseil constitutionnel.

¹⁷⁰ Qui est le mot le plus employé dans les fondements juridiques des arrêts rendus sur recours (par voie d'action) d'inconstitutionnalité.

¹⁷¹ Étant entendu que mot espagnol « extranjería » a un sens plus large que le mot français « extranéité » correspondant davantage au mot « immigration ».

Tribunal constitutionnel, soit pour défaut de motivation, soit parce que la question n'était pas fondée, soit encore parce que le doute constitutionnel n'était pas sérieux¹⁷².

L'explication de cette pauvreté contentieuse réside principalement dans le fait que les nombreuses lois espagnoles sur l'immigration ont pratiquement toutes fait l'objet d'un recours d'inconstitutionnalité faisant intervenir les autorités politiques (comme les Communautés autonomes) ou administratives (comme le Défenseur du peuple, à plusieurs reprises)¹⁷³. L'on compte ainsi 15 recours de ce type ayant donné lieu à une jurisprudence particulièrement fournie de la part du juge constitutionnel, qui aborde et tranche pour ainsi dire l'ensemble des problématiques constitutionnelles afférentes à la condition et au statut des étrangers, par le biais, au surplus, d'une motivation particulièrement étoffée. Aussi, les juges ordinaires ayant été confrontés dans plus de 1000 cas au droit des étrangers, et, à cette occasion, bien souvent au respect de leurs droits fondamentaux, ont pu aisément trouver dans ce fond jurisprudentiel la matière utile pour résoudre par eux-mêmes les difficultés d'ordre constitutionnel se présentant à leur prétoire, sans éprouver donc la nécessité de saisir à nouveau le Tribunal constitutionnel d'une question déjà résolue ou offrant la voie d'une interprétation conforme facilement négociable. À quoi s'ajoute l'apport de la jurisprudence constitutionnelle issue des quelques 150 recours d'*amparo* qui ont pu utilement compléter le droit constitutionnel des étrangers par une approche plus concrète des problématiques qu'il révèle.

Mises à part les explications ainsi données à la pauvreté contentieuse observée, force est donc, en définitive, de constater qu'en Espagne notre sujet n'en est pas vraiment un.

En Italie en revanche, le Professeur Laura Montanari ainsi que le chercheur Francesco Grisostolo, ont recensé dans la période 2000-2019, dans le cadre du procès par la voie incidente, 330 décisions touchant le droit des étrangers, sur un total de 4859 décisions (données arrêtées au 1^{er} novembre 2019). Parmi ces 330 décisions, 58 sont des arrêts, les autres sont des ordonnances. Concernant les solutions adoptées par ces décisions, l'on relève 29 arrêts de non-conformité (arrêts dans lesquels la question d'inconstitutionnalité *est accueillie* par la Cour), 21 arrêts de rejet de la question (arrêts dans lesquels la Cour ne prononce pas l'inconstitutionnalité de la disposition attaquée, qui sera donc appliquée dans le procès du renvoi, avec effet *inter partes*) et 280 décisions diverses (décisions de non-admission de la question et ordonnances).

Par ailleurs, la recherche sur la jurisprudence italienne a pris en compte aussi, de manière complémentaire, le procès par voie d'action (ou par voie principale), promu devant la Cour constitutionnelle par l'Etat ou les régions, afin d'assurer le respect de la répartition des compétences prévue par la Constitution. Comme nous le verrons ci-après, cette étude

¹⁷² Informations données par le service du Tribunal constitutionnel.

¹⁷³ Sur l'évolution législative et jurisprudentielle en matière d'étrangers en Espagne, sous le profil spécifique de la vulnérabilité de cette catégorie de la population, voir Ana María Ovejero Puente, « La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 151-171.

s'avère importante pour évaluer l'impact du procès par la voie incidente sur la protection des droits et libertés des étrangers opérée par la Cour constitutionnelle italienne. Ainsi, dans la même période (2000-2019) ont été recensés 30 arrêts pertinents pour notre recherche, adoptés dans le cadre du procès par la voie principale¹⁷⁴.

Pour ce qui est des normes-paramètre les plus mobilisées dans ce domaine, il faut rappeler que la Constitution italienne contient quelques dispositions qui se réfèrent de manière expresse à l'étranger : ainsi, l'art. 10, 2^e alinéa, qui prévoit que « la condition juridique de l'étranger est régie par la loi, conformément aux normes et aux traités internationaux », et qui impose donc le respect des traités internationaux ; l'article 117, relatif à la répartition des compétences législatives entre l'Etat et les régions, qui dispose que « l'État a le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières a) de politique étrangère et relations internationales de l'État ; relations de l'État avec l'Union européenne ; droit d'asile et statut juridique des ressortissants d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne ; b) immigration ; i) citoyenneté, état civil et registres de l'état civil ». Enfin, l'art. 10, 3^e alinéa de la Constitution, disposant que « l'étranger, auquel l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne est interdit dans son pays, a droit d'asile sur le territoire de la République, selon les conditions fixées par la loi » et l'alinéa 4 de ce même article 10, interdisant « l'extradition d'un étranger pour des délits politiques ».

Mais au-delà des dispositions se référant de manière expresse à l'étranger, la Cour constitutionnelle a pu mobiliser à l'égard de ces personnes en situation de vulnérabilité pratiquement tous les droits et libertés prévus par le texte constitutionnel, en les étendant par la voie interprétative aux non-citoyens. Depuis un arrêt n° 120 de 1967 en effet, la Cour constitutionnelle a estimé que l'art. 3 de la Constitution italienne – qui consacre le principe d'égalité – bien que se référant expressément aux seuls « citoyens », s'applique également à l'étranger, lorsqu'il s'agit du respect des droits fondamentaux évoqués par l'article 2 de la Constitution. Ont été ainsi pris en considération dans la jurisprudence constitutionnelle les droits et libertés individuels, les droits sociaux et, dans une moindre mesure, les droits politiques. Au-delà des apports sur le fond, en Italie aussi la protection jurisprudentielle offerte par le juge constitutionnel à l'égard des étrangers passe également à travers une dimension contentieuse, que nous allons analyser dans le paragraphe qui suit.

¹⁷⁴ Concernant la voie principale, seuls les arrêts ont été comptabilisés dans la recherche, et pas les ordonnances. En effet, alors que dans le procès par la voie préjudicielle la Cour doit examiner préliminairement la pertinence de la question et son caractère non manifestement infondé, ces conditions n'apparaissent pas dans le procès par la voie principale, ce qui fait que ce procès se termine rarement par ordonnance.

2. Les apports d'ordre processuel

Sur le plan contentieux, plusieurs points méritent plus particulièrement attention, en France comme en Italie.

2.1. La concurrence contentieuse et la législation contrôlée

Le domaine du droit des étrangers est particulièrement impacté, en France comme en Italie, par la coexistence, avec la voie préjudicielle, du procès par voie d'action, ouvert dans les deux pays à des organes institutionnels et/ou politiques. L'analyse comparative met en exergue le fait que les juges constitutionnels de ces deux systèmes ont globalement fait jouer le jeu de la protection offerte par la voie préjudicielle aux droits des étrangers, et ce malgré, ou grâce à la présence de cette concurrence contentieuse.

2.1.1. Contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*

En France, l'analyse montre en premier lieu que le contrôle *a posteriori* offert par la QPC joue en quelque sorte pleinement son rôle lorsqu'il permet de mettre rapidement en doute des dispositions législatives adoptées récemment et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle préventif (ou d'une déclaration de conformité) dans le cadre du procès par voie d'action. Dans ce cas, comme l'affirme Olivier Lecucq, « l'éventuel venin contenu dans la loi n'a pas le loisir de se diffuser dans le temps, il est rapidement stoppé, la QPC servant de garde-fou diligent des droits fondamentaux. Ainsi, dans 10 cas sur 23, la législation contestée n'a pas plus de trois ans, ou guère plus, ce qui révèle la réactivité potentielle de la procédure et évite, le cas échéant, que le mal constitutionnel perdure ». Cela a été le cas, par exemple, de la décision n° 799/800 QPC du 6 septembre 2019, par laquelle le Conseil a jugé que l'octroi d'une libération conditionnelle au profit d'une personne pour certains faits de terrorisme, tel que prévu par une loi du 3 juin 2016, n'était pas possible, compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, pour les condamnés étrangers sous le coup d'une décision d'éloignement du territoire, telle qu'une expulsion ou une interdiction du territoire français, dès lors que l'exécution de mesures probatoires est incompatible avec la décision d'éloignement du territoire, et que cette privation pour les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier

dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, était manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines¹⁷⁵.

À l'inverse, autre vertu d'intervention temporelle, la QPC a permis la contestation de législations anciennes qui, par la force des choses processuelles, avaient jusqu'alors échappé à tout contrôle de constitutionnalité. Topiquement, on citera l'exemple de la censure, prononcée, sur la base de la rupture d'égalité de traitement, dans la première décision QPC, la décision n° 2010-1, du procédé de cristallisation des pensions attribuées aux ressortissants d'Algérie (et aux ressortissants français qui y sont demeurés) issu d'un paquet législatif de nature financière dont certains des éléments textuels remontent à la fin des années cinquante¹⁷⁶.

Sur un autre plan, dans la décision n° 606/607 QPC du 24 janvier 2017, portant sur les contrôles d'identité, le Conseil constitutionnel a pu préciser les contours de la condition de recevabilité de la QPC qui impose que la loi déférée en QPC ne doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances¹⁷⁷, condition qui relève donc du mécanisme de connexion entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*. Dans cette décision, les deux situations visées par cette condition de recevabilité se retrouvent vérifiées et les solutions données sont favorables à la protection des droits des personnes (dont les étrangers) visées par les dispositions législatives attaquées. D'une part, en effet, le Conseil relève que l'un des alinéas contestés de l'article 78-2 du code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République a été « spécialement examiné » dans une décision DC antérieure¹⁷⁸, mais qu'il « ne l'a toutefois pas déclaré conforme dans le dispositif de cette décision »¹⁷⁹, de sorte que le contrôle de cet alinéa au titre de la QPC est en mesure de prospérer. D'autre part, le Conseil juge que, si les dispositions contestées de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale ont été déclarées conformes à la Constitution dans une autre décision DC antérieure¹⁸⁰, des modifications introduites par la suite par le législateur en ont étendu le champ d'application et que ce changement de circonstances justifie leur réexamen de constitutionnalité¹⁸¹.

¹⁷⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-799/800 QPC, points 7 et 8.

¹⁷⁶ O. Lecucq.

¹⁷⁷ Cette condition de recevabilité est prévue par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁷⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.

¹⁷⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-606/607 QPC, point 10.

¹⁸⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

¹⁸¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-606/607 QPC, point 11.

2.1.2. Contrôle par voie principale et contrôle par voie incidente

Malgré le fait que le projet concentre son analyse du contrôle par la voie incidente, Mme Montanari et M. Grisostolo ont estimé pertinent pour la recherche la mise en exergue du rôle joué par le contrôle par voie principale dans le domaine de la protection des droits des étrangers ainsi que du rapport de complémentarité existant entre les deux contentieux.

Il faut rappeler avant tout que le procès par voie d'action est réglementé en Italie par l'article 127 de la Constitution, tel que révisé en 2001. Cet article dispose, à l'alinéa 1^{er}, que « lorsque le Gouvernement estime qu'une loi régionale *excède la compétence de la Région*, il peut saisir la Cour constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent sa publication » et, à l'alinéa 2, que « lorsque la Région estime qu'une loi, ou un autre acte ayant valeur de loi de l'État ou d'une autre Région, *porte atteinte au domaine relevant de sa compétence*, elle peut saisir la Cour constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi ou de l'acte ayant valeur de loi »¹⁸².

La différente formulation textuelle des deux alinéas a donné lieu à une interprétation asymétrique de la part de la Cour constitutionnelle. Elle a estimé en effet qu'alors que l'État peut attaquer la loi régionale pour toute violation de la Constitution, non seulement pour celles ayant trait à la répartition des compétences, les régions, en revanche, ne peuvent attaquer la loi étatique qu'en cas de violation de la répartition des compétences prévue par la Constitution (sauf le cas où les vices de la loi étatique « redondent » sur les attributions régionales, avec l'obligation dans ce cas pour la région de motiver ce grief).

Ainsi, concernant le recours de l'État, la Cour estime que celui-ci peut intervenir à l'encontre d'une loi régionale, lorsqu'il estime que cette loi viole les droits fondamentaux des étrangers, à cause de mesures discriminatoires (telles que les obligations de résidence pour une période déterminée, afin de bénéficier de certaines prestations sociales régionales). Or, en vertu du pluralisme politico-institutionnel régional voulu par le constituant italien, il est somme toute normal, et même physiologique, que les régions légifèrent différemment sur telle ou telle prestation, et donc sur tel ou tel droit. Toutefois, une abondante jurisprudence de la Cour constitutionnelle, tout en admettant que des conditions spécifiques puissent être mises en place concernant les étrangers – telle la condition de résidence sur le territoire régional pour une période déterminée pour bénéficier de certaines prestations¹⁸³ – rappelle tout de même que les différenciations régionales ne doivent pas dépasser les limites du raisonnable, la Cour censurant les limitations introduites à l'égard des étrangers pour la jouissance de certains services

¹⁸² Souligné par nous.

¹⁸³ Cour constitutionnelle, arrêts n° 2 et 4 de 2013.

régionaux, lorsque les différences de traitement ne sont pas proportionnelles au but poursuivi par le législateur régional (*principio di ragionevolezza*)¹⁸⁴.

Il ne faut pas croire, toutefois, que le recours de l'État aille toujours en faveur des droits des étrangers. Il arrive, en effet, parfois, que l'État attaque des lois régionales qui élargissent les garanties offertes aux étrangers, en alléguant une violation de sa propre compétence. Ainsi, pour ne donner qu'un exemple significatif, l'État a attaqué certaines lois régionales qui élargissaient les soins offerts par les Systèmes Sanitaires Régionaux aux étrangers en situation irrégulière, ces régions développant de manière autonome le noyau de « soins urgents essentiels » qui sont garantis à cette catégorie d'étrangers sur la base d'une loi étatique. Selon la défense de l'État, ces régions auraient envahi la sphère de compétence exclusive de l'État en matière d'immigration, puisque les garanties supplémentaires octroyées aux étrangers en situation irrégulière auraient pu avoir une incidence indirecte sur le contrôle de la politique migratoire nationale. D'autres fois, en revanche, la Cour constitutionnelle en a jugé autrement, estimant qu'en matière de « protection de la santé », pour laquelle la région possède une compétence concurrente à celle de l'État, il revient à la région de déterminer le noyau essentiel des soins offerts aux étrangers en situation irrégulière¹⁸⁵.

Quant aux recours des régions contre les lois étatiques, il arrive très souvent que la Cour rejette ces recours lorsqu'ils portent sur d'autres aspects que la stricte répartition des compétences, car, selon la Cour, les régions ne motivent pas assez le caractère « redondant ». Ainsi, récemment, la Cour constitutionnelle a rejeté les recours soulevés par plusieurs régions italiennes contre le texte législatif appelé « décret-sécurité », adopté sous le Gouvernement « Conte 1 » par le Ministre de l'Intérieur italien Matteo Salvini et finalisé à restreindre certains droits et garanties prévus pour les étrangers¹⁸⁶. La Cour a estimé que dans ces recours, l'impact de la loi étatique sur les compétences régionales et sur la garantie des droits qui en découlent n'avait pas été assez démontré, et que rien n'empêche, de toute façon, les régions de garantir, par des mesures plus favorables relevant de leur compétence, les droits et libertés des étrangers résidant sur leur territoire¹⁸⁷.

Cette orientation plutôt rigide de la Cour constitutionnelle à l'égard du recours régional limite ainsi les potentialités de protection des droits fondamentaux des étrangers que ce type de recours pourrait exprimer.

¹⁸⁴ Voir par exemple, Cour constitutionnelle, arrêts n° 40/2011 ; 168/2014 ; 106 et 107/2018.

¹⁸⁵ Cour constitutionnelle, arrêts 269 et 299 de 2010.

¹⁸⁶ Il s'agit du « Decreto-legge du 4 octobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), converti dans la loi n. 132 du 1^{er} décembre 2018.

¹⁸⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 194/2019.

2.2. Le rôle joué par le droit supranational

La question du rôle joué par le droit supranational au sein du contrôle de constitutionnalité de la loi revêt une importance toute particulière, notamment dans notre matière, le droit des étrangers, régie désormais en grande partie par ces normes. L'analyse de la jurisprudence française et italienne montre deux approches différentes, dues aussi en grande partie à la différence des normes constitutionnelles régissant les rapports entre l'État et les ordonnancements supranationaux. Mais, au-delà des données textuelles, l'orientation interprétative choisie par les juges constitutionnels dans ce domaine joue pour beaucoup. Concrètement, la solution adoptée en France, dans laquelle les directives européennes font « écran », empêchant ainsi le contrôle de constitutionnalité des lois qui appliquent ces directives, conduit à une diminution des possibilités ouvertes aux étrangers de se prévaloir du système QPC pour la protection de leurs droits. En Italie en revanche, sur un autre plan, la solution adoptée par la Cour constitutionnelle, consistant à contrôler la constitutionnalité des lois nationales par rapport aux dispositions internationales, et notamment par rapport à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conduit à un renforcement de la protection des droits des étrangers offerte par le contrôle par la voie incidente.

2.2.1. L'écran des directives communautaires en QPC

L'article 88-1 de la Constitution française¹⁸⁸ crée, si l'on peut dire, comme le relève Olivier Lecucq, un écran européen entre la loi et la Constitution qui, selon les termes mêmes du Conseil, le rend incompétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, et qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. La seule exception à ce champ d'incompétence du juge constitutionnel tient à la mise en cause éventuelle par les dispositions législatives de transposition d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Rappelant ces données constitutionnelles, le Conseil a ainsi pu, dans sa décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, juger qu'elles étaient applicables aux dispositions de l'article L. 712-2 du CESEDA

¹⁸⁸ Qui dispose : « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'il résulte du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

qui régissent la protection subsidiaire des étrangers et qu'il n'y avait par conséquent pas lieu d'examiner la QPC les contestant¹⁸⁹.

Cette théorie de l'écran européen présente en notre matière, le droit des étrangers, une importance particulière dans la mesure où la réglementation européenne par directives s'y révèle abondante et susceptible en conséquence d'empêcher nombre de QPC d'aboutir au profit du contentieux devant la Cour de Luxembourg¹⁹⁰. Encore qu'il faille noter une certaine marge d'appréciation du Conseil quant à son caractère opératoire¹⁹¹. Ainsi, dans la décision n°2019-810 QPC du 25 octobre 2019, rendue à propos de la responsabilité, punissable d'amende, des transporteurs aériens en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national prévue par les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA, alors que le Conseil constate que ces articles visent à assurer la transposition de la directive du 28 juin 2001 qui complète l'article 26 convention d'application de l'Accord de Schengen de 1990 prévoyant dans ce cas de figure, à la charge des États, l'instauration de sanctions à l'encontre des transporteurs aériens ou maritimes, il juge néanmoins que les dispositions contestées ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de cette directive et qu'il est dès lors compétent pour les contrôler à l'aune des droits et libertés constitutionnels¹⁹², même si, au final, aucune inconstitutionnalité se sera décelée.

2.2.2. La Convention européenne des droits de l'homme comme norme paramètre « interposée »

La Cour constitutionnelle italienne, par une jurisprudence fort audacieuse, a considéré, en 2007, que lors du contrôle de constitutionnalité de la loi, elle devait tenir compte aussi des normes internationales, et notamment des normes issues de la CEDH, lesquelles deviennent ainsi des normes paramètre « interposées » de ce contrôle. Cette jurisprudence a conduit, dans les faits, à un élargissement de la protection offerte aux droits des étrangers.

L'article 117, 1^{er} alinéa, de la Constitution italienne, révisé en profondeur en 2001, dicte une règle générale qui impose au législateur le respect des traités internationaux : « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales ». Se fondant sur cette disposition, la Cour constitutionnelle a considéré ainsi les normes internationales, et notamment, en matière de droits

¹⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-79 QPC, points 3 et 4.

¹⁹⁰ À tout le moins du contentieux ordinaire devant les juridictions administratives et judiciaires.

¹⁹¹ Selon l'analyse d'Olivier Lecucq.

¹⁹² Points 8, 9 et 10.

fondamentaux, la CEDH, comme des normes paramètre (interposées) dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Cela signifie en d'autres termes que la disposition législative qui viole les droits de la Convention européenne viole indirectement aussi l'art. 117, 1^{er} alinéa, de la Constitution. Cette solution a été adoptée pour la première fois par la Cour constitutionnelle italienne dans les célèbres « arrêts jumeaux » de 2007¹⁹³, dans lesquels elle a inauguré une sorte de schéma opérationnel. Selon la Cour, il revient avant tout au juge ordinaire, dans le cadre du litige, de tenter de réaliser une interprétation conforme du droit interne par rapport au droit international, et ce n'est que s'il n'arrive pas à résoudre le conflit par la voie interprétative, qu'il doit saisir la Cour constitutionnelle, à qui revient donc « le dernier mot ». La Cour constitutionnelle vérifie alors le conflit de la loi avec la CEDH et déclare éventuellement la disposition législative contraire à la Constitution pour violation d'une disposition de la CEDH. Il est important aussi de préciser que selon la Cour, il faut tenir compte non seulement du texte de la Convention et de ses protocoles, mais aussi de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Cette solution jurisprudentielle a conduit à un renforcement de la protection des droits et libertés des étrangers, par un élargissement à leur égard des garanties offertes par la Convention et par la jurisprudence de Strasbourg. Ceci s'est vérifié avant tout en matière de droits sociaux. Une illustration importante est donnée par l'arrêt n° 187 de 2010, à propos de l'allocation d'invalidité, que la loi italienne subordonnait à la possession d'une carte de séjour. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁴, la Cour constitutionnelle a jugé que la discrimination entre nationaux et étrangers devait être évaluée à la lumière de cette jurisprudence qui, en matière de prestations sociales, lie le principe de non-discrimination, protégé par l'art. 14 de la CEDH, au droit de propriété, protégé par l'art. 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention. Ainsi faisant, la Cour constitutionnelle a repris l'idée selon laquelle à partir du moment où l'État, de manière discrétionnaire, décide de mettre en place une prestation sociale, il crée une sorte d'« attente » sur les destinataires, une attente d'ordre pécuniaire, liée au droit de propriété. Ainsi, si le juge (constitutionnel et européen) ne peut en aucun cas contrôler le choix (discrétionnaire) du législateur concernant la prévision d'une prestation, il pourra et devra, en revanche, contrôler, avec un *strict scrutiny*, que le législateur respecte le principe de non-discrimination concernant les destinataires de cette prestation et qu'il ne fonde pas une différence de traitement sur le seul critère de la nationalité.

¹⁹³ Cour constitutionnelle, arrêts n° 348 et 349 de 2007.

¹⁹⁴ Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996.

2.3. Le rôle des associations

Comme nous le verrons dans le détail dans le paragraphe consacré, dans ce rapport, au rôle joué par les associations à la faveur des personnes vulnérables en QPC, il est d'ores et déjà opportun de préciser qu'en matière de droits des étrangers, la possibilité d'intervention de tiers au recours a donné tout loisir aux associations défenderesses des étrangers d'apporter leur écho à l'examen de constitutionnalité. Hormis quelques cas, les questions des requérants soulevées en QPC ont ainsi toujours fait l'objet d'observations en intervention d'associations bien connues de ce milieu, souvent de manière multiple. Rien d'étonnant à cela, puisque le droit des étrangers compte parmi les branches juridiques où l'activisme associatif se fait le plus prégnant – et le plus productif. Le contentieux administratif général, le contentieux des référés administratifs et, par la voie des portes étroites, le contentieux constitutionnel *a priori* en ont donné de belles illustrations. La QPC n'échappe pas à l'observation.

3. Les apports d'ordre substantiel

Même si les aspects d'ordre processuel ne peuvent être totalement détachés des éléments au fond, nous allons tenter de synthétiser plus précisément dans ce paragraphe les principales orientations jurisprudentielles en matière de droits fondamentaux des étrangers. Les analyses menées par les Professeurs Laura Montanari et Olivier Lecucq montrent que de nombreux droits fondamentaux ont été pris en considération dans les jurisprudences constitutionnelles des deux pays, pour vérifier si même les étrangers pouvaient en jouir ou pas, et dans quelle mesure. Pour simplifier la présentation, nous allons utiliser les catégories classiques élaborées par la doctrine, en distinguant les droits-libertés, les droits sociaux et les droits civils et politiques.

3.1. Les droits-libertés

En principe, que ce soit en Italie ou en France, la jurisprudence constitutionnelle a toujours reconnu aux étrangers la jouissance des droits-libertés, considérés comme des droits fondamentaux dont sont titulaires tous les êtres humains.

Il suffit de songer à la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, consacrant de manière éclatante le principe de fraternité et la première exigence qu'il comporte, à savoir que le fait d'aider autrui, fut-il en situation irrégulière sur le territoire, dans un but humanitaire. Ou encore il suffit de penser, en Italie, à l'arrêt n° 105 de 2001 en matière

d'expulsion, dans lequel la Cour affirme que, bien que les exigences liées à maîtrise de l'immigration et à la prévention et au maintien de l'ordre public soient d'une fondamentale importance, « *le caractère universel de la liberté personnelle ne peut en aucun cas en résulter violé* », cette liberté, tout comme les autres droits fondamentaux consacrés par la Constitution, « appartenant aux individus non pas en tant que membres d'une communauté politique, *mais en tant qu'êtres humains* »¹⁹⁵.

Deux décisions qui suffisent à rappeler, selon les mots d'Olivier Lecucq, « que les étrangers sont avant tout des femmes et des hommes qui disposent de droits fondamentaux s'imposant à l'État législateur, et qu'en se confrontant à la logique de souveraineté qui imprègne le statut des étrangers, cette logique protectrice doit à tout le moins inspirer l'application aux étrangers des droits et libertés que la Constitution garantit ».

Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas dit autre chose lorsque, dans ses décisions DC pionnières en la matière, il énonce que : « si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »¹⁹⁶.

Toutefois, au-delà des affirmations de principe, que ce soit en Italie ou en France, les juges constitutionnels manifestent un certain *self-restraint* lorsqu'il s'agit de la protection des droits-libertés, car ces droits se trouvent en première ligne face aux exigences liées à la maîtrise des flux migratoires et à la sauvegarde de l'ordre public. Les juges constitutionnels ont souvent tendance à sauver les dispositions législatives attaquées, en proposant, par exemple, des interprétations conformes de ces dispositions ou en limitant leur contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation. Cette attitude se manifeste dans plusieurs domaines intéressant la mise en œuvre et la protection des droits-libertés.

3.1.1. La jurisprudence relative à l'entrée de l'étranger sur le territoire national

Comme le relève Laura Montanari, le *self-restraint* de la Cour constitutionnelle italienne face aux choix politiques du législateur visant à maîtriser les flux migratoires et à répondre aux exigences relatives à l'ordre public se manifeste tout particulièrement dans le domaine, très sensible, de l'entrée de l'étranger sur le territoire de l'État. D'ailleurs, souligne Mme Montanari, il s'agit là du critère de différenciation majeure entre le national

¹⁹⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 105/2001, cons. dir. point 4. Souligné par nous.

¹⁹⁶ Principe énoncé dès la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. 33, et formulé de la manière la plus achevée dans la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 10.

et l'étranger : seul le premier, et pas le second, jouit du droit d'entrer et de sortir librement du territoire national ainsi que du droit de ne pas y être éloigné.

À ce propos, il faut évoquer un arrêt important de la Cour constitutionnelle italienne, l'arrêt n° 62 de 1994, dans lequel la Cour dessine très précisément le rapport différent existant avec le territoire, et avec l'État, pour le national et pour l'étranger. Selon la Cour, « le fait, pour le citoyen italien, de constituer une partie essentielle du peuple ou, plus précisément, le fait de représenter, avec les autres citoyens, un élément constitutif de l'État » implique que le citoyen jouisse du « droit de résider dans le territoire de son propre Etat sans limitations temporelles » et le droit de ne pas en être éloigné, pour aucun motif. Au contraire, l'absence, pour l'étranger, d'un lien ontologique avec la communauté nationale, et donc l'absence de tout lien juridique avec l'État italien, conduit à nier pour celui-ci une quelconque liberté concernant l'entrée et la permanence sur le territoire italien, dans la mesure où « il ne peut y rentrer et y séjourner que sur la base d'autorisations (qui peuvent être révoquées à tout moment) et pour une période déterminée ». Cette disposition justifie ainsi l'ample pouvoir discrétionnaire laissé au législateur dans ce domaine, comme cela est confirmé, par exemple, par l'arrêt n° 250 de 2010, avec lequel la Cour constitutionnelle a jugé conforme à la Constitution le « délit de séjour irrégulier » (*reato di clandestinità*), affirmant que l'objet de la sanction pénale n'était pas « une condition personnelle et sociale », mais la violation des normes qui régissent l'entrée sur le territoire de l'État. Ici, le bien juridique protégé par la norme pénale est « l'intérêt de l'État au contrôle et à la gestion des flux migratoires, selon un système normatif donné : la protection pénale de cet intérêt ne peut donc être considérée ni irrationnelle ni arbitraire »¹⁹⁷.

3.1.2. La modulation du contrôle de constitutionnalité

Bien que les droits et libertés garantis par la Constitution aient la même valeur et soient pareillement dignes d'application par le juge constitutionnel, force est de constater que, tout comme la Cour constitutionnelle italienne, le Conseil constitutionnel procède à une gradation des degrés de protection de ces droits, au point de pouvoir imaginer une sorte de hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux en fonction précisément de cette gradation. Concernant le droit des étrangers, ceci s'avère tout particulièrement en matière de droits-libertés, car, comme nous le disions plus haut, ces droits se trouvent directement confrontés aux exigences de protection de l'ordre public et de maîtrise des flux migratoires. De même valeur, de même applicabilité, les droits fondamentaux ne font

¹⁹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 250 de 2010, cons. dir. point 6.2.

donc pas l'objet de la même intensité de contrôle de constitutionnalité, et les 23 décisions QPC analysées ici en portent largement témoignage.

À titre d'exemple, il est clairement affirmé que l'application du principe de nécessité et de proportionnalité des peines ne donne lieu qu'à l'exercice d'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, en raison de ce que, ainsi que le Conseil le rappelle à plusieurs reprises, « l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ». D'où il ressort que : « si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de *s'assurer de l'absence de disproportion manifeste* entre l'infraction et la peine encourue »¹⁹⁸.

Comme le souligne Olivier Lecuq, qui dit contrôle restreint ne dit cependant et évidemment pas absence de contrôle et impossibilité de censure. C'est ce qu'a pu, en particulier, montrer la décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, portant sur les conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme. Dans le contrôle de la disproportion manifeste qu'il y opère au titre du principe de nécessité des peines, le Conseil confirme qu'il prend en compte le régime d'exécution des peines, cette dernière étant « conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »¹⁹⁹. Fort de ces considérations, le Conseil a jugé que le dispositif contesté avait pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, et était, ce faisant, manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines²⁰⁰.

C'est à ce degré de contrôle limité que le juge constitutionnel a également pu recourir dans sa décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, à propos cette fois-ci du droit au recours effectif et du droit au respect de la vie privée. Se prononçant sur le régime de l'expulsion en urgence absolue qui grignote les possibilités d'accès au contrôle juridictionnel de cette mesure d'éloignement, le Conseil estime qu'en dispensant l'autorité administrative, en cas d'urgence absolue, d'accomplir un certain nombre de formalités prévues par le CESEDA en matière d'expulsion (avis préalable de la mesure, convocation pour être entendu par la commission d'expulsion), le législateur « a opéré une conciliation qui n'est pas *manifestement déséquilibrée* entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la

¹⁹⁸ Souligné par nous.

¹⁹⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-799/800 QPC, points 5 et 6.

²⁰⁰ *Ibidem*, point 8.

prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions »²⁰¹. Comme l'illustrent plusieurs autres décisions, une même qualité de contrôle se perçoit également dans la mise en œuvre du principe d'égalité²⁰².

En revanche, l'application d'autres droits, ou des mêmes droits mais envisagés dans des conditions et sous des profils différents, a conduit le Conseil à accroître l'intensité de son contrôle vers un véritable contrôle de proportionnalité. Une parfaite illustration de cette démarche nous est donnée par la décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 concernant la création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés. Outre l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui implique que les règles relatives à la détermination de l'âge de l'individu soient entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures²⁰³, le Conseil rappelle que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée, et que, « par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »²⁰⁴. Ce qui conduit le juge à examiner dans le détail la manière dont, en l'occurrence, le législateur a opéré la conciliation entre l'objectif de lutte contre l'immigration illégale qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle, et le droit au respect de la vie privée, et à juger, en définitive, que cette conciliation n'était pas disproportionnée.

L'exercice d'un contrôle normal se retrouve, dernier exemple, dans la décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017 rendue à propos du régime de l'assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion. En l'espèce, au terme d'un contrôle de la (simple) disproportion des atteintes à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale, autrement dit au terme d'un contrôle normal de proportionnalité de la conformité de la loi à ces divers droits et libertés, le Conseil censure le fait que « le législateur n'(ait) pas prévu qu'au-delà d'une certaine durée, l'administration doive justifier de circonstances particulières imposant le maintien de l'assignation à résidence aux fins d'exécution d'une décision d'interdiction du territoire »²⁰⁵. Afin qu'il n'y ait pas davantage d'atteinte disproportionnée aux mêmes droits et libertés, il émet en outre une réserve d'interprétation prescrivant que « l'autorité administrative (retienne) des conditions et des lieux d'assignation à résidence tenant compte, dans la contrainte qu'ils

²⁰¹ *Ibidem*, point 12. Souligné par nous.

²⁰² Voir par exemple la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, dans laquelle, à propos des bénéficiaires du revenu de solidarité active, le Conseil juge que le critère tenant à la stabilité de la présence sur le territoire national pour décider de l'attribution de cette prestation n'était *manifestement pas inapproprié* au but poursuivi (point 5).

²⁰³ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-797 QPC, point 3.

²⁰⁴ *Ibidem*, point 4.

²⁰⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-674 QPC, point 10.

imposent à l'intéressé, du temps passé sous ce régime et des liens personnels et familiaux et personnels noués par ce dernier »²⁰⁶.

3.1.3. Le contentieux de l'éloignement

Comme le relève Olivier Lecucq, s'il est un thème épineux du droit des étrangers, c'est bien celui du contentieux de l'éloignement. D'abord parce qu'il reflète un ensemble particulièrement fourni de dispositifs destinés à éloigner du territoire national les étrangers qui ne disposent pas, ou ne disposent plus, de titres de séjour. Ensuite parce qu'il place l'étranger au centre d'un conglomérat de décisions administratives et judiciaires (refus de séjour, éloignement, placement en rétention, prolongation de la rétention, à quoi s'ajoutent souvent des actes préalables comme le contrôle d'identité et la garde à vue en particulier) dont la contestation s'avère un casse-tête, y compris pour les praticiens spécialistes de la matière. Enfin, et surtout, parce qu'à cette opération complexe, mettant au prise une multitude de décisions et de conséquences matérielles, répond, en cas de contestation, un chevauchement de compétences juridictionnelles faisant intervenir tantôt le juge administratif, tantôt le juge judiciaire, tantôt les deux.

Le Conseil constitutionnel a très tôt été confronté à la complexité de ce régime contentieux tenant à la dualité des ordres juridictionnels²⁰⁷. Et, non sans peine, il s'est efforcé de rendre justice à chacun des principes constitutionnels en présence. Plusieurs décisions QPC l'illustrent²⁰⁸. C'est le cas en particulier de la décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, dans laquelle le Conseil a été conduit à faire application des règles constitutionnelles déterminant les chefs de compétence juridictionnelle administratifs et judiciaires à propos de la contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention. Régi par la loi du 20 mars 2018 permettant une bonne application du régime d'asile européen, ce cas de figure a, en l'espèce, attiré les foudres du requérant considérant qu'il méconnaissait l'article 66 de la Constitution, faisant de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, en donnant compétence exclusive au juge administratif pour apprécier la légalité des décisions de maintien en rétention prises à la suite d'une demande d'asile formée par un étranger retenu. Pour rejeter le grief, le juge constitutionnel a passé les dispositions contestées au crible des deux principales règles constitutionnelles mobilisées. Il rappelle en effet, d'une part, l'article 66 de la Constitution, tout en précisant que « dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il

²⁰⁶ *Ibidem*, point 11.

²⁰⁷ Voir, en particulier, décisions n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, n° 89-261 DC du 28 juillet 1989 et n° 93-325 DC du 13 août 1993.

²⁰⁸ Décisions n° 2017-674 QPC, n° 2018-709 QPC, n° 2018-741 QPC et n° 2019-807 QPC.

entend édicter » ; et, d'autre part, que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »²⁰⁹. Après avoir, de plus, précisé qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, (dans le cas considéré), le juge judiciaire est incompétent pour connaître, à l'occasion de son contrôle de la rétention administrative, de toute contestation portant sur la légalité de l'arrêté de maintien en rétention », le Conseil observe ensuite, qu'« alors même qu'elle a pour effet de laisser perdurer une mesure privative de liberté, la décision par laquelle l'autorité administrative décide de maintenir en rétention un étranger au motif que sa demande a été présentée dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement constitue une décision relative au séjour des étrangers ». « Or, indique-t-il, l'annulation ou la réformation d'une décision relative à telle matière, prise dans l'exercice de prérogative de puissance publique par une autorité publique, relève, en application du principe fondamental mentionné ci-dessus, de la compétence de la juridiction administrative »²¹⁰. Relevant par ailleurs que « la décision de maintien en rétention n'affecte ni le contrôle du juge des libertés et de la détention exercé sur la décision de placement en rétention ni sa compétence pour examiner la prolongation de la rétention », pas davantage que les dispositions contestées ne privent le juge judiciaire de la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention²¹¹, le Conseil juge en définitive que le législateur n'a pas méconnu l'article 66 de la Constitution, sans avoir oublié de souligner au passage qu'il n'est en outre pas tenu d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il peut seulement le faire²¹².

La décision n° 2018-741 QPC du 19 octobre 2018 se prononce quant à elle sur le respect du droit au recours effectif, découlant de l'article 16 de la DDHC, à propos des délais de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF). Au terme d'une vérification méticuleuse des garanties offertes à l'étranger par le CESEDA, le Conseil constitutionnel conclut en définitive que le législateur a opéré une conciliation équilibrée entre le droit à un recours juridictionnel et l'objectif qu'il poursuit d'assurer l'exécution des APRF et d'éviter la prolongation des mesures de rétention ou d'assignation à résidence²¹³.

²⁰⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-807 QPC, points 5 et 6.

²¹⁰ *Ibidem*, point 9.

²¹¹ *Ibidem*, point 10.

²¹² *Ibidem*, point 11. Cette analyse est le fait d'Olivier Lecuq.

²¹³ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-741 QPC, points 14 et 15.

Toujours sur le droit au recours juridictionnel, on relèvera enfin que, dans sa décision n° 2013-347 QPC du 11 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a montré une certaine vigilance à ce que les étrangers, qu'elle que soit leur situation administrative, soient en mesure de disposer de l'aide juridictionnelle pour contester une décision leur faisant grief. En l'occurrence, il était question de plusieurs dispositions du code de l'action sociale et des familles qui, pour qu'ils puissent prétendre au bénéfice de prestations sociales et de l'aide juridictionnelle, imposent aux personnes sans domicile stable d'élire domicile auprès soit du service intercommunal d'action sociale soit auprès d'un organisme agréé à cet effet, mais excluent de cette procédure de domiciliation les étrangers (non ressortissants de l'Union européenne, de l'Espace économique ou de la Suisse) sans titre de séjour. Quid par conséquent du respect du droit au recours juridictionnel des intéressés sans possibilité pour eux de demander l'aide juridictionnelle ? En guise de réponse, le Conseil observe que les dispositions ainsi contestées constituent des dispositions générales qui n'ont pas pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions spécifiques. Or, au nombre de ces dernières, figurent celles, issues de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique, qui, sous certaines conditions, étendent à toutes les catégories d'étrangers le bénéfice de l'aide juridictionnelle, ce qui conduit le Conseil à écarter le moyen d'inconstitutionnalité tiré de la privation pour certains étrangers en situation irrégulière du droit de déposer une demande tendant à obtenir l'aide juridictionnelle.

Selon le Professeur Lecucq, cette dernière décision, allant, on le voit, bien au-delà du thème du contentieux l'éloignement du territoire, est une bonne illustration du fait que la procédure de la QPC offre aux étrangers une réelle voie de droit supplémentaire pour la défense de leurs droits fondamentaux.

3.2. Les droits sociaux

Contrairement aux droits-libertés, pour lesquels les jurisprudences des juges constitutionnels français et italiens semblent converger, dans le sens d'une certaine réticence à l'égard de leur protection, face aux impératifs d'ordre public et de gestion des flux migratoires, en matière de droits sociaux notre analyse montre des attitudes jurisprudentielles qui divergent quelques peu entre les deux pays.

En Italie en effet, l'étude menée par Mme Montanari manifeste une grande ouverture de la part de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à l'égard des droits sociaux des étrangers. Les décisions rendues dans ce domaine sont importantes, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif : quasiment tous les types de droits sociaux étant pris en considération dans les affaires jugées, avec une grande articulation dans la protection offerte. Laura Montanari relève que bien qu'il s'agisse de « droits qui coûtent », la Cour constitutionnelle réalise un contrôle approfondi sur le caractère raisonnable des choix et

des différenciations opérés par le législateur, tant national que régional, et n'hésite pas à censurer les dispositions législatives attaquées, sources de différenciations arbitraires ou non raisonnables. D'une part, la Cour vérifie qu'il y ait une correspondance, un lien, entre la différenciation mise en place à l'égard des étrangers et la raison d'être de la norme attaquée. Par exemple, dans l'arrêt n° 432 de 2005, sur l'utilisation gratuite des moyens de transport public pour les personnes invalides, la Cour, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'une prestation facultative de solidarité sociale, non directement rattachée à la protection du droit à la santé, ne trouve pas, toutefois, de « corrélation raisonnable » entre le fait de pouvoir bénéficier de cette prestation et la condition de la possession de la nationalité italienne, et censure ainsi la disposition attaquée qui imposait cette condition, affirmant que ce genre de différenciations « finissent par introduire dans le tissu normatif des éléments de distinction tout à fait arbitraires ». D'autre part, même là où la différenciation apparaît justifiée, la Cour vérifie le caractère raisonnable de la solution adoptée, comme l'illustrent les décisions déjà évoquées relatives aux lois régionales conditionnant le bénéfice de certains droits sociaux à une période de résidence sur le territoire de la région.

Les décisions de la Cour constitutionnelle dans ce domaine montrent que le juge constitutionnel tente de trouver un équilibre entre les diverses exigences en présence, un équilibre délicat, notamment dans une phase économique difficile comme celle que traverse l'Italie actuellement, sans toutefois oublier les demandes fondamentales de protection. Ainsi, dans l'arrêt n° 252 de 2001, à propos du droit à la santé, la Cour affirme « la garantie d'un noyau irréductible du droit à la santé protégé par la Constitution en tant que domaine inviolable de la dignité humaine, lequel impose d'empêcher la constitution de situations sans protection, qui pourraient porter préjudice à la réalisation de ce droit ».

Plus critiquable apparaît, en revanche, l'arrêt n° 50 de 2019, dans lequel la Cour ne censure pas la disposition qui, concernant les étrangers, subordonne le droit de bénéficier de l'allocation sociale (*assegno sociale*) à la condition de posséder un permis de séjour UE de longue durée et à celle d'avoir résidé sur le territoire de l'Etat pour au moins 10 ans de manière continue. Le juge constitutionnel affirme ici que « le législateur peut prévoir, de manière légitime, des conditions spécifiques pour la jouissance des prestations sociales excédant les besoins primaires de la personne, pourvu que ces conditions ne soient pas manifestement irraisonnables ni intrinsèquement discriminatoires », et que les conditions prévues par la loi dans l'espèce, qui certifient de l'insertion socio-juridique de l'étranger dans le contexte national, répondent bien à ces exigences.

Dans le contentieux constitutionnel français en matière de droits sociaux des étrangers, le Professeur Olivier Lecucq évoque tout d'abord la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, dans laquelle le Conseil constitutionnel réaffirme toutes les conséquences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution sur le terrain social. Il y trouve en effet exigée la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées, et l'on en déduit que cet objectif de solidarité ne doit pas se

désintéresser des étrangers qui comptent, d'évidence, parmi les personnes les plus facilement défavorisées.

Cependant, de longue date, le Conseil constitutionnel a, dans le cadre de ses décisions DC, admis que le principe constitutionnel de solidarité demeurerait limité, pour ne pas dire absent, lorsqu'il s'agissait d'imposer des droits à la protection sociale en faveur des étrangers en situation irrégulière. Ainsi qu'il l'a affirmé dans sa grande décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 : « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français », de sorte qu'à cet égard une *summa divisio* distingue clairement les étrangers en situation régulière (et stable) des étrangers qui ne le sont pas, cette dernière catégorie ne pouvant profiter que d'un devoir d'assistance minimum de la part de l'État (notamment en matière d'urgence et de prestations médicales). Mais, ainsi que le révèle la décision 137 QPC évoquée, la différence de traitement peut aller plus loin. En l'occurrence, l'exclusion du bénéfice du revenu de solidarité active à l'endroit des étrangers ne justifiant pas depuis au moins cinq ans d'un titre de séjour leur permettant de travailler ne contrarie pas le Conseil dans la mesure où il observe que la prestation considérée a pour objet principal d'inciter à l'exercice ou la reprise d'une activité professionnelle, et que le législateur a ainsi pu estimer que la stabilité de la présence sur le territoire national était une condition essentielle à l'insertion professionnelle. En conséquence de quoi, il admet que le critère utilisé conduisant à différencier le traitement entre Français et étrangers et entre étrangers est « un critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi »²¹⁴.

3.3. Les droits civils et politiques

Enfin, la Cour constitutionnelle italienne a adopté des décisions très intéressantes portant sur les droits civils et « politiques » (dans un sens large) des étrangers.

Bien qu'il n'y ait pas de décision sur le droit de vote, la majorité de la doctrine estime-t-elle que l'art. 48 de la Constitution, qui se réfère aux « citoyens » concernant le droit de vote, porte à exclure les étrangers de la jouissance de ce droit, y compris pour les élections locales.

Il existe en revanche des décisions significatives concernant les « devoirs constitutionnels », liées au service militaire et au service civil. Au-delà de la décision « historique » n° 172 de 1999, sur le service militaire des apatrides, dans laquelle la Cour évoque « une communauté de droits et de devoirs plus large et plus inclusive que celle fondée sur le critère de la nationalité au sens strict »²¹⁵, on peut rappeler la décision plus

²¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-137 QPC, point 5.

²¹⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 172/1999, cons. dir. point 2.3.

récente n° 119 de 2015, sur le service civil des étrangers, dans laquelle la Cour reconnaît que « L'admission au service civil permet aujourd'hui de réaliser les devoirs obligatoires de solidarité et de se rendre utile pour sa propre communauté, ce qui correspond, en même temps, à un droit de celui qui lui appartient. [...] L'exclusion des étrangers de la possibilité de prêter le service civil national, leur empêchant de concourir à la réalisation de projets d'utilité sociale et, par conséquent, de développer la valeur du service en faveur du bien commun, comporte ainsi une limitation injustifiée au plein développement de la personne et à l'intégration dans la communauté d'accueil »²¹⁶.

4. Eléments conclusifs d'ordre comparatif

Comme nous venons de le voir, la comparaison entre le contentieux italien et français par la voie préjudicielle en matière de protection des étrangers – sachant qu'en Espagne, le TC n'a pas été saisi de questions de constitutionnalité dans ce domaine – montre somme toute plus de convergences que de divergences.

En Italie tout comme en France, face aux exigences liées à la sauvegarde de l'ordre public et à la lutte contre l'immigration irrégulière, les juges constitutionnels ont tendance à réduire la protection des droits fondamentaux et à laisser ainsi le législateur libre de disposer des mesures les plus adéquates, dans ce domaine hautement politique.

Ainsi, en France, au-delà de l'aspect quantitatif, la lecture des 23 décisions QPC intéressant notre matière confirme l'observation depuis longtemps faite dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. À savoir que la maîtrise migratoire et la lutte contre l'immigration irrégulière trouvent dans la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux objectifs de valeur constitutionnelle, un appui tellement puissant dans le contexte socio-politico-économique des quarante dernières années que les droits fondamentaux de l'étranger peuvent dans l'ensemble être allégrement bousculés au nom de l'intérêt général et être le plus souvent acculés dans leurs derniers retranchements. Et la QPC n'y échappe pas.

Malgré ce constat qui concerne à la fois le contrôle *a priori* et *a posteriori*, l'analyse démontre tout de même que la procédure de la QPC offre aux étrangers une réelle voie de droit supplémentaire pour la défense de leurs droits fondamentaux. Quoique de portée somme toute limitée, c'est un outil qui, pour cette catégorie de personnes vulnérables, peut tout de même s'avérer efficace. Rappelons que par cette voie, le Conseil constitutionnel a été conduit – dès sa première décision QPC !²¹⁷ – à se prononcer, ou à se prononcer de nouveau, sur quelques enjeux déterminants du statut des étrangers, et, à

²¹⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 119/2015, cons. dir. point 4.1.

²¹⁷ Précocité constatée également dès les premières ordonnances de référé-liberté (voir notamment CE ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, req. 229039).

l'image de l'application faite du principe de fraternité, il a pu se montrer rigoureux, et efficace, quant à la sanction du franchissement de certaines lignes jaunes auquel, dans le domaine, le législateur est souvent enclin. De ce point de vue, la QPC peut être appelée à jouer son rôle de filet ultime de protection des droits fondamentaux constitutionnels, lorsque les mailles judiciaires préalables ne sont pas parvenues à attraper les dispositions législatives les plus nocives²¹⁸.

En Italie, le constat dressé par Laura Montanari est similaire : face aux impératifs d'ordre public, la procédure par la voie incidente, tout comme celle par la voie principale, également évoquée dans cette recherche, s'avère moins protectrice, notamment en ce qui concerne les droits-libertés. Alors que pour ce qui est des droits sociaux et des droits civils et politiques, la Cour constitutionnelle semble porter une attention toute particulière à la sauvegarde des garanties fondamentales des étrangers, fussent-ils en situation irrégulière.

E) La protection des gens du voyage

Ainsi que le souligne Marthe Fatin-Rouge Stefanini, la principale cause de vulnérabilité des gens du voyage tient à la spécificité de leur mode de vie par rapport à la majorité de la population. Une vie souvent itinérante, en communauté, à bord de véhicules servant de domicile, caractéristiques auxquelles s'ajoute une façon d'être à part, issue d'une longue tradition et d'une véritable culture autour de la famille. Aux différences de mode de vie s'ajoute une confusion entre gens du voyage, forains, roms, étrangers en situation irrégulière mais aussi, depuis quelques décennies, personnes sans domicile fixe, sans abri, en situation défavorisée occupant des lieux de manière illicite, travailleurs pauvres sans domicile... Tous constituent un ensemble de personnes en situation de marginalité pour différentes raisons, avec des degrés de vulnérabilité plus ou moins importants et plus ou moins réels.

Cependant, dans cet ensemble, les personnes qualifiées par la loi française de « gens du voyage » sont des personnes de nationalité française ne disposant ni de domicile ni de résidence fixe. Leur statut a été fixé par la loi, qui a donc fait d'eux une catégorie à part, dont le statut juridique est dérogatoire par rapport au droit commun. Ce constat ne correspond en revanche ni à la situation italienne, ni à la situation espagnole, car, dans ces pays, aucun statut dérogatoire n'a été prévu pour ces populations itinérantes et sans domicile fixe, ce qui fait que, du point de vue de notre recherche, peu ou pas de résultats ont pu être relevés concernant leur protection par la justice constitutionnelle.

Pour analyser la question de savoir si la QPC et les procédures similaires de contrôle de constitutionnalité constituent un atout pour les gens du voyage, contribuant, ou pas, à

²¹⁸ O. Lecucq.

renforcer leurs droits fondamentaux, il est avant tout nécessaire de fournir quelques précisions sur le traitement juridique réservé à ces populations en France, en Espagne et en Italie, avec les données statistiques qui en découlent (1). Nous allons ensuite nous arrêter sur la question, abordée notamment dans le contentieux QPC, relative à l'installation et au stationnement des gens du voyage (2), puis sur celle de leur statut et des éventuelles discriminations portées à leur encontre (3). Quelques propos conclusifs compléteront l'analyse (4).

1. Précisions d'ordre systémique et statistique

Contrairement au système juridique français, dans lequel un statut spécifique est prévu pour les gens du voyage, en Italie et en Espagne aucune réglementation à part ne leur est réservée. Cette différence de taille entre les trois pays explique en grande partie « l'invisibilité constitutionnelle », selon les mots de Giovanna Spanò, de cette partie de la population, qui existe, pourtant, bel et bien, avec ses spécificités et avec les problématiques qui lui sont propres. Cela explique aussi que d'un point de vue statistique, seules 4 décisions²¹⁹ aient pu être dénombrées dans le contentieux incident de constitutionnalité en Italie (alors que, comme nous le constatons pour les autres catégories étudiées, le contentieux italien se distingue par l'abondance des décisions rendues par la Cour constitutionnelle) et qu'aucune décision n'ait pu être relevée dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité en Espagne.

En Italie par ailleurs, parmi les 4 décisions décomptées, seul un arrêt a été rendu, en 2011, par la Cour constitutionnelle, les trois autres étant de simples ordonnances (dans lesquelles la Cour n'est donc pas entrée dans le fond de l'affaire) et la question des gens du voyage n'a été traitée de manière spécifique que dans cet arrêt de 2011, dans les autres affaires le nomadisme ne constituant qu'un aspect, un attribut supplémentaire, s'ajoutant au comportement des parties du litige. Par ailleurs, les paramètres majoritairement invoqués dans ces quatre décisions sont le principe d'égalité (et le principe de non-discrimination), la liberté d'aller et venir, le droit à un recours juridictionnel effectif, la protection de la femme enceinte, de la mère et de l'enfant.

En Espagne en revanche, Fernando Alvarez-Ossorio Micheo n'a pu relever aucune décision du Tribunal constitutionnel concernant les gens du voyage, et ce ni dans la période ciblée par notre recherche (2000-2019) ni dans les années qui la précèdent. L'explication de cette totale absence de décisions sur cette catégorie ne peut résider, selon M. Ossorio, dans le fait qu'il existe l'alternative du recours d'*amparo*, car, dans le cadre de ce contentieux, il n'y a davantage de décision concernant les gens du voyage (ou les

²¹⁹ Cour constitutionnelle, décisions n° 485/2000 (ordonnance) ; n° 145/2009 (ordonnance) ; n° 260/2009 (ordonnance) et n° 115/2011 (arrêt).

personnes itinérantes, selon l'expression employée par M. Ossorio). Tout au plus, dans le cadre de ce contentieux, on peut relever une seule décision, l'arrêt n° 69/2007, dans laquelle cependant la question des gens du voyage n'est touchée que de manière très indirecte, la requérante se plaignant d'une discrimination à son encontre fondée sur la race, puisqu'on lui empêchait de toucher la pension de réversion de son défunt mari, qui était de culture gitane. De sorte que la cause de cette quasi-totale absence de contentieux dans ce domaine s'explique, selon Fernando Ossorio, par le fait qu'il n'y a pas, en Espagne, une spécificité juridique réglementant ce phénomène social, la communauté gitane (la seule, visiblement, ayant une pertinence dans la recherche concernant l'Espagne) s'étant d'ailleurs installée de manière stable sur le territoire et ne se déplaçant que dans les périodes de récolte.

Quant à la France, elle constitue, sans doute, le cas le plus intéressant du point de vue de notre étude, ce qui est dû incontestablement au fait que dans ce pays, depuis 1969, des lois régissent spécifiquement le statut des gens du voyage en leur octroyant un régime à part.

Leur statut a été initialement fixé par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe. Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises et complétée par la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, venant remanier ce statut. Pour autant, les évolutions en 2000 n'étaient pas satisfaisantes, un régime distinct a continué à subsister dont la constitutionnalité était contestable. Malgré cela, aucune de ces deux lois n'a fait l'objet, lors de son adoption, d'une saisine du Conseil constitutionnel, ce qui nous conduit à reconnaître, avec Marthe Stefanini, que le système du contrôle *a priori* n'est pas en soi particulièrement favorable à une minorité qui n'est absolument pas représentée, même par les groupes dits minoritaires au Parlement. Dès lors, la question de l'apport de la QPC dans la protection des droits de ces personnes vulnérables ne fait que gagner en pertinence et en intérêt.

Il convient de souligner de prime abord que les décisions QPC portant sur la législation appliquée aux gens du voyage sont peu nombreuses, puisqu'on peut en dénombrer 3 seulement au 1^{er} novembre 2019 (décisions n° 2010-13 QPC, n° 2012-279 QPC et n° 2019-805 QPC) portant directement sur la loi de 1969 ou la loi de 2000, auxquelles peut être ajoutée une décision concernant plus largement un mode de vie nomade (décision n° 2011-169 QPC). Toutefois, ce faible nombre doit être relativisé, car le Conseil constitutionnel s'est également prononcé à l'occasion d'autres décisions, DC, portant sur des dispositifs qui n'étaient pas spécifiques aux gens du voyage²²⁰. Il faut souligner aussi que le statut dérogatoire applicable aux gens du voyage a encore évolué très récemment, avec deux lois et une ordonnance : la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité

²²⁰ Conseil constitutionnel, décisions n° 359 DC de 1995, n° 467 DC de 2003, n° 503 DC de 2004 et n° 745 DC de 2017 notamment.

et à la citoyenneté, abrogeant notamment la loi de 1969 et modifiant celle de 2000 ; la loi n° 2018-957 du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites et l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Ainsi, le dispositif mis en place en 2000 concernant les gens du voyage a connu des modifications législatives importantes dont trois intervenues ces dernières années. Or, si l'on peut considérer que ces évolutions législatives sont, en partie, une conséquence des questions soulevées lors des QPC et que la QPC a sans doute pu contribuer à améliorer le dispositif législatif relatif aux gens du voyage, pour tenir compte des droits et libertés fondamentaux, ce n'est toutefois qu'à titre partiel. En effet, certes, sur les 3 décisions qui ont porté sur le statut applicable aux gens du voyage, 2 ont prononcé des censures. Toutefois, ces censures peuvent être considérées comme le minimum que pouvait faire le Conseil constitutionnel, car elles concernent des dispositions dont l'inconstitutionnalité avait déjà été dénoncée par la doctrine et par un certain nombre d'autorités, dont la HALDE, ces dispositions risquant par ailleurs d'être mises en cause par les juridictions européennes.

En effet, la deuxième décision rendue par le Conseil constitutionnel a fait suite à une série de critiques formulées par diverses instances, et a été rendue avant une décision importante de la 5^e section de la CEDH qui a estimé que certaines dispositions de la législation française étaient incompatibles avec la Convention. Or, certaines de ces dispositions avaient déjà été examinées et déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, comme le souligne Marthe Stefanini, « le contrôle abstrait opéré par le Conseil constitutionnel semble marquer la limite de la garantie des droits fondamentaux accordée aux gens du voyage », alors qu'à l'inverse, « le contrôle concret opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme et la prise en compte d'éléments factuels expliquent sans doute que la France ait pu être condamnée pour violation de la Convention »²²¹.

En définitive, si la situation des gens du voyage semble s'être améliorée sensiblement ces dernières années, le droit applicable aux gens du voyage contient néanmoins encore des imperfections que le Conseil constitutionnel a pu censurer encore tout récemment dans une décision du 27 septembre 2019²²².

Les études menées dans le cadre de cette recherche sur la jurisprudence française et italienne concernant les gens du voyage ont mis en exergue deux thématiques principales : d'une part, celle relative à l'installation et au stationnement des gens du

²²¹ M. Fatin-Rouge Stefanini.

²²² Conseil constitutionnel, décision n° 2019-805 QPC du 27 septembre 2019, *Union de défense active des forains et autres [Obligation d'accueil des gens du voyage et interdiction du stationnement des résidences mobiles]*

voyage ; d'autre part, celle, de portée plus générale, portant sur le statut des gens du voyage et sur le traitement à part qui leur est réservé.

2. L'installation et le stationnement des gens du voyage

2.1. Un dispositif législatif dérogatoire validé par le Conseil constitutionnel

Les questions rattachées à la problématique de l'installation et du stationnement des gens du voyage suscitent, en France, un contentieux assez fréquent devant le juge administratif, opposant généralement les communes aux gens du voyage (des communes ou des communautés de communes qui essaient d'échapper à leur obligation de prévoir des aires d'accueil appropriées, adaptées).

Il faut dire d'emblée que si l'on peut dénombrer, dans ce domaine, 3 des 4 QPC rattachées aux gens du voyage, la procédure de la QPC n'a pas fondamentalement fait changer le dispositif prévu par la loi, le Conseil constitutionnel validant l'ensemble de ce dispositif, alors que, comme nous le verrons dans le paragraphe qui suit, la QPC a permis des avancées importantes concernant le statut juridique spécifique des gens du voyage.

En particulier, dans la décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010²²³, étaient mis en cause les articles 9 et 9-1 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. Ces dispositions sont relatives au stationnement de ces personnes en dehors des zones d'accueil, elles prévoient notamment les conditions de mise en demeure en cas d'occupation illégale et contraire à l'ordre public, et celles de l'exécution forcée selon une procédure simplifiée.

Sur cette question, la jurisprudence du Conseil constitutionnel antérieure à l'adoption de la QPC n'avait pas été toujours favorable aux gens du voyage. Ainsi dans la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif législatif qui considérait que constituait une infraction non seulement le fait de s'installer sur le terrain d'une commune satisfaisant à ses obligations d'accueil des gens du voyage, mais également sur celui d'une commune n'étant soumise à aucune obligation d'accueil, car n'étant pas inscrite à un schéma départemental d'accueil des gens du voyage²²⁴. En revanche, dans la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance*

²²³ Remarquons ici que contrairement aux QPC qui vont suivre, celle-ci a été soulevée par deux requérants à titre individuel. Aucune association ne s'est joint à eux y compris dans le cadre d'une tierce intervention. Il est intéressant aussi de souligner que les deux requérants n'auraient pas dû se voir appliquer les articles 9 et 9-1 de la loi de 2000, car ils ne faisaient pas à proprement parler de la catégorie « gens du voyage », mais des Roms.

²²⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC, cons. 70, 71, 73 et 74.

de la sécurité intérieure, le dispositif législatif permettant la mise en demeure et l'évacuation forcée de personnes occupant un lieu de façon illicite, à toute époque et sans considération de la situation personnelle ou familiale des individus concernés, avait été censuré par le Conseil constitutionnel, car il ne garantissait pas une conciliation suffisante entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits et libertés²²⁵.

La décision 2010-13 QPC ne semble pas briller par un souci de protection à l'égard des gens du voyage²²⁶. Au contraire, dans cette décision, le dispositif organisant l'accueil et le pouvoir d'interdiction d'installation et de stationnement des gens du voyage a été entièrement validé par le Conseil constitutionnel, ce dispositif étant jugé justifié et proportionné. En particulier, selon le Conseil, les dispositions contestées respectent le principe d'égalité, la différence de traitement instaurée par le législateur reposant « sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers »²²⁷. Il existerait donc une différence de situation objective entre les personnes dont l'habitat principal est constitué de résidences mobiles et qui ont un mode de vie itinérant, et les personnes sédentaires, le statut dérogatoire dont font l'objet les gens du voyage étant ainsi, dans son principe, conforme à la Constitution.

Comme le fait remarquer Marthe Stefanini, il ressort de cette décision QPC que le mode de vie des personnes qualifiées de gens du voyage justifie une différence de traitement, mais de manière défavorable à ces derniers, puisqu'il permet des atteintes à leurs libertés, issues d'une tradition de méfiance à l'encontre des personnes qualifiées de nomades²²⁸. Par ailleurs, la situation des gens du voyage est considérée aussi comme différente de celles de personnes défavorisées. Contrairement aux premiers, qui disposent d'un logement et se déplacent avec celui-ci, ces dernières ne disposent pas généralement d'un logement qualifiable de décent et méritent, donc, une protection accrue. Marthe Stefanini fait justement remarquer que si l'on s'arrêtait à cette seule QPC, on pourrait considérer que cette nouvelle procédure, adoptée en 2010, ne profite pas aux gens du voyage, car le Conseil constitutionnel ne se montre pas particulièrement soucieux d'une atteinte à leurs droits. Il valide le dispositif existant, malgré les nombreuses critiques dont il fait l'objet : la différence de traitement mise en place par le législateur sur la base d'une différence de situation – et validée par le Conseil constitutionnel au nom d'une conception très malléable du principe d'égalité – empêche le Conseil constitutionnel non seulement de pointer du doigt les effets discriminatoires des règles applicables aux gens du voyage, mais également de reconnaître toute forme de vulnérabilité de cette communauté. D'ailleurs, l'idée même de communauté est niée dans la jurisprudence, alors même que

²²⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-625 DC, cons. 55.

²²⁶ Voir E. Aubin, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, n° 41, p. 2324-2329.

²²⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-10 QPC, cons. 6.

²²⁸ Voir notamment Claire Cossée, « Le statut « gens du voyage » comme institution de l'antitsiganisme en France », *Migrations Société*, 2016/1, n° 163, p. 75.

la loi vise bien une communauté, en particulier de manière implicite. Il en résulte une procédure d'expulsion forcée, sans recours au juge, et confiée au Préfet, que le Conseil constitutionnel valide dans son ensemble.

En définitive, cette jurisprudence semble être plutôt protectrice de la liberté des communes de concilier nécessité de l'accueil des gens du voyage et ordre public, et beaucoup moins protectrice des gens du voyage.

2.2. La jurisprudence plus protectrice de la Cour européenne des droits de l'homme

Saisie à plusieurs reprises à propos du dispositif dérogatoire français d'installation et de stationnement des gens du voyage, la Cour européenne des droits de l'homme a fait référence à cette première décision 2010-13 QPC dans ses décisions. D'une manière générale, la jurisprudence européenne s'est montrée plus protectrice des droits et libertés de cette catégorie de personnes vulnérables que celle du Conseil constitutionnel. Dans l'affaire *Winterstein c. France* du 17 octobre 2013 tout d'abord²²⁹, la Cour de Strasbourg a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale) en raison, d'une part, de l'absence d'examen de la proportionnalité de l'ingérence dans le cadre de la procédure d'expulsion (§ 158) et, d'autre part, de la non prise en compte suffisante des besoins de certaines familles ayant demandé un relogement, ce qui les plaçait dans une situation de grande précarité (§ 167). La Cour a rappelé que de nombreuses autorités, dont la Commission consultative des droits de l'Homme et la HALDE, avaient souligné certains aspects discriminatoires et insuffisants du droit français en ce qui concerne la situation des gens du voyage, de nombreuses réclamations ayant par ailleurs été déposées auprès du Conseil de l'Europe²³⁰.

Dans une seconde décision, *Balta c. France* du 16 janvier 2018²³¹, rendue par la 5^e section de la Cour européenne des droits de l'homme et toujours à propos de la législation française concernant les gens du voyage, le requérant est celui-là même qui avait été à l'origine de la décision n° 2010-13 QPC. En l'espèce, le requérant faisait valoir que la mise en demeure qu'il avait reçu de quitter des lieux qu'il occupait de manière illicite était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Cela posait donc la question de la compatibilité avec la Convention européenne de l'article 9 de la loi de 2000, en particulier par rapport au principe de non-discrimination, « en ce qu'il restreint sur une base ethnique, la liberté de circulation qui inclut la liberté de stationnement ». Le requérant soutenait également que cette disposition visait « à interdire aux gens du voyage

²²⁹ CEDH, 17 octobre 2013, n° 27013/07, *Winterstein et autres c. France*.

²³⁰ Voir §§ 65 à 102 de la décision.

²³¹ CEDH, 16 janvier 2018, n° 19462/12, *Balta c/ France*.

et à eux seuls de stationner en dehors des aires d'accueil qui leur sont réservées ». Ils invoquaient donc une violation de l'article 14 de la Convention (principe de non-discrimination) combinée avec l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention qui dispose que « quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. (...)».

Malgré la pertinence du raisonnement, la Cour européenne a dû cependant déclarer la requête irrecevable, au motif que les requérants ne résidaient pas régulièrement en France. Ainsi, la condition de régularité peut seule ouvrir droit à la libre circulation et à la résidence dans un État. La Cour rappelle que « cette disposition ne saurait s'interpréter comme reconnaissant le droit pour un étranger de résider ou de continuer à résider dans un pays dont il n'est pas ressortissant, et ne régit en aucune manière les conditions dans lesquelles une personne a le droit de résider dans un État ».

Nous devons remarquer que ces deux décisions, rendues en chambre par la 5^e section de la Cour européenne, en 2013 et en 2018, sont intervenues après la seconde décision QPC adoptée par le Conseil constitutionnel, à propos du statut juridique des gens du voyage. Entre temps, en effet, le Conseil constitutionnel s'était prononcé une nouvelle fois sur la législation concernant les gens du voyage, en particulier sur leur statut (voir paragraphe 3 qui suit), avec une décision qui avait tout de même remis en cause deux dispositifs qui apparaissaient très critiquables et discriminatoires²³².

Il est donc notable que lorsque la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans les deux affaires concernant la France, le Conseil constitutionnel avait déjà rendu une décision QPC plus favorable à la garantie des droits des gens du voyage, sans que la législation française ait été fondamentalement modifiée cependant.

2.3. Quelques avancées concernant le dispositif d'installation et de stationnement des gens du voyage

Une affaire toute récente, donnant lieu à la décision n° 2019-805 QPC du 27 septembre 2019, a été une nouvelle occasion pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur le dispositif d'installation et de stationnement des gens du voyage. Dans celle-ci le Conseil a validé, une nouvelle fois, dans son principe, le dispositif prévu par la loi, tel que modifié par des textes législatifs récents, mais il a, tout de même, censuré des dispositions qui violaient de manière manifeste les droits des gens du voyage.

Dans cette affaire, étaient de nouveau mises en cause les dispositions de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, en particulier le

²³² Conseil constitutionnel, décision n° 2012-279 QPC du 5 octobre 2012.

dispositif relatif aux possibilités d'interdiction et d'expulsion de ces personnes. Bien que ces dispositions aient déjà fait l'objet d'un précédent contrôle de conformité à la Constitution, dans le cadre, justement, de la décision n° 2010-13 QPC, le Conseil d'État a tout de même soulevé la QPC les concernant devant le Conseil constitutionnel, en estimant qu'il y avait eu un changement de circonstances, puisqu'elle avaient entre-temps subi des modifications importantes, principalement par la loi du 27 janvier 2017 (Loi sur l'égalité et la citoyenneté) et par celle du 7 novembre 2018 (Loi relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites).

À noter que contrairement à l'affaire jugée en 2010, cette fois-ci les requérants étaient des associations de défense des droits et libertés ou de défense des intérêts des gens du voyage, à savoir l'Union de défense active des forains, l'association France liberté voyage, la fédération nationale des associations solidaires d'action avec les Tsiganes et les Gens du voyage et l'association nationale des gens du voyage citoyens. Par ailleurs, la montée en puissance du mouvement associatif en faveur des droits de cette minorité est confirmée par le fait que deux associations ont présenté des observations en tierce intervention : Rromeurope et l'Association de promotion et de développement des fêtes foraines en France.

Rappelons brièvement que l'article 9 fait partie des dispositions régissant l'accueil et le stationnement de résidences mobiles, et notamment les conditions permettant à un établissement intercommunal ou à une commune, d'interdire l'installation et le stationnement de celles-ci en dehors d'aires d'accueil appropriées. Comme nous le disions plus haut, la question du stationnement des gens du voyage est celle qui préoccupe le plus les communes et dont les juridictions sont le plus souvent saisies. D'ailleurs, plusieurs décisions de justice sont relatives à la question de l'évacuation forcée des gens du voyage sur des terrains non destinés à cet accueil, mais également de non mise à disposition des gens du voyage de terrains appropriés par les communes²³³.

Plusieurs griefs étaient soulevés par les requérants. Le premier était fondé sur une atteinte à la liberté d'aller et venir et au principe de fraternité. Les requérants soutenaient que l'article 9 permettrait à un établissement public de coopération intercommunale ou à une commune, d'interdire le stationnement des gens du voyage et, en cas de stationnement irrégulier, permettraient de solliciter le préfet pour obtenir leur évacuation forcée, même en l'absence d'aire d'accueil sur le territoire concerné. Toutefois, comme dans la précédente décision n° 2010-13 QPC, ce dispositif est validé par le Conseil constitutionnel, alors même que l'absence de recours au juge ne se justifie pas. Le second grief évoquait un « bannissement administratif » qui serait le résultat de la disposition prévoyant que le préfet puisse mettre en demeure de quitter le territoire couvert par cette interdiction pendant 7 jours consécutifs. Cela portait atteinte, selon les requérants, à un

²³³ Voir notamment les affaires concernant les Commune de Mougins ou de Nice ; Voir également CE, 9 novembre 2018, 411010.

ensemble de droits et libertés : égalité d'accès aux soins, droit d'égal accès à l'instruction, droit de mener une vie familiale normale et objectif de sauvegarde de « l'ordre public immatériel ». En troisième lieu, une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et aux droits de la défense était invoquée, en raison du laps de temps trop court laissé pour saisir le juge en cas de mise en demeure (24 h) et du délai de 48 h laissé au juge pour se prononcer. Enfin, un quatrième grief soulevé par les requérants portait sur le fait que le dispositif législatif permet à certaines communes d'interdire aux gens du voyage de stationner sur un terrain, alors même qu'ils sont propriétaires de ce terrain. Une atteinte au principe d'égalité devant la loi et une violation du droit de propriété étaient donc invoquées.

Plus généralement, l'ensemble du dispositif mis en place par l'article 9 était visé dans cette affaire, ce dispositif se fondant, selon les requérants, sur des critères ethniques, en violation du principe d'égalité. Cette discrimination était déjà invoquée dans les affaires précédentes et l'avait également été devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

Malgré l'abondance des arguments soulevés et, encore une fois, malgré la pertinence du raisonnement porté devant le Conseil constitutionnel, fondé, essentiellement, sur le principe d'égalité, la majorité des griefs n'a pas été retenue par le juge constitutionnel, qui a estimé, à l'issue d'un contrôle abstrait, que le législateur avait adopté un dispositif permettant de concilier les droits et libertés garantis par la Constitution avec la nécessité de sauvegarder l'ordre public. En particulier, la nécessité et la proportionnalité des restrictions portées aux droits et libertés, notamment à la liberté d'aller et de venir, a été vérifiée par le Conseil constitutionnel par le biais d'un contrôle restreint, pour finalement constater que la conciliation opérée n'était pas manifestement déséquilibrée. Par ailleurs, le Conseil a également estimé que le législateur n'enfreignait pas l'interdiction de discrimination fondée sur une origine ethnique, ni le principe de fraternité et qu'il avait respecté aussi l'égalité d'accès aux soins et l'égalité d'accès à l'instruction, de même que le droit à un recours juridictionnel effectif et les droits de la défense.

En revanche, en ce qui concerne la disposition conduisant à interdire à des personnes propriétaires de leur terrain de stationner sur celui-ci, le Conseil constitutionnel a logiquement considéré que le droit de propriété était méconnu. Le § 3 de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000 a donc été abrogé, cette abrogation étant toutefois reportée au 1^{er} janvier 2020²³⁴.

En définitive, la dernière décision QPC rendue par le Conseil constitutionnel en septembre 2019 vient valider l'ensemble du dispositif mis en place par la loi de 2000 et ses modifications successives, notamment celles intervenues en 2017 et 2018, en matière

²³⁴ L'effet différé s'explique ici par le fait que l'abrogation de la disposition censurée aurait rendu applicable un dispositif interdisant aux propriétaires de terrains de stationner avec des résidences mobiles sur leurs propres terrains. L'effet immédiat de l'abrogation aurait ainsi créé une violation du droit de propriété, alors qu'il s'agit justement de ne plus permettre une telle violation.

d'installation et de stationnement des gens du voyage. Sans doute, par ces modifications récentes, le législateur, même sous l'effet indirect du dispositif QPC, a voulu faire avancer les choses dans ce domaine. Cependant, force est de constater que ce dispositif reste encore insatisfaisant. Et l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel en 2019, avec effet différé, ne change pas la donne, car elle ne concerne qu'une disposition manifestement excessive, elle ne remet pas en cause le dispositif dans son ensemble.

3. Le statut et le traitement spécifique des gens du voyage

Que ce soit en France ou en Italie, les effets les plus importants dans la protection des gens du voyage par le biais de la question préjudicielle de constitutionnalité peuvent être constatés en ce qui concerne le traitement juridique de ces personnes. En France, cette protection est passée par la censure partielle, par le Conseil constitutionnel, du statut juridique dérogatoire ; en Italie, par la sauvegarde, par la Cour constitutionnelle, du principe de non-discrimination, lors d'affaires touchant, même indirectement, les gens du voyage.

3.1. L'inconstitutionnalité partielle du statut dérogatoire

Comme le souligne Marthe Stefanini, dans la deuxième décision QPC adoptée à propos des gens du voyage, la décision n° 2012-279 QPC du 5 octobre 2012, *Jean-Claude P. [Régime de circulation des gens du voyage]*, les dispositions mises en cause allaient bien au-delà des articles 9 et 9-1 concernant les conditions relatives au stationnement des gens du voyage, puisqu'il s'agissait des articles 2 à 11 de la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe. Ces dispositions abordent la question centrale du statut des gens du voyage, à savoir celle qui concerne la nécessaire possession de titres de circulation ainsi que l'obligation de déclarer une commune de rattachement.

Notons que dans cette affaire, même si la QPC a été formée par le seul requérant à titre individuel, le monde associatif en défense des gens du voyage a pu jouer un rôle important, car l'association France Liberté Voyage a présenté des observations au titre de tiers intervenant.

D'après le requérant, le dispositif législatif obligeant les gens du voyage à posséder un titre de circulation et à déclarer une commune de rattachement mettait en cause le principe d'égalité, la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée, le droit de voter et, en particulier, le principe d'égalité dans l'exercice de ce droit. Le Conseil constitutionnel

a répondu à ces griefs en laissant sauf le dispositif des titres de circulation dans son ensemble, tout en en censurant, cependant, les dispositions les plus manifestement inconstitutionnelles.

Ainsi, concernant les titres de circulation, le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause le principe même des titres de circulation, en estimant qu'il répond à la fois à des considérations d'intérêt général et à un objectif d'ordre public. Pour lui, il n'y a donc pas d'atteinte ni au principe d'égalité, ni à la liberté d'aller et venir. En revanche, dans la décision n° 2012-279 QPC, le Conseil constitutionnel estime que la différence de régime entre les personnes disposant de ressources régulières, soumises à un livret de circulation, et celles n'en disposant pas, qui sont soumises à un carnet de circulation, constitue une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. Pour le Conseil, la distinction de régime entre le livret de circulation (pour les personnes qui logent de façon permanente en résidence mobile et justifient de ressources régulières) et le carnet de circulation (pour les personnes qui logent de façon permanente en résidence mobile mais ne justifient pas de ressources régulières) « n'est pas en rapport direct avec les fins civiles, sociales, administratives ou judiciaires poursuivies par la loi ». Par conséquent, la différence de titres de circulation est déclarée contraire à la Constitution, sachant par ailleurs que les personnes possédant un livret de circulation devaient se soumettre au contrôle de l'autorité administrative tous les ans, alors que les autres (sans ressources), possédant un carnet, devaient s'y soumettre tous les trois mois.

Mais les censures ne s'arrêtent pas là, car dans la décision QPC de 2012, le Conseil constitutionnel déclare aussi non conforme à la Constitution le fait de prévoir une peine d'un an d'emprisonnement pour les personnes circulant sans carnet de circulation, considérant qu'il y avait là une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir au regard de l'objectif poursuivi par la loi.

Une autre question, importante, a été portée devant le Conseil constitutionnel lors de cette affaire, qui concerne l'obligation, pour les gens du voyage, de déclarer une commune de rattachement. Il faut savoir avant tout que ce rattachement emporte, pour la personne rattachée, les conséquences liées à une domiciliation classique : notamment, la célébration du mariage, l'inscription sur la liste électorale, l'accomplissement des obligations fiscales et de celles prévues par les législations de sécurité sociale et la législation sur l'aide aux travailleurs sans emploi, ainsi que l'obligation du service national. Il faut savoir aussi qu'aux termes de la loi attaquée, « sauf dérogation pour assurer l'unité des familles », « le nombre des personnes détentrices d'un titre de circulation, sans domicile ni résidence fixe, rattachées à une commune, ne doit pas dépasser 3 % de la population municipale telle qu'elle a été dénombrée au dernier recensement » et que la durée minimale du rattachement est de deux ans. En outre, les dispositions contestées prévoyaient aussi que pour les personnes faisant l'objet de l'obligation de rattachement (donc pour les gens du voyage), l'inscription sur une liste

électorale de la commune de rattachement était au surplus soumise à un rattachement ininterrompu d'une durée de trois ans.

Saisi, dans la décision de 2012, de l'ensemble des mesures relatives à l'obligation de rattachement, le Conseil constitutionnel a rejeté les griefs d'atteinte à la liberté d'aller et venir et de respect de la vie privée, sauvant ainsi, encore une fois, le dispositif dans son ensemble. En revanche, il a estimé que l'obligation de rattachement pour une durée de 3 ans, aux fins de l'inscription sur les listes électorales, était contraire à la Constitution, car elle instaurait une division par catégorie des électeurs et des éligibles, contraire au principe d'égalité, les gens du voyage constituant la seule catégorie assujettie à cette obligation de rattachement continu pour une période de 3 ans.

En définitive, dans la décision n° 2012-279 QPC, le Conseil a décidé de la non-conformité partielle de 3 dispositions, et n'a émis aucune réserve d'interprétation. Les censures étaient toutefois ciblées, afin de permettre au dispositif de continuer à fonctionner.

On peut remarquer toutefois que cette décision est arrivée à un moment où la loi avait été déjà mise en cause par plusieurs hautes autorités, notamment par la HALDE, par la commission nationale consultative des droits de l'Homme et, sur le plan international, par le Commissaire aux droits de l'Homme au Conseil de l'Europe, et que le Gouvernement s'était engagé à prévoir une réforme du dispositif. Ce qu'il n'a pas manqué de faire dans les années qui ont suivi, notamment par les lois de 2017 et de 2018, qui ont abrogé la loi de 1969 et amplement réformé celle de 2000, en modifiant en profondeur le statut dérogatoire des gens du voyage, pour le rendre plus proche du droit commun. Ainsi, l'obligation de disposer d'un titre de circulation a disparu, tout comme l'obligation de déclarer une commune de rattachement. Les gens du voyage sont désormais assujettis au régime de droit commun de la domiciliation, à savoir l'art. L. 264-1 du Code d'action sociale et des familles.

On remarque ainsi une tendance de la législation française – tendance que l'on peut même rattacher indirectement à la QPC – allant dans le sens d'un aplatissement du régime des gens du voyage sur celui de droit commun et donc d'un abandon progressif du statut dérogatoire.

Il est intéressant de rappeler ici qu'en Italie et en Espagne, pays qui connaissent une histoire différente par rapport à la France en matière d'immigration et qui ne se sont pas dotés de dispositifs spécifiques concernant les gens du voyage, la situation juridique est celle vers laquelle se dirige, donc, actuellement le système français : à savoir un système dans lequel les gens du voyage sont logés, du moins dans les textes, à la même enseigne que les autres citoyens résidant sur le territoire de l'État.

C'est ce qui semble expliquer la totale absence, en Espagne, de décisions concernant cette catégorie de personnes, qui n'en sont pas une, en réalité, du moins dans les textes. C'est ce qui explique aussi qu'en Italie on ne dénombre que quelques décisions adoptées dans

le procès incident de constitutionnalité. Ces décisions visent toutes à sauvegarder, justement, l'égalité de traitement entre les gens du voyage et les autres citoyens de l'Etat.

3.2. La sauvegarde du principe de non-discrimination

Parmi les 4 décisions relevées au sein du contentieux par la voie incidente en Italie, 3 d'entre elles, toutes des ordonnances, ne concernent qu'indirectement les gens du voyage, car dans ces affaires les juges *a quibus* mettent en évidence le nomadisme comme attribut supplémentaire de la personne concernée par le litige : dans ces affaires, le fait, pour la partie au procès, d'être une personnes nomade, ne constituait donc pas le cœur du sujet, mais venait conforter le raisonnement du juge *a quo*. Ainsi, pour ne prendre que l'exemple le plus intéressant et qui s'est reproduit à deux reprises²³⁵, dans les ordonnances n° 145 de 2009 et n° 260 de 2009, le juge *a quo* contestait la constitutionnalité d'une disposition du code pénal italien qui oblige, sans réserve, le juge à différer l'exécution de la peine pour les femmes enceintes et les mères d'enfant en bas âge. Le juge *a quo* contestait le caractère automatique de ce renvoi prévu par la disposition contestée, alléguant le fait que ce dispositif est utilisé de manière systématique par les femmes nomades (comme celle qui était partie au litige), lesquelles s'abriteraient ainsi derrière leur maternité afin de circuler librement sur le territoire et commettre des infractions – notamment contre le patrimoine – auxquelles elles ont l'habitude de s'adonner. Selon le juge *a quo*, le caractère obligatoire du dispositif du code pénal, qui ne permettait donc pas au juge de l'exécution de la peine de refuser l'application de cette norme, violait notamment l'article 27 de la Constitution italienne, selon lequel la peine doit avoir pour finalité la rééducation du condamné.

La Cour constitutionnelle, par une ordonnance constatant le caractère « manifestement infondé » de la question, a néanmoins précisé que la disposition attaquée était déjà dotée d'instruments voués à faire face à d'éventuels abus de la part des femmes ayant bénéficié de ce dispositif : la disposition prévoit en effet la révocation du dispositif si la mère a abandonné son enfant, ou si elle l'a confié à d'autres personnes, ou si la mère est déchue de son autorité parentale. On en déduit que la Cour constitutionnelle s'en est tenue aux dispositions du texte contrôlé, en refusant implicitement toute généralisation et tout préjudice concernant les gens du voyage, notamment celui selon lequel les mères nomades seraient toutes des mauvaises mères, s'abritant derrière leur enfant pour commettre des vols impunément.

²³⁵ Il faut rappeler en effet que les ordonnances, ainsi que les arrêts de rejet de la Cour constitutionnelle italienne, permettent de saisir de nouveau le juge constitutionnelle d'une question identique, lors d'un autre procès.

Mais la décision la plus intéressante du point de vue de notre recherche est sans doute l'arrêt n° 115 de 2011, dans lequel la Cour constitutionnelle a censuré une disposition législative qui permettait aux maires d'adopter des mesures – ayant une portée normative et pouvant rester en vigueur pour une période indéterminée – vouées à la prévention et à l'élimination de graves dangers pour la « sécurité urbaine » (et ce au-delà des mesures temporaires et non normatives que les maires peuvent adopter dans des cas d'extrême urgence). Sans le dire, la disposition attaquée permettait – et avait effectivement permis – aux maires d'interdire dans leur ville, par des mesures non-temporaires et non-urgentes, toute forme de mendicité ou toute forme de stationnement, notamment dans des quartiers périphériques, et visait donc, toujours sans le dire, les gens du voyage, qui s'adonnent souvent à ces pratiques. C'est d'ailleurs ce que met en lumière le juge *a quo* dans l'ordonnance de renvoi, où il souligne que « le lien entre la disposition attaquée et la discrimination raciale est évident, celui-ci découlant du lien qui existe entre la pratique de la mendicité et des situations de pauvreté et d'exclusion sociale ainsi que du risque élevé que dans ces genre de situations se retrouvent des personnes nomades ou migrantes, appartenant à des groupes ethniques minoritaires »²³⁶. D'ailleurs, souligne toujours le juge *a quo*, « la loi sanctionne aussi la discrimination exercée de manière indirecte, à savoir dans les cas où « une disposition, un critère, une pratique, un acte, un pacte ou bien un comportement apparemment neutres peuvent placer des personnes appartenant à une race ou à une origine ethnique déterminée dans une position particulièrement désavantageuse par rapport à d'autres personnes (art. 2, 1^{er} alinéa, lettre b, du décret législatif n. 215 de 2003) ».

La Cour constitutionnelle, censurant la disposition attaquée, a accueilli ce raisonnement et a donc contribué, par cette censure, à la sauvegarde du principe de non-discrimination à l'égard des populations nomades.

4. Quelques propos conclusifs

L'analyse comparative des quelques décisions adoptées en France comme en Italie, à propos des gens du voyage, montre globalement que cette catégorie de personnes vulnérables ne rentre pas forcément parmi les priorités des juges constitutionnels en matière de protection.

Ceci dit, et pour répondre à la question posée par notre recherche, Marthe Stefanini remarque que le dispositif de la QPC a, sans doute, constitué un atout pour les personnes entrant dans la catégorie des « gens du voyage », en ce que les décisions QPC rendues, ont eu, à côté d'actions menées par différentes associations et grâce également aux mises

²³⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 115/2011, rit. fatto, point 1.3.

en cause régulières du régime dérogatoire applicable aux gens du voyage par des autorités françaises et européennes, un effet de levier, poussant le législateur à intervenir.

En effet, jusqu'à l'adoption de la QPC, plusieurs dispositions du régime dérogatoire applicable aux gens du voyage étaient régulièrement mises en cause pour leur caractère discriminatoire, sans pour autant être modifiées. Cela a conduit des requérants, puis des associations, à utiliser cette nouvelle voie de recours pour faire valoir leurs droits autrement que devant les juridictions ordinaires ou européennes.

Or, si la différence de traitement en général n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel, en ce sens que les titres de circulation ont subsisté, ainsi que l'obligation de rattachement à une commune et l'impossibilité d'occuper des terrains librement en dehors de zones prévues, en revanche, les points les plus contestables (différences de régime, atteinte aux droits civiques, violation du droit de propriété) ont été censurés. Au-delà de ces QPC, c'est l'ensemble du régime applicable aux gens du voyage qui a été repensé, en France, notamment par les lois de 2017 et de 2018, qui ont rapproché le régime dérogatoire du régime de droit commun.

En revanche, l'abstraction du contrôle et les principes d'égalité et de non-discrimination tel qu'ils sont interprétés en droit français, n'ont pas conduit le Conseil constitutionnel à prendre en compte la vulnérabilité des gens du voyage en tant que minorité. En effet, une telle vulnérabilité a pu être soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Winterstein*, et justifie, selon cette Cour, que soit accordée « une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »²³⁷, ce que ne fait pas le Conseil constitutionnel (ni les juges de droit commun d'ailleurs).

Une fois de plus, la prudence a donc été de règle dans la jurisprudence constitutionnelle et le Conseil constitutionnel s'est montré très respectueux du législateur. En revanche, le législateur lui-même a remis en cause son dispositif et est allé plus loin que le Conseil constitutionnel. Les différentes QPC ont donc permis d'attirer l'attention sur un régime qu'il convenait de faire évoluer et ont conduit le législateur à intervenir avant que la France ne soit plus souvent condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Des améliorations sont cependant encore souhaitables.

En Italie en revanche, tout comme en Espagne, les gens du voyage sont pratiquement invisibles aux yeux du législateur, tout comme, par conséquent, du juge constitutionnel et leur protection par le biais de la question préjudicielle est ainsi très rare, voire nulle.

²³⁷ « Enfin, la vulnérabilité des Roms et gens du voyage, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers (*Chapman*, précité, § 96 et *Connors*, précité, § 84) ; dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Roms et gens du voyage de suivre leur mode de vie (*Chapman*, précité, § 96, et la jurisprudence citée) », CEDH, 17 octobre 2013, n° 27013/07, *Winterstein et autres c. France*, cit., § 148, ζ).

Il est possible ainsi de conclure ce paragraphe en soulignant que dans les trois pays, contrairement à d'autres catégories de personnes vulnérables, comme les étrangers ou les mineurs, il n'y a pas de statut constitutionnel des gens du voyage. On est donc loin de la consécration d'un statut protecteur en raison d'une situation de vulnérabilité.

F) La protection des travailleurs précaires et des chômeurs

Ainsi que le relève très opportunément Valérie Bernaud, « s'interroger sur les personnes vulnérables et leur appréhension par le juge constitutionnel dans le cadre de la procédure de la QPC pose avant tout la question de la délimitation du sujet, surtout lorsque celui-ci concerne les "travailleurs précaires". La catégorie, hétérogène, peut faire l'objet d'une appréhension plus ou moins large puisque le terme « précaire » renvoie à deux significations principales : « Révocable selon la loi » ou « Dont l'avenir, la durée, la stabilité ne sont pas assurées²³⁸ ». Ces définitions mettent en lumière ce qui, d'un point de vue juridique, paraît faire la spécificité de la notion, c'est-à-dire le caractère révocable par l'autorité qui l'a accordée de la concession, de la permission ou, plus généralement encore, de la faculté. Autrement dit, bien que l'expression « travailleur précaire » fasse aujourd'hui partie du langage courant, elle ne constitue pas une catégorie juridique cohérente et autonome, pas davantage que celle de « travailleur vulnérable ». Après quelques éléments d'ordre méthodologiques et chiffrés à propos de cette catégorie (1), seront envisagés les principaux thèmes que la jurisprudence constitutionnelle a fait surgir dans ce domaine : l'égalité femmes-hommes dans l'emploi (2), l'identification de catégories de « travailleurs vulnérables » (3), l'examen des mesures de lutte contre la crise économique de 2008 (4), la confrontation de l'emploi et de la maternité en Italie (5). Quelques éléments de conclusion permettront d'achever l'étude de cette catégorie (6).

1. Éléments méthodologiques et statistiques

En Italie, la recherche pouvait être réalisée par mots clefs ou par dispositions constitutionnelles. Le choix a été fait de retenir une recherche sur le fondement des dispositions constitutionnelles, afin d'envisager la situation individuelle de personnes susceptibles de se voir appliquer des règles visant spécifiquement les travailleurs. Ce choix est d'autant plus intéressant que la Constitution italienne présente la particularité de fonder la République démocratique sur le travail, ce dernier représentant l'une des valeurs sur lesquelles s'appuie le pays réel et attribuant, virtuellement, une coloration

²³⁸ *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2019.

politique particulière à l'État. Plusieurs dispositions de la Constitution italienne sont, au surplus, directement relatives au statut des travailleurs (articles 1, 4, et 35 à 38). En Espagne, la sélection des décisions, par le biais de la base de données du Tribunal constitutionnel, a valorisé la recherche par mots-clefs, en particulier par référence à l'adjectif « social » ainsi que l'expression « contentieux administratif », étant donné qu'il s'agissait d'identifier les questions d'inconstitutionnalité examinées par le Tribunal en lien avec les travailleurs. Parmi les résultats obtenus, Miguel Pérez-Moneo a choisi d'exclure les affaires en lien avec les collèges et les ordres professionnels. Ce sont alors 110 arrêts qui ont été retenus, dont 74, 55 % répondaient à des questions d'inconstitutionnalité promues par des juridictions sociales et 25, 45 % par des juridictions administratives. En Espagne, la plupart des affaires sont relatives aux décisions adoptées par le gouvernement pour enrayer la crise économique. Ainsi trouve-t-on des questions d'inconstitutionnalité formées contre la réduction de 5 % de toutes les formes de rémunération des employés des organismes et entités intégrant le secteur public, la suppression du treizième mois en décembre 2012 ou le gel des pensions de retraite durant cette même année. Mais on trouve aussi des arrêts qui traitent de groupes particuliers, tels que les employés à temps partiel, les chômeurs de plus de 52 ans, les anciens détenus, ou encore les travailleurs déclarés handicapés. En Italie, les chiffres ne sont pas seulement remarquables du point de vue du nombre de dispositions constitutionnelles potentiellement mobilisables par le juge ; ils le sont aussi, et sans doute avant tout, du point de vue du nombre de décisions relatives à la matière : depuis l'année 2000, ce sont plus de 390 questions incidentes de constitutionnalité qui ont été portées devant la Cour constitutionnelle italienne relativement aux travailleurs, ce qui représente, annuellement sur la période, entre 9 et 47 affaires, soit entre 0,7 et 13,1 % des procès incidents de constitutionnalité dont la Cour a eu à connaître chaque année. La disposition constitutionnelle la plus invoquée est, naturellement, l'article 36 qui consacre le « cœur des droits du travailleur en tant que personne²³⁹ », selon les propos de Daniele Chinni. En revanche, l'article 1, alinéa 1, de la Constitution ne fait, quant à lui, alors même qu'il n'est pas simplement récapitulatif²⁴⁰, que l'objet d'un faible intérêt de la part des plaideurs. Après l'article 36, ce sont les articles 35 et 4 de la Constitution qui sont le plus souvent invoqués dans les affaires relatives à des travailleurs et personnes sans emploi²⁴¹. Par

²³⁹ Article 36 : « Le travailleur a droit à une rétribution proportionnée à la quantité et à la qualité de son travail et en tout cas suffisante pour assurer à lui-même et à sa famille une existence libre et digne. La durée maximum de la journée de travail est fixée par la loi.

Le travailleur a droit au repos hebdomadaire et à des congés annuels rétribués, et il ne peut y renoncer ».

²⁴⁰ « L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail ».

²⁴¹ Article 35 : « La République protège le travail sous toutes ses formes et dans toutes ses applications. Elle veille à la formation et à la promotion professionnelle des travailleurs. / Elle propose et favorise les accords internationaux et les organisations internationales visant à l'affirmation et à la réglementation des droits du travail. / Elle reconnaît la liberté d'émigration, sous réserve des obligations fixées par la loi dans l'intérêt général et protège le travailleur italien à l'étranger » ; article 4 : « La République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et met en œuvre les conditions qui rendent ce droit effectif. / Tout citoyen a le devoir d'exercer, selon ses possibilités et selon son choix, une activité ou une fonction concourant au progrès matériel ou spirituel de la société ».

ailleurs, toujours au titre des éléments chiffrés, observons que sur les 391 décisions qui nous intéressent, 176 sont des arrêts (44,75%) et 215 des ordonnances (c'est à dire 55,25 %). Ces chiffres sont à rapprocher des 4862 décisions rendues, pendant la même période, dans le cadre de jugements incidents de constitutionnalité, parmi lesquelles 1671 étaient des arrêts (34,34%), et 3191 étaient des ordonnances (65,66%). Il en ressort que, dans le domaine qui nous intéresse ici, la Cour constitutionnelle italienne a tendance à examiner davantage qu'elle ne le fait généralement la totalité des éléments de l'affaire. En Espagne, de nombreuses dispositions constitutionnelles ont été invoquées par les requérants, qu'il s'agisse de l'interdiction de l'arbitraire (article 9, alinéa 3), du principe d'égalité (article 14), du droit de propriété (article 33), ou encore aux règles d'attribution et de répartition des compétences à l'État et aux Communautés autonomes (article 103, alinéa 3, article 134, article 149, alinéa 1). En France, bien qu'il ait pu paraître séduisant de circonscrire le sujet et de n'étudier que les décisions QPC relatives à ces travailleurs précaires tels que définis par quelques rares dispositions du Code du travail qui font référence à la « précarité » sans la définir, une telle approche serait par trop réductrice au regard du but de l'étude. En effet, si la précarité entraîne la vulnérabilité, cette dernière est plus large, englobant aussi tous les travailleurs qui par leurs faiblesses supposées ou avérées, intrinsèques ou passagères, peuvent voir leur statut dégradé par le biais de mécanismes institués par des textes de valeur législative. D'un point de vue statistique, le Conseil constitutionnel n'a eu à juger que d'un nombre assez restreint de QPC relatives aux contrats temporaires. En effet, trois décisions portent sur les contrats à durée déterminée²⁴², tandis que les contrats de travail temporaire ou d'intérim ne sont abordés qu'une fois, mais dans une décision *a priori*²⁴³, la notion d'apprentissage, quant à elle, donnant lieu à quatre QPC, mais seule une décision étant relative spécifiquement aux contrats d'apprentissage, aux contrats uniques d'insertion, aux contrats d'accompagnement dans l'emploi et aux contrats de professionnalisation²⁴⁴. Il faut encore y ajouter trois affaires concernant les femmes au travail et une affaire relative au handicap au travail.

Sur le fond, le principe d'égalité représente, en Italie et plus encore en Espagne, un levier particulièrement sollicité et particulièrement efficace à l'heure de protéger les travailleurs et développer leur statut constitutionnel. Si l'égalité femmes-hommes occupe une place particulière, en particulier dans l'actualité récente, elle n'a toutefois pas été la seule à nourrir les développements de la jurisprudence constitutionnelle, les motifs de discrimination à l'égard des travailleurs allant bien au-delà du seul critère du sexe (2). De sorte que c'est souvent à l'occasion de griefs articulés autour du principe d'égalité que les cours constitutionnelles italienne et espagnole ont pu identifier des catégories

²⁴² Il s'agit des décisions n° 2014-401 QPC du 13 juin 2014, *M. David V.* ; n° 2014-402 QPC du 13 juin 2014, *M. Lionel A.* ; et n° 2017- 623 QPC du 7 avril 2017, *Conseil national des barreaux*. Cette dernière n'aborde cependant pas la question au fond.

²⁴³ Conseil constitutionnel, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*.

²⁴⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre*.

spécifiques de travailleurs placés dans une situation particulièrement vulnérable - travailleurs à temps partiel, travailleurs intérimaires, travailleurs invalides et travailleurs retraités – (3), n’hésitant pas ensuite à leur appliquer l’ensemble des dispositions constitutionnelles opportunes. En Italie et en Espagne, pays les premiers touchés par les effets de la crise économique de 2008, plusieurs dispositions législatives adoptées à cette occasion ont fait l’objet d’un contrôle incident de constitutionnalité (4), la jurisprudence constitutionnelle italienne consacrant, au surplus, des développements importants à la question des liens entre maternité et emploi (5).

2. L’égalité femmes-hommes dans l’emploi

L’égalité femmes-hommes en matière d’emploi a occupé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne. Bien sûr, la Constitution italienne pose le principe général d’interdiction des discriminations fondées sur le sexe, en particulier dans le domaine de l’emploi. La Cour constitutionnelle italienne a, ainsi, eu à envisager la règle qui prévoyait, à propos de la femme souhaitant travailler au-delà de l’âge de 60 ans – à la différence de ce qui était prévu pour les hommes – la charge de communiquer rapidement son intention à l’employeur et de le faire au moins trois mois avant la date de déclenchement de son droit à pension de retraite, sous peine d’application immédiate de ce droit. Il s’agissait d’une disposition qui, comme le souligne la Cour, a le même contenu prescriptif qu’une autre précédemment déclarée contraire à la Constitution dans l’arrêt n° 498/1998 et qui met en place la même discrimination entre le travail masculin et le travail féminin : « C’est pourquoi l’obligation de communiquer, mise à la charge de la travailleuse, et conditionnant le droit de cette dernière de travailler, à partir du même âge que celui prévu pour le travailleur, au respect – et donc au possible risque – d’une condition qui, dans les faits, n’est pas prévue pour les hommes, compromet et fragilise la réalisation pleine et effective du principe d’égalité entre les hommes et les femmes, en violation de l’article 3 de la Constitution, ce choix ne se fondant sur aucune justification raisonnable, et de l’article 37 de la Constitution²⁴⁵ ».

La préoccupation du respect de l’égalité entre femmes et hommes a aussi été envisagée à travers le prisme des pensions de retraite et des conditions posées pour en bénéficier. A cet égard, de manière générale, est régulièrement rappelée la distinction établie entre l’âge de départ à la retraite et l’âge ouvrant droit à pension de retraite : si l’âge de départ à la retraite, c’est-à-dire la durée légale de travail, doit être identique pour les femmes et les hommes, l’âge ouvrant droit à pension de retraite peut être distinct en faveur de la femme, représentant alors un « avantage justifié » et non un élément de discrimination²⁴⁶.

²⁴⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 275/2009.

²⁴⁶ Durant la période examinée : Cour constitutionnelle, arrêts n° 335/2000 et n° 256/2002.

En France, s'il est entendu que le législateur peut favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux responsabilités professionnelles, le juge constitutionnel n'entend pas que d'autres principes constitutionnels soient sacrifiés pour aboutir à ce résultat²⁴⁷. De sorte que « bien qu'il y ait beaucoup à faire en matière d'égalité femmes-hommes, la jurisprudence constitutionnelle développée dans le cadre des QPC reste, à ce jour, à construire²⁴⁸ ».

3. L'identification de catégories de « travailleurs vulnérables »

3.1. Les travailleurs à temps partiel

En Espagne, ce sont certaines des règles relatives aux travailleurs à temps partiel qui ont été confrontées au principe d'égalité. En effet, le statut général des travailleurs et la loi générale de sécurité sociale mettaient en place un traitement différent pour les travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps complet pour la détermination des périodes de cotisation nécessaire pour créer des droits à prestations de sécurité sociale. Ainsi, dans le cas des travailleurs à temps complet, ce sont les périodes de temps de travail prévues par le contrat de travail qui sont déterminantes tandis que pour les travailleurs à temps partiel seules les heures effectivement travaillées sont prises en compte. Par deux arrêts²⁴⁹, le Tribunal constitutionnel espagnol a considéré qu'un tel mécanisme portait atteinte au principe d'égalité devant la loi et cela d'un double point de vue : d'une part, car il était exigé des travailleurs à temps partiel des périodes d'activité plus longues pour considérer établie la carence, ce qui rendait plus difficile l'accès aux prestations de sécurité sociale, au surplus de manière disproportionnée ; d'autre part, s'ajoutait une discrimination indirecte, fondée sur le sexe, dans la mesure où les travailleurs à temps partiel sont le plus souvent des femmes.

La loi générale relative à la sécurité sociale prévoyait l'extinction des droits à allocation chômage lorsque le bénéficiaire percevait des revenus supérieurs à 75 % du salaire minimal interprofessionnel ou lorsqu'il cessait d'avoir des responsabilités familiales, ce qui supposait que pour pouvoir bénéficier à nouveau de cette allocation il devait réunir une nouvelle fois les conditions d'octroi. En pratique, ce mécanisme rendait extraordinairement difficile, pour ne pas dire totalement impossible, pour les personnes sans emploi de plus de 52 ans, de jouir une nouvelle fois de cette allocation si elles en

²⁴⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018, Confédération générale du travail – Force ouvrière et autre, et décision n° 2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC du 13 juillet 2018, *Syndicat CFE-CGC France Telecom Orange et autre*.

²⁴⁸ V. Bernaud.

²⁴⁹ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 253/2004 et arrêt n° 61/2013.

avaient une première fois perdu le bénéfice. Le Tribunal constitutionnel n'y a pas vu de motif de censure du législateur, dans la mesure où le choix opéré en la matière par la loi, bien que discutable, ne mettait en place aucune discrimination, d'autant plus que la Constitution, dans son article 41, ne prédétermine pas les droits des citoyens à l'égard du système de sécurité sociale²⁵⁰.

La préoccupation à l'égard de l'intérêt du travailleur à la stabilité de l'emploi, véritable « boussole²⁵¹ » de l'action de la Cour constitutionnelle italienne, l'a guidée lors de l'examen de l'encadrement législatif des contrats précaires. Ainsi, la Cour a-t-elle écarté la non-conformité de l'indemnisation en cas de licenciement d'un travailleur sous contrat illégalement à durée déterminée, car la réglementation contestée « assure à ce dernier la formation d'une relation de travail à durée indéterminée (...) et la stabilité de la relation de travail constitue la protection la plus intense qui puisse être reconnue à un travailleur précaire²⁵² ». Par ailleurs, la Cour constitutionnelle italienne a refusé de censurer la disposition qui interdit l'exercice de l'emploi médico-légal aux fonctionnaires à temps partiel, travaillant à mi-temps²⁵³. En effet, l'interdiction n'est pas censurée non seulement parce que sa définition, quant à ses périodes et à ses modalités, relève de la compétence du législateur, « mais aussi car elle entend encadrer le mode d'exercice du service dans les entités publiques afin de satisfaire l'intérêt général tenant à la bonne exécution de la prestation de travail, conformément aux exigences d'impartialité et de bonne évolution, ainsi qu'un exercice correct de la profession²⁵⁴ ».

3.2. Les travailleurs intérimaires et travailleurs à durée déterminée

Le principe d'égalité a de nouveau été, en Espagne, appliqué à une catégorie spécifique de travailleurs réputés vulnérables, les travailleurs intérimaires. En effet, la loi de finances des Canaries pour 2013 mettait en place, uniquement pour les travailleurs intérimaires, une réduction de la durée de la journée de travail à laquelle correspondait une réduction proportionnelle de la rémunération. À propos de ces conditions de travail distinctes, le juge constitutionnel espagnol rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle, en matière d'emploi salarié, le principe est celui de l'égalité entre les travailleurs disposant d'un contrat à durée déterminée, y compris les intérimaires, et ceux liés par un contrat de travail à durée indéterminée ; de sorte que le simple fait d'être engagé par un contrat de travail à durée déterminée ne peut justifier un traitement différent si celui-ci n'est pas

²⁵⁰ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 128/2009.

²⁵¹ D. Chinni, p. 15.

²⁵² Cour constitutionnelle, arrêt n° 303/2011.

²⁵³ Qui jusqu'alors pouvaient l'exercer conformément à une disposition jugée conforme par la Cour dans l'arrêt n° 390/2006.

²⁵⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 166/2012.

fondé sur des raisons objectives suffisantes. Le gouvernement des Canaries ne s'appuyant sur aucune spécificité propre au travail intérimaire, la règle a été déclarée inconstitutionnelle²⁵⁵. Et la jurisprudence constitutionnelle espagnole a dû également se saisir du cas particulier, fréquent dans ce pays, des travailleurs dits « travailleurs permanents exerçant de manière discontinue », c'est-à-dire les travailleurs employés dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée mais qui peuvent exercer auprès de plusieurs entreprises car leur profession est à caractère discontinu. La loi prévoit, notamment, qu'ils sont exclus du bénéfice de la prestation non contributive de chômage lorsque ces travailleurs ont dépassé l'âge de 52 ans. Le facteur déterminant mis en œuvre pour parvenir à cette exclusion consistait dans la modalité différente de la relation de travail²⁵⁶. Selon le Tribunal constitutionnel, le contrat de travail permanent d'exercice discontinu recouvre deux situations distinctes d'inactivité : la première naît de la fin du contrat de travail, tandis que la seconde résulte de l'interruption de l'activité temporaire c'est-à-dire d'un défaut d'occupation effective entre des périodes d'activité. Techniquement, cette seconde hypothèse ne constituerait pas une situation de chômage et ne pourrait donc être un élément valide de comparaison, de sorte qu'en l'espèce le législateur n'a pas créé une discrimination au sens de l'article 14 de la Constitution²⁵⁷.

En France, dans deux affaires formées 2014, les requérants se plaignaient de ne pas avoir bénéficié de l'indemnité de fin de contrat normalement prévue par l'article L. 1243-8 du code du travail²⁵⁸. Dans la décision n° 2014-401 QPC, la requête provenait d'un étudiant employé en contrat à durée déterminée pendant les vacances de Noël, tandis que dans la décision n° 2014-402 QPC, il s'agissait d'une personne employée en contrat à durée déterminée dans le cadre d'un contrat d'usage. Dans les deux cas, les moyens soulevés étaient pertinents en ce qu'ils dénonçaient, d'une part, une atteinte au principe d'égalité vis à vis des autres travailleurs en contrat à durée déterminée susceptibles de prétendre à la prime convoitée ; d'autre part, en ce qu'ils demandaient au juge constitutionnel de préciser les notions de « jeunes » et de « contrat d'usage ». La première affaire, donnant lieu à la décision 401 QPC, était, comme le relève V. Bernaud, « particulièrement intéressante puisque, depuis les années 2000, le législateur a adopté différentes lois censées venir au secours d'une catégorie de la population française perçue comme vulnérable, à savoir les “jeunes” ». L'apport des décisions « est cependant de faible valeur ». En effet, ces décisions n'examinent que des dispositions législatives très spécifiques, de sorte qu'elles peinent à produire des transformations importantes dans le chef des travailleurs vulnérables. Ainsi que le relève encore cet auteur, il s'agit « au mieux, de décisions pouvant ponctuellement s'avérer novatrices ou d'un apport

²⁵⁵ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 71/2016.

²⁵⁶ C'est l'article 13, alinéa 3, de la loi 31/1984 du 2 août qui pose cette règle.

²⁵⁷ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 53/2004.

²⁵⁸ Cet article dispose que : « Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation ».

substantiel sur de micros problèmes juridiques ». Mais, le plus souvent, elles se bornent à faire application d'une jurisprudence constitutionnelle établie de longue date « et permettant d'évacuer les moyens soulevés sans trop se compliquer la tâche ».

À l'occasion de ces deux affaires, le Conseil constitutionnel n'est pas venu préciser la notion de « jeunes », pas davantage que celle de « contrat d'usage », tandis qu'il rejette les prétentions de requérants, qui peuvent être considérés – ainsi que le souligne Valérie Bernaud – comme « doublement précaires, car titulaires d'un contrat à durée déterminée et exclus d'une prime visant “à compenser la précarité de leur situation” », au prix d'une application classique du principe d'égalité. Le commentaire officiel des décisions nous renseigne sur la manière dont le juge constitutionnel français n'envisage ces « publics précaires » qu'à travers le prisme d'un raisonnement juridique faisant peu de place au contexte : « n'était pas contraire au principe d'égalité le fait de prévoir qu'un élève ou un étudiant qui travaille pendant ses seules vacances et qui a vocation à reprendre ses études, se voit privé de l'indemnité de précarité : au regard de l'objet de la loi (compenser l'instabilité de l'emploi) cet élève ou cet étudiant ne se trouve pas dans une situation de précarité puisqu'il a recherché du travail pour la seule période de suspension de ses études et qu'il a repris ces études à l'issue du contrat (considérant 5 de la décision n° 2014-401 QPC). L'argumentation du requérant, qui se fondait sur des études montrant un important taux de précarité dans la population étudiante, n'était donc pas opérante. Le fait que nombre d'étudiants soient des travailleurs précaires n'a pas pour effet de conférer aux “jobs d'été” un statut de travail précaire ».

Pour être complet, relevons que la décision n° 2011-122 QPC, qui contrôle l'article L 1111-3 du code du travail en vertu duquel ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, ceux d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi et les titulaires d'un contrat de professionnalisation, ne comporte qu'un apport technique quant au calcul des effectifs des entreprises et à l'application du principe de participation tel consacré par l'alinéa 8 du Préambule de 1946, sans se prononcer, au fond, sur les différents types de contrats et sur l'éventuelle précarité de leurs titulaires.

3.3. Les travailleurs employés de nuit

Cette catégorie de travailleur n'a été envisagée que par le seul juge constitutionnel français. En effet, la réglementation du travail de nuit en France est relativement récente puisqu'elle date de 2001. Outre que le recours au travail de nuit ne peut être, en principe, qu'exceptionnel, il doit prendre en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et doit être justifié « par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale »²⁵⁹. L'objet de cet encadrement consiste dans le souci « d'éviter de placer les individus dans des situations susceptibles de fragiliser leur santé, leur sécurité, voire leur vie familiale »²⁶⁰. Saisi en 2014 d'une QPC par la société *Sephora*, le Conseil constitutionnel a dû s'interroger sur une éventuelle atteinte à la liberté d'entreprendre par le Code du travail. À cette occasion, il a vérifié que la conciliation entre les exigences constitutionnelles en cause avait été correctement réalisée, ce qui ne peut laisser de place à la prise en compte explicite de cette forme de vulnérabilité ou de pénibilité salariale, pas davantage que d'une protection renforcée des droits des travailleurs considérés²⁶¹.

3.4. Les travailleurs invalides

La loi générale de sécurité sociale espagnole dispose que les travailleurs déclarés en situation d'incapacité permanente qui n'exercent pas d'activité professionnelle ne peuvent demander le réexamen de leur degré d'incapacité que selon une périodicité fixée par la décision reconnaissant leur situation. Au contraire, les travailleurs déclarés en situation d'incapacité permanente mais qui exercent une activité peuvent demander à tout moment le réexamen de leur situation en raison d'une aggravation ou d'une amélioration de leur degré d'invalidité déclaré. À l'occasion d'une affaire portée devant elle, la chambre sociale du Tribunal supérieur de justice de Catalogne a contesté ce mécanisme, estimant qu'il y avait là une atteinte au principe d'égalité. Le Tribunal constitutionnel espagnole refuse de faire droit à cette analyse en observant que, de manière générale, il n'existe pas de droit des personnes pensionnées à la révision automatique de leur degré d'incapacité ; de ce point de vue, la situation de la personne cumulant un travail avec la perception d'une pension constitue une particularité susceptible de justifier une disposition légale permettant un contrôle permanent propre à garantir à tout moment l'adéquation de la pension versée avec la capacité réelle de travail. Autrement dit, la circonstance juridiquement déterminante de ce que la personne pensionnée cumule, ou

²⁵⁹ Article L. 3122-32 du Code du travail.

²⁶⁰ V. Benaud.

²⁶¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora*.

non, sa pension avec l'exercice d'une activité salariée exige que l'aggravation ou l'amélioration de son état d'invalidité trouve un reflet immédiat dans le degré d'incapacité qui lui est reconnu et, dès lors, il n'y a pas de discrimination dans un tel mécanisme²⁶².

En France, quelques décisions QPC sont relatives aux travailleurs en situation de handicap, mais la quasi-totalité a trait à des aspects liés aux prestations sociales et non au travail lui-même. L'affaire ayant donné lieu à la décision 497 QPC aurait pu être intéressante en ce que le Conseil constitutionnel devait y examiner l'obligation législative d'emploi des travailleurs handicapés²⁶³. Mais, le problème juridique soulevé ne portait pas sur la protection éventuelle de ces derniers, mais sur une atteinte supposée au principe d'égalité entre les entreprises soumises à l'obligation d'emploi et celles qui en sont exemptées. Le juge constitutionnel français s'est donc borné à raisonner en termes de seuils d'effectifs, sans jamais aborder au fond la vulnérabilité des personnes handicapées.

3.5. Les travailleurs retraités

Le calcul du montant des pensions de retraite a donné lieu, en Espagne, à une réflexion autour du principe d'égalité : le juge constitutionnel a dû rechercher si l'intégration des écarts dans les périodes de cotisation qui doivent être prises en compte pour le calcul de la base réglementaire de la pension de retraite ou d'invalidité permanente, en considérant les bases minimales de cotisation, se trouvait renforcé. Les règles qui encadrent la détermination de la base de cotisation à la sécurité sociale dans le cas des travailleurs à temps complet et des travailleurs à temps partiel doivent respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elles sont fixées en proportion de la journée travaillée. Par conséquent, l'application de cette règle entraîne un montant de pension proportionnellement inférieur pour le travailleur à temps partiel, en même temps que le contrat de travail à temps partiel suppose un effort contributif moindre. C'est la raison pour laquelle le Tribunal constitutionnel a considéré raisonnable et proportionné que les bases réglementaires des prestations de sécurité sociale soient calculées en fonction des cotisations effectivement perçues, ce qui produit une pension d'un montant plus faible que lorsque le travail n'a été réalisé qu'à temps complet²⁶⁴.

Les travailleurs retraités ont également fait l'objet de l'attention de la Cour italienne. De ce point de vue, l'orientation de la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle la pension doit être considérée comme une « rémunération différée » dans le temps est particulièrement ferme, de sorte que la pension bénéficie de protections similaires à celles

²⁶² Tribunal constitutionnel, arrêt n° 205/2011.

²⁶³ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-497 QPC du 20 novembre 2015, *Association Groupement d'employeurs AGRIPPLUS*.

²⁶⁴ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 156/2014 et arrêt n° 110/2015.

des salaires²⁶⁵, même si ce principe n'impose pas un lien permanent des prestations de retraite avec les salaires²⁶⁶. L'arrêt n° 173/2016 le confirme. Elle y a écarté les doutes de constitutionnalité portant sur la « cotisation de solidarité » (consistant dans une réduction, pour la période 2014-2016, des pensions les plus élevées) car les conditions requises par la Constitution étaient respectées et, en particulier, car il s'agit « d'une mesure effectivement orientée vers la solidarité en matière de sécurité sociale », ou « de soutien à la sécurité sociale pour les plus faibles, également en vue d'une solidarité intergénérationnelle ».

4. L'examen des mesures de lutte contre la crise économique de 2008

La Cour constitutionnelle italienne a été confrontée à d'autres problèmes politiquement sensibles, compte tenu des citoyens affectés par les règles en cause. Précisément en raison de la crise économique, le législateur est intervenu pour geler l'ensemble des salaires des agents publics pour les années 2011, 2012 et 2013. Insistant, avant tout, sur la « nécessité notoire de contenir les dépenses publiques » et « sur le but exceptionnel, transitoire, non arbitraire, cohérent et la nature temporellement limitée des sacrifices requis », le juge constitutionnel italien a considéré que les multiples questions de constitutionnalité soulevées n'étaient pas fondées²⁶⁷. Ces déclarations ont ensuite été confirmées, dans une décision de 2015, cette fois en soulignant « la gravité de la situation économique et financière, contemporaine de l'intervention législative » et la « nécessité de maîtriser un poste important de dépenses publiques, qui avait connu une croissance incontrôlée, dépassant l'augmentation des salaires du secteur privé »²⁶⁸.

En Espagne, plusieurs questions d'inconstitutionnalité ont été formées contre le décret-loi 29/2012 du 30 novembre relatif à des mesures de consolidation et de garantie du système de sécurité sociale qui avait, notamment, pour objet de geler le montant des pensions de retraite pour l'année 2012 par le biais d'une disposition rétroactive. L'originalité consiste en ce que les 22 questions d'inconstitutionnalité promues contre cette norme²⁶⁹ ont été tranchées par un seul arrêt de 2015 par lequel le Tribunal constitutionnel répondait au recours d'inconstitutionnalité qui avait également été formé contre cette règle²⁷⁰. Pour l'essentiel, le Tribunal a écarté le doute de constitutionnalité en indiquant que les personnes bénéficiaires de pension de retraite ne sont pas titulaires d'un

²⁶⁵ Au cours de la période considérée, Cour constitutionnelle, arrêts 30/2004, 458/2005, 366/2006, 208/2014, 70/2015 et 174/2016.

²⁶⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 316/2010.

²⁶⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 219/2014.

²⁶⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 178/2015.

²⁶⁹ Il s'agit des arrêts n° 95/2015, 109/2015, des arrêts n° 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 et 135/2015 et de l'arrêt n° 144/2015.

²⁷⁰ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 49/2015.

droit subjectif à l'actualisation de leur pension au regard de la différence entre l'inflation estimée et l'inflation réelle mais simplement d'une attente légitime qui doit être concrétisée par les règles budgétaires en fonction des circonstances socioéconomiques.

En Italie, les décisions relatives aux réformes législatives qui ont affecté le *quantum* des pensions sont particulièrement intéressantes, compte tenu de l'écho qu'elles ont eu dans l'opinion publique et des conséquences financières qui s'y attachent, ces règles étant inspirées par le souci de limiter les dépenses publiques à la suite de la crise économique de 2008. La Cour constitutionnelle italienne a jugé conforme à la Constitution la règle qui prévoyait le blocage total de la péréquation automatique des pensions dépassant huit fois le traitement minimum pour l'année 2008, règle essentiellement justifiée par son objectif clair de solidarité. Dans cette même décision, elle a cependant indiqué que « la suspension indéfinie du mécanisme de péréquation, ou la répétition fréquente de mesures visant à le paralyser, exposerait le système à des tensions évidentes avec les principes tenant au caractère raisonnable et à la proportionnalité des mesures ordonnées (...) car ainsi les pensions, même si elles répondent à une plus grande cohérence, peuvent ne pas être suffisamment sauvegardées face aux variations du pouvoir d'achat²⁷¹ ». Une affaire, en particulier, portait sur une neutralisation de la péréquation entre pensions, pour les années 2012 et 2013 et uniquement à l'égard des pensions ayant un montant total trois fois supérieur au montant minimum. Tout d'abord, la Cour rappelle que « la péréquation automatique des pensions est un instrument technique visant à assurer le respect du critère d'adéquation au sens de l'article 38, deuxième alinéa, de la Constitution » et qui peut, selon le cas, influencer le sens de la règle de l'article 36 de la Constitution selon laquelle le montant de la rémunération doit être suffisant. C'est à la lumière de ces précisions que le juge de la loi a considéré que, en l'espèce, les limites du caractère raisonnable et de la proportionnalité avaient été dépassées, portant en conséquence atteinte au pouvoir d'achat lié au salaire et violant les attentes légitimement nourries par les travailleurs compte tenu du temps passé dans leur emploi²⁷². La non-conformité résulte ici non pas du gel, en tant que tel, de la péréquation mais de ses modalités de mise en œuvre, ainsi que la Cour l'a confirmé dans son arrêt n° 250/2017. Les griefs à l'égard d'un dispositif qui, pour la période 2014-2016, avait décidé un gel de la péréquation en fonction du montant de la pension ont été jugés non fondés. En effet, la législation contestée n'a « sacrifié l'intérêt des retraités pour protéger le pouvoir d'achat de leurs pensions que partiellement et temporairement », en même temps et, surtout, qu'elle a destiné « les ressources financières limitées disponibles en priorité aux catégories de retraités dont le montant des pensions était faible ».

C'est encore la conjoncture économique qui a généré de nombreux renvois de questions d'inconstitutionnalité au Tribunal constitutionnel espagnol, cette fois-ci à propos de la suppression du treizième mois en décembre 2012 pour le personnel du secteur public afin

²⁷¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 316/2010.

²⁷² Cour constitutionnelle, arrêt n° 70/2015.

de garantir la stabilité budgétaire. De la même manière qu'à propos du gel du montant des pensions de retraite, cette mesure intervenait par le biais de l'adoption d'une disposition législative rétroactive au regard des jours travaillés normalement pris en compte pour le calcul du treizième mois²⁷³. Toutefois, avant que les questions ne soient inscrites au rôle du Tribunal, le législateur intervenait une nouvelle fois pour revenir sur ce calcul, le juge constitutionnel se contentant de constater que ces questions étaient finalement dépourvues d'importance constitutionnelle²⁷⁴.

Plus généralement, en Italie, la question de la rémunération a été envisagée à travers le prisme de son adéquation et de sa proportionnalité, dans la mesure où il existe entre ces deux notions un lien étroit à garantir au travailleur et à sa famille une existence libre et digne, telle que visée à l'article 37 de la Constitution italienne. De manière générale, la Cour constitutionnelle italienne considère que les dispositions constitutionnelles protégeant la rémunération sont de nature à garantir le caractère insaisissable des éléments de ladite rémunération indispensables à ses besoins essentiels²⁷⁵. Durant la période retenue, de nombreux arrêts ont envisagé la conformité à la Constitution de la législation qui, notamment en raison de la crise économique de 2008, ont imposé différents types de restrictions aux salaires publics. Dans l'arrêt n° 124/2017, la Cour a examiné la conformité constitutionnelle d'une législation dont il était soutenu par les requérants qu'elle violait le principe d'adéquation de la rémunération. En effet, elle fixait comme limite infranchissable des rémunérations versés par les finances publiques le salaire du premier président de la Cour de cassation, fixé aujourd'hui à 240 000 euros bruts annuels et interdisait aux administrations et aux organismes publics de verser aux personnes bénéficiant déjà de prestations de pension servies par les régimes de pension publics des prestations dont le montant, cumulé avec ladite pension, dépasseraient la limite de 240 000 euros annuels. La Cour a écarté le grief d'inconstitutionnalité, déclarant que « la règle de la limite maximale, tant pour les salaires dans le secteur public que pour le cumul entre salaires et pensions, s'inscrit dans un contexte de ressources limitées, qui doivent être convenablement réparties et transparentes ». Elle a, en effet, noté que « la limitation des ressources disponibles, immanente au secteur public, lie le législateur qui doit adopter des choix cohérents, visant à concilier les multiples valeurs du rang constitutionnel » et que, par conséquent, « dans le secteur public, il n'est pas interdit au législateur de fixer une limite maximale aux salaires et au cumul des rémunérations et des pensions, à

²⁷³ Il s'agissait du décret-loi 20/2012 du 13 juillet.

²⁷⁴ Ce sont 55 questions d'inconstitutionnalité qui sont formées et qui donnent lieu aux arrêts n° 83/2015, n° 97 et 100/2015, n° 113/2015, n° 141/2015, n° 151 et 153/2015, n° 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 170, 171, 172, 173, 174 et 175/2015, n° 184/2015, n° 188, 189, 190, 191, 192 et 193/2015, n° 205 et 206/2015, n° 210/2015, n° 224, 225, 227 et 228/2015, n° 243 et 245/2015, n° 264/2015, n° 2 et 4/2016, n° 43/2016, n° 46, 47 et 52/2016, n° 79 et 80/2016, n° 90/2016, n° 97/2016, n° 104 et 106/2016, n° 134/2016, n° 145/2016, et n° 160/2016. Toutes ces décisions ne font que renvoyer aux arrêts n° 241/2015 et n° 1/2016 qui déclarent toutes ces questions non-admises pour défaut d'importance constitutionnelle de la question.

²⁷⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 248/2015, confirmé plusieurs fois par la suite avec les ordonnances n° 70/2016, 222/2016, 91/2017 et 202/2018.

condition que le choix, visant à équilibrer les différentes valeurs en jeu, ne soit pas manifestement déraisonnable », comme cela était le cas en l'espèce²⁷⁶. De ce point de vue, les cours constitutionnelles française, italienne et espagnole paraissent partager une même analyse qui prend en compte, avant tout, les contraintes budgétaires pesant sur les États davantage que la particulière vulnérabilité de certains travailleurs en période de forte crise économique.

5. La confrontation de l'emploi et de la maternité en Italie

La jurisprudence constitutionnelle italienne a eu à connaître de la situation des mères travailleuses, se saisissant, dans le même temps, des droits de leurs enfants mineurs. Dans ce domaine, la Cour a prononcé huit censures, chiffre élevé si on le rapporte aux affaires invoquant la violation de l'article 37 de la Constitution dont le juge de la loi a été saisi pendant la période. Le résultat consiste dans une extension aux travailleuses de la protection octroyée par le législateur en cas de maternité. Ainsi, la Cour a affirmé que la mise en place d'une interdiction de travail en cas d'événements ou de conditions préjudiciables à la santé de la femme ou du *nasciturus* est une mesure protectrice du bien-être psycho-physique de la mère et de l'enfant. Il en résulte qu'elle doit être appliquée également aux travailleuses à domicile étant donné que l'indemnisation économique subséquente évite qu'elles continuent à effectuer une activité salariée afin de ne pas subir une perte de revenus²⁷⁷. En application des mêmes principes, l'arrêt n° 361/2000 a jugé que l'indemnité de maternité, attribuée par la loi aux agricultrices devait également bénéficier à la catégorie proche des exploitantes agricoles à titre principal car « alors que la règle d'un degré de protection plus élevé en faveur de certaines catégories par rapport à d'autres peut être justifiée, apparaît, en revanche, absolument discriminatoire l'absence totale de protection qui se produit quand, dans les mêmes circonstances, il existe des personnes qui ne bénéficient d'aucune aide reconnue, à la différence d'autres personnes qui connaissent des situations comparables ».

L'arrêt n° 405/2001 a encore étendu le bénéfice de l'allocation de maternité : la loi prévoit en fait qu'une telle allocation soit versée également aux mères dont la relation de travail cesse au cours de la période d'arrêt obligatoire ou qui est sans emploi, au début de cette période ; la Cour a estimé qu'il était constitutionnellement nécessaire d'étendre également ce régime aux travailleuses licenciées pour négligence grave, car « le fondement de la protection [est] de plus en plus clairement lié à la maternité en tant que telle et non plus, comme par le passé, uniquement en lien avec l'exercice de fonctions salariées ». Difficile de considérer alors que l'élément de vulnérabilité tient à l'emploi ou

²⁷⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 124/2017.

²⁷⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 360/2000.

au statut de travailleur, le juge constitutionnel italien paraissant attacher plus d'importance ou, en tout cas, attacher davantage la protection ici à la maternité. Ainsi que la Cour l'a explicitement précisé quelques années plus tard, cela signifie que « les institutions créées pour protéger la maternité n'ont plus, comme par le passé, le but premier et exclusif de protéger la femme, mais visent également à garantir l'intérêt prééminent de l'enfant (...)»²⁷⁸. On assiste donc à une véritable concurrence ou – pour dire les choses plus positivement – de concours ou d'interrelation entre les situations de vulnérabilité, toutes participant d'un accroissement de l'attention du juge constitutionnel italien à l'égard des travailleuses. En application de ces principes, le juge de la loi a censuré divers dispositifs législatifs discriminatoires à l'égard de certaines catégories de travailleuses. Cela fut le cas, par exemple, du mécanisme qui, à propos d'une même catégorie de parents adoptifs, attribuait aux employées relevant du régime de pension dit « de gestion distincte » des travailleurs indépendants et qui avaient adopté, ou avaient entamé une pré-adoption de mineur, un congé de maternité d'une période de trois mois, au lieu du congé de cinq mois, attribué aux salariées²⁷⁹.

De la même manière, encourait un vice d'inconstitutionnalité la réglementation prévoyant qu'en cas d'adoption nationale, l'allocation de maternité ne serait versée à la mère indépendante que si l'enfant n'avait pas dépassé l'âge de six ans²⁸⁰. Dans le même sens, n'est pas conforme à la Constitution, la règle qui n'attribue pas d'allocation de maternité à la femme qui, au début de la période de congé obligatoire, avait bénéficié pendant plus de soixante jours d'un congé extraordinaire d'assistance à son conjoint ou à son enfant en situation de grave handicap²⁸¹. Enfin, il arrive également que la Cour entende protéger la mère qui travaille par le biais d'une décision interprétative : c'est le cas de l'arrêt 495 de 2002, dans lequel, par voie d'interprétation conforme, le paiement de l'allocation de maternité est octroyé pour une durée totale de 5 mois, même en cas de naissance prématurée.

6. Éléments conclusifs

Quelques conclusions spécifiques aux « travailleurs précaires » peuvent être tirées de l'examen de la jurisprudence constitutionnelle. En Espagne, tout d'abord, observons que le contrôle incident de constitutionnalité de la loi ne revêt, à l'image de ce qui a été constaté plus généralement, qu'une portée limitée pour la protection des droits des

²⁷⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 257/2012, repris par l'arrêt n° 205 / 2015, qui relevait également que « le mineur ne doit pas subir de discrimination arbitraire liée à des données accidentelles et extrinsèques, telles que la relation de travail de sa mère ou les particularités de sa relation de filiation ».

²⁷⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 257/2012.

²⁸⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 205/2015.

²⁸¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 158/2018.

travailleurs. Cela s'explique par la conjonction d'un double phénomène, pour partie spécifique à la matière. D'un côté, comme pour les autres catégories de personnes vulnérables identifiées, car les atteintes aux droits et libertés des travailleurs disposent de leur propre voie de protection à travers le recours d'*amparo* constitutionnel. De l'autre, et là surgit la spécificité de la matière, car les politiques publiques qui se concrétisent par la voie législative font souvent l'objet d'une contestation sociale qui se trouve portée devant le Tribunal constitutionnel avant tout - chronologiquement parlant d'abord - par des autorités politiques par la voie du recours d'inconstitutionnalité. Il reste bien un espace pour la question d'inconstitutionnalité afin de protéger les groupes de travailleurs qui, face à l'action du législateur, sont précisément ceux qui sont les plus vulnérables et qui ont, d'abord, agi, on l'a vu, pour lutter contre les discriminations. Mais dans de telles hypothèses, ce n'est que lorsque le critère discriminant consiste, même indirectement, dans le sexe, que l'intervention du juge constitutionnel se révèle la plus énergique, c'est-à-dire la plus efficace, le législateur dispose, en toute hypothèse, d'une importante marge de manœuvre dès lors que l'encadrement des relations de travail est en cause.

D'ailleurs, cette large marge d'appréciation laissée au législateur au moment de réglementer les relations de travail représente un point commun dans les trois systèmes étudiés qui vient partout « desservir » la « progression qualitative » de la protection des droits des travailleurs. À cet égard, en Italie, bien que le droit au travail soit conçu comme un droit social, la jurisprudence constitutionnelle n'en affirme pas moins que la « garantie de ce droit est laissée à la discrétion du législateur quant au choix des rythmes et des modes d'action »²⁸². Les dispositifs législatifs imaginés pour lutter contre les conséquences de la crise économique de 2008 ont, d'ailleurs, le plus souvent, été validés par les juges constitutionnels espagnol et italien. La (large) compétence de principe du législateur en France est également reconnue de longue date, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative au travail dominical, fixée dans le cadre du contrôle *a priori*²⁸³ et rappelée dans plusieurs décisions QPC²⁸⁴ : le droit au repos dominical ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, ce qui laisse donc au législateur une réelle marge de manœuvre dans l'aménagement de celui-ci. Sans surprise, les décisions QPC rendues n'ont pas modifié cette jurisprudence, d'autant moins que les griefs se bornaient à voir dans la réglementation du repos hebdomadaire une atteinte potentielle à la liberté d'entreprendre ou au principe d'égalité entre collectivités territoriales. Le raisonnement du Conseil constitutionnel a donc moins porté sur la

²⁸² Cour constitutionnelle, arrêt n° 419/2000 qui renvoie aux arrêts n° 419/1993 et n° 152/1975.

²⁸³ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*.

²⁸⁴ Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine* ; n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA* ; n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora* ; et décision n° 2016-547 QPC du 24 juin 2016, *Ville de Paris*.

définition du repos ou sur la protection des salariés que sur la conciliation entre des exigences constitutionnelles contradictoires.

De manière générale, en France, les travailleurs précaires, entendus comme ceux qui ne sont pas protégés par un contrat de travail à durée indéterminée et donc soumis aux aléas de contrats temporaires, n'ont pas suscité de nombreuses décisions QPC. D'ailleurs, par extension, les décisions relatives « aux mécanismes législatifs les encadrant sont peu nombreuses », ainsi que le relève V. Bernaud. On mesure alors d'autant mieux la différence avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui, récemment, a reconnu au travailleur, de manière tout à fait remarquable, la qualité de « sujet vulnérable » dans la relation contractuelle de travail. Bien qu'il n'ait pas de droit à l'obtention et au maintien de l'emploi, il dispose du droit de ne pas subir de licenciement arbitraire²⁸⁵. En tout état de cause, ce droit n'implique pas, d'un point de vue constitutionnel, la réintégration sur le lieu de travail en cas de licenciement irrégulier, car le législateur peut également prévoir un mécanisme de protection consistant dans une réparation pécuniaire, dès lors qu'est respecté le caractère raisonnable de cette réparation et que le législateur opère une conciliation adéquate des intérêts en conflit, confiant au juge l'appréciation des spécificités de chaque espèce. C'est la solution retenue par la Cour dans sa décision rendue à propos de la réforme des modalités de licenciement²⁸⁶, réforme qui fait encore l'objet de vifs débats. Dans un arrêt complexe, le juge constitutionnel italien a, ainsi, estimé que le législateur, qui avait déjà modifié les règles en la matière en prévoyant un recours pour les cas qui, jusque-là, avaient ordonné la réintégration, n'a pas correctement concilié les intérêts en jeu²⁸⁷.

Toujours quant à l'office du juge constitutionnel, en France, comme le relève Valérie Bernaud le cas des travailleurs illustre bien le fait « qu'il est difficile d'isoler les apports jurisprudentiels issus des QPC, de ceux découlant des décisions de contrôle *a priori*, le juge abordant les questions de droit de façon identique, sans réellement se soucier du fait que le contentieux des QPC naisse à la base au sein de litiges concrets ». Les résultats de la recherche ici démontrent qu'il n'existe pas dans les décisions QPC une prise en considération spécifique de la vulnérabilité de certaines personnes qui, parce qu'identifiées comme telles par le juge, bénéficieraient d'une jurisprudence plus protectrice que les autres. Saisi de moyens juridiques dénonçant des atteintes à certaines dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel se contente d'y répondre sans

²⁸⁵ Durant la période envisagée, Cour constitutionnelle, arrêts n° 541/2000 et n° 194/2018 et ordonnance n° 58/2006.

²⁸⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 194/2018.

²⁸⁷ En effet, la disposition contestée a déterminé d'avance l'indemnité de licenciement, à travers deux versements du dernier salaire de référence pour chaque année de service, en fixant un minimum et un maximum global. Ce faisant, cependant, la loi « prévoit une protection économique qui ne constitue ni une réparation adéquate des dommages subis, dans divers cas de licenciement, ni une dissuasion adéquate de licenciement irrégulier adressée à l'employeur », portant atteinte à l'intérêt constitutionnel de stabilité de l'emploi. Cela n'a conduit la Cour qu'à censurer la prédétermination de l'indemnité, sans modifier la fixation d'un montant minimum et maximum pour cette dernière.

outrepasser son rôle, ce qui est juridiquement orthodoxe mais « potentiellement décevant d'un point de vue humain si l'on raisonne sur la protection constitutionnelle des personnes considérées comme vulnérables ».

G) La protection des personnes détenues

La situation juridique – et plus précisément la situation constitutionnelle - des détenus dans les trois systèmes de justice constitutionnelle envisagés peut débiter par un constat partagé, assez simple mais éclairant : la pauvreté, résultat du désintérêt longtemps manifesté, pour la condition juridique de cette catégorie particulière de la population. Pourtant, depuis quelques années, partout des réflexions sont menées et, plus précisément, renouvelées autour de la question, en particulier, de l'objectif de la peine. À cet égard, quelques précisions méthodologiques, ainsi que quelques éclairages statistiques doivent être apportés pour prendre la mesure de la situation constitutionnelle des détenus en France, en Espagne et en Italie, en particulier compte tenu des disparités quantitatives qui caractérisent les jurisprudences constitutionnelles en la matière. Elles sont considérables et placent l'Espagne dans une situation tout à fait originale qui mérite d'être expliquée. À la lumière de ces éclaircissements, il apparaît néanmoins que les jurisprudences constitutionnelles ont produit des évolutions qui partagent des points communs, au moins au regard des thèmes envisagés qui s'articulent autour du sens général conféré à la peine privative de liberté (2) et des droits des détenus (3). Quelques éléments de conclusion peuvent, en outre, être formulés (4).

1. Précisions méthodologiques et statistiques

Si le positionnement des ordres juridiques à l'égard des détenus aujourd'hui est largement comparable, entre l'Espagne, la France et l'Italie (1.1), l'Espagne présente, du point de vue quantitatif, une spécificité qui mérite quelques explications (1.2).

1.1. Les ordres juridiques face aux détenus

Jusqu'en 2009²⁸⁸, le droit français se caractérise par sa pauvreté puisque peu de jurisprudence constitutionnelle porte sur la situation des personnes détenues dans les prisons françaises. L'explication est assez simple ; c'est que longtemps a dominé l'idée

²⁸⁸ Avec l'adoption de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

qui consiste à estimer que c'est au pouvoir réglementaire qu'il revient de déterminer les règles de fonctionnement interne des établissements pénitentiaires. Autrement dit, la priorité est donnée, dès les débuts de la V^{ème} République, à l'intervention du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire de l'administration, ce qui ne peut, mécaniquement, produire peu de matériel législatif susceptible d'être déféré au juge constitutionnel. Dès lors, puisque l'intervention de l'autorité administrative a longtemps été privilégiée, que le juge principalement intéressé, et principal producteur de jurisprudence en la matière, ait été longtemps le juge administratif. En France, par conséquent, ce n'est qu'au fur et à mesure de la récupération par le législateur de sa compétence sur la question de la situation des personnes incarcérées, que le juge constitutionnel français s'est trouvé en position de contrôler l'encadrement adopté par le pouvoir législatif et de produire alors – éventuellement – une jurisprudence protectrice. Au demeurant, la jurisprudence administrative a été d'autant plus abondante qu'elle s'est développée stimulée par la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Et si en 2009, c'est par la voie législative que les pouvoirs publics choisissent d'encadrer la vie pénitentiaire, c'est avant tout pour répondre à la pression des exigences supranationales, avant tout, européennes. Ce sont elles qui poussent le législateur à intervenir pour consacrer les évolutions jurisprudentielles qui s'étaient produites devant le juge européen puis devant le juge administratif français, et, au passage, récupérer sa compétence.

Cette observation peut, au surplus, être élargie à l'Espagne et à l'Italie où la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'a pas manqué d'avoir une influence certaine sur les solutions retenues par les juges constitutionnels. En Espagne, c'est particulièrement vrai puisque conformément à l'alinéa 2 de l'article 10 de sa Constitution, « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne ». Naturellement, l'ensemble des dispositions consacrant des droits et libertés de valeur constitutionnelle - les droits fondamentaux, selon la dénomination retenue par la section I du Chapitre II du Titre I de la Constitution du 27 décembre 1978 -, a vocation à s'appliquer aux personnes privées de liberté. A cet égard, l'ordre juridique espagnol distingue, comme l'ordre juridique français, entre détenus prévenus – non condamnés - et détenus effectivement condamnés. Et c'est la loi organique générale pénitentiaire du 26 septembre 1979 qui encadre les relations entre l'État et la personne privée de liberté, notamment en concrétisant l'exercice des droits qui lui sont reconnus par la Constitution²⁸⁹. Cette loi organique est, elle-même, mise en œuvre par le règlement pénitentiaire²⁹⁰. D'un point de vue constitutionnel, la disposition constitutionnelle centrale en la matière est l'article 25 qui, après un premier alinéa consacrant le principe de légalité des délits et des peines,

²⁸⁹ *Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) del 26 de septiembre de 1979.*

²⁹⁰ Adopté pour la première fois en 1981, il a été modifié par le décret du 9 février 1996 : *Real decreto 190/1996 de 9 de febrero.*

indique, dans son alinéa 2 que « les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité tendront à la rééducation et à la réinsertion dans la société et ne pourront pas comporter des travaux forcés. Le condamné à une peine de prison jouira, pendant l'accomplissement de celle-ci, des droits fondamentaux définis à ce chapitre, à l'exception de ceux qui auraient été expressément limités par le contenu du jugement qui le condamne, le sens de la peine et la loi pénitentiaire. Dans tous les cas, il aura droit à un travail rémunéré et aux prestations correspondantes de la Sécurité sociale, ainsi qu'à l'accès à la culture et au plein épanouissement de sa personnalité ».

En Italie, trois dispositions constitutionnelles apparaissent centrales : les articles 3, 13 et 27, l'article 13 consacrant, en particulier, la liberté de la personne comme inviolable et prévoyant dans son alinéa 4 que « la loi fixe les limites maximales de la détention provisoire », tandis que les deux premiers alinéas de l'article 27 disposent que, d'une part, « La responsabilité pénale est personnelle. Le prévenu n'est pas considéré coupable tant que sa condamnation définitive n'a pas été prononcée » et, d'autre part, que « Les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité et elles doivent avoir pour but la rééducation du condamné ». Dans l'ordre juridique italien, l'essentiel de l'encadrement de la vie pénitentiaire résulte de l'« ordre pénitentiaire », expression qui renvoie, non seulement, à la « loi sur l'ordre pénitentiaire », dont la dernière version est issue du texte du 9 janvier 2019, mais aussi, plus généralement, à l'ensemble de l'appareil normatif qui définit la réglementation des établissements pénitentiaires et de leur organisation.

En France, on le sait, aucune disposition constitutionnelle spécifique ne vise la détention. Seul l'article 66 de la Constitution envisage-t-il la liberté individuelle mais celle-ci recouvrant la détention arbitraire, cette disposition n'est pas mobilisable à l'heure d'envisager le statut constitutionnel des détenus. Néanmoins, avec l'évolution, en forme d'élévation, de l'encadrement normatif de la détention, le juge constitutionnel a été amené à se saisir de cette question, produisant une jurisprudence faite, aujourd'hui, de 19 décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel entre 2010 et aujourd'hui concernant la détention. Avant 2010, très peu, voire pas de jurisprudence en la matière, en dehors d'une décision résultant du contrôle *a priori* portant sur la loi pénitentiaire dont les apports sont très limités²⁹¹. Le juge constitutionnel français saisit, cependant, cette occasion pour identifier les règles constitutionnelles spécifiquement applicables au contrôle des lois pénitentiaires et à la situation des détenus et pour poser les principes généraux qui encadrent toute intervention du législateur en la matière. Du côté des paramètres de contrôle, il en identifie un principal, auquel s'adjoignent les finalités de la détention : le critère central lorsque la situation des détenus est en cause est le principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, principe fondé sur le préambule de la Constitution de 1946.

²⁹¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*.

Mais ce qui apparaît essentiel et totalement nouveau, c'est que le Conseil constitutionnel pose alors le principe selon lequel « il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne ». Et si ces affirmations n'ont rien de surprenant, elles sont, néanmoins, importantes car elles annoncent, à partir de cette décision, le rappel, régulier, de la compétence de principe du législateur et des conditions dans lesquelles cette compétence doit s'exercer. C'est même tout à fait essentiel car ce rappel de la compétence du législateur et des contraintes constitutionnelles générales qui pèsent sur elle ouvrent la voie, avec l'entrée en vigueur de la QPC, à un véritable contrôle et, avec lui, à la construction possible d'un statut constitutionnel des détenus. Enfin, toujours pour en finir avec les observations générales, notons encore que les QPC ont été provoquées aussi bien par des personnes détenues (provisoirement ou définitivement) que par des associations dont l'objet est l'aide et la protection des détenus (en particulier la section française de l'observatoire international des prisons).

1.2. La disparité quantitative espagnole

Pour revenir aux chiffres, reconnaissons que l'Italie se distingue clairement de la France en matière de contrôle incident de la constitutionnalité des dispositions législatives applicables aux détenus puisqu'à côté des 19 QPC françaises, entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2018, ce sont 193 arrêts de la Cour constitutionnelle italienne qui intéressent notre champ de recherche. Autrement dit, un peu plus de dix fois plus. Mais si la différence est remarquable, elle frappe également avec l'Espagne où c'est le phénomène inverse qui se produit puisqu'aucune question d'inconstitutionnalité portant sur le statut des détenus n'a pu être identifiée entre 2000 et aujourd'hui. Non pas qu'il n'y ait eu aucune question d'inconstitutionnalité formée dans des affaires intéressant le droit pénal et, plus spécialement, l'emprisonnement, mais elles ne portent pas précisément sur les droits et le statut des détenus. Ainsi, trouve-t-on des questions relatives à la définition légale de la récidive²⁹², à la détermination et la définition des peines²⁹³, sur le déroulement du procès²⁹⁴, ou encore à la situation des anciens détenus²⁹⁵. Mais rien à propos des détenus eux-mêmes et de l'exercice de leurs droits constitutionnellement reconnus au cours de leur détention. Au contraire, entre 1981 et 2019²⁹⁶, la voie du recours d'*amparo*

²⁹² Tribunal constitutionnel, arrêt n° 205/2014 du 15 décembre 2014.

²⁹³ Tribunal constitutionnel, arrêts n° 55/2010 du 4 octobre 2010 ; n° 139/2008 du 28 octobre 2008 ; n° 59/2008 du 14 mai 2008 ; n° 34/2005 du 17 février 2005 ; n° 73/2000 du 14 mars 2000.

²⁹⁴ À propos du cas particulier des mineurs : Tribunal constitutionnel, arrêt n° 146/2012 du 5 juillet 2000.

²⁹⁵ Tribunal constitutionnel, arrêts n° 135/2016 du 18 juillet 2016 et n° 123/2016 du 23 juin 2016.

²⁹⁶ Le Tribunal constitutionnel a été installé en février 1980 et a rendu sa première décision le 11 octobre 1980.

constitutionnel a, quant à elle, été largement utilisée : 5 ordonnances et 70 arrêts ont été rendus (dont 40 entre 2000 et 2019) par le Tribunal constitutionnel, saisi par cette voie de droit, à propos de questions relatives au statut et aux droits des détenus. Or, pour la période allant de 2000 à aujourd'hui, aucune question d'inconstitutionnalité sur la matière qui nous intéresse. En réalité, pour être tout à fait complet, libérons-nous un instant du cadre temporel de la recherche pour observer qu'il y a bien eu des questions d'inconstitutionnalité dans la matière qui nous intéresse. Mais elles sont bien antérieures à l'année 2000 et sont seulement au nombre de deux ; autrement dit, entre 1981 et 2019, face aux 70 recours d'*amparo*, seules deux questions d'inconstitutionnalité ont été formées qui, au surplus, portent toutes les deux sur le régime des remises de peine²⁹⁷.

Cela s'explique par le succès du recours d'*amparo* dont les mérites, aux yeux des requérants, ne tiennent pas seulement au caractère direct de l'accès au juge constitutionnel, là où la question d'inconstitutionnalité est nécessairement médiatisée par l'intervention d'un *juge a quo*. Devant ce dernier, le renvoi de la question d'inconstitutionnalité « n'est pas aux mains des parties » mais il relève uniquement du pouvoir du juge saisi de l'affaire, la question d'inconstitutionnalité étant conçue comme une prérogative exclusive des organes juridictionnels, la demande des parties ne les contraignant même pas à entamer une procédure d'audition sur ce point. Autrement dit, apparaît ici le deuxième avantage, considérable, du recours d'*amparo* : ses modalités d'exercice et, plus précisément, l'absence de filtre. En matière de détention, il y a là un gain qui est déterminant et qui fait apparaître, pour les personnes privées de liberté, ce recours comme une voie d'accès facilitée. D'ailleurs, toujours au titre des modalités de mise en œuvre de la procédure, bien évidemment, même si les textes encadrant le recours d'*amparo* n'obligent pas à faire appel à un avocat, les requérants sont le plus souvent représentés ; en revanche, peu, voire pas, d'interventions d'associations d'aide aux détenus. Ces dernières sont rares, pour ne pas dire absentes, car la mise en œuvre de cette voie de droit peut aisément se passer de leur soutien. Au contraire, la question d'inconstitutionnalité est, au même titre que le recours d'inconstitutionnalité, avant tout une procédure de contrôle abstrait des normes et ce n'est qu'incorrectement, ou avec beaucoup de prudence, qu'elle peut être dite « concrète ».

Par ailleurs, un défaut supplémentaire pèse encore sur la question d'inconstitutionnalité, défaut qui, en matière de détention, prend un relief tout particulier puisqu'il est question de privation de liberté et qui la disqualifie presque définitivement : son délai d'examen. A cet égard, le retard mis à statuer par le Tribunal constitutionnel espagnol n'est pas un secret. Et si ce retard n'est pas propre à la procédure de la question d'inconstitutionnalité, il n'en est pas moins préoccupant, d'autant plus peut-être qu'il est aléatoire, donc parfaitement imprévisible. Et pourtant, l'essentiel n'est pas là puisqu'il y a plus ennuyeux

²⁹⁷ Tribunal constitutionnel, arrêt n° 72/1994 du 3 mars à propos des remises de peine pour travail pour les détenus dans les établissements pénitentiaires militaires ; arrêt n° 94/1986 du 8 juillet à propos également du régime des remises de peine tel que prévu par l'article 100 du code pénal en vigueur à l'époque.

encore dans la mesure où le renvoi de la question entraîne la suspension du procès devant le juge *a quo* jusqu'à ce que la décision du juge constitutionnel intervienne. En matière de détention, une telle situation est inacceptable. Elle est inacceptable, surtout et avant tout, pour le juge de premier ressort, le *juez de vigilancia penitenciaria*, qui se refuse purement et simplement systématiquement à poser une telle question au Tribunal constitutionnel.

Une explication encore, à la disqualification de la question d'inconstitutionnalité, plus spécifique aux détenus : pour les personnes privées de liberté, ce n'est le plus souvent pas de la loi mais de l'acte juridictionnel ou de l'acte administratif que vient le danger. Si la voie de la question d'inconstitutionnalité est empruntée, il faut alors démontrer que la décision de l'autorité judiciaire ou de l'administration pénitentiaire viole un droit ou une liberté car la loi sur laquelle cette décision se fonde est elle-même contraire à la Constitution. L'effort argumentatif est alors double : démontrer la violation du droit fondamental par la décision et démontrer que cette violation est le résultat de la loi sur laquelle la décision se fonde²⁹⁸. Dans le cadre du recours d'*amparo*, l'effort est réduit : la seule démonstration à construire est celle de la violation du droit par l'acte juridictionnel ou administratif, c'est-à-dire pour les détenus condamnés, la plupart du temps, des décisions prises par les responsables du centre pénitentiaire dans lequel ils sont détenus. Si un véritable statut constitutionnel des détenus a bien été construit, en Espagne, il l'a été par la voie de l'*amparo* constitutionnel. À cet égard, de nombreuses questions ont été envisagées, à l'image de ce qui s'est produit en Italie et en France, par la voie du contrôle incident de constitutionnalité de la loi.

2. Le sens général de la peine privative de liberté

Il est possible de considérer que les termes utilisés par la Cour constitutionnelle italienne représentent une conception minimale aujourd'hui partagée par les ordres juridiques espagnol, français et italien : la Cour reconnaît que le détenu « conserve » un « reliquat » de liberté, « d'autant plus précieux qu'il constitue le dernier domaine dans lequel sa personnalité peut se développer », sous cette précision que dans l'ordre juridique italien, la peine privative de liberté ne peut entraîner une privation totale et absolue de la liberté

²⁹⁸ À ce propos, il peut être utile de rappeler les différents textes qui peuvent ainsi se trouver soumis au Tribunal constitutionnel, en particulier pour mentionner le cas des « décrets législatifs » (articles 82 à 85 C° esp.), équivalents aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution française : ces dispositions, adoptées sur le fondement d'une délégation législative, ont force de loi et la question d'inconstitutionnalité est donc ouverte à leur encontre, sauf si c'est le périmètre de l'habilitation qui est en cause car, dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal suprême, faute de respect dudit périmètre, la disposition n'a pas valeur législative et relève donc de sa seule compétence, alors même pourtant que, formellement, il s'agit d'une loi (en effet, le Tribunal suprême espagnol est seul compétent pour contrôler un décret législatif qui aurait violé l'habilitation parlementaire).

de la personne. Elle en constitue, certes, une sérieuse limitation, mais pas la suppression²⁹⁹. Autrement dit, en matière de détention – comme c’est également le cas en matière de travail –, la Constitution italienne, telle qu’interprétée par la Cour, adopte une conception spécifique qui, en cette matière, a été développée et exposée clairement par le juge constitutionnel : le principe du plus petit sacrifice nécessaire de la liberté de la personne impose d’envisager l’incarcération comme le dernier recours et de privilégier des peines alternatives, soit en vue de la recherche d’une méthode de resocialisation plus efficace, soit pour privilégier un traitement qui ne soit pas contraire au sens de l’humanité.

La finalité de réadaptation et de rééducation attribuée à la peine, en même temps que le principe d’humanisation des peines et le primat de la personne se sont imposés dans l’ordre constitutionnel italien. Mais ce n’est qu’en 1990 que la Cour constitutionnelle italienne a opéré un véritable virage dans sa jurisprudence, jugeant que « dans un État évolué, l’objectif de réadaptation ne peut être considéré comme étranger à la légitimité et à la fonction de la peine », que le souci de rééducation est « l’une des qualités essentielles et générales qui caractérisent la peine dans son contenu ontologique », le principe s’appliquant tant au législateur qu’aux juges et aux autorités pénitentiaires. L’option « répressive » ne peut aboutir à « écarter dans l’ombre la préoccupation rééducative »³⁰⁰.

D’ailleurs, c’est le manque d’intervention, en particulier, du législateur, qui provoque, récemment, le plus souvent l’intervention de la Cour constitutionnelle italienne, selon Marco Ruotolo ; mais elle ne peut le compenser que partiellement. Le critère fondamental d’orientation de sa jurisprudence apparaît clair : l’importance et la portée des droits des détenus ne peuvent supporter des restrictions que si ces dernières se fondent sur des exigences de sécurité inhérentes à la détention. En l’absence de telles contraintes, l’atteinte au droit revêt une dimension afflictive supplémentaire par rapport à la privation de liberté personnelle, ce qui n’est pas compatible avec l’article 27 de la Constitution.

À cet égard, très récemment, la Cour a fourni une indication fondamentale en matière de politique pénale. A propos de l’accès à des mesures alternatives d’exécution de la peine, elle adopte une prise de position générale progressiste, si ce n’est généreuse, considérant que « la personnalité du condamné ne reste pas irrémédiablement marquée par le crime, même le plus horrible, commis dans le passé ; mais elle reste ouverte à la perspective d’un éventuel changement ». Elle ajoute que cette perspective non seulement « met en cause la responsabilité de l’individu dans la voie d’un examen critique de son passé et de la reconstruction de sa personnalité », mais suppose également une « responsabilité corrélative de la société à travers la sollicitation des condamnés à s’engager dans cette voie, y compris à travers l’octroi par le législateur - et l’octroi concret par le juge – de faveurs qui atténuent progressivement et prudemment, en réponse au changement déjà

²⁹⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 349/1993.

³⁰⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 257/2006.

engagé, la juste rigueur de la sanction infligée pour le crime commis, favorisant la réinsertion progressive des condamnés au sein de la société »³⁰¹.

Toujours dans le souci de maximiser l'idéal de rééducation, le juge des lois a adopté, il y a quelques semaines seulement, une décision historique –non encore diffusée - sur la question de la réclusion à perpétuité. Dans le communiqué de presse publié le jour de la décision, la Cour a indiqué qu'elle avait déclaré « l'article 4-bis, paragraphe 1, de l'ordre pénitentiaire, non-conforme à la Constitution dans la partie où il ne prévoit pas l'octroi de semi-liberté en l'absence de collaboration avec la justice, même si étaient acquis des éléments qui excluent à la fois la réalité de sa participation à l'association criminelle et, à la fois, plus généralement, tout danger de rétablissement de relations avec le crime organisé. Pourvu, bien entendu, que le condamné ait pleinement démontré sa participation au parcours de rééducation ». Ainsi, soulignant la nécessité constitutionnelle qui veut que chaque sanction tende effectivement à une resocialisation, la Cour déclare inconstitutionnel – au moins à l'égard du dispositif de semi-liberté - le mécanisme qui fige le condamné dans le passé, sans tenir compte du parcours de réhabilitation entrepris et des progrès réalisés au cours de l'exécution de la peine. À lire le communiqué de presse, la décision de la Cour constitutionnelle transforme la présomption de « dangerosité sociale » du détenu n'ayant pas coopéré, qui d'absolue devient relative, le magistrat en charge de la surveillance de l'exécution de la peine pouvant, en fonction de son appréciation au cas par cas et en s'appuyant sur les informations et opinions de diverses autorités, du procureur anti-mafia ou anti-terrorisme et de la commission provinciale compétente pour l'ordre et la sécurité publique, la renverser³⁰².

En France, les prises de position du juge constitutionnel ne sont pas aussi explicites, d'autant plus que beaucoup des décisions QPC, parmi les 19 recensées, sont relatives à des personnes placées en détention provisoire. Elles ne portent donc pas, à proprement parler, sur le statut des personnes détenues, si l'on entend par là les personnes définitivement condamnées et purgeant leur peine dans un établissement pénitentiaire. Elles dessinent, cependant, un statut constitutionnel des personnes détenues au sens large. Par ailleurs, à côté des personnes détenues provisoirement, on trouve donc une seconde catégorie, celle des détenus condamnés, c'est-à-dire les condamnés ayant fait l'objet d'une décision juridictionnelle définitive³⁰³. Ce qui est tout à fait remarquable, au regard des règles constitutionnelles, c'est que tandis que les détenus condamnés sont placés sous l'autorité de l'administration pénitentiaire, l'exécution de la détention provisoire se fait sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Aussi, les règles applicables ne sont pas nécessairement les mêmes et les personnes détenues provisoirement se trouvent souvent

³⁰¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 149/2018.

³⁰² Cour constitutionnelle, communiqué de presse du 23 octobre 2019.

³⁰³ Ces personnes sont incarcérées dans un établissement pour peines.

dans une situation « plus dure » encore – pour le dire simplement - que les personnes condamnées.

L'essentiel du statut constitutionnel des détenus est fait, comme en Italie et en Espagne, de droits et de devoirs qui ont été essentiellement concrétisés et précisés par la loi pénitentiaire de 2009, texte central en la matière. Un premier ensemble a été posé par le Conseil constitutionnel par la voie du contrôle *a priori*, bien que l'objet de la recherche porte sur le contrôle incident, les précisions qu'il y apporte sont utiles car elles forment en quelque sorte le cadre dans lequel se meuvent les QPC postérieures. Il y est, en particulier, précisé que, dès lors que les sanctions applicables aux détenus sont en cause, non seulement c'est la loi elle-même qui doit prévoir ces sanctions mais, en outre, elle doit en fixer la durée maximale. Ce sont ces deux éléments qui, selon le juge constitutionnel, sont de nature à prévenir toute disproportion ou violation excessive des droits des détenus. Cela d'autant plus qu'il note, par ailleurs, que le législateur a aussi fixé un délai réduit dès lors qu'est en cause le placement en cellule disciplinaire des mineurs de plus de seize ans, tout en réservant à cette sanction un caractère exceptionnel. Il en profite, aussi, pour ajouter un principe selon lequel le maintien de telles sanctions doit être compatible avec l'état de santé des personnes détenues³⁰⁴. Cette décision apparaît ainsi effectivement comme une avancée, par rapport à un état du droit antérieur inexistant. Mais, au regard du contrôle qu'elle met en œuvre, c'est bien plus douteux.

Ce n'est finalement qu'assez récemment (en 2013, puis en 2015) que les conditions proprement dites du déroulement de la détention sont arrivées devant le juge constitutionnel français. Ajoutons que dans de nombreuses affaires, c'est à travers le prisme de la répartition des compétences entre la loi et le règlement que les questions relatives aux droits des détenus ont été envisagées, bien plus qu'à travers celui des droits fondamentaux des détenus. Plus largement encore, dans la majorité des affaires, c'est par ce biais ou par celui des exigences du procès équitable que le Conseil constitutionnel a traité la question et qu'il a, en cas de censure, le plus souvent invalidé la disposition contestée. Rien de surprenant alors à ce que l'on peine à trouver des prises de position aussi franches et généreuses que celles de la Cour constitutionnelle italienne.

3. Les droits des détenus

Sur le fond, en France, beaucoup de QPC sont relatives à la détention provisoire, c'est-à-dire aux règles qui la gouvernent et qui encadrent les pouvoirs de l'autorité judiciaire (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention), ou encore aux règles gouvernant le déroulement de l'instruction et le déroulement du procès lui-même. Dans

³⁰⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *préc.*

toutes ces hypothèses, la QPC est alors bien relative à une personne détenue mais en amont de toute condamnation définitive. Et il s'agit alors, le plus souvent, de problèmes procéduraux qui, bien que parfois communs aux détenus prévenus et aux détenus condamnés, ne construisent souvent pas à proprement parler un statut constitutionnel du détenu purgeant sa peine, mais plutôt un encadrement procédural de sa situation aboutissant éventuellement à sa condamnation définitive. Dans toutes ces affaires, ce qui est au centre de la question posée, ce n'est pas la détention elle-même mais la conformité à la Constitution des règles qui peuvent entraîner la détention. Ces QPC participent toutefois de la détermination des droits des détenus, entendus au sens large. Du reste, il y a sans doute là un premier groupe de droits puisqu'en Italie également les droits liés au déroulement de la procédure ont nourri une part importante de la jurisprudence constitutionnelle. À côté de ces droits procéduraux, *lato sensu*, des droits plus substantiels ont également suscité des développements, à l'égard tant du droit à la vie privée des détenus, que de leur droit à communication, en matière d'aménagements de l'exécution de la peine ou encore en cas de travail salarié confié au détenu.

3.1. Droit au recours et droits liés à la procédure pénale

En France, dans l'une des premières décisions QPC³⁰⁵, était en cause la possibilité pour toute personne détenue de pouvoir demander, à tout moment, sa mise en liberté. La solution vaut également pour tout détenu : tous -prévenus ou condamnés - doivent être en mesure de demander à tout moment leur mise en liberté, demande qui doit être examinée dans les plus brefs délais, par un juge. Les éventuelles limites posées par le législateur ne sont admissibles que si elles assurent une conciliation équilibrée entre « l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et les exigences qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». La solution est semblable à propos de l'impossibilité supposée de faire appel de la décision de maintien en détention provisoire prise par le juge des libertés et de la détention (JLD)³⁰⁶. Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a entendu la dépasser pour soulever d'office le grief plus vaste tiré de ce que le code de procédure pénale portait atteinte à l'équilibre des droits des parties dans la procédure car seul le droit d'appel de la personne mise en examen présentait un caractère exceptionnel. De ce point de vue, le législateur peut pour éviter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les recours dilatoires, exclure la possibilité d'un appel par la personne mise en examen d'ordonnances qui feraient grief à ses droits. Mais, cela uniquement à la condition qu'existent d'autres moyens de procédure permettant de contester utilement et dans des délais appropriés les dispositions que ces ordonnances contiennent. Comme cela s'est souvent produit, c'est au regard de l'article 16 de la

³⁰⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M.*

³⁰⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011, *M. Samir A.*

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le Conseil exerce son contrôle ici.

C'est encore la situation procédurale avant éventuelle condamnation définitive qui est en cause avec le cas d'un mis en examen - détenu provisoirement – qui, parce qu'il n'est pas assisté par un avocat, peut se trouver dans l'impossibilité de présenter des observations sur les réquisitions du ministère public³⁰⁷. La question de la mise en liberté, ou plus précisément de ses modalités d'obtention, retient encore l'attention en septembre 2011, cette fois-ci à propos de l'hypothèse du maintien en détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction³⁰⁸.

En Italie, par le biais d'arrêts interprétatifs de rejet, additifs de principes et par la voie de décisions de non-admission, le juge constitutionnel italien a proposé une lecture conforme à la Constitution de certaines dispositions législatives qui étaient relatives, quant à elles, à des détenus déjà définitivement condamnés. Ainsi, à propos de la fouille des détenus, un juge de renvoi se plaignait du défaut d'imposition par la disposition législative contestée d'une obligation de motivation à la charge de l'administration pénitentiaire, interdisant un contrôle juridictionnel effectif du respect des droits des détenus susceptibles d'être affectés par des fouilles. La Cour constitutionnelle a comblé de manière interprétative cette lacune, déclarant qu'il fallait considérer qu'une motivation de la fouille est « toujours nécessaire et imposée, précisément afin de permettre un contrôle juridictionnel efficace ». Cette solution se fonde, au-delà du cas particulier de l'administration pénitentiaire, sur « les principes généraux de l'activité administrative », qui exigent que l'acte, « surtout s'il affecte des droits subjectifs », soit motivé³⁰⁹.

À l'égard du droit au recours, le juge constitutionnel italien juge que reconnaître un individu titulaire de droits signifie nécessairement que l'ordre juridique lui reconnaît également la possibilité de faire valoir ces droits devant un juge dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. L'action en justice pour la défense des droits représente, par ailleurs, la substance même d'un droit constitutionnel inviolable, caractérisant l'État de droit démocratique. De sorte que la Cour fournit une clé interprétative à destination des dispositions qui sont relatives à la protection juridictionnelle des droits des détenus et dont une des conséquences figure précisément dans l'arrêt³¹⁰, dans lequel il est précisé que l'administration doit se conformer aux consignes du magistrat compétent : il ne s'agit pas, alors, de simples conseils, suggestions ou invitations. Et c'est précisément à la suite de ce dernier arrêt, mais surtout sous la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³¹¹, que le législateur a finalement prévu un recours

³⁰⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011, *M. Hovanes A.*

³⁰⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-168 QPC du 30 septembre 2011, *M. Samir A.*

³⁰⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 56/2000.

³¹⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 135/2013

³¹¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Torreggiani et autres c. Italie* du 8 janvier 2013.

juridictionnel spécifique pour assurer le respect des décisions prises par le magistrat de surveillance³¹².

La Cour a également accru les droits des détenus grâce à des interprétations conformes délivrées par le biais de décisions de non-admission. De ce point de vue, la décision n° 190 de 2010 peut être considérée comme « exemplaire ». Elle portait sur le manquement supposé à prévoir un contrôle de légalité exercé sur la disposition ministérielle suspendant certaines règles pénitentiaires, en cas de situations d'urgence spécifiques, en particulier, à l'égard de détenus appartenant à des organisations criminelles mafieuses, permettant, notamment, de limiter au maximum le séjour en plein air du détenu à deux heures par jour. La question est alors jugée irrecevable car, avant tout, le juge *a quo*, n'a pas procédé à une reconstruction systématique du cadre normatif et, ce faisant, a négligé « une interprétation constitutionnellement conforme de la disposition attaquée », sous-estimant, au passage, que dans l'espèce il ne s'agissait pas de permettre « un contrôle de l'adaptation de la disposition aux fins de sécurité », mais de la « recherche d'une éventuelle atteinte à un droit fondamental – toujours dépourvue de justification, même pour des raisons de sécurité - au cas par cas »³¹³.

En France, récemment, la possibilité – ou plus exactement de son absence – de contestation du refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne placée en détention provisoire a fait l'objet d'une question posée, une fois de plus, par l'Observatoire international des prisons³¹⁴. En réalité, trois articles du code de procédure pénale sont critiqués mais finalement le Conseil constitutionnel ne retiendra qu'une seule inconstitutionnalité alléguée, celle de l'article 148-5. Le raisonnement mené par le Conseil l'est à partir du droit à un recours juridictionnel effectif résultant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ici était en cause la disposition du code de procédure pénale prévoyant que les personnes placées en détention provisoire peuvent, en toute matière et en tout état de la procédure d'instruction, bénéficier à titre exceptionnel d'une autorisation de sortie sous escorte octroyée par la juridiction d'instruction ou de jugement. Toutefois, ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative ne permettait de contester devant une juridiction la décision prise à propos de ce type de demande, ni davantage le refus d'une telle autorisation. Seul le cas des détenus prévenus était critiquable et a fait l'objet d'une censure, les détenus condamnés disposant, quant à eux, d'une voie de recours effective contre le refus d'autorisation. Au regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision de la juridiction d'instruction ou de jugement violait les exigences du droit au recours.

³¹² Au sein de l'article 35-bis de l'ordre pénitentiaire.

³¹³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 190/2010.

³¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

Plus remarquable encore, en septembre 2019, la décision 802 QPC était relative au recours à la visioconférence dans le cadre de la détention provisoire³¹⁵. Se trouvaient critiquées des dispositions qui permettent le recours à la visioconférence pour assurer la comparution d'un détenu à l'occasion de l'examen de sa demande de mise en liberté. De manière générale, pour admettre leur conformité à la Constitution, le Conseil constitutionnel relève qu'elles ne fondent qu'une faculté offerte au président de la chambre de l'instruction de recourir à la visioconférence lorsqu'une audience physique a déjà eu lieu dans une période récente, c'est-à-dire moins de 4 mois auparavant. Par ailleurs, ces dispositions contribuent à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics. De ce point de vue, leur existence se trouve valablement justifiée selon le Conseil constitutionnel. S'ajoutent à cela un certain nombre de conditions dont l'accumulation met en évidence l'appréciation juste à laquelle s'est livrée le législateur en les adoptant : la décision de recourir à la visioconférence appartient au juge ; d'un autre côté, est alors assurée la communication de la personne détenue avec son avocat, en visioconférence le cas échéant, avocat qui a communication du dossier. Par ailleurs, l'intéressé a toujours le droit de s'opposer à l'utilisation de la visioconférence.

Mais, c'est en matière criminelle qu'un problème surgit : dans ce domaine, la périodicité de demande de mise en liberté en cas de détention provisoire, ou de prolongation de cette détention, est fixée à 6 mois, de sorte que la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'un délai d'un an, ce qui implique qu'il n'y aura pas de présentation physique du détenu prévenu, placé en détention provisoire, devant le juge appelé à statuer sur sa détention provisoire pendant un an. Ici, le délai apparaît trop long, portant une atteinte excessive aux droits de la défense. Cette décision est particulièrement intéressante car elle est la conséquence d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, à la suite d'une première censure par le Conseil constitutionnel dans sa décision 778 DC du 21 mars 2019³¹⁶. En effet, selon cette décision du 21 mars 2019, la personne détenue doit toujours pouvoir refuser le recours à la visioconférence non seulement lors des débats sur le placement en détention provisoire, mais aussi lors des débats sur la prolongation de la détention provisoire. Cette décision intervenue *a priori* a donc conduit la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence à propos de son refus de renvoyer une QPC relative à l'absence de faculté d'opposition du détenu à la visioconférence lorsque le contentieux porte sur une demande de mise en

³¹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, *M. Abdelnour B.*

³¹⁶ Dans la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, le Conseil constitutionnel avait censuré les dispositions de la loi du 23 mars 2019 qui supprimaient l'obligation de recueillir l'accord de l'intéressé pour recourir à la visioconférence dans les débats relatifs à la prolongation d'une mesure de détention provisoire. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation dans la décision de renvoi de la QPC, le raisonnement du Conseil constitutionnel, « exprimé en termes généraux, est susceptible de s'appliquer à d'autres aspects du contentieux de la détention provisoire, et notamment à l'examen des demandes de mise en liberté dont est saisie directement la chambre de l'instruction ».

liberté. Et c'est ce revirement qui a abouti au renvoi et, en conséquence, à la décision 802 QPC.

D'autres QPC ont encore été relatives à la situation procédurale de personnes non définitivement condamnées et à leurs possibilités de remise en liberté. Certaines ont même porté sur des catégories particulières de détenus ; pensons, en particulier, aux étrangers³¹⁷. Au-delà des éléments techniques, notons, en tout cas, que l'habitude paraît désormais prise par les associations d'aide – aux détenus et aux étrangers – d'intervenir, de manière plus ou moins directe, dans la procédure. Parmi les griefs invoqués, observons aussi que c'est l'incompétence négative qui est le plus souvent articulée.

3.2. Droit au respect de la vie privée

En France, lorsque les décisions QPC restent consacrées à la détention provisoire, au fil des années, elles ne s'en diversifient pas moins et approfondissent l'examen du statut des détenus en ne s'en tenant plus seulement à leur situation procédurale mais en envisageant, parfois, à proprement parler leurs droits et libertés. Évidemment, au fur et à mesure que le juge pénètre un peu plus dans le déroulement de la vie carcérale, et que se fait jour le souci de maintenir, notamment, les liens familiaux et la vie privée des détenus, plusieurs questions déterminantes surgissent.

La première est, sans doute, la possibilité de recevoir des visites. Ainsi, à propos du permis de visite et de l'autorisation de téléphoner durant la détention provisoire, une décision du juge constitutionnel français permet-elle de relever plusieurs éléments intéressants³¹⁸. D'abord, l'action est ici directement déclenchée par une association dont l'objet est la protection des détenus. C'est souvent le cas en France, les étrangers et les détenus représentant des groupes à l'égard desquels les associations d'aide sont particulièrement attentives. Sans doute y-a-t-il là l'illustration ou une preuve de leur particulière vulnérabilité. Ensuite, c'est la loi pénitentiaire de 2009 qui revient devant le Conseil constitutionnel : la QPC est relative à certains articles de la loi de 2009 et du code de procédure pénale. Double argumentation, à la fois de fond et de forme en quelque sorte, puisque l'association soutenait que, d'un côté, ces dispositions méconnaissaient le droit à un recours effectif, le droit de mener une vie familiale normale et le droit au respect de la vie privée et que, de l'autre, ils étaient entachés d'une incompétence négative. Ce

³¹⁷ Pour les étrangers détenus frappés d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF), une fois encore la censure est intervenue au regard des conditions d'exercice des recours : Décision n° 2018-709 QPC du 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*. Problème de délai de recours également, cette fois contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière³¹⁷, mais n'aboutissant pas à la censure dans cette hypothèse : décision n° 2018-741 QPC du 19 octobre 2018, *M. Belkacem B.*

³¹⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons*.

sont les conditions de leur délivrance et, surtout, - une fois de plus - les possibilités de contestation d'un éventuel refus qui fondent la censure. Car, alors que les prévenus sont présumés innocents, leurs conditions de détention, ainsi que le régime juridique pénitentiaire qui s'y rattache, sont notoirement plus sévères que pour les personnes condamnées.

La jurisprudence constitutionnelle s'est montrée bien plus audacieuse en n'hésitant pas à pénétrer au cœur de la vie privée du détenu en se saisissant de questions dont le traitement normatif est malaisé. Ainsi, alors même que le droit à la sexualité des détenus n'est pas reconnu dans l'ordre juridique italien, la Cour constitutionnelle s'est emparée de cette question à l'occasion d'une décision de non admission qu'une question incidente de constitutionnalité. En effet, devant le juge *a quo* avait été soulevée la difficulté liée à une partie de l'article 18 de l'ordre pénitentiaire qui prévoit le contrôle visuel des agents pénitentiaires à l'occasion des rencontres des détenus. Ce contrôle visuel, qui répond au souci de maintien de l'ordre et de la sécurité au sein des établissements pénitentiaires, apparaît alors comme un obstacle indirect à la réalisation de la sexualité des détenus. Mais la Cour constitutionnelle ne s'arrête pas là et, tout en reconnaissant que ce contrôle est nécessaire, elle observe qu'est ici posé « un problème qui mérite toute l'attention du législateur », à la lumière des recommandations émanant d'organes supranationaux et de « l'expérience comparative, qui voit un nombre toujours croissant d'États reconnaître, sous diverses formes et avec différentes limites, le droit des détenus à une vie affective et sexuelle dans les prisons ». Et c'est ici que la décision vaut acte de surveillance à l'égard du législateur, prenant place au sein d'un débat qui tend, de plus en plus, à insister sur la nécessité d'une projection normative de l'intimité-sexualité, non pas seulement pour améliorer le bien-être du détenu mais comme un droit dont l'exercice ne peut être méconnu dès lors qu'il n'est pas incompatible avec son statut. Cela requiert, selon la Cour constitutionnelle, la détermination de « mesures organisationnelles » spécifiques, dont l'adoption ne devrait plus être retardée car, en leur absence, le droit du détenu n'est pas limité dans ses possibilités d'exercice mais purement et simplement nié³¹⁹.

La Cour constitutionnelle italienne a même eu à prendre position à propos de la possibilité éventuellement laissée aux détenus de cuisiner dans leur cellule. Une question incidente de constitutionnalité, récemment en 2018, a abouti à une nouvelle censure : sans être motivée par des nécessités liées à la sécurité, les détenus se voyaient, en effet, interdire de cuisiner dans leur cellule et, plus particulièrement, de cuire des aliments. À cet égard, la Cour relève avec une certaine malice qu'il ne s'agit pas de consacrer « le droit fondamental des détenus à cuire leurs aliments dans leur propre cellule », mais plutôt de reconnaître que, même si certains détenus sont placés sous un régime plus dur, « ils doivent conserver la possibilité d'accéder aux petits gestes de normalité quotidienne,

³¹⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 301/2012.

d'autant plus précieux qu'ils constituent les derniers recoins où leur liberté personnelle peut s'exprimer³²⁰ ».

3.3. Droit de communiquer

Toujours dans le souci de maintenir les liens familiaux et la vie privée des détenus, la possibilité pour les détenus de communiquer, tant avec leurs proches qu'avec leur(s) conseil(s) est essentielle. Toutefois, là aussi, les contraintes de la vie carcérale, en particulier liées à la sécurité, sont susceptibles de justifier des restrictions à cette faculté. C'est la raison pour laquelle le code pénal français va jusqu'à réprimer le fait pour les détenus de communiquer en dehors des cas autorisés par les règlements. Le principe est même l'interdiction pure et simple en la matière, tandis que le pouvoir réglementaire se voit habilité à déterminer lui-même, sans aucun encadrement, les cas dans lesquels la communication avec un détenu peut être autorisée. En pratique, cela renvoie à la possibilité pour les personnes détenues d'avoir accès à un téléphone portable³²¹. Sans surprise, le Conseil constitutionnel juge que le législateur a abandonné au pouvoir réglementaire la détermination du délit de communication irrégulière avec un détenu et qu'il a, ainsi, méconnu les exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines. En revanche, de manière décevante, le Conseil constitutionnel ne prend pas position sur l'interdiction elle-même, c'est-à-dire sur la question de fond dont il se contente de dire qu'elle relève bien de la compétence du législateur.

De la même façon, toujours afin de maintenir une qualité de vie minimale, le droit de communiquer, par écrit cette fois, a également mérité les honneurs d'une QPC³²² portant sur le droit du détenu condamné et du détenu prévenu de correspondre par écrit avec la personne de leur choix. La QPC était, une fois de plus, promue par la section française de l'Observatoire international des prisons. Ce droit de correspondre par écrit, prévu par la loi, s'exerce sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas. Cette disposition reprend la distinction en fonction du statut pénal de la personne détenue et entend tenir compte, pour les prévenus, du risque que l'exercice de la correspondance peut faire peser sur l'instruction en cours ou le jugement à venir. Pour autant, il n'a pas été difficile de démontrer que la manière dont le législateur détermine ce droit à la correspondance écrite n'est pas conforme à la Constitution car la possibilité de contester la décision de l'autorité judiciaire s'opposant à l'exercice de ce droit n'était pas prévue, à la différence de ce qui se passe pour les personnes définitivement condamnées. C'est donc encore le droit à un

³²⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 186/2018.

³²¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017, *Mme Audrey J.* On note, une fois encore, l'intervention la section française de l'Observatoire international des prisons.

³²² Conseil constitutionnel, décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons.*

recours juridictionnel effectif - plutôt que des droits de nature plus substantielle - qui fonde la censure³²³.

En Italie, les mêmes préoccupations, dès 2013, ont participé à l'apparition et au développement des droits des détenus à la communication. La Cour a alors censuré l'article qui prévoyait un certain nombre de limitations aux communications des détenus avec leur avocat³²⁴. La motivation de l'arrêt s'articule autour de trois éléments essentiels : tout d'abord, l'exercice des droits de la défense peut connaître des limitations dès lors qu'il convient de le concilier avec d'autres exigences constitutionnelles, mais pas au point de compromettre son effectivité ; ensuite, l'éventualité que les avocats acceptent de servir d'intermédiaire entre le détenu et les autres membres de l'organisation criminelle, si elle ne peut *a priori* être exclue, ne peut pas davantage être considérée comme une certitude, traduite en un énoncé normatif ; enfin, « l'opération normative ici en cause est contraire au principe selon lequel, dans toute conciliation, il ne peut y avoir de restriction de la protection d'un droit fondamental si elle ne se traduit pas par une augmentation équivalente de la protection d'autres intérêts de rang égal ». Cette dernière précision est fondamentale pour saisir la manière dont le juge constitutionnel italien apprécie l'architecture de tout travail législatif de conciliation ; au surplus, toute limitation d'un droit ne peut intervenir qu'afin d'assurer la garantie d'autres valeurs et sans jamais qu'elle n'aboutisse à sa disparition complète. En l'espèce, la disposition contestée n'était pas adaptée au regard de son objet³²⁵.

3.4. Sanctions disciplinaires et aménagements de peine

3.4.1. Sanctions disciplinaires

Dans le même ordre d'idée, c'est la vie intérieure des établissements pénitentiaires qui se trouve modernisée dans son ensemble grâce au contrôle incident de constitutionnalité de la loi. Ainsi, en France, en 2014 est intervenue une importante QPC³²⁶, bien que portant sur une réglementation applicable avant la loi de 2009 que justement cette loi avait réformé. Le mécanisme de la QPC a alors permis la constatation de la violation flagrante de la Constitution par une règle qui voulait que l'autorité administrative fût compétente pour l'organisation et le régime des établissements pénitentiaires. Autrement dit,

³²³ Non-conformité, avec effet différé et réserve transitoire. Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit au recours effectif, entamée par la décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, concernant également les droits de personnes détenues et, spécialement, l'impossibilité d'agir contre un refus de permis de visite délivré à un tiers.

³²⁴ En l'espèce, il s'agissait de l'article 41-bis, § 2-quater, b), de l'ordre pénitentiaire.

³²⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 143/2013.

³²⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, *M. Angelo R.*

l'autorité administrative était compétente non seulement pour prononcer une sanction disciplinaire (ici un placement en cellule disciplinaire d'une durée de 45 jours), mais aussi pour définir l'essentiel du régime de la détention. Avant la loi pénitentiaire de 2009, la plupart des règles régissant les droits et obligations des personnes détenues étaient donc de nature réglementaire, alors que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives à l'exercice des droits et libertés. Compte tenu de la part très importante laissée au pouvoir réglementaire, le grief essentiel était articulé autour de l'incompétence négative du législateur. Mais le requérant invoquait aussi ses droits au respect de la dignité humaine, au respect de l'intégrité physique et à la santé, le droit au respect de la vie privée ou encore sa liberté religieuse – entre autres -. Or les dispositions en cause ne satisfaisaient pas à la règle la plus élémentaire, c'est-à-dire à l'exigence d'intervention du législateur. On était bien en-deçà de toute conciliation entre l'exercice des droits et libertés, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et les finalités qui sont assignées à l'exécution des peines privatives de liberté ; on l'était, *a fortiori*, de tout équilibre dans cette conciliation. Le Conseil constitutionnel ne pouvait donc que juger que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence et censurer ces dispositions du code de procédure pénale.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas, au sens strict, d'une sanction disciplinaire, notons que la possibilité pour un détenu de se voir imposer une période de sûreté de plein droit a récemment fait l'objet d'une QPC. Selon l'auteur de la question, l'automatisme de l'application d'une période de sûreté en cas de condamnation à certaines peines fermes privatives de liberté pour certaines infractions, porterait atteinte aux principes de nécessité et d'individualisation des peines. L'atteinte résulterait de ce que la période de sûreté s'applique, lorsque les conditions légales en sont réunies, sans que le juge ait à la prononcer expressément. Néanmoins, l'affaire est davantage relative à l'exécution de la peine plus qu'à la détention elle-même³²⁷ et je n'y insisterai pas. Observons, toutefois, que comme les Constitutions espagnole et française, la Constitution italienne admet une pluralité de sanctions, mais ne tolère pas le défaut de personnalisation de la sanction.

3.4.2. Aménagements de peine

Dans le domaine pénitentiaire, la Cour constitutionnelle italienne n'hésite pas à « ajouter » aux droits reconnus par l'ordre juridique. Elle l'a encore fait de manière remarquable en jugeant déraisonnable une disposition législative qui n'excluait pas les mères, détenues du fait de la commission de délits particuliers (mentionnés à l'article 4-bis, § 1, de l'ordre pénitentiaire) et avec des enfants mineurs de moins de dix ans, de l'interdiction d'octroi d'une mesure de détention spéciale au domicile. La Cour a étendu

³²⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, *M. Husamettin M.*

cette déclaration d'inconstitutionnalité à l'interdiction d'octroi de la détention ordinaire au domicile (art. 47-ter)³²⁸. Surtout, elle souligne que la détention spéciale au domicile doit être conçue comme répondant à « l'intérêt prioritaire d'un sujet vulnérable, distinct du condamné et particulièrement digne de protection, qui est l'enfant d'âge précoce, à établir une relation aussi "normale" que possible avec sa mère (ou, éventuellement avec son père) lors d'une phase cruciale de son développement ». Outre la référence *expressis verbis* à la vulnérabilité de l'enfant mineur, c'est le thème du maintien des liens familiaux et de la vie privée des détenus qui se trouve convoqué, une fois de plus, au cœur de la jurisprudence constitutionnelle italienne. C'est, alors, au juge ordinaire qu'il revient de rechercher et vérifier l'éventuelle présence, dans l'espèce dont il est saisi, de raisons entravant l'octroi de la mesure de détention au domicile³²⁹. Et le juge constitutionnel italien va jusqu'à adresser des avertissements plus ou moins directs au législateur. Ce travail de surveillance vise à mobiliser le législateur « dans un esprit de collaboration loyale et dans le but d'assurer une mise en œuvre plus complète de la Constitution »³³⁰.

L'invitation au législateur peut se faire plus insistante, comme cela fut le cas avec l'arrêt n° 279 de 2013. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur la conformité à la Constitution de l'article 147 du code pénal italien qui ne prévoyait pas, en plus des cas expressément mentionnés (dépôt d'une demande de grâce, maladie physique grave ou mère d'enfants de moins de 3 ans), la possibilité d'un report de l'exécution de la peine lorsqu'elle devrait être exécutée « dans des conditions contraires au sens de l'humanité ». La Cour n'a pas accueilli la question du fait de l'existence d'une pluralité de solutions qui permettraient toutes d'atteindre l'objectif. Toutefois, le juge constitutionnel prend soin d'indiquer que l'inertie du législateur n'est pas, pour autant, acceptable et que s'il devait être de nouveau saisi dans une procédure ultérieure portant sur des questions similaires, il ne pourrait qu'« adopter les décisions nécessaires visant à mettre fin à l'exécution de la peine dans des conditions contraires au sens de l'humanité ». Un nouveau renvoi n'est pas exclu à l'occasion de la mise en œuvre d'une mesure alternative à la détention, et alors même qu'à l'étranger d'autres cours ont affirmé qu'il convenait de renoncer à l'exécution de la peine de prison lorsque, compte tenu des conditions de surpopulation carcérale, cela serait synonyme de traitement inhumain.

D'ailleurs, très récemment, une question incidente de constitutionnalité a abouti à la censure de l'article 47-ter, § 1-ter, de l'ordre pénitentiaire en ce qu'il n'envisageait pas que, dans l'hypothèse d'une grave maladie psychique survenue au cours de l'exécution de la peine, le tribunal en charge de l'exécution puisse ordonner la détention à domicile.

³²⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 239/2014.

³²⁹ Dans le même sens, l'arrêt n° 76/2017 censure la disposition contestée car elle exclut la possibilité pour les mères condamnées pour l'un des délits mentionnés à l'article 4-bis du cadre pénitentiaire, d'avoir accès à une institution (la détention spéciale au domicile) « qui vise principalement à sauvegarder la relation avec le mineur », alors même que cet article 4-bis établit une « liste complexe » rassemblant des délits « hétérogènes, stratifiés et de gravité inégale ».

³³⁰ M. Ruotolo.

Partant de l'idée que le droit à la santé protégé par la Constitution ne vise pas seulement la santé physique, mais aussi la santé mentale, la Cour reconnaît au juge également dans ce cas le pouvoir de faire usage de l'aménagement consistant dans la détention au domicile ; elle ajoute qu'il est possible de moduler cette mesure afin de respecter les exigences liées à la défense de la collectivité, sous la surveillance du magistrat en charge de la surveillance et avec l'intervention des services sociaux. En outre, « grâce à une identification minutieuse du lieu de détention (qui pourrait également être un établissement public de soins, d'assistance ou d'accueil), des fins thérapeutiques et de protection peuvent être poursuivies, sans négliger les besoins des membres de la famille et en garantissant, en même temps, la sécurité de la communauté ». En toute hypothèse, cette affectation à un lieu extérieur à la prison ne pourra, cependant, pas être décidée lorsque le juge considère qu'en l'espèce les besoins de sécurité publique prévalent³³¹.

La Cour apporte ainsi une nouvelle contribution, positive et « intégrative », à la législation pénale, comblant une lacune qui empêchait les juges de garantir efficacement le droit à la santé des personnes détenues. Et l'intervention manipulatrice est menée ouvertement, même si la Constitution ne commandait pas de solution unique pour combler le vide. Toutefois, le juge constitutionnel italien le fait sous couvert de deux précisions. La première sonne comme un rappel évident, mais non superflu : la solution constructive de la Cour laisse, selon ses propres mots, entière « la possibilité pour le législateur d'intervenir à tout moment pour identifier, dans le cadre de son propre pouvoir discrétionnaire, une autre solution, (...) à condition qu'elle respecte les principes constitutionnels ». La seconde est, quant à elle, explicative : précédemment, dans un arrêt de 1996 - que la Cour rappelle en 2019 - une décision de non admission avait été rendue par laquelle le juge constitutionnel avait, néanmoins, relevé le « traitement insatisfaisant réservé à la maladie mentale grave survenue après la condamnation » et demandé au législateur de « trouver une solution équilibrée » garantissant aux personnes intéressées le soin de leur santé mentale - protégés par l'article 32 de la Constitution - sans que leur traitement pénal ne soit écarté ». Et la Cour ne craint pas d'indiquer explicitement que c'est parce que son appel n'a pas été entendu qu'elle se voit contrainte d'agir.

3.5. Détenus salariés

En dehors de la situation procédurale des détenus et de leur sphère intime, d'autres affaires ont été consacrées au déroulement du quotidien pénitentiaire. C'est, particulièrement, la situation au regard de l'emploi des détenus qui a retenu l'attention, en France comme en Italie, et, spécialement, l'encadrement des relations de travail. En France, cette problématique s'est frayée un chemin jusqu'au prétoire du juge

³³¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 99/2019.

constitutionnel par le biais de deux QPC relatives aux dispositions du code de procédure pénale qui prévoient que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail »³³². En effet, le travail des détenus relève d'un régime particulièrement dérogatoire puisque lié à l'exécution de la peine privative de liberté. Tout au plus, depuis la loi pénitentiaire, les activités exercées en prison doivent faire l'objet d'un « acte d'engagement » qui doit énoncer les droits et obligations professionnelles de la personne détenue ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération (bien plus faible qu'à l'extérieur). Faute de contrat, certains droits élémentaires ne sont pas reconnus (pas de liberté syndicale, ni de participation à la détermination des conditions de travail, ni de droit de grève, ni de procédure de licenciement, de droits aux congés payés ou d'indemnités journalières durant un arrêt de travail en cas de maladie ou accident de travail, et refus du bénéfice du régime de retraite complémentaire). Donc une situation du détenu travailleur en profond décalage avec le droit commun. Pour autant –surprise ! - l'absence de contrat de travail n'est pas jugée contraire à la Constitution.

De ce point de vue, sans doute, la tendance à aligner de nombreux droits des détenus sur ceux reconnus à l'extérieur ne peut pas ignorer la réalité carcérale et les restrictions nécessaires motivées par l'ordre ou la sécurité. Pour autant, la situation actuelle reste très insatisfaisante et ne doit pas demeurer figée. La décision du Conseil constitutionnel raisonne comme une invitation à réformer le droit du travail en prison. Cette décision du Conseil a, comme cela était prévisible, été critiquée. Elle n'a pas fait taire le débat et le problème du statut du détenu travailleur n'a pas tardé à revenir devant le juge constitutionnel, dès 2015³³³. Sorte de crispation sur le thème du travail en prison, illustrant un peu les zones de non-droit qui demeurent en prison. On se souvient que la loi de 2009 prévoit un acte d'engagement pour les personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires. Deux grandes catégories d'arguments étaient articulées : d'une part, l'incompétence négative du législateur et, d'autre part, la violation d'un certain nombre de droits fondamentaux, « sociaux », consacrés par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi que le principe de sauvegarde de la dignité humaine et la liberté contractuelle. C'est la qualité du cadre juridique insuffisamment protecteur en matière de relations de travail qui était contestée. On savait déjà que l'absence de principe de contrat de travail ne viole pas la Constitution. Restait à savoir si cette solution médiane imaginée par le législateur, avec cet acte d'engagement, était satisfaisante car le législateur ne précise pas quels sont les droits et obligations professionnels déterminés par cet acte. Mais, encore une fois, le juge constitutionnel n'a pas trouvé dans l'incompétence négative du législateur ou dans la conciliation des droits fondamentaux avec les contraintes de la vie carcérale, la source d'une violation de la Constitution.

³³² Conseil constitutionnel, décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre*.

³³³ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johnny M.*

En Italie, le travail des détenus a, et continue, également de nourrir le débat. Et, à ce propos, la Cour constitutionnelle ne s'est pas contentée de fournir simplement des solutions strictement « interprétatives » ou des « adoucissements » du cadre normatif pénitentiaire. Elle est allée jusqu'à ajouter des « règles », c'est-à-dire jusqu'à combler des omissions législatives par des arrêts de censure -supprimant des parties de textes qui ne permettaient pas la jouissance d'un droit ou produisaient une restriction intolérable -ou des arrêts additifs. Particulièrement utiles pour les détenus et, en particulier, leur éventuel emploi, de tels arrêts permettent alors de reconnaître des droits fondamentaux jusque-là non consacrés ou limités de manière déraisonnable. Ainsi en va-t-il de la non-conformité à la Constitution de l'omission, figurant dans l'article 20, paragraphe 17, de l'ordre pénitentiaire à propos du droit aux congés payés annuels pour les détenus exerçant une activité salariée. La Cour précise que la spécificité de la relation de travail dans le cadre pénitentiaire ne vaut pas « affaiblissement du contenu minimum de la protection qui, selon la Constitution, doit bénéficier à toute relation de travail salariée ». Bien entendu, la jouissance du droit au congé annuel payé doit être assurée selon les adaptations nécessaires, en termes de modalités (de formes et de délais), afin d'assurer sa compatibilité avec la détention³³⁴ Une chose est d'imaginer des modalités distinctes dans la jouissance d'un droit en raison de la détention de son titulaire, une autre est de ne pas garantir un droit, alors même qu'il est reconnu dans la Constitution sans distinction de cette sorte, du simple fait de l'existence de cette détention.

La question des droits des détenus salariés a encore fait l'objet d'un arrêt additif en 2016. La Cour y a jugé que l'attribution au magistrat surveillant de la compétence pour statuer sur les conflits du travail des détenus, impliquant le recours à une procédure simplifiée telle que celle prévue par l'ordre pénitentiaire était de nature à violer la Constitution dans la mesure où elle est nettement moins protectrice des droits des travailleurs que la procédure applicable aux conflits ordinaires de travail³³⁵. Par conséquent, le juge constitutionnel a accueilli la question formée à propos de l'article 69, § 6, a) du cadre pénitentiaire pour violation des articles 24, § 2, 111, § 2 et 3, § 1 de la Constitution, réaffirmant ainsi, notamment, la non-conformité constitutionnelle de toute « discrimination irrationnelle injustifiée » entre détenus et autres citoyens dès lors que les droits inhérents à l'exécution du travail sont en cause³³⁶.

³³⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 158/2001.

³³⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 341/2006.

³³⁶ Article 24, § 2 : « Les moyens d'ester et de se défendre devant toutes les juridictions sont assurés aux indigents par des institutions juridiques spécifiques » ; art. 111, § 2 : « Tout procès se déroule contradictoirement entre les parties, dans des conditions d'égalité, devant un juge tiers et impartial. La loi en garantit une durée raisonnable » ; article 3, § 1 : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales ».

4. Éléments de conclusion

Finissons, d'un mot, pour constater que le panorama dressé illustre, quel que soit l'ordre juridique en cause, une évolution qui, en France, avait été entamée dans le cadre du contrôle *a priori* : l'exécution de la peine, comme la détention elle-même, se sont juridictionnalisées, offrant l'occasion au juge constitutionnel de développer, voire de construire, une véritable jurisprudence précisant un peu plus les droits des détenus et d'édifier un véritable statut constitutionnel. À cet égard, longtemps, l'ordre juridique n'a guère manifesté d'intérêt pour les détenus. Leur statut, peu développé, relevait pour l'essentiel, lorsqu'il existait, des initiatives du pouvoir réglementaire. De manière générale, le mouvement d'élévation hiérarchique de l'encadrement normatif des détenus retire des mains de l'administration pénitentiaire un nombre important de prérogatives qui, jusque-là, relevaient de sa seule appréciation. Mais toutes les thématiques de la vie en détention n'ont pas été saisies par la jurisprudence constitutionnelle, en particulier dans le cadre du contrôle *a posteriori* – loin s'en faut - et pas toutes avec le même intérêt. Aujourd'hui, le mouvement paraît être celui d'une reconnaissance des droits des détenus. Bien évidemment, de ce point de vue, la QPC s'est révélée très utile. Mais difficile de dire qu'il s'agit là d'une surprise, en particulier pour ce qui concerne les détenus et leurs immenses besoins. Il est même possible de soutenir qu'en France, comme en Espagne et en Italie, l'amélioration est lente et beaucoup reste encore à faire. Songeons, par exemple, au maintien des liens familiaux ou au respect de la vie privée, c'est-à-dire intime, des détenus et, plus généralement encore, de leur dignité. Les détenus apparaissent encore aujourd'hui comme des citoyens de seconde zone. Des questions demeurent non réglées ou non envisagées par le juge constitutionnel espagnol, le tout alimentant les critiques à l'égard des prisons, de leur état général et de leur faible pouvoir de resocialisation (pour ne pas dire leur pouvoir de désocialisation).

D'ailleurs, que l'absence de questions d'inconstitutionnalité en Espagne ne nous fasse pas ignorer que, ces dernières années, les affaires dont le Tribunal constitutionnel est saisi par le recours d'*amparo* témoignent des mêmes préoccupations, non seulement à propos des droits de nature procédurale des personnes privées de libertés mais aussi à l'égard des droits plus substantiels. Du côté de la procédure, la jurisprudence constitutionnelle espagnole a particulièrement envisagé la question de la preuve du bon comportement du détenu lors d'une demande de permission de sortie ou d'aménagement de sa peine. À cette occasion, l'obtention d'éléments de preuve par l'administration pénitentiaire, au moyen d'interception des correspondances ou de la fouille de la cellule, a été critiquée par le Tribunal constitutionnel. De la même façon, le juge constitutionnel espagnol est très attentif à la qualité de la motivation du juge qui aurait à envisager la régularité d'une mesure décidée par l'administration pénitentiaire et supposément attentatoire à un droit ou une liberté constitutionnels, en particulier lorsqu'il s'agit d'une sanction. Du côté des

droits substantiels, plusieurs questions reviennent régulièrement devant le prétoire du juge constitutionnel espagnol : principe d'égalité, liberté religieuse, interdiction des traitements inhumains et dégradants, ou encore droit au respect de l'intimité et possibilité d'exercer dignement une activité salariée.

En réalité, la véritable question qui paraît demeurer posée est, *in fine*, plus largement celle des limites de la privation des droits des détenus et du sens que l'ordre juridique entend lui donner. C'est sur le terrain de la responsabilité du destinataire de la sanction - qui renvoie à l'idée de flexibilité de la peine - qu'une conciliation peut être recherchée entre la sécurité des droits et la fonction de réhabilitation de la peine. Une conciliation qui repose sur une idée assez simple mais qui a toujours du mal à être traduite en pratique : si la sanction offre de réelles possibilités de réinsertion sociale - aussi et surtout en garantissant une possibilité effective d'exercer les droits formellement reconnus, permettant à chacun d'exprimer sa personnalité -, elle produit beaucoup plus d'effets en termes de sécurité publique, car les chances de rechute dans la délinquance sont plus faibles. Cependant, comme le relève Marco Ruotolo à propos de l'Italie, il est très important, et peut-être même décisif, de ne pas sous-estimer ce qui peut être défini comme une « demande sociale d'efficacité ». Il faut répondre à cette demande en imaginant des mesures alternatives, voire de meilleures peines non privatives de liberté, infligées directement dans la condamnation afin qu'elles soient perçues comme de véritables sanctions. Sinon, l'équation « peine = prison », tant installée dans l'esprit de l'opinion publique, ne sera jamais écartée et la seule, ou la principale, manière de répondre à la délinquance continuera d'être le prononcé de peines privatives de liberté.

H) L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC

1. Essai de modélisation du filtrage des QPC formées par les personnes en situation de vulnérabilité devant les cours d'appel civiles (2010-2019)

L'objectif de cette recherche³³⁷ a été d'étudier, sur la période allant de mars 2010 à juin 2019, la manière dont le juge judiciaire, évoluant au stade de l'appel, s'est approprié le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'agit d'un travail transversal car traitant de l'ensemble des catégories de personnes en situation de vulnérabilité étudiées dans le cadre du projet. Pour parvenir à réaliser cette étude, il a fallu établir un tri, afin de sélectionner les décisions rendues par les cours d'appel françaises qui allaient faire l'objet de l'étude. Les décisions des cours d'appel n'étant pas en libre accès sur internet, il a été nécessaire d'effectuer un déplacement à la Cour de cassation afin de

³³⁷ La recherche a été réalisée par Nicolas Pauthe.

pouvoir utiliser un logiciel interne aux juridictions judiciaires (le logiciel *JuriCA*). Ce déplacement a permis, à la fin du mois de juin 2019, de réaliser une extraction des décisions susceptibles d'être pertinentes. Au prix de précisions méthodologiques (1.1.), il est possible de livrer quelques enseignements : différents degrés apparaissent dans les relations qu'entretiennent les personnes en situation de vulnérabilité avec la question prioritaire de constitutionnalité (1.2.).

1.1. Précisions méthodologiques

Des précisions relatives à la méthodologie et à la délimitation de l'objet de l'étude sont indispensables. En effet, sur plusieurs centaines de milliers de décisions rendues par les cours d'appel et intégrées au logiciel *JuriCA*, l'utilisation du mot-clé « question prioritaire de constitutionnalité » a permis de faire ressortir près de 5 000 décisions. Il a fallu ensuite affiner la recherche en ne retenant que celles des décisions qui concernaient les personnes en situation de vulnérabilité. Dès lors, 8 requêtes principales ont été effectuées afin d'isoler ces décisions. Ces requêtes ont donné des résultats parcellaires, compte tenu des restrictions dont fait l'objet le logiciel *JuridiCA*. Il est donc très vite apparu qu'il ne serait pas possible de traiter de manière exhaustive et égalitaire l'ensemble des catégories définies dans le cadre du projet de recherche collective.

	Requêtes	nombre de décisions concernées
1	"étranger", "nationalité"	463 décisions
2	"enfant", "mineur"	149 décisions
3	"gens du voyage"	3 décisions
4	"travail", "travailleur", "salarié"	740 décisions
5	"handicap"	136 décisions
6	"hospitalisation"	105 décisions
7	"maladie", "malade"	1029 décisions
8	"chômage"	235 décisions
Total	Sans compter les doublons, le nombre total de décisions extraites a ainsi été de 3215 décisions.	

Synthèse des résultats obtenus par mots-clés dans le logiciel *JuriCA*

Par ailleurs, certaines requêtes n'ont pas été autorisées par la Cour de cassation. Il n'a, par exemple, pas été possible d'accéder aux décisions intervenues dans le domaine pénal, compte tenu de l'absence d'anonymisation de ces décisions et du caractère sensible des affaires concernées. La catégorie des détenus n'a donc pas pu être traitée. Sont également exclus de la base de données une grande partie des décisions intéressant l'essentiel du droit des mineurs. Au contraire, d'autres requêtes, quant à elles, n'ont pas permis une étude systématique de la manière de filtrer les QPC pour la catégorie de personnes vulnérables concernées, au regard du trop faible nombre de décisions pertinentes auxquelles la recherche a abouti. Cela a été le cas, par exemple, de la catégorie « gens du voyage » (3 décisions). Sans surprise, les requêtes « maladie » et « malade » ont conduit à la difficulté opposée, puisque près d'un millier de décisions étaient concernées. En d'autres termes, sur le plan de l'exhaustivité quantitative, le travail effectué n'a pu être représentatif de l'ensemble du filtrage effectué par le juge judiciaire. Il en donne toutefois un aperçu éclairant.

En outre, au stade de l'interprétation des résultats, d'autres difficultés sont apparues. D'abord liées aux tendances rédactionnelles, la rédaction des arrêts pouvant varier dans le temps, « ce qui pose des problèmes en matière de fidélité avec la réalité étudiée »³³⁸. De la même manière, il est difficile d'apprécier la spécificité de la non-transmission des QPC impliquant précisément des personnes en situation de vulnérabilité, puisqu'il n'était pas question ici d'étudier le filtrage général par les cours d'appel françaises des questions prioritaires de constitutionnalité. Ce sont donc surtout des tendances qui ont été mises en exergue. Au demeurant, reste posée la question de l'intersectionnalité, c'est-à-dire du cumul de situations vulnérables sur une même personne : ce cumul a-t-il un impact sur le traitement par le juge de la question prioritaire de constitutionnalité ? Impossible d'y répondre compte tenu des contraintes qui ont pesé sur la recherche menée ici. Aussi, ne livre-t-on ici que des pistes de réflexion.

1.2. Le degré variable de prise en compte de la situation de vulnérabilité par les cours d'appel dans le traitement des QPC

L'étude transversale de la non-transmission des questions prioritaires de constitutionnalité formulées par les personnes en situation de vulnérabilité peut faire l'objet d'éclairages à partir d'une modélisation, sous la forme d'une gradation des rapports que ces deux objets d'étude entretiennent. En effet, tout le problème est de savoir si l'auteur de la QPC agit au nom de la spécificité, découlant de la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve. La détermination d'une gradation a pour intérêt

³³⁸ N. Pauthe.

de distinguer les cas de figure dans lesquels une personne en situation de vulnérabilité utilise la QPC.

Un premier stade peut être dénommé « relation optimale » et désigne l'hypothèse où l'auteur de la QPC cherche à défendre un droit ou une liberté avec pour spécificité le fait que ce droit ou cette liberté est par essence lié à la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve. C'est par exemple le cas pour un justiciable de nationalité étrangère qui chercherait à bénéficier du regroupement familial. À un degré plus faible, celui de « relation productive », le justiciable utilise la question prioritaire de constitutionnalité pour protéger un droit ou une liberté, dont la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve renforce le champ d'application. Tous les individus jouissent des mêmes droits et libertés constitutionnellement garantis. Cela étant, certaines situations révèlent la concrétisation du droit ou de la liberté en question. À titre d'exemple, tout individu bénéficie du droit de ne pas être enfermé arbitrairement, mais c'est bien une fois enfermé, ou menacé d'être enfermé, que l'intérêt à agir surgit et permet de contester une disposition législative qui viendrait contrevenir à l'interdiction d'être enfermé arbitrairement. La « relation productive » est donc celle qui permet au justiciable d'utiliser de manière effective la question prioritaire de constitutionnalité pour défendre un droit ou une liberté fragilisé par la situation de vulnérabilité. À un niveau encore moindre de la gradation, le troisième stade peut être dénommé « relation neutre ». Dans ce cas de figure, le justiciable est bien en situation de vulnérabilité. Il utilise la question prioritaire de constitutionnalité pour défendre un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Cela étant, la situation de vulnérabilité qui est la sienne est sans incidence sur la question prioritaire de constitutionnalité posée. C'est par exemple le cas d'une personne en situation de handicap qui formerait une question prioritaire de constitutionnalité pour contester une disposition législative qui viendrait contrevenir à son droit de propriété. Un quatrième stade serait celui de la « relation contreproductive » : le justiciable utilise la question prioritaire de constitutionnalité, mais la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve vient restreindre le champ d'application du droit ou de la liberté invoqué. Cette restriction n'est pas une oppression de l'individu concerné. Elle est au contraire destinée à le protéger du fait de sa situation de vulnérabilité. Cette relation entre la personne et la question prioritaire de constitutionnalité est dite ici « contreproductive », dans la mesure où cette personne ne va pas obtenir l'effet escompté. Elle va, au contraire, se voir opposer une protection constitutionnelle à sa situation de vulnérabilité qui va mettre en échec sa demande. Enfin, le cinquième et dernier stade, celui de la « relation défavorable » voit la logique du stade 4 poussée à son paroxysme, puisque le droit ou la liberté constitutionnellement garanti va purement et simplement être nié à la personne en situation de vulnérabilité. C'est par exemple le cas avec les droits civiques, qui font défaut aux mineurs ou aux adultes frappés d'incapacité. Cette relation est précaire puisqu'elle ne dure qu'aussi longtemps que perdure la situation de vulnérabilité.

Cette diversité permet d'appréhender le champ des possibles. L'étude montre que c'est la relation productive (stade 2) qui apparaît le plus souvent. Les situations relatives au stade 1 sont rares. Les stades 4 et 5 n'entrent pas dans le champ de cette étude, puisque les restrictions opposées cherchent à protéger la personne de la situation de vulnérabilité dans laquelle elle se trouve.

2. Les personnes en situation de vulnérabilité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

L'objet de cette étude transversale³³⁹ consistait à analyser, sur une période allant de mars 2019 à juin 2019, le contrôle opéré par le premier filtre de l'ordre juridictionnel administratif³⁴⁰ sur les QPC soulevées par des personnes se trouvant en situation de vulnérabilité. La recherche entendait, ainsi, mesurer l'impact du filtre sur l'effectivité du mécanisme de la QPC, lorsqu'il est activé par cette catégorie particulière de justiciables.

2.1 Précisions méthodologiques et données statistiques

Grâce à une convention que les porteurs du projet ont pu signer avec le Conseil d'État, il a été possible d'utiliser, pour la réalisation de cette étude, le logiciel d'extraction *Ariane*, dont la qualité permet une recherche bien plus complète que celle qui peut être menée sur sa version disponible en accès libre sur le site du Conseil d'État, *Arianeweb*. L'utilisation de ce logiciel s'est avérée précieuse, car elle a permis de cibler la recherche par mot-clé.

Toutefois, malgré ses qualités, le logiciel a peiné à satisfaire toutes les attentes du chercheur, et ce pour de multiples raisons, notamment du fait que les ordonnances QPC, qui constituent le support privilégié des décisions du juge du premier filtre, en application des dispositions de l'article R. 771-7 du code de justice administrative, ne sont pas systématiquement versées dans la base de données, du fait qu'il est également très difficile d'accéder au contenu de ces ordonnances, ou encore du fait que le moteur de recherche ne permet pas d'extraire avec précision les décisions de non-transmission, ces dernières ne présentant aucun signe particulier sur le plan formel permettant de les distinguer des autres décisions QPC. De même, l'absence d'harmonisation rédactionnelle du dispositif des ordonnances QPC, entre les juridictions administratives, limite également les potentialités d'une recherche automatisée. En outre – relève Annabelle Pena – la recherche a éprouvé les plus grandes difficultés à extraire les décisions rendues

³³⁹ Réalisée, dans le cadre de notre recherche, par le Professeur Annabelle Pena.

³⁴⁰ En application des dispositions des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée.

par les cours administratives d'appel à propos d'une contestation de refus de transmission, et le rapport d'activité du Conseil d'État n'est guère plus utile, puisqu'il ne distingue pas entre les mémoires QPC introduits en contestation d'un refus de transmission et les questions de constitutionnalité présentées pour la première fois devant les Cours administratives d'appel. Compte tenu de ces éléments, les résultats de l'étude doivent donc être lus avec mesure et précaution : s'ils permettent d'apporter un éclairage sur la manière dont les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel exercent leur rôle de juge du premier filtre sur les questions prioritaires de constitutionnalité, ils ne sauraient toutefois, sans une étude complémentaire, servir de fondement à une quelconque systématisation.

En ce qui concerne les résultats obtenus par la recherche, il convient de souligner, tout d'abord, une différence entre ces résultats et ceux qui apparaissent dans les rapports d'activité du Conseil d'État. En effet, alors que la recherche a permis de recenser 8861 QPC introduites devant les tribunaux administratifs (6521) et cours administratives d'appel (2340) jusqu'en juin 2019 – dont aucune ne vise précisément les personnes vulnérables ou les personnes en situation de vulnérabilité –, les chiffres produits par le Conseil d'État dans son rapport annuel, à l'issue de l'année 2018, étaient de 5002 QPC introduites devant les tribunaux administratifs (3728) et cours administratives d'appel (1284)³⁴¹. Or, selon Annabelle Pena, ces chiffres apparaissent plus probants, à raison du fait que la recherche brute sur le mot-clé « question prioritaire de constitutionnalité » recense toutes les décisions dans lesquelles apparaît l'expression et intègre donc également les jugements et arrêts rendus au fond, portant, dans leurs visas, mention des décisions QPC. Ce sont, en définitive, une trentaine de QPC transmises en moyenne chaque année par les tribunaux administratifs et moins d'une dizaine par les cours administratives d'appel. Parmi elles, peu concernent les personnes en situation de vulnérabilité.

Ce volume de 5000 décisions QPC a, par la suite, été volontairement réduit lors de la recherche pour écarter les questions de constitutionnalité portant sur le droit fiscal, le droit de l'environnement ainsi que le droit de l'urbanisme et de la construction. Il a, ainsi, été ramené à un volume de 896 QPC présentées devant les tribunaux administratifs, contre 656 QPC pour les cours administratives d'appel, soit 1552 QPC toutes juridictions confondues. Toutes ces décisions ne concernent évidemment pas les personnes en situation de vulnérabilité, mais leur nombre est tout de même significatif, puisque 37,6 % des QPC devant les tribunaux administratifs et 36,89 % des QPC devant les cours administratives d'appel concernent des personnes en situation de vulnérabilité³⁴². Il est à noter, par ailleurs, que la quasi-totalité des QPC recensées concerne des étrangers, ce qui n'a rien de surprenant compte tenu du fait que le contentieux des étrangers est également

³⁴¹ Les rapports du Conseil d'État, rapport d'activité 2019 (année 2018), La Documentation française.

³⁴² L'équilibre entre les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel est ici à souligner.

celui qui pèse le plus lourdement sur l'activité des juridictions administratives³⁴³. De sorte qu'en dehors des QPC concernant les étrangers, il ne reste qu'une vingtaine de QPC relatives aux personnes en situation de vulnérabilité, c'est-à-dire, finalement, un nombre très faible.

Annabelle Pena a, enfin, mis ces résultats à l'épreuve de l'activité d'une juridiction administrative en particulier : le tribunal administratif de Toulon³⁴⁴. Ici, ce sont 35 QPC qu'a eu à connaître le juge administratif de premier ressort depuis les débuts de la procédure en 2010, avec un taux de transmission de 5,7 % (ce qui est conforme au taux moyen de transmission des tribunaux administratifs). La moitié des QPC introduites sont des questions d'ordre fiscal ou financier, le reste des questions de constitutionnalité recensées concernant la fonction publique et le droit de l'urbanisme et de la construction. Une seule intéresse notre étude puisqu'elle concerne une personne hospitalisée. Ces résultats particuliers viennent alors confirmer ceux précédemment dégagés dans le cadre d'une démarche plus globale.

2.2 Les difficultés d'accès des personnes en situation de vulnérabilité au prétoire du Conseil constitutionnel

D'un point de vue substantiel, la recherche a conduit à plusieurs constats, sources de réflexions. En premier lieu, il apparaît que, pour les personnes en situation de vulnérabilité, l'accès au prétoire du juge constitutionnel reste difficile, ceci étant établi par le nombre relativement faible de questions soulevées par ces personnes. La raison tient moins au mécanisme de la QPC qu'à la faculté même de ces personnes de faire appel au juge, qu'il soit constitutionnel ou non. Par ailleurs, dans le domaine objet de notre analyse, il apparaît que le « réflexe constitutionnel » est moins développé que dans d'autres domaines (tel que la matière financière ou fiscale), ce qui est probablement dû au fait qu'il est difficile, pour ces personnes particulièrement fragiles, d'avoir une connaissance précise des moyens juridiques dont elles disposent pour la protection de leurs droits ; il est même souvent difficile, pour ces personnes, de faire appel à un avocat pour la défense de leurs droits. En outre, lorsque la personne en situation de vulnérabilité parvient à soulever une QPC, bien souvent la procédure n'est pas menée avec l'assistance d'un avocat, ce qui fait que la QPC a peu de chances de prospérer³⁴⁵.

³⁴³ Dans la mesure où il représente à lui seul 37,5 % de l'activité des tribunaux administratifs et 49,4 % de celle des cours administratives d'appel pour l'année 2018.

³⁴⁴ Nous tenons, ainsi, à remercier M. Michel Lascar, président du Tribunal administratif de Toulon, pour avoir ouvert les portes de cette juridiction, ainsi que les archives, pour la réalisation de la recherche.

³⁴⁵ C'est ce qui est arrivé, par exemple, pour la seule QPC présentée devant Tribunal administratif de Toulon dans le domaine de l'hospitalisation des malades, le tribunal prononçant un refus de transmission en raison de l'imprécision des dispositions législatives critiquées et de celles de valeur constitutionnelle qui seraient méconnues.

Une série de difficultés a trait au filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité et à la façon concrète dont les juges administratifs de première instance et d'appel interprètent leur rôle au sein de cette procédure. Ainsi, et tout d'abord, l'examen *in concreto* de la condition d'applicabilité des dispositions au litige est de nature à freiner le processus, car le contrôle de cette condition conduit le juge *a quo* à vérifier que la personne vulnérable se trouve réellement affectée dans ses droits. Il ne suffit donc pas que les dispositions législatives soient « applicables au litige », il faut également que l'application des dispositions législatives critiquées impacte effectivement la situation personnelle de l'auteur de la question. Si ce n'est pas le cas, le requérant essuiera un refus de transmission, comme cela a été le cas, par exemple, de l'étranger se plaignant de la brièveté des délais de recours contentieux prévus par le IV de l'art. L. 512-1 du CESEDA, dans sa version modifiée par la loi du 7 mars 2016, et mettant en exergue les obstacles que peuvent rencontrer les personnes détenues pour être assistées dans leurs démarches contentieuses ; or, n'ayant pas lui-même concrètement souffert de la brièveté de ces délais – car à aucun moment sa demande n'a été rejetée pour tardivité – la QPC n'a pas été transmise, tant par le juge de première instance, que par la Cour administrative d'appel³⁴⁶. En revanche, la même question a pu prospérer lors d'une autre affaire, dans laquelle le requérant avait véritablement souffert des effets de la disposition attaquée³⁴⁷, ce qui a conduit, par ailleurs, à une décision d'inconstitutionnalité de la disposition en question de la part du Conseil constitutionnel³⁴⁸.

Toujours concernant les constats et les problèmes liés au filtre, l'analyse met en exergue la manière dont la pratique de la question prioritaire de constitutionnalité au sein des juridictions administratives a évolué avec le temps – et somme toute très vite – pour aller dans le sens d'un véritable contrôle du « caractère sérieux » de la question par les juges du premier filtre. Se détachant, ainsi, complètement d'une interprétation littérale de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 – qui demande aux juges du premier filtre de vérifier que la question ne soit « pas dépourvue de caractère sérieux » –, les juges administratifs opèrent finalement un contrôle positif du caractère sérieux de la question³⁴⁹, et ce même dans le domaine de la protection des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité. De sorte que, comme le relève Annabelle Pena, « la première marche vers l'accès de la QPC au prétoire du Conseil constitutionnel passe désormais par le contrôle indéfectible du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, le juge du filtre passant, dans tous les cas, la question de constitutionnalité au tamis de la jurisprudence constitutionnelle pour apprécier l'opportunité juridique de la transmettre à la Cour suprême dont il relève ». Malgré cela,

³⁴⁶ CAA, Lyon, 17 octobre 2017, *M. Abdelkader Amri*, n° 17LY03360, 17LY03361.

³⁴⁷ CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603.

³⁴⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-709 QPC du 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*.

³⁴⁹ Il est à noter que cette tendance, déjà constatée dans les premières années d'application de la procédure de la QPC, se confirme complètement à partir de 2013.

l'analyse de la jurisprudence du premier filtre indique que le mécanisme de la QPC fonctionne globalement bien, en dépit de l'élargissement du contrôle opéré. Toutefois, force est de constater que l'attitude à l'égard de cette condition de recevabilité varie selon les juges, et que ce contrôle du caractère sérieux de la question peut s'avérer, dans certains cas, bloquant. Tel a été le cas, par exemple, d'une affaire concernant la législation dérogatoire relative aux gens du voyage, déjà analysée dans le paragraphe consacré à cette catégorie de personnes vulnérables. Ici, le contrôle opéré par le premier filtre a eu pour effet d'interrompre, à deux reprises³⁵⁰, le parcours contentieux d'une QPC dont le caractère sérieux a été postérieurement reconnu par le Conseil d'État³⁵¹ et qui a finalement abouti à une censure de la part du Conseil constitutionnel³⁵².

Une autre difficulté, mise en exergue par l'analyse, concerne les refus de transmission des QPC. On constate que généralement – et même pour les QPC soulevées par des personnes en situation de vulnérabilité – le refus de transmission du juge de première instance met un terme au processus constitutionnel, les contestations devant les cours administratives d'appel contre les refus de transmission étant plutôt rares. Pour ce qui concerne l'objet de notre recherche, seulement deux cas de contestation d'une ordonnance refusant de transmettre au Conseil d'État une QPC soulevée par une personne en situation de vulnérabilité ont pu être identifiés ; et le fait qu'ils portent tous deux sur la constitutionnalité des mêmes dispositions législatives (les dispositions du IV de l'article L. 512-1 du CESEDA) est particulièrement intéressant pour la comparaison et révélateur des différences qui subsistent entre les juridictions administratives dans l'appréhension du mécanisme de la QPC³⁵³. À ce propos, Annabelle Pena estime que la faiblesse du flux contentieux touchant aux décisions de non-transmission laisse à penser que la voie de l'appel peine ici à jouer pleinement son rôle. Cela s'explique, en partie, par le fait que, contrairement à ce qui se passe devant les juridictions judiciaires, la contestation du refus de transmission d'une QPC ne suit pas la même procédure que celle suivie lors de la première invocation d'une QPC, puisque la position retenue par le Conseil d'État consiste à appliquer les dispositions de droit commun de la procédure d'appel. Or, cette absence de particularisme procédural devant le juge administratif a pour conséquence d'amplifier le caractère diffus du contrôle, en diluant artificiellement le moyen d'inconstitutionnalité dans le procès ordinaire. La QPC perd ainsi la spécificité qui la caractérise en première instance, tant au regard de l'instruction que du délai imparti au juge du filtre pour se prononcer. Cela constitue une source de confusion pour les plaideurs qui délaissent, en définitive, cette voie de recours, soit parce qu'ils sont découragés, soit parce qu'ils jugent la procédure finalement trop longue. Ce désintérêt pour la voie de l'appel a inévitablement

³⁵⁰ TA, Besançon, ord., 4 juin 2019, *Mme Prud'homme et M. Renard*, n° 1900932 ; TA, Lyon, ord., 22 mai 2019, *M. Clément*, n° 1903933.

³⁵¹ Conseil d'État, *Union de défense active des forains et autres*, n° 430064.

³⁵² Conseil constitutionnel, décision n° 2019-805 QPC, *Union de défense active des forains et autres*, *cit.*

³⁵³ CAA, Lyon, ord., 17 octobre 2017, *M. Abdelkader Amri*, n° 17LY03360, 17LY03361, *cit.*, (confirmation du refus de transmission de la QPC au Conseil d'État) ; CAA, Douai, 14 décembre 2017, *M. Boubacar Bathily*, n° 17DA00603, *cit.*, (transmission de la QPC au Conseil d'État).

pour effet de renforcer la portée du contrôle exercé par le filtre des tribunaux administratifs, qui prend ainsi les allures d'un contrôle décentralisé de fait³⁵⁴.

Pour tenter de dépasser les difficultés d'accès au prétoire du Conseil constitutionnel, et notamment pour contourner le premier filtre, perçu comme paralysant par les plaideurs, se diffuse alors, de plus en plus, une pratique qui consiste à « construire » de toute pièce les recours, en générant artificiellement un litige directement devant le Conseil d'État. Le litige principal ne trouve alors plus sa source dans l'application de la loi, mais dans le refus du pouvoir réglementaire d'abroger le décret d'application de la loi critiquée. Cette pratique, qui n'est pas nouvelle – puisqu'on en trouve les traces dès les premières années d'application de la QPC – a tendance toutefois à s'installer dans les habitudes, notamment dans celles des associations, des syndicats ou des organisations des ordres professionnels, qui utilisent cet escamotage afin de déplacer le procès constitutionnel hors du champ des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel³⁵⁵. L'analyse montre, en effet, qu'entre mai 2010 et septembre 2019, plus de 60 QPC ont ainsi été introduites, en dehors de la matière fiscale, devant le Conseil d'État, à la suite d'un refus d'abrogation d'un décret d'application et que, dans plus de 60 % des cas, le mécanisme de l'abrogation du décret d'application a été utilisé par des associations, des syndicats ou des organisations d'ordre professionnel. Par ailleurs, cette pratique est de plus en plus utilisée par les associations en défense des droits des personnes les plus faibles, les personnes en situation de vulnérabilité.

On aboutit, alors, à un dernier constat tiré de l'analyse réalisée par Annabelle Pena à propos du filtrage des QPC opéré par les juges administratifs : l'intervention des associations dans la procédure de la QPC s'avère être un moyen plus efficace pour défendre la cause des personnes en situation de vulnérabilité. En fait, les chances d'accéder au prétoire du Conseil constitutionnel augmentent considérablement lorsque la défense des droits fondamentaux des personnes en situation de vulnérabilité est portée par des associations. Cela se vérifie, par exemple, en matière de protection des droits des détenus, puisque la grande majorité des décisions rendues sur le sujet par le Conseil constitutionnel l'a été sur des questions préjudicielles soulevées par la Section française de l'observatoire international des prisons³⁵⁶. Ce constat se vérifie, de la même façon, à propos des questions de constitutionnalité intéressant les gens du voyage, portées principalement par l'Union de défense des forains ou individuellement par son président³⁵⁷. Inversement, la protection des droits fondamentaux des autres catégories de

³⁵⁴ Annabelle Pena.

³⁵⁵ Annabelle Pena note également que le recours « construit » est utilisé comme un palliatif à la voie de la contestation du refus de transmission du juge du premier filtre, le plaideur préférant générer un nouveau contentieux devant le Conseil d'État plutôt que de s'en remettre à l'appréciation d'une cour administrative d'appel.

³⁵⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019 ; décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 ; décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016.

³⁵⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-805 QPC du 27 septembre 2019 ; décision n° 2012-279 QPC du 5 octobre 2012.

personnes vulnérables pâtit de l'absence d'implication des associations pour porter leur voix et défendre leurs droits devant le juge.

3. Le rôle des associations dans la protection des personnes vulnérables en QPC

Comme le souligne fort à propos Anna-Maria Lecis Cocco Ortu, face à des violations de droits et libertés perpétrées à l'encontre d'un grand nombre de personnes, chaque individu peut se trouver, selon la métaphore utilisée par Mauro Cappelletti, dans le rôle de Don Quichotte qui se bat contre des moulins à vent³⁵⁸. Cela vaut, notamment, pour les personnes en situation de vulnérabilité qui souvent ne se trouvent pas dans les meilleures conditions pour faire valoir leurs droits, que ce soit à cause d'un manque d'information et connaissances, de la faiblesse de leurs moyens financiers ou des conditions pratiques pour former un recours dans un certain délai (si on pense en particulier aux recours contre les expulsions par exemple)³⁵⁹. De sorte que le soutien d'associations peut s'avérer bienvenu, voire nécessaire, pour la défense juridictionnelle des droits et libertés des personnes en situation de vulnérabilité. Dans le cadre de cette recherche, Anna-Maria Lecis a cherché à clarifier le rôle que ces associations peuvent jouer dans la protection des droits des personnes vulnérables par la voie de la QPC. Au cours de ces dix ans, les associations se sont, en fait, révélées être des acteurs incontournables de la nouvelle procédure, qu'elles ont peu à peu appris à exploiter dans ses différentes potentialités.

3.1 Précisions d'ordre méthodologique

La méthodologie utilisée combine une analyse à la fois quantitative et qualitative, s'inspirant des méthodes développées dans de récentes études juridiques comparatives³⁶⁰, faisant intervenir une étude de terrain réalisée par le biais d'entretiens avec des représentants des associations sélectionnées³⁶¹. Le but est, en premier lieu, de mesurer, à

³⁵⁸ M. Cappelletti, « Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile », Riv. Dir. Proc., 1975, p. 365, spéc. 374.

³⁵⁹ A.-M. Lecis.

³⁶⁰ A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovich (dir.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, 2017 ; T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013. Sur l'utilité de mobiliser des méthodes empruntées des autres sciences sociales, et notamment de la sociologie, dans les études juridiques, voir aussi R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, *op.cit.* et ID., « From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies », I-Con, Vol. 11, n° 1, 2013, p. 1.

³⁶¹ Selon celle qui a été définie une « perspective “user-based” » : voir V. Roussel, « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droit et société*, Vol. n° 56-57, n° 1, 2004, p. 52 ; E. Desmet, « Analysing Users' Trajectories in Human Rights. A Conceptual Exploration and Research Agenda », *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 8, n° 2, 2014, p. 121.

l'aide d'indicateurs quantitatifs, la présence des associations dans le contentieux QPC dans les domaines concernés par ce projet, avant de tenter, en second lieu, d'appréhender le rôle joué par les associations et leur influence réelle sur ce contentieux, à l'aide d'indicateurs à la fois quantitatifs et qualitatifs, ainsi que d'entretiens.

Il faut préciser, tout d'abord, en ce qui concerne l'analyse quantitative, que la recherche a été effectuée sur la totalité des QPC publiées jusqu'au 30 septembre 2019. Ont été, ainsi, identifiées les affaires, concernant les catégories sélectionnées, auxquelles des associations ont participé en tant que requérant ou tiers intervenant ; ont été déterminés le nombre de décision de conformité, non-conformité totale ou partielle, les domaines concernés et les associations intervenues. Dans cette phase, il n'y a pas eu davantage de délimitation temporelle de la recherche : toutes les QPC publiées au cours de ces dix ans ont été considérées. Par ailleurs, uniquement pour les associations sélectionnées, Anna-Maria Lecis a également pris en compte les décisions de non-renvoi des QPC soulevées par elles devant le Conseil d'État³⁶². Ensuite, l'influence ne pouvant pas se mesurer seulement de manière quantitative, par la présence et le taux de réussite, Anna-Maria Lecis a procédé à une analyse qualitative quant aux stratégies contentieuses adoptées et à la teneur des observations présentées par les associations, notamment les trois associations choisies aux fins de ce projet que sont : la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP), La Cimade, et la section française de la Ligue des droits de l'homme (LDH)³⁶³. Lors de cette phase, une sélection des matériaux portant sur différentes sources a également été réalisée³⁶⁴. Cette analyse a été complétée par les entretiens et des questionnaires écrits³⁶⁵.

Une dernière précision méthodologique est de rigueur : bien que la recherche s'insère dans le cadre d'un projet se fondant sur le droit comparé, elle ne porte pas sur les contentieux italien et espagnol, notamment pour ce qui concerne l'étude de terrain. L'analyse s'est concentrée, en effet, sur le cas français, puisqu'un premier regard sur la participation au contrôle de constitutionnalité de la loi par voie incidente dans les trois pays atteste que le rôle des associations est moins important dans les deux autres contentieux – pour des raisons concernant les règles d'accès et le degré de concrétisation

³⁶² En raison des difficultés objectives d'accès aux données concernant les juridictions de première instance et d'appel, nous ne disposons en revanche pas de données concernant les recours devant ces juridictions, mais ces informations ont été partiellement comblées par les entretiens.

³⁶³ La LDH est, certes, une association de défense des droits à vocation générale, mais qui a souvent participé à la protection des droits concernés par ce projet, notamment vis-à-vis des étrangers ou des détenus.

³⁶⁴ Il s'agit notamment des décisions QPC sélectionnées lors de la première étape ; des enregistrements des audiences publiques ; des documents publiés par certaines associations ; des documents et informations mises à dispositions par certaines associations.

³⁶⁵ Les personnes auditionnées sont : Nicolas Ferran, responsable du pôle contentieux de la section française de l'OIP ; Gérard Sadik, responsable national du pôle asile de La Cimade, spécialisé en contentieux réglementaire ; Michel Tubiana, ancien Président et Président d'honneur de la LDH.

de la procédure, notamment³⁶⁶ – ce qui, comme le relève Anna-Maria Lecis, constitue une spécificité de la QPC, qui mérite d’être préservée et renforcée, et qui est regardée avec intérêt par d’autres juges constitutionnels, notamment par la Cour constitutionnelle italienne³⁶⁷.

3.2. La présence des associations dans le contentieux QPC relatif aux personnes en situation de vulnérabilité

Les associations peuvent participer au contentieux QPC par des voies multiples, qui apparaissent également lorsque ce contentieux touche les droits des personnes vulnérables. Tout d’abord, elles peuvent être à l’origine d’un recours, notamment d’un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, et soulever, à cette occasion, une QPC. Elles peuvent, de même, former une question de constitutionnalité, ou présenter des observations à l’appui du renvoi d’une QPC, en tant que tiers intervenus dans le litige au fond, litige déclenché par un autre requérant, que ce soit devant le juge judiciaire ou le juge administratif, sachant que ce dernier représente tout de même le juge privilégié par l’action des associations, sans doute du fait du régime de l’habilitation à agir ou à intervenir, beaucoup plus souple devant le juge administratif que devant le juge judiciaire.

Ensuite, les associations peuvent participer au contentieux par la voie de la tierce intervention devant le Conseil constitutionnel. Comme le relève Anna-Maria Lecis, en réalité, lors de l’introduction de la QPC, les interventions des tiers n’avaient pas été prévues. Dans le silence de la loi organique, le Conseil avait initialement décidé de ne pas mentionner les interventions dans son règlement intérieur, non pas parce qu’il ignorait ou entendait exclure cette procédure, mais parce qu’il souhaitait laisser son encadrement à la pratique jurisprudentielle³⁶⁸. Dès les premiers mois, le Conseil constitutionnel a, en effet, commencé à admettre des observations en intervention sur un fondement jurisprudentiel et, au bout de huit mois de pratique, a modifié son règlement intérieur pour y inscrire les interventions³⁶⁹. C’est sur le fondement d’« un intérêt très spécifique,

³⁶⁶ Sur cette question, voir notamment A.-M. Lecis Cocco Ortu, *Les interventions des tiers porteurs d’intérêts collectifs. Etude sur l’élargissement du débat contradictoire dans un contrôle de constitutionnalité concret et objectif*, LGDJ, Paris, 2018.

³⁶⁷ Voir A.-M. Lecis Cocco Ortu, « *Amici curiae* et contrôle de constitutionnalité : la Cour constitutionnelle italienne relance le débat », *La lettre d’Italie*, n° 13-14/2019, p. 14. Voir aussi les Actes de la Journée d’étude organisée par la Cour constitutionnelle italienne sur « Les interventions des tiers et *amici curiae* dans le contrôle de constitutionnalité des lois, à la lumière des expériences d’autres cours constitutionnelles et internationales », Rome, Palais de la Cour constitutionnelle, 18 décembre 2018, à paraître, incluant ma contribution sur l’expérience française des interventions en QPC.

³⁶⁸ Marc Guillaume, « La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », in J. B. Perrier (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 125.

³⁶⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-120 ORGA du 21 juin 2011. L’article 6 du règlement dispose qu’« une personne justifiant d’un intérêt spécial » peut adresser des observations en intervention relatives

souvent au niveau national, au maintien ou à l'abrogation de la loi »³⁷⁰ que les associations ont pu intervenir en défense des droits touchés par les effets généraux de l'abrogation ou du maintien en vigueur de la norme censurée. Il faut dire que le Conseil constitutionnel s'est montré très ouvert à l'égard de ce genre d'interventions et, concernant en particulier les personnes en situation de vulnérabilité, l'analyse prouve que le taux de participation des associations par voie d'intervention est plus important que celui de la participation par voie de recours. Enfin, même en l'absence d'une participation formelle, les associations peuvent intervenir dans le contentieux de manière indirecte, en offrant leur assistance à la partie ayant soulevé une QPC, à travers ce qui a été dénommée *sponsorship*. Cette stratégie, née aux Etats-Unis³⁷¹, consiste à offrir assistance juridique, financière ou encore informative, aux parties à des litiges déjà en cours, en raison de l'intérêt de la question juridique au regard des finalités de l'association.

Pour ce qui est de l'analyse empirique, la présence des associations et, plus généralement, des groupes porteurs d'intérêts collectifs, est très importante dans le contentieux QPC. En effet, sur les 716 décisions QPC prononcées au 30 septembre 2019, 110 ont pour origine des QPC soulevées par des associations ou des syndicats, à savoir le 15 %³⁷². L'approche libérale du Conseil constitutionnel vis-à-vis des tierces interventions³⁷³ a permis que cette voie soit aussi largement empruntée par les associations et les autres groupes : 119 décisions visent les observations en intervention d'associations ou d'autres personnes morales porteuses d'intérêts collectifs, c'est-à-dire 16,5 % du total des décisions³⁷⁴. Pour

à une QPC. Néanmoins, les critères qui qualifient de « spécial » l'intérêt d'un tiers ne sont pas précisés. Dans sa jurisprudence, le Conseil n'en dit pas beaucoup plus, puisque les décisions de recevabilité ou de rejet des interventions, communiquées par voie télématique et confidentielle aux intervenants, ne sont pas motivées. Le Règlement intérieur dispose tout simplement que le Conseil décide de la recevabilité des interventions (art. 6 al. 2) et que lorsqu'elles ne sont pas admises, le Conseil constitutionnel doit en informer l'intéressé (art. 6 al. 5). Dans quelques cas, l'irrecevabilité des interventions a été mentionnée dans les motifs de la décision.

³⁷⁰ M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *op.cit.*

³⁷¹ Cette stratégie trouve son origine à l'aube de la *Civil Rights Revolution* aux États-Unis. Un exemple majeure est constitué par la participation de la NAACP dans une affaire de discrimination raciale et de garantie de la clause du *due process of law*. L'association avait donné son soutien à douze paysans noirs, condamnés à la peine capitale pour le meurtre de cinq hommes blancs pendant une émeute qui a vu l'opposition entre blancs et noirs dans une petite ville de l'Arkansas. La NAACP, après avoir entendu de l'instruction sommaire de l'affaire, en violation des principes du procès équitable, avait mené sa propre enquête sur les événements, en parvenant à la conclusion que l'identification des coupables avait été absolument arbitraire. L'association avait alors décidé, sans intervenir formellement dans le litige, de « sponsoriser » le recours en appel, qui avait conduit par la suite à une annulation de la condamnation par la Cour suprême pour violation de la clause du *due process* : voir la déc. *Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86, 1923. Sur cette affaire et sur le rôle de la NAACP, voir R.C. Cortner, *A Mob Intent on Death: the NAACP and the Arkansas Riot Cases*, Wesleyan University Press, Middletown, 1988.

³⁷² Anna Maria Lecis Cocco Ortu, *Les interventions des tiers, op.cit.*, dont les chiffres ont été mises à jour pour la présente étude.

³⁷³ Anna Maria Lecis Cocco Ortu, *Les interventions des tiers, op.cit.*, p. 266 et 399. Voir aussi les données statistiques présentées par N. Belloubet, *op.cit.*, n° 26, spéc. p. 69 et le rapport d'octobre 2014 sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/octobre-2014-les-interventions-en-qpc-de-2010-au-31-aout-2014>. Cette approche libérale ne lui empêche pourtant pas de considérer irrecevables certaines de ces interventions quand bon lui semble...

³⁷⁴ Anna Maria Lecis Cocco Ortu, *Les interventions des tiers, op.cit.*, dont les chiffres ont été mises à jour pour la présente étude.

Anna-Marica Lecis, cette donnée ne témoigne pas seulement de l'intérêt des associations et des syndicats pour la QPC, mais aussi de l'intérêt des juges constitutionnels à l'égard de ces interventions. À cet égard, le Conseil constitutionnel paraît particulièrement bienveillant envers les observations provenant des groupes engagés dans la protection des intérêts collectifs liés à la question.

Toutefois, lorsque l'analyse porte plus précisément sur la participation des associations au contentieux concernant les personnes en situation de vulnérabilité, le constat est plus nuancé. Le nombre de QPC soulevées par des associations dans les matières concernant les catégories sélectionnées s'élève à 19 à savoir un peu plus de 2,5 % du total. Le nombre de décisions dans lesquelles des interventions ont été effectuées par des associations est de 45, à savoir un peu plus de 6 %. Il faut, néanmoins, observer que ce chiffre représente presque 38 % des décisions comportant des interventions par des groupes, ce qui témoigne de l'importance de l'intervention des associations dans la protection des personnes en situation de vulnérabilité (et encore, toutes les situations de vulnérabilité ne sont pas représentées dans cette analyse). Même si ces chiffres ne sont pas exceptionnels, ils ne sont pas négligeables, notamment au regard d'un pourcentage qu'ils représentent par rapport aux décisions du Conseil constitutionnel dans les matières touchant aux catégories sélectionnées, qui s'élèvent – en tenant compte des rapports rendus dans les différentes catégories au 1^{er} novembre 2019 – à 89 décisions au total, portant sur les six catégories étudiées. Or, 45 décisions sur 89, cela représente presque la moitié ; cela signifie que les associations participent de manière quasi-systématique au contentieux QPC relatif aux personnes en situation de vulnérabilité.

Par ailleurs, pour ce qui est de la participation des trois associations sélectionnées dans le cadre de l'analyse, il apparaît qu'elles ont été à l'origine de plusieurs QPC. Sur les 19 décisions sélectionnées, 9 trouvent leur origine dans une QPC soulevée par une ou deux de ces associations, auxquelles s'ajoute une QPC soulevée par un autre requérant, mais avec l'appui de deux associations intervenues devant le Conseil d'État en soutien du renvoi de la QPC. En revanche, pour ce qui est de l'accès des trois associations sélectionnées au contentieux QPC devant les autres juridictions, Anna-Maria Lecis n'a pu disposer de données complètes concernant les QPC soulevées par les associations devant les juges du litige et non renvoyées. Elle a donc dû se contenter des données relatives aux décisions de renvoi des QPC soulevées devant le Conseil d'État, complétées par les entretiens. Ainsi, en principe, il est assez rare que les trois associations participent au litige devant le juge de première instance. De même, il n'est pas fréquent qu'elles participent au contentieux devant le juge judiciaire, la Cour de cassation adoptant une notion très restrictive de l'habilitation à agir³⁷⁵.

³⁷⁵ Une jurisprudence constante de la Cour de cassation a toujours fermement affirmé qu'il existe une différence entre les syndicats et les groupements professionnels, d'une part, et les associations. Contrairement aux syndicats et aux groupements professionnels, les associations ne sont pas investies d'une mission de représentation, par conséquent elles ne sont pas titulaires d'une habilitation automatique à la

Ajoutons que lorsque les associations « créent » des litiges spécifiques afin de soulever une QPC, elles utilisent :

- soit la voie du recours en excès de pouvoir contre un décret³⁷⁶ ou contre le silence du premier ministre(en demandant l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le premier ministre³⁷⁷ ou l'un des ministres³⁷⁸ sur une demande tendant à l'abrogation des articles) ; le recours est alors formé devant le Conseil d'État ;
- soit la voie du recours en annulation devant un tribunal administratif et ensuite, le cas échéant, devant la cour administrative d'appel contre d'autres actes administratifs³⁷⁹ ;
- soit la voie du recours ou de constitution de partie civile devant le juge judiciaire, mais elles se heurtent, dans ce cas-là, aux règles strictes de l'intérêt à agir ;
- soit la voie de l'intervention dans le litige d'un justiciable (souvent devant le juge des référés pour ce qui concerne les domaines de compétences des associations traitées dans la recherche), mais rarement en premier ressort.

Lors du deuxième filtre devant le Conseil d'État, les associations, en principe, ne sont pas admises à intervenir uniquement en soutien de la QPC³⁸⁰. Sauf exception, c'est donc surtout devant le Conseil d'État que les associations soulèvent des QPC, tandis qu'en ce qui concerne la participation aux litiges devant le juge judiciaire, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'habilitation à agir limite, *de facto*, la participation contentieuse des associations. Ceci est d'ailleurs confirmé par les entretiens qu'Anna-Maria Lecis a pu avoir avec les représentants des trois associations sélectionnées.

représentation des intérêts dont elles sont porteuses. à défaut d'habilitation législative expresse ou de respect des conditions requises par le droit commun pour l'intérêt à agir.

³⁷⁶ Conseil d'État, n° 323930.

³⁷⁷ Conseil d'État, 10e-9e ch. réunies, n° 424970 ; CE, 10e - 9e ch. réunies, n° 417244 ; CE, 2e-7e ch. réunies, n° 416737 ; CE, n° 427252.

³⁷⁸ Conseil d'État, 10ème / 9ème SSR, n° 395126 ; CE, 1^{er}/4^e chambres réunies, n° 428478.

³⁷⁹ CAA Paris, ord. n° 19PA02385, 11 octobre 2019.

³⁸⁰ Voir entre autres CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, n° 346164, 21/03/2011, dans lequel l'intervention de la Cimade n'a pas été admise, et CE, 2ème - 7ème chambres réunies, n° 407230, 29 mars 2017, dans lequel le principe est bien rappelé : « Sur l'intervention de la Ligue des droits de l'homme : Considérant qu'eu égard au caractère accessoire, par rapport au litige principal, d'une question prioritaire de constitutionnalité, une intervention, aussi bien en demande qu'en défense, n'est recevable à l'appui du mémoire par lequel il est demandé au Conseil d'État de renvoyer une telle question au Conseil constitutionnel qu'à la condition que son auteur soit également intervenu dans le cadre de l'action principale ; que la Ligue des droits de l'homme se borne à intervenir au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. B... sans être intervenue au soutien de la demande présentée par l'intéressé devant le tribunal administratif tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 27 juin 2016 du préfet de police ; qu'ainsi, son intervention est irrecevable ».

3.3. Le rôle des associations : entre défense des droits dans le cas d'espèce et pression sur le législateur pour l'évolution du droit

Au-delà des chiffres, une analyse qualitative de la participation des associations dans ce domaine a paru nécessaire pour comprendre, d'une part, les stratégies et les difficultés concernant l'accès des associations au contentieux QPC qui expliqueraient ces chiffres, et, d'autre part, la contribution qu'elles peuvent concrètement apporter à la décision et, de manière plus large encore, à la protection des droits concernant les personnes en situation de vulnérabilité. Il apparaît alors que les associations peuvent remplir une double mission au sein du contentieux QPC : tantôt la protection directe des justiciables directement concernés par une affaire, tantôt une mission d'intérêt général finalisée à l'évolution du droit français.

Pour ce qui est de la contribution à la protection des personnes concernées par le cas d'espèce, l'analyse de l'expérience des trois associations étudiées montre que cette contribution peut consister, tout d'abord, dans le soutien argumentaire aux justiciables : l'association peut alors renforcer l'argumentaire du justiciable lors du procès, fournir des informations statistiques ou factuelles utiles à la décision dont la partie privée ne dispose pas, ou encore, si l'association intervient devant le Conseil constitutionnel, soulever des moyens nouveaux, alors que cette possibilité est interdite aux parties. Il est également possible, ensuite, que l'association vienne en appui de la situation processuelle globalement considérée, même en dehors du contentieux QPC : ainsi, au-delà du succès de la QPC, considérée en elle-même, la participation de l'association traduit parfois un soutien au justiciable dans la situation processuelle globalement considérée dans le cadre d'une stratégie judiciaire, pour parvenir à des résultats favorables dans le litige *a quo*. Ainsi, par exemple, les représentants des associations ont avoué que la QPC est parfois soulevée avec d'autres finalités que la déclaration d'inconstitutionnalité, par exemple pour obtenir une audience dans des plus brefs délais ou pour retarder une procédure.

Quant à l'utilisation du cas d'espèce pour faire évoluer le droit et ainsi se mettre au service d'une cause, l'analyse menée démontre que les trois associations sélectionnées ont toutes plus ou moins à l'esprit cette fonction lorsqu'elles défendent des justiciables déterminées. Dès lors, les deux missions sont présentes et se combinent, même si c'est à des degrés variables. Par ailleurs, dans le cadre de cette mission, le « litige stratégique » représente sans doute un moyen d'action très intéressant afin d'obtenir des résultats appréciables au-delà de l'issue juridique de l'affaire individuellement considérée.

IV. QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé : bilan et perspectives

Mesurer, dans le domaine emblématique de la protection des personnes en situation de vulnérabilité, dans trois ordres juridiques différents, les résultats produits par le contrôle de constitutionnalité de la loi par voie incidente, c'est mesurer l'efficacité – autrement dit, ce que change – d'une procédure qui, en France, a été pensée pour mieux protéger les droits fondamentaux des justiciables. À cet égard, la recherche menée a permis de réaliser une comparaison inédite, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, en forme d'évaluation, tout en produisant également une réflexion sur d'éventuels ajustements et perfectionnements du mécanisme de la QPC. De ce point de vue, bien que la comparaison invite à une part de relativisation, un bilan, mesuré et raisonné, peut être établi, s'articulant autour d'un triptyque des influences : tout d'abord, l'influence de la nature du contrôle exercé par le juge ; celle, ensuite, de la concurrence des contentieux ; et, enfin, celle des modalités procédurales propres aux mécanismes eux-mêmes.

Au titre, d'abord, de la nature du contrôle exercé par le juge constitutionnel, la comparaison avec les systèmes italien et espagnol met – ou remet – en lumière un constat désormais fermement établi lié à l'office du juge constitutionnel : ce contrôle, dès lors qu'il n'est pas exercé en lien étroit avec une appréciation factuelle et circonstanciée de la situation des requérants, ne produit que des effets dégradés par rapport à ceux que le mécanisme est potentiellement en mesure de générer. Or, la vulnérabilité, et plus précisément son appréciation, sa pesée, apparaît étroitement liée au caractère concret du contrôle ; autrement dit, de la concrétisation du contrôle opéré par le juge, de la prise en compte du contexte concret dans lequel la loi est appliquée, dépend très largement l'appréciation que ce dernier pourra réaliser de la situation de vulnérabilité du justiciable et, avec elle, d'un éventuel intérêt plus aiguë pour la protection dudit justiciable. Entre la situation de vulnérabilité et la concrétisation du contrôle s'établit une sorte de rapport de proportionnalité.

Évoquer la concrétisation renvoie non seulement à l'idée que le juge constitutionnel vérifie les conditions factuelles dans lesquelles sont mises en œuvre certaines mesures (par exemple l'enfermement dans des hôpitaux psychiatriques, ou l'enfermement dans des centres de rétention pour les étrangers devant quitter le territoire national), mais cela implique aussi que le juge établisse des distinctions lors de son contrôle, par exemple entre étrangers en situation régulière et étrangers en situation irrégulière, entre mineurs de moins de 16 ans et mineurs de moins de 18 ans, etc... En ce sens, la recherche démontre qu'il existe différents degrés de vulnérabilité qui peuvent être, plus ou moins, pris en compte par le juge. De sorte que, paradoxalement, comme le souligne Laura Montanari, il apparaît que, souvent, dans les systèmes étudiés, les personnes les moins protégées sont les personnes les plus vulnérables (par exemple, les étrangers en situation irrégulière). De

ce point de vue, les différences identifiées entre l'attitude de la Cour constitutionnelle italienne, d'un côté, et les juges constitutionnel espagnol et français, de l'autre, illustrent particulièrement cette variété dans l'évaluation : la Cour constitutionnelle italienne, ici, se distingue de ses voisins en retenant une conception de son office qui laisse une place importante à l'évaluation *in concreto* de la situation des requérants, ce qui se traduit, d'une part, par une attention plus grande aux situations de vulnérabilité et, d'autre part et parallèlement, par des références explicites croissantes à la vulnérabilité dans sa jurisprudence.

Dans le même sens, les évolutions à l'œuvre depuis plusieurs années dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se font l'écho de ces réflexions. Ainsi, constatons-nous qu'elle y fait place à une appréciation qui tient autant d'une perception catégorielle que d'une perception situationnelle de la vulnérabilité, afin de s'autoriser l'appréciation la plus fine possible de la condition du requérant. Point de conception unique et univoque du cas de figure mais, au contraire, place à une vision qui entend embrasser, par cette double approche, aussi habilement et précisément que possible la réalité de l'état de la victime auteur de la requête, afin de produire les résultats les plus opérants pour le justiciable. Au fond, en dernière analyse, la question n'est autre que celle de savoir ce que l'ordre juridique et le juge entendent protéger et, surtout, comment – c'est-à-dire à quel degré – ils entendent le protéger.

Or, même si des travaux ont mis en lumière une évolution en forme de progression sur ce point, les analyses menées ici démontrent que le Conseil constitutionnel est encore timide en matière de concrétisation de son contrôle. Formé au contrôle abstrait, qu'il a l'habitude de réaliser depuis sa naissance, il a du mal à se détacher de ce qui fait son ADN. À cet égard, chacun entend parfaitement que le Conseil constitutionnel ne se prononce évidemment pas sur l'opportunité des restrictions déterminées par le législateur ; en revanche, au titre de la conciliation qui est opérée entre sauvegarde de l'ordre public, respect des droits d'autrui et droits du requérant, il y place pour une appréciation qui relève sans doute de son office et qui pourrait aller plus loin qu'un simple contrôle du but légitime de la restriction, approfondissant l'exigence de proportionnalité de l'adéquation de la mesure restrictive au but poursuivi. Peu de place est faite dans le contrôle – tel qu'il est aujourd'hui exercé – pour la vulnérabilité, au point de se demander si le prétoire du juge constitutionnel ne lui est pas fermé, la rejetant dans le giron du seul juge ordinaire.

Pourtant, cela ne correspond pas véritablement aux intentions affichées par les promoteurs de la QPC. Rapprocher la Constitution, et le Conseil constitutionnel, des citoyens ; démocratiser le contrôle de constitutionnalité ; faire de la QPC une arme pour la défense des droits fondamentaux : voilà un leitmotiv qui s'accommode(ra)it mal d'un tel constat. La vulnérabilité fonctionnerait alors comme le révélateur du décalage entre l'intention et l'action, entre le pourquoi de la mise en place de la QPC et la réalité de sa mise en œuvre, entre le procès fait à la loi et le procès fait à l'application concrète de la

loi. Un constat qui en appelleraient un autre : si le caractère abstrait du contrôle entretient un lien étroit avec le caractère *a priori* de ce contrôle, le basculement du moment du contrôle, avec sa mise en œuvre *a posteriori*, disqualifie alors considérablement son caractère purement abstrait. Bien que la QPC soit née, nous a-t-on dit, comme un recours subjectif, puisque visant la protection des droits et libertés des justiciables – et non pas la protection (objective) de la Constitution, assurée par le contrôle *a priori* – sa mise en œuvre, qui laisse guère de place au contrôle concret, paraît déloyale aux intentions de ses promoteurs. Le système espagnol – à front renversé, cette fois – met en exergue parfaitement ce décalage : dans ce système, la question d'inconstitutionnalité est finalisée à la garantie de la Constitution, au même titre que le recours (abstrait) d'inconstitutionnalité, avec lequel elle partage l'essentiel de ses caractères – parmi lesquels le caractère abstrait du contrôle –, et elle se trouve très largement délaissée par les justiciables qui voient dans le recours d'*amparo* un mode bien plus concrétisé de prise en compte de la spécificité de leur situation.

Et c'est alors le deuxième versant de notre triptyque qui se dévoile, révélant l'influence de la présence de plusieurs voies d'accès au juge constitutionnel sur la qualité de la protection des personnes en situation de vulnérabilité : la présence d'autres modes de saisine du juge constitutionnel n'est pas sans conséquence sur le recours à la voie préjudicielle pour contester la loi. En d'autres termes, la concurrence contentieuse produit des effets sur la stratégie des justiciables et l'utilisation de la question de constitutionnalité pour la défense de leurs droits.

Là encore, le rapprochement avec les ordres juridiques voisins est éclairant. Le contentieux constitutionnel espagnol illustre parfaitement l'existence de cette concurrence et l'enracinement durable dans l'esprit des justiciables d'une hiérarchie des mérites des voies d'accès au juge constitutionnel : le recours d'*amparo* constitutionnel, qui permet aux citoyens de saisir directement le Tribunal constitutionnel pour la protection de leurs droits fondamentaux, y est la voie la plus largement empruntée par les justiciables, et notamment ceux qui sont en situation de vulnérabilité. Il est même la voie privilégiée, à leurs yeux, de protection des droits et libertés, précisément parce qu'il offre la possibilité au juge constitutionnel espagnol d'une appréciation très circonstanciée de leur situation. Même si la question d'inconstitutionnalité souffre de cette concurrence – au moins quantitativement –, le succès de l'*amparo* n'est que le reflet d'une conception différenciée des voies d'accès au juge constitutionnel et de son office : différenciation des modalités du contrôle mis en œuvre par le juge qui répond à une différenciation des modes d'accès à ce juge. En Italie, en revanche, dès lors que la voie incidente est la seule ouverte aux justiciables pour accéder au prétoire de la Cour constitutionnelle, à la finalité originelle de ce recours – l'épure de l'ordre juridique – est venue s'adjoindre, en pratique, une seconde, toute tournée vers la protection des droits fondamentaux. Dans ce contexte, la voie préjudicielle ne subit pas l'éventuelle rivalité du recours de

constitutionnalité, déclenché par l'État ou les régions pour lutter contre un supposé empiètement sur leurs compétences.

Sans verser dans une ode au relativisme, livrons-nous alors à une observation : celle du particularisme – paradoxal – de la situation française où la question prioritaire de constitutionnalité, outre qu'elle ne produit pas nécessairement et toujours – pour les raisons déjà évoquées – les effets puissants qui pourraient lui être attachés, doit supporter l'influence négative du contrôle *a priori* qui, bien que fermé au citoyen, peut interdire, *a posteriori*, la contestation de dispositions législatives qui auraient pu faire l'objet d'une QPC. Paradoxe d'une concurrence qui n'aboutit pas à une amélioration du traitement du justiciable.

Enfin, dernière influence – dernier volet du triptyque – celle des modalités procédurales propres aux mécanismes eux-mêmes. Ici s'exprime, chacun s'accorde à le dire, une nouvelle forme de l'exception française : le double filtrage. Plus précisément, ne faut-il pas voir dans cette tâche délicate confiée au juge ordinaire, à laquelle il n'était pas préparé, l'élévation d'une difficulté particulièrement sérieuse, dans l'accès au prétoire du juge constitutionnel ? Le justiciable peinera à franchir les nombreux obstacles qui se dressent devant lui, dont le juge de premier ressort, peut-être étonnement, n'est pas le moindre. En sens inverse, l'absence de double filtre n'est synonyme ni de triomphe ni d'échec. Ainsi, pas de filtrage en Espagne et, pour autant, pas de triomphe de la question d'inconstitutionnalité, rétorquera-t-on. Certes. Encore faut-il rappeler que si triomphe du recours d'*amparo* il y a, il est avant tout quantitatif : des centaines de questions – ce n'est quand même pas rien – face à des milliers de recours. Qualitativement, mais aussi au regard de l'architecture du système juridictionnel, l'analyse inviterait à plus de nuance que n'en offrent les chiffres. Et en l'Italie, pas d'échec. L'absence de consécration formelle d'un filtrage fort n'empêche pas le juge ordinaire, dans un souci de protection des droits et libertés, de produire des renvois souvent détaillés et motivés. Précisément rétorquera-t-on encore : en l'absence de filtrage, la procédure a été victime de son succès et la Cour constitutionnelle a croulé sous les questions de constitutionnalité. Certes. Mais, faisant de sa faiblesse une force, elle a alors imposé aux juges de tenter de réaliser une interprétation conforme de la loi avant d'être admis à soulever une question préjudicielle, activant, grâce à cette simple règle procédurale, la diffusion de la culture constitutionnelle ou, pour le dire à la française, du « réflexe constitutionnel ». C'est qu'elle n'hésite pas à « forcer » les règles du procès constitutionnel – selon l'heureuse expression de Giuliano Serres -, en particulier lorsque les individus en cause sont des personnes particulièrement vulnérables.

Si certains regretteront que le temps soit aujourd'hui celui de la vulnérabilité, félicitons-nous que le temps de la comparaison ne soit pas celui du relativisme mais celui de la mise à distance. Celle qu'offre la recherche menée autour de la QPC et des personnes en situation de vulnérabilité, sans gommer les avantages propres à ce mécanisme, a aussi

permis d'en éclairer les zones d'ombre et d'ouvrir des pistes de réflexion qui seront peut-être celles d'évolutions.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

BARRANCO AVILES (M.), CHURRUCA MUGURUZA (C.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valence, Tirant loBlanch, 2014.

BERNARDINI (M.-J.), CASALINI (B.), GIOLO (O.), RE (L.), *Vulnerabilità:etica, politica, diritto*, Rome, If Press, 2018.

BLONDEL (M.), *La personne vulnérable en droit international*, Thèse, Bordeaux, 2015.

BOITEUX-PICHERAL (C.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme :conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles, Limal-Anthemis-Nemesis, 2019.

BOLADERAS (M.) (dir.), *Bioética:justicia y vulnerabilidad*, Barcelona, Proetus, Cànoves i Samalús, 2013.

BURGORGUE-LARSEN (L.) (sous la dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.

COHET-CORDET (F.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG, 2000.

DE BAUCHE (L.), *Vulnerability in Europeanlaw on asylum : A conceptualizationunder construction / Study on reception conditions for asylumseekers : La vulnérabilité en droit européen de l'asile : une conceptualisation en construction : étude en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile/ Étude en matière de conditions d'accueil*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

DEL CARMEN BARRANCOAVILES (M.) et CHURRUCA MUGURUZA (C.) (dir.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- DONIER (V.), LAPEROU-SCHNEIDER (B.), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Le Mans, Editions L'Épilogue, 2016.
- FERRER LLORET (J.), SANZ CABALLERO (S.), *Protección de personas y grupos vulnerables : especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Valence, Tirant loBlanch, 2008.
- GALVEZ MUÑOZ (L. A.), *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables : teoría, crítica y práctica*, Valence, Tirant loBlanch, 2009.
- GARCIA GARNICA (M. C.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014.
- GAY (L.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approches de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- LICHARDOS (G.), *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, thèse Toulouse, 2015.
- NIFOSI-SUTTON (I.), *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2019.
- MARIÑO MENENDEZ (F.) et FERNANDEZ LIESA (C.) (dir.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.
- MARQUEÑO DE LLANO (M.) (et al.), *La defensa jurídica de las personas vulnerables : Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008.
- MBONGO (P.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault, 2015.
- MONERO E ATIENZA (C.), *Universos de dignidad: autonomía relacional, igualdad en mínimos y vulnerabilidad humana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MONTSERRAT DE HOYOS (S.) (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valence, Tirant loBlanch, 2013.
- MORENO GENE (J.) et FERNANDEZ VILLAZON (L.A.) (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017.
- PAILLET (E.), RICHARD (P.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

PASTOR SELLER (E.) et CANO SORIANO (L.) (dir.), *Políticas e intervenciones ante los procesos de vulnerabilidad y exclusión de personas y territorios: análisis comparado México-España*, Madrid, Dykinson, 2016

PRESNO LINERA (A.) (dir.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Institución de la Procuradora del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Área de Derecho Constitucional, 2013.

QUEIROLO (I.), BENEDETTI (A.-M.), CARPANETO (L.), *La tutela dei soggettidebolitradirittointernazionale, dell'Unione europea e diritto interno: seminari di altaformazioneinternazionale*, Imperia, ottobre-novembre 2011, Rome, Aracne, 2015.

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

SANZ CABALLERO (S.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos : perspectiva internacional*, Valence, Tirant lo Blanch, 2010.

SAURON (J.-L.), *La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice critiquée des « libertés invisibles »*, Fondation pour l'Innovation politique, 2019.

SUSÍN BETRÁN (R.) et BERNUZ BENEITEZ (M.) (dir.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014.

TORRECILLA (E.) (dir.), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Huygens, 2015.

VIGLIANISI FERRARO (A.), *Soggettideboli e diritto incerto, un'indagine multidisciplinare*, Rome, Aracne, 2015.

ZANETTI (G.), *Filosofia della vulnerabilità : percezione, discriminazione, diritto*, Milano, Carocci, 2019.

Rapports

Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation - Rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2010.

LISTE DES ANNEXES :

Annexe n° 1 :

Programme du séminaire de travail du 31 mai 2019 à Rome

Annexe n° 2 :

Programme du colloque final de restitution du 8 novembre 2019 à Toulon

Annexe 1 :



DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA



DIPARTIMENTO DI ECCELENZA 2018-2022

GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALI E SOGGETTI DEBOLI
DEUXIÈME SÉMINAIRE DE TRAVAIL INTERNATIONAL DES PARTICIPANTS AU PROJET RETENU PAR LE
CONSEIL CONSTITUTIONNEL POUR « QPC 2020 ».

VENDREDI 31 MAI 2019

Ore 15.00 - Ouverture des travaux

Mot de bienvenue
GIOVANNI SERGES
Università degli Studi «Roma Tre»

Ore 15.15 - Introduction

L'état d'avancement du projet CATERINA SEVERINO Responsable scientifique du projet	Le dialogue avec le Conseil constitutionnel HUBERT ALCARAZ Responsable scientifique du projet
--	---

Ore 15.45 - Synthèse des recherches effectuées pour chaque catégorie

Coordinatrice
CATERINA SEVERINO
Université de Toulon

LES DÉTENUÉS
Marco Ruotolo - Hubert Alcaraz

LES ÉTRANGERS
Laura Montanari

LES GENS DU VOYAGE
Marthe Stefanini - Giovanna Spanò

LES MINEURS
Mélina Douchy-Oudot - Paolo Passaglia

LES PERSONNES MALADES ET HANDICAPÉES
Marina Calamo Specchia - Laurence Gay

LES TRAVAILLEURS
Daniele Chinni

Pause-café

Ore 17.30 - Reprise des travaux

Table ronde - Principales problématiques d'ordre procédural ressortant de l'étude des décisions

Introduction e coordination
GIULIANO SERGES
Università degli Studi «Roma Tre»

Hubert Alcaraz	UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR	Laura Montanari	UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE
Marina Calamo Specchia	UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI «ALDO MORO»	Paolo Passaglia	UNIVERSITÀ DI PISA
Daniele Chinni	UNIVERSITÀ DEGLI STUDI «ROMA TRE»	Marco Ruotolo	UNIVERSITÀ DEGLI STUDI «ROMA TRE»
Mélina Douchy-Oudot	UNIVERSITÉ DE TOULON	Giovanna Spanò	UNIVERSITÀ DI PISA
Laurence Gay	UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE	Marthe Stefanini	UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Débat
« Les prochaines étapes du projet »

 In virtù di particolari esigenze di riservatezza l'incontro si terrà a porte chiuse.  En raison d'exigences de confidentialité, la rencontre se tiendra à huis clos.
L'ingresso sarà consentito solo ai partecipanti al progetto di ricerca. L'entrée ne sera autorisée qu'aux participants au projet de recherche.

Organisation : Caterina Severino (caterina.severino@univ-tln.fr) — Giuliano Serges (giuliano.serges@uniroma3.it)

FACULTÉ DE DROIT DE TOULON

CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMPARÉS JEAN-CLAUDE ESCARRAS
DICE UMR-CNRS 7318

COLLOQUE QPC 2020

La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?

Étude comparée des systèmes de recours par voie
préjudicielle devant :
le Conseil constitutionnel,
la Cour constitutionnelle italienne,
le Tribunal constitutionnel espagnol.

Organisé sous la responsabilité scientifique de

Caterina Severino, Professeur à l'Université de Toulon

Laurence Gay, Chargée de recherche au CNRS, Co-directrice de l'ILF-GERJC

Hubert Alcaraz, Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Annexe n°2

8 Novembre 2019

Faculté de droit • Salle du Conseil
Campus de Toulon - Porte d'Italie

COLLOQUE FERMÉ
AU PUBLIC

Responsabilité scientifique :

- Caterina Severino, UTLN
 - Laurence Gay, CNRS
 - Hubert Alcaraz, UPPA
- <http://cdpc.univ-tln.fr>



LA QPC, OUTIL EFFICACE DE PROTECTION DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ ?

9h00	Mot de bienvenue Thierry Di Manno , Professeur à l'Université de Toulon, Doyen de la Faculté de droit, Co-directeur du CDPC-JCE	11h45	Débats
	Les systèmes de contrôle par voie incidente protègent-ils réellement les personnes en situation de vulnérabilité ? Une perspective comparée France-Italie-Espagne Caterina Severino , Professeur à l'Université de Toulon Hubert Alcaraz , Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour	12h30	Pause déjeuner
		14H00	SESSION II
9h30	Sous la Présidence de Giovanni Serges , Professeur à l'Université Roma Tre, Doyen de la Faculté de droit	14h10	5° Table ronde : La protection des gens du voyage Marthe Fatin-Rouge Stefanini , Directrice de recherches au CNRS, Directrice de l'UMR 7318-DICE Giovanna Spanò , Docteur en droit, Chercheur à l'Université de Pise
9h30	1° Table ronde : Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens Gaëlle Lichardos , Maître de conférences à la Faculté libre de droit de Toulouse Giuliano Serges , Docteur en droit, Chercheur chargé d'enseignement à l'Université Roma Tre Marco Berardi , Doctorant à l'Université de Toulon, CDPC-JCE	14h40	6° Table ronde : La protection des étrangers Laura Montanari , Professeur à l'Université d'Udine Olivier Lecuq , Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Directeur de l'IEZIA
10h00	2° Table ronde : La protection des personnes malades et handicapées Marina Calamo-Specchia , Professeur à l'Université de Bari Aldo Moro Laurence Gay , Chargée de recherches au CNRS, Co-directrice de l'ILF-GERJC	15h10	7° Table ronde : La protection des travailleurs précaires et des chômeurs Miguel Perez Moneo , Professeur Agregat à l'Université de Barcelone Daniele Chinni , Maître de conférences à l'Université Roma Tre
10h30	Pause café	15h40	Pause café
10h45	3° Table ronde : La protection des mineurs Paolo Passaglia , Professeur à l'Université de Pise Itziar Gómez Fernández , Maître de conférences à l'Université Carlos III de Madrid, Letrada au Tribunal constitutionnel	15h50	8° Table ronde : L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC Annabelle Pena , Professeur à l'Université de Toulon Anna-Maria Lecis Cocco-Ortu , Docteur en droit, membre associée du CDPC-JCE Nicolas Pauthé , Docteur en droit à l'Université de Bordeaux
11h15	4° Table ronde : La protection des personnes détenues Marco Ruotolo , Professeur à l'Université Roma Tre, Vice-Président de l'Université chargé des rapports avec les écoles, les entreprises et les institutions Hubert Alcaraz , Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour	16h20	Débats
		17h00	QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé : bilan et perspectives Laurence Gay , Chargée de recherches au CNRS, Co-directrice de l'ILF-GERJC, Caterina Severino , Professeur à l'Université de Toulon

TABLE DES MATIERES :

I. Le questionnement : la QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? Une recherche au prisme du droit comparé	2
A) Une recherche portant sur la protection des « personnes en situation de vulnérabilité » .	3
B) Une recherche réalisée au prisme du droit comparé	5
1. Le cadre de la comparaison	6
2. La pertinence de la comparaison	10
II. Le(s) choix méthodologique(s) : la démarche comparatiste, outil performant d'évaluation de la QPC	12
A) Une recherche réalisée en deux temps	12
1. Premier temps : études de droit étranger	13
2. Second temps : la comparaison entre systèmes.....	14
B) Une recherche déclinée en trois rencontres	14
1. La première rencontre, Toulon 22 novembre 2018.....	14
2. La deuxième rencontre, Rome 31 mai 2019	16
3. La troisième rencontre, Toulon 8 novembre 2019	17
III. La Question prioritaire de constitutionnalité protège-t-elle réellement les personnes en situation de vulnérabilité ? Une perspective comparée France-Italie-Espagne	18
A) Vulnérabilité, notion et protection par les juges français et européens.....	18
1. Une notion mouvante	18
2. Une notion opératoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	20
3. Une notion rare dans la jurisprudence constitutionnelle française et espagnole.....	21
4. Une notion promue dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne.....	22
5. Des interrogations opportunes	25

B) La protection des mineurs	26
1. Précisions méthodologiques et statistiques	26
2. La protection de la personne du mineur.....	28
2.1. La vie et la santé du mineur	28
2.2. La volonté du mineur	30
2.2.1. L'autodétermination du mineur.....	30
2.2.2. Le droit au respect de la vie privée et familiale	30
2.2.3. Le droit du mineur à être entendu.....	32
2.3. L'identité du mineur.....	34
2.3.1. Le droit de connaître ses propres origines.....	34
2.3.2. L'établissement de la paternité	35
2.3.3. L'attribution du nom de famille	37
2.3.4. La modification de la mention du sexe à l'état civil.....	38
3. La distinction entre filiations.....	39
4. Les mineurs étrangers.....	41
5. La défense pénale du mineur protégée constitutionnellement	44
6. Éléments de conclusion.....	46
C) La protection des personnes malades et handicapées.....	47
1. La protection des personnes malades	47
1.1. Éléments d'ordre statistique.....	48
1.2. Les prestations sociales en lien avec la santé	49
1.3. Les soins sans consentement	51
1.3.1. Les hospitalisations sous contrainte	52
1.3.2. Les vaccinations obligatoires.....	56
1.3.3. Soins sans consentement et fin de vie	57
2. La protection des personnes handicapées.....	58
2.1. Un contentieux QPC d'un très faible apport.....	58
2.2. Une protection importante dans le recours par voie incidente	60
2.2.1. Le droit à l'instruction	61
2.2.2. Le droit de circuler librement.....	61
2.2.3. Le droit au travail	62
2.2.4. L'assistance aux personnes handicapées.....	62
2.2.5. Les droits sociaux reconnus aux étrangers handicapés	62
3. Quelques propos conclusifs	63
D) La protection des étrangers.....	63
1. Éléments d'ordre statistique.....	64

2. Les apports d'ordre processuel.....	69
2.1. La concurrence contentieuse et la législation contrôlée	69
2.1.1. Contrôle <i>a priori</i> et contrôle <i>a posteriori</i>	69
2.1.2. Contrôle par voie principale et contrôle par voie incidente	71
2.2. Le rôle joué par le droit supranational.....	73
2.2.1. L'écran des directives communautaires en QPC.....	73
2.2.2. La Convention européenne des droits de l'homme comme norme paramètre « interposée »	74
2.3. Le rôle des associations.....	76
3. Les apports d'ordre substantiel	76
3.1. Les droits-libertés.....	76
3.1.1. La jurisprudence relative à l'entrée de l'étranger sur le territoire national	77
3.1.2. La modulation du contrôle de constitutionnalité	78
3.1.3. Le contentieux de l'éloignement	81
3.2. Les droits sociaux	83
3.3. Les droits civils et politiques	85
4. Eléments conclusifs d'ordre comparatif	86
E) La protection des gens du voyage.....	87
1. Précisions d'ordre systémique et statistique	88
2. L'installation et le stationnement des gens du voyage	91
2.1. Un dispositif législatif dérogatoire validé par le Conseil constitutionnel	91
2.2. La jurisprudence plus protectrice de la Cour européenne des droits de l'homme	93
2.3. Quelques avancées concernant le dispositif d'installation et de stationnement des gens du voyage.....	94
3. Le statut et le traitement spécifique des gens du voyage	97
3.1. L'inconstitutionnalité partielle du statut dérogatoire	97
3.2. La sauvegarde du principe de non-discrimination	100
4. Quelques propos conclusifs	101
F) La protection des travailleurs précaires et des chômeurs	103
1. Éléments méthodologiques et statistiques.....	103
2. L'égalité femmes-hommes dans l'emploi	106
3. L'identification de catégories de « travailleurs vulnérables »	107
3.1. Les travailleurs à temps partiel	107
3.2. Les travailleurs intérimaires et travailleurs à durée déterminée.....	108
3.3. Les travailleurs employés de nuit.....	111
3.4. Les travailleurs invalides	111

3.5. Les travailleurs retraités.....	112
4. L'examen des mesures de lutte contre la crise économique de 2008.....	113
5. La confrontation de l'emploi et de la maternité en Italie	116
6. Éléments conclusifs.....	117
G) La protection des personnes détenues	120
1. Précisions méthodologiques et statistiques	120
1.1. Les ordres juridiques face aux détenus.....	120
1.2. La disparité quantitative espagnole	123
2. Le sens général de la peine privative de liberté.....	125
3. Les droits des détenus.....	128
3.1. Droit au recours et droits liés à la procédure pénale.....	129
3.2. Droit au respect de la vie privée	133
3.3. Droit de communiquer.....	135
3.4. Sanctions disciplinaires et aménagements de peine	136
3.4.1. Sanctions disciplinaires	136
3.4.2. Aménagements de peine	137
3.5. Détenus salariés	139
4. Éléments de conclusion.....	142
H) L'accès des personnes vulnérables au juge ordinaire en QPC	143
1. Essai de modélisation du filtrage des QPC formées par les personnes en situation de vulnérabilité devant les cours d'appel civiles (2010-2019).....	143
1.1. Précisions méthodologiques	144
1.2. Le degré variable de prise en compte de la situation de vulnérabilité par les cours d'appel dans le traitement des QPC.....	145
2. Les personnes en situation de vulnérabilité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel	147
2.1 Précisions méthodologiques et données statistiques.....	147
2.2 Les difficultés d'accès des personnes en situation de vulnérabilité au prétoire du Conseil constitutionnel	149
3. Le rôle des associations dans la protection des personnes vulnérables en QPC.....	153
3.1 Précisions d'ordre méthodologique.....	153
3.2. La présence des associations dans le contentieux QPC relatif aux personnes en situation de vulnérabilité	155
3.3. Le rôle des associations : entre défense des droits dans le cas d'espèce et pression sur le législateur pour l'évolution du droit	159
IV. QPC et protection des personnes vulnérables au prisme du droit comparé : bilan et perspectives	160

La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ?

Si l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, soulève de nombreuses questions relevant de la technique juridique ou du « dialogue des juges », nul doute que l'une de celles qui préoccupent principalement les citoyens reste celle de son efficacité dans la protection de leurs droits. En complétant le système de contrôle de constitutionnalité *a priori* mis en place en 1958, cette nouvelle voie d'accès au Conseil constitutionnel devait permettre le renforcement de la protection des droits et libertés des citoyens et assurer, ainsi, une plus grande appropriation du texte de la Constitution par les justiciables. Répondant à l'appel à projets « QPC 2020 » du Conseil constitutionnel et afin d'évaluer l'efficacité de ce nouveau système de protection, la recherche collective réalisée a eu pour ambition de dresser un bilan de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel sous un angle particulier : celui de la protection des personnes qui en ont le plus besoin, celles en situation de vulnérabilité. A cet égard, comment ne pas considérer qu'un système de protection de droits et libertés, quel qu'il soit, n'est réellement efficace que s'il est véritablement capable d'offrir une protection aux personnes les plus vulnérables ?

En ce sens, l'effectivité et l'efficacité de la protection des droits et des libertés des personnes se trouvant dans des situations de fragilité, de faiblesse et de besoin, semblent représenter un paramètre particulièrement pertinent pour évaluer, de manière générale, l'efficacité du système de la QPC et pour vérifier s'il offre, dans les faits, une protection conforme aux intentions affichées par ses promoteurs. Il s'est alors agi de vérifier si la QPC apporte une plus-value par rapport à la protection offerte jusque-là par le contrôle de constitutionnalité exercé *a priori*, spécialement lorsque sont en cause des personnes en situation de vulnérabilité. En particulier, six catégories de personnes ont été prises en compte dans le cadre de cette recherche : les mineurs, les personnes malades et handicapées, les étrangers, les gens du voyage, les détenus et les travailleurs précaires. Par ailleurs, pour répondre à cette question, il nous est également paru indispensable et particulièrement pertinent d'utiliser une approche comparative, en confrontant la protection offerte aux personnes vulnérables par le système français de la QPC avec les procédures similaires existant dans deux pays voisins : le « procès incident de constitutionnalité », prévu en Italie, et la « question d'inconstitutionnalité », prévue en Espagne. A cet égard, la recherche menée a permis de réaliser une comparaison inédite, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, en forme d'évaluation, tout en produisant également une réflexion sur d'éventuels ajustements et perfectionnements du mécanisme de la QPC.

Mots-clés :

"Vulnérabilité", "efficacité (de la QPC)", "question préjudicielle de constitutionnalité", "droits fondamentaux", "droit comparé".