



HAL
open science

La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (octobre 2016-octobre 2017)

Mihaela Anca Ailincăi

► **To cite this version:**

Mihaela Anca Ailincăi. La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (octobre 2016-octobre 2017). Revue trimestrielle des droits de l'homme, 114, pp.409-452, 2018. hal-02047486

HAL Id: hal-02047486

<https://hal.science/hal-02047486>

Submitted on 3 May 2019

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.

Trimestriel ■ 29^e année ■ N° 114 ■ 1^{er} avril 2018

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

Fl. BENÔT-ROHMER, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.
V. BERGER, ancien juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

P. BOILLAT, directeur général à la direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

L. BURGOGUE-LARSEN, professeur à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CANÇADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMPEPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DEL TUFO, professeur à l'Université de Naples Suor Orsola Benincasa.

M. DE SALVIA, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et juriste de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. FLÉCHEUX, ancien bâtonnier et ancien président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HOTTELLIER, professeur à l'Université de Genève.

P.-H. IMBERT, ancien directeur général des droits de l'homme au Conseil de l'Europe.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République argentine.

A. NUSSBERGER, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrate de Thrace.

G. RAIMONDI, président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et juge au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur à l'Université Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

St. TRECHSEL, juge au Tribunal international pénal pour l'ex-Yugoslavie et ancien président de la Commission européenne des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux (octobre 2016 – octobre 2017)

PAR

Julie ARROYO

Maître de conférences en droit public, Université Grenoble-Alpes (CRJ)

Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE

Professeure de droit public, Université Lyon 3 (Équipe de droit public)

Stéphane GERRY-VERNIÈRES

Professeure de droit privé, Université Grenoble-Alpes (CRJ)

Sabine LAVOREL

Maître de conférences en droit public HDR, Université Grenoble-Alpes (CRJ)

Delphine MARDON

Maître de conférences en droit privé, Université de Rouen (CUREJ)

Charlotte PHILIPPE

Doctorante en droit public, Université Grenoble-Alpes (CRJ)

ET

Sandrine TURGIS

Maître de conférences en droit public, Université de Rennes 1 (IODE)

SOUS LA DIRECTION DE

Anca AILINCAI

Professeure de droit public, Université Grenoble-Alpes (CRJ)

Résumé

Le troisième numéro de cette chronique poursuit l'étude de la *soft law* dans le champ spécifique des droits fondamentaux, en particulier

à travers ses interactions avec le droit dur. L'analyse est riche d'enseignements en ce qu'elle témoigne non seulement des potentialités multiples du droit souple, mais aussi de la façon dont le droit se construit aujourd'hui grâce à une interdépendance manifeste entre le droit souple et le droit dur.

Abstract

Number 3 of this chronic pursues the study of *soft law* in the specific field of human rights, in particular through its interactions with the *hard law*. The analysis yields valuable insights: it shows not only the multiple potentialities of the *soft law*, but also the way law builds itself nowadays thanks to an obvious interdependence between *soft* and *hard law*.

I. Le droit à la vie

Le Comité des droits de l'homme travaille actuellement à un «Projet d'observation générale» sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant le droit à la vie, qui a vocation à remplacer les observations générales précédentes adoptées en 1982 et 1984. Entamée au cours de la 114^e session, le Comité des droits de l'homme a achevé sa première lecture du projet en juillet 2017, lors de sa 120^e session¹. Dans la version issue de la première lecture, le document de travail comporte une quinzaine de pages. Sans en faire une présentation exhaustive, l'on peut relever qu'un certain nombre de développements sont consacrés aux armes et aux conflits. À cet égard, le Comité rappelle l'incompatibilité du nucléaire militaire avec le droit à la vie (§ 13), la nécessité d'un usage proportionné des armes moins meurtrières (§§ 14, 19 et 30) et l'applicabilité de l'article 6 du Pacte à la conduite des hostilités dans les situations de conflit armé régies par les règles du droit international humanitaire (§ 67). En matière pénale, le projet accorde une attention à une forme particulièrement grave d'atteinte à la vie que constitue le féminicide (§ 64) et réitère sa volonté de restreindre la peine de mort dans les États qui ne l'ont pas encore abolie (§§ 36 à 55). L'on notera encore la référence à la dégradation de l'environnement, aux changements climatiques et au développement non

¹ Com. dr. h., «Observation générale n° 36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, concernant le droit à la vie », projet tel qu'adopté en première lecture à la 120^e session de juillet 2017, disponible sur http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_FR.pdf.

durable comme menaces les plus urgentes et les plus graves pour la capacité des générations présentes et futures à jouir du droit à la vie (§ 65) qu'il faut rattacher à la référence à la responsabilité sociale de l'entreprise (§ 26). Sur le plan des sujets de sociétés, relevons deux points sensibles: la fin de vie² et l'interruption volontaire de grossesse³. Signe de l'enjeu normatif porté par les observations générales⁴, les parties prenantes invitées à déposer des observations ont largement répondu à l'appel, puisque les contributions ont été nombreuses: vingt-trois émanant d'États, sept d'organismes des Nations Unies, d'agences spécialisées ou d'experts, trente-trois d'académies ou d'autres professionnels, trois d'institutions nationales et cent sept d'organisations non gouvernementales. Les travaux de la 121^e session ont ainsi été l'occasion de commencer l'examen en deuxième lecture du projet à la lumière de ces observations. La prochaine session qui se tiendra à Genève du 12 mars au 6 avril 2018 sera l'occasion de poursuivre les travaux.

En droit interne, la question de l'avortement connaît également une actualité. Outre sa nouvelle fonction relative au sexisme inscrite dans la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, créé en 2013, continue son activité en faveur de la consolidation du droit à l'avortement. Dans son rapport rendu le 17 janvier 2017 relatif à l'avortement, le comité fait le point sur les suites données aux trente-cinq recommandations issues du rapport relatif à l'accès à l'interruption volontaire de grossesse paru en 2013⁵. Selon le Haut Conseil, grâce au renforcement de l'arsenal juridique et réglementaire et au programme

² S'agissant de la fin de vie, le projet prévoit que, bien que devant prévenir le suicide, «les États parties [peuvent autoriser] [ne devraient pas empêcher] les professionnels de la médecine [à] [d']administrer un traitement médical ou [à] [de] donner d'autres moyens médicaux permettant d'accélérer la fin de vie d'adultes se trouvant dans un état [extrêmement] grave, comme les personnes mortellement blessées ou atteintes d'une maladie en phase terminale, qui éprouvent une douleur ou une souffrance physique ou psychologique aiguë et qui veulent mourir dans la dignité».

³ Quant à l'avortement, le projet retient: «Bien que les États parties puissent adopter des mesures destinées à réglementer l'interruption de grossesse, de telles mesures ne doivent pas aboutir à une violation du droit à la vie de la femme enceinte ni de ses autres droits consacrés par le Pacte, notamment l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants» (§ 9). À rapprocher de: Com. dr. h., *Armanda Jane Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016, § 7.6, retenant que les lois irlandaises qui interdisent et sanctionnent pénalement l'interruption volontaire de grossesse avaient soumis cette femme à un traitement cruel, inhumain et dégradant et à une discrimination en violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁴ G. ABLINE, «Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme», *cette Revue*, 2008, p. 449.

⁵ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (fr.), «Accès à l'avortement – Bilan de la mise en œuvre des recommandations formulées par le Haut Conseil à l'égalité depuis 2013», publié le 17 janvier 2017.

national d'action pour l'accès à l'interruption volontaire de grossesse, près de deux tiers des trente-cinq recommandations ont été mises en œuvre totalement ou partiellement ou sont en cours de mise en œuvre. La publication de ce rapport et l'actualité législative sont, plus spécialement, l'occasion de revenir sur le délit d'entrave reconnu par la loi du 27 janvier 1993. Dans son rapport de 2013, le Haut Conseil relevait la présence sur internet de sources nombreuses et peu fiables et notamment l'action des mouvements anti-avortement⁶. S'appuyant sur ce constat, la loi du 20 mars 2017 a étendu le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse à de nouvelles pratiques qui apparaissent sur internet⁷.

Stéphane GERRY-VERNIÈRES

II. Le droit à l'intégrité physique

La *soft law* relative au droit à l'intégrité physique a connu une actualité dense et variée pendant la période de référence qui touche autant les mannequins⁸, les usagers de drogue⁹ que les victimes de torture et autres traitements inhumains et dégradants¹⁰ et se déploie aussi bien dans le système international que dans les ordres nationaux¹¹ ou régionaux¹². La présente contribution insistera sur les violences faites aux femmes (A) et les exécutions extrajudiciaires (B).

⁶ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (fr.), «Rapport relatif à l'accès à l'IVG, Volet 2: Accès à l'IVG dans les territoires», rapport n° 2013-1104-SAN-009, publié le 7 novembre 2013.

⁷ Voy. le nouvel article L. 2223-2 du Code de la santé publique (fr.) issu de la loi n° 2017-347 du 20 mars 2017. Soulignons que le Conseil constitutionnel, saisi de la constitutionnalité du nouveau texte, a formulé deux réserves d'interprétations destinées à préserver la liberté d'expression et à préciser la matérialité de l'infraction, décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*.

⁸ Charte sur les conditions de travail des mannequins et leur bien-être. Voy. point VIII, A, de la présente chronique.

⁹ Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), avis, «Usages de drogues et droits de l'homme», 8 novembre 2016.

¹⁰ Déclaration conjointe du Comité des Nations Unies contre la torture, du sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture, du rapport spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et du conseil d'administration du Fonds de contributions volontaires pour les victimes de la torture, 23 juin 2017.

¹¹ Par exemple, la lettre adressée au Parlement européen par le Commissaire aux droits de l'homme pour que l'incrimination du crime de torture, actuellement en discussion, soit conforme aux normes internationales des droits de l'homme.

¹² Par exemple, Com. afr. dr. h. et des peuples, «Observation générale n° 4 sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, concernant le droit à réparation des victimes

→

A. *Les violences faites aux femmes*

La période de référence est marquée par la volonté de renforcer la protection contre les violences faites aux femmes au travers d'instruments de *soft law*¹³. Relevons ainsi que la nouvelle rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a souligné que les violences faites aux femmes sont bien souvent le fait de violences domestiques ou intimes¹⁴. Il est encore possible d'évoquer l'attention particulière accordée aux femmes victimes de violences sexuelles exercées par des terroristes¹⁵ ou des soldats sous mandat national¹⁶ ou onusien¹⁷.

Parmi les différentes formes de violences, une attention particulière doit être portée aux mutilations génitales. Alors que nous nous interrogeons dans la chronique précédente sur la place de la *soft law* en la matière tant les textes de *hard law* internes, régionaux comme internationaux sont nombreux, l'actualité montre que la *soft law* continue d'avoir un rôle important¹⁸. À la suite du Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe¹⁹, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pris une résolution relative aux mutilations génitales féminines en Europe le 13 octobre 2016²⁰, tandis que,

←

de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 5)»; Cour interam. dr. h., *Case of I.V. v. Bolivia*, 30 novembre 2016, série C, n° 329 relatif au consentement en cas de stérilisation mobilisant de très nombreux instruments de *soft law*.

¹³ Com. afr. dr. h., «Déclaration de Banjul sous le thème: 'Les droits de la femme: notre responsabilité collective'», 4 mars 2017; Conseil des droits de l'homme, «Intensification de l'action menée pour éliminer la violence à l'égard des femmes», 35^e session, 16 juin 2017 dont l'idée phare est d'associer les hommes et les garçons à la prévention de la violence contre toutes les femmes et toutes les filles.

¹⁴ A. CALLAMARD, «Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires concernant une perspective de genre des meurtres arbitraires», UN. Doc. A/HRC/35/23, 6 juin 2017.

¹⁵ «Rapport du Secrétaire général sur les violences sexuelles liées aux conflits», 15 avril 2017.

¹⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, «Conflict-Related Sexual Violence in Ukraine», 14 mars 2014 au 31 janvier 2017.

¹⁷ Elles sont l'objet du rapport du Secrétaire général des Nations Unies en date du 28 février 2017, préconisant une nouvelle stratégie pour prévenir et mettre fin à l'exploitation et aux atteintes sexuelles dont sont accusés des soldats sous mandat onusien, lequel prolonge des initiatives antérieures.

¹⁸ D. ROMAN, «Le droit d'asile pour les victimes de mutilations génitales féminines», *Dall.*, 2016, p. 1215.

¹⁹ C.C.D.H. (2016) R85, *Addendum II*, 17 juin 2016, «Analyse de la situation juridique au niveau international et dans les États membres du Conseil de l'Europe sur les actions et la prévention des mutilations génitales féminines et du mariage forcé».

²⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution 2135 (2016), «Les mutilations génitales féminines en Europe».

de manière concomitante, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 19 décembre 2016 une résolution visant à l'intensification de l'action mondiale afin d'éliminer les mutilations génitales féminines²¹.

C'est pourtant l'application d'un autre instrument de *soft law* qui va conduire le Comité contre la torture à écarter, pour une question probatoire et en s'appuyant sur sa propre doctrine, la demande d'une ressortissante nigériane faisant valoir que ses trois filles risquaient de subir une excision dans le cadre du recours formé contre une décision d'expulsion de l'État suédois²². L'on sait que le Comité doit déterminer si, en renvoyant la requérante au Nigéria, l'État partie manquerait à l'obligation qui lui est faite par l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de ne pas expulser ou refouler une personne vers un autre État où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. À cette fin, le Comité doit tenir compte, conformément au paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention, de l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme graves, flagrantes ou massives. Il reste que l'appréciation du Comité porte sur le risque que «l'intéressé court personnellement». Dans la décision, le Comité prend ainsi appui sur son observation générale n° 1 (1997) sur l'application de l'article 3 de la Convention, aux termes de laquelle l'existence du risque de torture doit être appréciée «selon des éléments qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons». Sur ce fondement, il souligne que «s'il n'est pas nécessaire de démontrer que le risque couru est hautement probable (§ 6), le Comité rappelle que la charge de la preuve incombe généralement au requérant, qui doit présenter des arguments défendables montrant qu'il court un risque prévisible, réel et personnel». S'appuyant sur plusieurs rapports d'organisations internationales, le Comité constate que la plupart des victimes sont soumises aux mutilations génitales féminines avant leur premier anniversaire, que la pratique des mutilations génitales féminines varie considérablement d'un groupe ethnique à l'autre et qu'elle demeure très répandue dans les régions méridionales parmi certains groupes ethniques. Toutefois, en l'espèce, le Comité constate que «la requérante n'a pas démontré que les mutilations génitales féminines sont pratiquées par des membres du groupe ethnique de son ex-mari ou de son propre groupe ethnique, ce qui constituerait pour ses filles mineures un risque réel et personnel de violation de l'article 1^{er} de

²¹ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 71/168 adoptée le 19 décembre 2016, «Intensification de l'action mondiale visant à éliminer les mutilations génitales féminines».

²² Comité contre la torture, décision au titre de l'article 22 de la Convention concernant la communication n° 644/2014, 18 novembre 2016.

la Convention»²³. En terme d'influence de la *soft law*, la décision du Comité est particulièrement intéressante puisque la *soft law* mobilisée, l'observation générale n° 1, relève de la doctrine interne du Comité lui-même et porte sur un point de méthodologie concret relatif à la charge de la preuve.

Stéphane GERRY-VERNIÈRES

B. *Les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*

Alors que l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait le 19 décembre 2016 une résolution relative aux exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires²⁴, la période de référence a également été marquée par la révision du «Manuel des Nations Unies sur la prévention efficace et l'investigation des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires», mieux connu sous le nom de Protocole du Minnesota. La révision de ce protocole qui datait de 1991 et qui accompagne les Principes des Nations Unies sur la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires datant de 1989 était devenue nécessaire. Dans plusieurs résolutions, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies avait appelé à la révision de ce dernier document pour tenir compte de l'évolution du droit international et de la médecine légale. La procédure de révision s'est faite au travers de la création d'un groupe consultatif et de deux groupes de travail chargés de rédiger le document révisé et d'une procédure de consultation. Finalement, le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a publié les directives actualisées sur la prévention des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et les moyens d'enquêter sur ces exécutions dans le monde le 24 mai 2017. Les directives indiquent que les enquêtes doivent être immédiates, effectives, complètes, indépendantes, impartiales et transparentes. Le protocole s'adresse aux agents de police, aux professionnels de santé, aux avocats, aux officiers de justice, aux ONG et à tous ceux qui participent aux enquêtes sur des homicides qui pourraient être extrajudiciaires. Il s'applique principalement aux enquêtes menées en temps de paix, mais il couvre également les homicides commis durant les conflits.

Stéphane GERRY-VERNIÈRES

²³ Comité contre la torture, décision au titre de l'article 22 de la Convention concernant la communication n° 644/2014, 18 novembre 2016, § 8.8.

²⁴ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 71/198 adoptée le 19 décembre 2016, «Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires».

III. Droit à la liberté et à la sûreté et conditions de détention

A. *Les personnes hospitalisées sans leur consentement*

La *soft law* a été la première à encadrer le recours à la contention, à savoir le recours à des techniques d'immobilisation attentatoires à la liberté d'aller et venir et, potentiellement, à l'intégrité physique des individus visés.

À l'échelon international sont parues le 21 mars 2017 les normes du Comité de prévention de la torture sur « Les moyens de contention dans les établissements psychiatriques pour adulte »²⁵. Précédemment, l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté en séance plénière du 17 décembre 1991 la résolution 46/119, « Protection des personnes atteintes de maladies mentales et amélioration des soins de santé mentale », et posé les principes fondamentaux devant être respectés en matière de contrainte physique et d'isolement²⁶. Il en était allé de même de la recommandation 2004/10 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux²⁷. Le contenu des normes du Comité révèle une convergence des différents instruments de *soft law*. Après avoir distingué quatre types de contentions – physique, mécanique, chimique, et l'isolement –, il affirme que ces pratiques ne peuvent être utilisées que dans des cas exceptionnels, pour des motifs de sécurité et non thérapeutiques, conformément à ce qu'avaient préconisé la résolution et la recommandation précitées²⁸. De même, la consignation de ces mesures dans un document écrit est requise par les différents instruments²⁹. Les exigences d'une autorisation médicale préalable, de surveillance ainsi que de limitation dans le temps de ces mesures sont en général prônées³⁰.

En France, la *hard law* a tardé à se saisir de la question. En son absence, le référentiel de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé avait

²⁵ CPT/Inf(2017)6. Cette question avait déjà été abordée par le Comité dans son 16^e rapport général publié en 2006, CPT/Inf(2006)35.

²⁶ A/RES/46/19. Voy. le point 11 du principe 11.

²⁷ Voy. les articles 11 et 27 de la recommandation Rec(2004)10 du Comité des ministres aux États membres.

²⁸ Voy. les points 1.5 et 11 du principe 11 de la résolution et l'article 27 de la recommandation.

²⁹ Voy. le point 11 des normes du Comité, le point 11 du principe 11 de la résolution et l'article 27, point 3, de la recommandation.

³⁰ Voy. les points 2, 4 et 7 des normes du Comité, l'article 27, point 2, de la recommandation et le point 11 du principe 11 de la résolution.

posé vingt-trois critères sur la pratique de la mise en chambre d'isolement³¹ et un guide pour l'évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé avait été publié en octobre 2000 par son successeur, la Haute autorité de la Santé, afin de « limiter les risques de la contention physique de la personne âgée ». Le contrôleur général des lieux de privation de liberté recommandait pour sa part depuis 2009 que le recours à l'isolement et à la contention fasse l'objet d'une consignation écrite et d'un suivi qualitatif et quantitatif³². Le contenu de la première loi adoptée sur le sujet, en date du 26 janvier 2016, révèle indubitablement l'influence de la *soft law*³³. Le nouvel article L. 322-5-1 du Code de la santé publique dispose en effet que la contention et l'isolement sont des pratiques de dernier recours devant faire l'objet d'une traçabilité dans un registre spécifique, ne pouvant être utilisées que pour prévenir un dommage immédiat et imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre et prise pour une durée limitée. Après avoir influencé l'évolution normative, la *soft law* retrouve sa fonction pédagogique afin d'assurer l'effectivité du droit positif. Le dernier rapport du contrôleur, « Isolement et contention dans les établissements de santé mentale », d'avril 2016, formule à cet égard une série de recommandations adressées aux professionnels de la santé mentale afin de favoriser la mise en œuvre des nouvelles dispositions législatives.

Julie ARROYO

B. *Les personnes incarcérées*

Si le devenir des normes du Comité de prévention de la torture dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la contention n'est pas encore connu, leur avenir semble s'éclaircir en matière de conditions de détention des personnes incarcérées. Tout d'abord, et de façon assez classique, la Cour a eu l'occasion d'utiliser ces normes – avec d'autres dispositions de *soft law* – afin d'étayer son raisonnement dans l'arrêt *Jankovski c. Lituanie* du 17 janvier 2017³⁴. En l'espèce, le requérant, qui purgeait une peine d'emprisonnement dans une prison lituanienne, invoquait la violation

³¹ A.N.A.E.S. (fr.), « Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé – L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie », juin 1998, spéc., p. 42.

³² Voy. le point 5 des recommandations en date du 18 juin 2009 relatives au centre hospitalier Esquirol de Limoges (Haute-Vienne), *J.O.R.F.* n° 0151 du 2 juillet 2009, texte n° 58.

³³ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Jankovski c. Lituanie*, 17 janvier 2017. Voy. le paragraphe 62 pour la référence à d'autres instruments de *soft law*.

de l'article 10 – garantissant le droit à l'information – au motif que la législation ne lui permettait pas d'accéder à internet, et ce alors qu'il devait se rendre sur un site pour obtenir des informations sur l'enseignement à distance dans l'objectif d'entreprendre des études de droit. Avant de conclure à la violation de la Convention, la Cour relève que le Comité considère que la possibilité d'exercer des activités, y compris dans le champ éducatif, revêt une importance cruciale pour le bien-être des détenus³⁵ et que, concernant la maison d'arrêt en question, il avait préconisé à l'occasion d'une visite en 2008 que des mesures soient prises pour que les détenus puissent entreprendre des activités variées, y compris des études³⁶.

Ensuite, la Cour va plus loin dans son arrêt du 13 avril 2017, *Podeschi c. San Marin*³⁷. Appelée à se prononcer sur les conditions de détention du requérant au regard de l'article 3 de la Convention, elle va s'approprier de façon explicite les standards élaborés par le Comité sur l'espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires. Elle rappelle que, outre l'espace personnel disponible, parmi les facteurs à prendre en compte lors de l'évaluation des conditions de détention, figure la possibilité pour les personnes privées de liberté de profiter d'une sortie à l'air libre³⁸. À cet égard, la Cour relève que les standards élaborés par le Comité préconisent un temps d'activités en extérieur d'une durée minimale d'une heure par jour. Le requérant ayant profité de deux heures quotidiennes à l'extérieure de la cellule, elle soutient que ces standards ont été respectés et qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 3 de la Convention interdisant les traitements inhumains et dégradants³⁹. Cet arrêt semble relativiser la solution prônée dans l'arrêt *Muršić c. Croatie* du 20 octobre 2016⁴⁰, évoqué dans la précédente chronique⁴¹. La Cour avait alors refusé de considérer qu'un espace vital de moins de trois mètres carrés était systématiquement constitutif d'un traitement inhumain et dégradant, contrairement à ce que préconise le Comité. En droit français, le cap est en revanche maintenu. Dans un arrêt du 28 mars 2017, la Cour administrative d'appel de Douai a réitéré sa position habituelle et a refusé qu'un requérant se prévale

³⁵ *Ibid.*, § 59. Voy. le document C.P.T, «Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires», 15 décembre 2015, CPT/Inf(2015)44.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Podeschi c. San Marin*, 13 avril 2017.

³⁸ C.P.T, «Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires», 15 décembre 2015, CPT/Inf(2015)44, voy. § 115.

³⁹ Voy. §§ 115 et 118 de l'arrêt.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Muršić c. Croatie*, 20 octobre 2016, obs. Fr. TULKENS, «Cellule collective et espace personnel – Un arrêt en trompe-l'œil», *cette Revue*, 2017, pp. 989-1004.

⁴¹ Voy. «La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux – Chronique (juin 2015 – juin 2016)», *cette Revue*, 2017, pp. 313-314, obs. J. ARROYO.

des recommandations du Comité à l'appui de son recours tendant à engager la responsabilité de l'État en raison du préjudice moral subi du fait de son incarcération au sein de la maison d'arrêt de Rouen⁴². Cette contradiction entre les jurisprudences interne et européenne pourrait, à terme, laisser la place à un inflexionnement de la position du juge français.

Enfin, de façon inédite, la Cour se réfère aux recommandations du Comité dans des analyses menées sous l'angle de l'article 46 de la Convention. Dans son arrêt du 25 avril 2017, *Rezmives e.a. c. Roumanie*, après avoir jugé que les conditions de détention dans les prisons roumaines constituaient des traitements inhumains et dégradants en raison, notamment, de la surpopulation carcérale, la Cour décide d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote, au motif que la situation des requérants trouve sa cause dans un dysfonctionnement structurel propre au système carcéral roumain⁴³. Afin d'indiquer à l'État des pistes sur la manière d'exécuter l'arrêt, elle renvoie aux recommandations émises par le Comité de prévention de la torture, mais aussi aux évaluations effectuées par le Comité des ministres et aux recommandations présentées dans le Livre blanc sur le surpeuplement carcéral, qui identifient un certain nombre de solutions possibles pour combattre le surpeuplement et les conditions matérielles inappropriées de détention⁴⁴.

Julie ARROYO

IV. Droit à la vie privée et familiale

Deux points retiendront l'attention pour la période couverte par la chronique : le sexe et l'état civil (A) et l'assistance médicale à la procréation (B).

A. *Le sexe et l'état civil*

Aux termes de l'article 61-5, alinéa 1^{er}, du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, « toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel

⁴² C.A.A. Douai (fr.), 28 mars 2017, n° 15DA01550. Voy. « La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux – Chronique (juin 2015 – juin 2016) », *op. cit.*, p. 314.

⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *Rezmives e.a. c. Roumanie*.

⁴⁴ Voy. §§ 116 et s. de l'arrêt.

elle est connue peut en obtenir la modification»⁴⁵. Désormais, l'article 61-6, alinéa 3, retient que «le fait de ne pas avoir subi de traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande». Dans la chronique précédente nous avons souligné combien la *soft law*, notamment l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁴⁶ et celui du Défenseur des droits⁴⁷, avait été un élément moteur de cette suppression de la médicalisation du changement de sexe tout en relevant son inaptitude à convaincre le législateur sur le terrain de la déjudiciarisation⁴⁸. C'est dans ce contexte d'évolution législative qu'est intervenu l'arrêt *Garçon et Nicot c. France* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 6 avril 2017 alors qu'elle était saisie d'un recours de trois personnes transgenres de nationalité française qui souhaitaient changer la mention de leur sexe sur leur acte de naissance et qui s'étaient heurtées au refus des juridictions françaises⁴⁹. Si l'arrêt paraît en décalage avec le droit positif puisque c'est sur le fondement de l'état du droit antérieur qu'est condamnée la France, la décision mérite l'attention dans l'usage qu'elle fait de la *soft law*. Rappelons que, à l'époque des faits, la Cour de cassation, rompant avec la jurisprudence de 1992 imposant cinq conditions pour la modification de la mention du sexe inscrite sur l'acte de naissance⁵⁰, posait deux conditions au changement de sexe : la réalité du syndrome transsexuel ainsi que le caractère irréversible de la transformation de l'apparence⁵¹. Ce sont ces deux conditions, désormais abandonnées par le

⁴⁵ Voy. Ph. REIGNÉ, «Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle», *J.C.P.*, éd. G., 2016, p. 1378; F. VIALLA, «Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil», *Dall.*, 2016, p. 2351.

⁴⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), «Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil», 27 juin 2013, *J.O.R.F.* n° 0176 du 31 juillet 2013.

⁴⁷ Défenseur des droits (fr.), 24 juin 2016, décision-cadre MLD-MSP-2016-164.

⁴⁸ La procédure doit être menée devant le tribunal de grande instance (art. 61-6 C. civ.).

⁴⁹ Cour. eur. dr. h., arrêt *A.P. Nicot et Garçon c. France*, 6 avril 2017, req. n° 79885/12; *Dall.*, 2017, p. 994, obs. B. MORON-PUECH; *ibid.*, p. 1027, obs. F. VIALLA.

⁵⁰ Le requérant devait présenter le syndrome de transsexualisme, avoir subi un traitement médico-chirurgical dans un but thérapeutique, n'avoir plus tous les caractères de son sexe d'origine, avoir pris une apparence physique proche de l'autre sexe et avoir adopté le comportement social correspondant à ce dernier. Voy. Cass. (fr.), ass. plén., 11 décembre 1992, *Bull. civ.*, n° 13; *Dall.*, 1993, p. 1; *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 97, obs. J. HAUSER.

⁵¹ Voy. Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 7 juin 2012, deux arrêts, *Bull. civ.*, n°s 123 et 124; *Dall.*, 2012, p. 1648, note F. VIALLA; *A.J. fam.*, 2012, p. 405, obs. G. VIAL; *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, p. 502, obs. J. HAUSER. Voy. également Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 13 février 2013, 2 arrêts, *Bull. civ.*, n°s 13 et 14; *Dall.*, 2013, p. 499, obs. I. GALLMEISTER; *ibid.*, p. 1089, obs. J.-J. LEMOULAND et M. VIGNEAU; *ibid.*, 2014, p. 843, obs. J.-C. GALLOW et H. GAUMONT-PRAT; *A.J. fam.*, 2013, p. 182; *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, p. 344, obs. J. HAUSER; *Dr. fam.*, 2013, n° 48, note P. REIGNÉ.

législateur au profit du faisceau d'indices visé par l'article 61-5 du Code civil précité, qui sont jaugées à l'aune de la *soft law*. De manière assez classique, ce qui ne signifie pas que les résultats ne sont pas discutables, la Cour se réfère à la *soft law* pour établir l'existence ou l'absence de consensus européen. Elle en déduit, s'agissant de la réalité du syndrome transsexuel, qu'il existe une large marge d'appréciation des États⁵² et, s'agissant du caractère irréversible de la transformation, qu'il existe une marge réduite d'appréciation⁵³.

Plus originale est, en revanche, l'utilisation de la *soft law* pour éclairer le sens de la condition posant «le caractère irréversible de la transformation de l'apparence», dont on peut légitimement se demander, tant l'expression est ambiguë et la jurisprudence obscure, si elle suppose la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant. Afin de lever cette incertitude, la Cour européenne puise à différentes sources. Pêle-mêle, la Cour évoque l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, l'opinion des auteurs d'une proposition de loi visant à protéger l'identité de genre et les analyses de deux associations se consacrant à la protection des personnes transgenres qui convergent tous vers l'idée que le droit positif de l'époque exigeait un traitement médical irréversible impliquant une stérilisation (§ 119). La Cour affirme alors qu'elle «partira donc du principe qu'à l'époque des circonstances de la cause des requérants, le droit positif français assujettissait la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité, entraînait une très forte probabilité de stérilité» (§ 120). C'est donc une fonction inédite que remplit ici la *soft law* émanant de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, celle d'éclairer sur les contours du droit positif lorsqu'ils sont incertains. Cela dépasse la fonction pédagogique classique de la *soft law*, puisqu'il ne s'agit plus seulement d'expliquer le contenu du droit dur, mais d'en déterminer le sens. Si la démarche consistant à faire appel à la Commission nationale consultative des droits de l'homme peut être approuvée, l'on sera plus réservée sur le renvoi à l'analyse de parlementaires ayant déposé une proposition de loi visant à protéger l'identité transgenre comme à celle d'associations se consacra-

⁵² Après avoir rappelé les positions d'organisations non gouvernementales et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme critiquant la pathologisation du syndrome transsexuel, la Cour considère toutefois que le psychodiagnostic, outre qu'il ne met pas directement en cause l'intégrité physique, est une condition partagée par la très grande majorité des États membres et souligne que le transsexualisme figure parmi les troubles mentaux et du comportement dégagés par l'Organisation mondiale de la santé. Elle relève curieusement, et à titre surabondant, qu'il n'existe pas, sur ce point, «des prises de position d'acteurs européens et internationaux de promotion et de défense des droits fondamentaux aussi tranchées que sur la condition de stérilité».

⁵³ Pour une critique, voy. l'opinion dissidente du juge Ranzoni (notamment §§ 15 et 21).

crant à la protection des intérêts des personnes transgenres pour décrire ce qu'est le droit positif français. Au-delà, l'on pourra regretter que la Cour ne se soit pas livrée à une étude plus complète de la jurisprudence des juges du fond et, même si elle n'est pas coutumière de cette pratique, qu'elle n'ait pas fait référence à la doctrine qui a parfaitement exprimé les ambiguïtés du droit français et l'incertitude sur le raisonnement probatoire des juges du fond⁵⁴.

Quoi qu'il en soit, sur le fond, les critiques adressées au droit français sont désormais obsolètes, puisque la loi a supprimé les conditions ayant justifié la condamnation de la France et que le législateur a même mis en œuvre un dispositif de protection des droits fondamentaux plus exigeant – l'on songe ici à la démedicalisation totale de la procédure de changement de sexe – que celui imposé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Se pourrait-il alors que le législateur français s'engage sur la même voie, s'agissant de la situation des personnes intersexuées? Rien n'est moins sûr – à moins qu'il ne s'agisse d'un appel au législateur? – à la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017 excluant, de manière particulièrement claire la possibilité d'un sexe neutre à l'état civil⁵⁵. En l'espèce, les juges posent en principe que «la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin» et que «la reconnaissance par le juge d'un 'sexe neutre' aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination». La solution du Tribunal de grande instance de Tours ayant admis la possibilité d'un sexe neutre⁵⁶, infirmée par la Cour d'appel d'Orléans⁵⁷, est donc écartée par la Cour de cassation. En aurait-il pu aller autrement? Si l'avis de l'avocat général fait référence au document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe recommandant d'offrir aux personnes concernées la possibilité de ne pas choisir entre un marqueur de genre masculin ou

⁵⁴ Voy. par exemple G. VIAL, *A.J. fam.*, 2013, p. 182. Ce qui a, au demeurant, pu conduire à pronostiquer une nouvelle condamnation de la France: Ph. REIGNÉ, *Dr. fam.*, avril 2013, n° 4, comm. 48.

⁵⁵ Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 4 mai 2017, publié au *Bulletin*; *Dr. fam.*, 2017, nos 7-8, p. 9, note J.-R. BINET; *J.C.P.*, éd. G., 2017, p. 1219, note M. GOBERT; *R.J.P.F.*, 2017, n° 6, p. 17, note S. MAUCLAIR.

⁵⁶ T.G.I. Tours (fr.), 20 août 2015, *Dall.*, 2015, p. 2295, note F. VIALLA; *A.J. fam.*, 2015, 613, note S. LE GAC-PECH; *Rev. trim. dr. civ.*, 2016, p. 77, obs. J. HAUSER.

⁵⁷ App. Orléans (fr.), 22 mars 2016, *Dall.*, 2016, p. 904, note B. MORON-PUECH; *J.C.P.*, éd. G., 2016, n° 492, F. VIALLA; *Rev. trim. dr. civ.*, 2016, p. 318, J. HAUSER.

féminin⁵⁸, il conclut au rejet du pourvoi, dans la mesure où la création d'un sexe neutre excéderait manifestement les pouvoirs de l'autorité judiciaire. Le débat n'est pourtant assurément pas clos. L'avis riche et documenté du Défenseur des droits en date du 21 février 2017 atteste, à cet égard, de la force de proposition que constitue la *soft law* en la matière⁵⁹. Le Défenseur des droits préconise, pour les majeurs, la mise en place d'une procédure déclarative, rapide et transparente auprès de l'officier d'état civil et, pour les mineurs, une procédure sous contrôle du juge. Il recommande également d'allonger les délais de déclaration du sexe et du prénom des nouveau-nés et de ne pas mentionner les informations relatives à la rectification du sexe et du nom sur les extraits d'acte de naissance. En tout état de cause, le Défenseur des droits est d'avis que toute personne devrait avoir le droit de ne pas renseigner la mention de son sexe sur les documents de la vie courante. Sur cette voie, la décision du 10 octobre 2017 de la Cour constitutionnelle allemande, rendue publique le 8 novembre 2017 par un communiqué bilingue sur le site institutionnel de la Cour, pourrait servir de source d'inspiration, puisqu'elle exige du législateur allemand qu'il revoie la récente loi de 2013 permettant aux personnes intersexuées de ne pas faire apparaître la mention du genre à l'état civil pour mieux respecter les droits fondamentaux⁶⁰. À cet égard, il propose deux pistes : supprimer la mention du genre à l'état civil ou reconnaître un troisième genre.

Stéphane GERRY-VERNIÈRES

B. *L'assistance médicale à la procréation*

L'avis du Comité consultatif national d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, attendu de longue date, a été rendu le 15 juin 2017⁶¹. Doté d'une dimension politique et symbolique forte, l'avis porte sur trois demandes sociétales d'assistance médicale à la procréation : l'autoconservation ovocytaire chez les femmes jeunes, les demandes des couples de femmes et des femmes à titre individuel et les demandes de ges-

⁵⁸ « Intersexes – Droits de l'homme et personnes intersexes », document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 23 juin 2015.

⁵⁹ Défenseur des droits (fr.), 21 février 2017, avis n° 17-04 sur le respect des droits des personnes intersexes.

⁶⁰ Voy. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>. Pour une présentation de la décision, les carnets de recherche de B. Moron-Puech, <http://sexandlaw.hypotheses.org/292>.

⁶¹ Comité consultatif national d'éthique (fr.), « Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) », 15 juin 2017, n° 126.

tation pour autrui de la part de couples hétérosexuels, de couples d'hommes et d'hommes seuls. S'agissant de la première demande, le Comité d'éthique se montre très réservé en raison des risques, trop souvent sous-estimés, des grossesses tardives. S'agissant de la deuxième, la majorité des membres du Comité national d'éthique se prononcent en faveur de la recommandation d'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples femmes et aux femmes seules, sous réserve de la prise en compte de conditions d'accès et de faisabilité. Enfin, s'agissant de la gestation pour autrui, le comité réfute l'idée d'une gestation pour autrui éthique et souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs. L'avis ne saurait toutefois se désintéresser du sort réservé aux enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Il recommande, lorsque l'enfant dispose d'un lien biologique avec au moins l'un des parents français, la mise en place d'une délégation d'autorité parentale en faveur du parent d'intention. Sur ce point, la *soft law*, à tout le moins celle émanant du Comité d'éthique, pourra apparaître moins protectrice que la *hard law*. En effet, l'un des arrêts rendus par la Cour de cassation le 5 juillet 2017 se prononce, à la manière de ce qui a été retenu pour les couples de femmes ayant pratiqué une procréation médicalement assistée à l'étranger⁶², en faveur de l'adoption par le conjoint du parent avec lequel il existe un lien biologique⁶³. Il reste que la filiation charnelle de la mère d'intention est clairement écartée par deux des arrêts du 5 juillet 2017⁶⁴. D'où le risque de censure des décisions du fond s'aventurant sur une telle voie⁶⁵, et sans doute, la prudence du Défenseur des droits sur ce point lorsqu'il est saisi par des particuliers pour formuler des observations dans un cadre contentieux⁶⁶.

Stéphane GERRY-VERNIÈRES

⁶² Cass. (fr.), avis, 22 septembre 2014, *J.C.P.*, éd. G., 2015, p. 982, note A. GOUTTENOIRE.

⁶³ Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 5 juillet 2017, n° 16-16455, publié au bulletin; *J.C.P.*, éd. G., 2017, p. 1691, obs. A. GOUTTENOIRE; *Dall.*, 2017, p. 1737, obs. H. FULCHIRON.

⁶⁴ Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 5 juillet 2017, n°s 15-28597, 16-16901 et 16-50025, publiés au *Bulletin*.

⁶⁵ Voy. T.G.I. Nantes (fr.), 24 novembre 2016, n° 15-06805.

⁶⁶ Voy. ainsi pour une proposition *a minima* de transcription partielle afin de reconnaître le lien de filiation biologique avec le père dans le cadre des observations réalisées dans le litige précité, Défenseur des droits (fr.), n° MSP-MLD 2016-255. *Adde*, Défenseur des droits (fr.), «Rapport annuel d'activité 2016», p. 63.

V. Liberté de conscience et de religion : la laïcité

Dans son arrêt d'assemblée du 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, le Conseil d'État a pris position sur la question d'actualité – brûlante – relative aux crèches de Noël installées dans des lieux et bâtiments publics⁶⁷. Pour ce faire, il a suivi les conclusions de son rapporteur public qui sollicitent de manière particulièrement tangible la *soft law*⁶⁸. Cette dernière apparaît ainsi comme une source d'inspiration du droit positif.

La contradiction existante entre les différents instruments de droit souple sur la problématique des crèches – mise en avant dans la précédente chronique –⁶⁹, n'a pas empêché le rapporteur public, M^{me} Bretonneau, de solliciter l'un d'eux afin d'appuyer sa solution consistant à prôner une démarche casuistique. Elle se réfère ainsi explicitement au Guide de l'Observatoire de la laïcité intitulé « Laïcité et collectivités locales » d'octobre 2015⁷⁰. Ce dernier envisage la crèche comme un objet ayant une double signification, à la fois religieuse et culturelle, et défend le fait que son installation, pour être légale, doit tendre vers la seconde d'entre elles⁷¹. La référence à la *soft law* se poursuit, de façon toutefois plus anecdotique. Afin de pallier les inconvénients résultant de l'adoption de la méthode casuistique, M^{me} Bretonneau propose, d'une part, de préciser le plus possible les critères d'appréciation permettant de se prononcer sur la compatibilité de l'installation d'une crèche à la loi de 1905 et, d'autre part, « dans une démarche s'apparentant plutôt au droit souple, [...] [d'] indiquer une sorte de curseur qui devrait se dégager selon nous de l'application de ces critères »⁷². Cette référence au caractère non impératif de la *soft law* lui permet alors de donner son avis : dans la majorité des hypothèses selon elle, l'installation d'une crèche dans l'espace public « ne posera pas de difficulté dès lors qu'elle s'insérera sans distinction ou mise en valeur particulière, par la mise en scène ou le discours, dans un ensemble de décorations festives, ce qui correspond bien à l'usage municipal normal de la crèche. Cet usage étant permis, il n'y aura pas à lui rechercher de circonstances atténuantes ; et ce sont uniquement les cas d'installations pathologiques, qu'il faut espérer minoritaires, qu'ont vocation

⁶⁷ Requête n° 395122.

⁶⁸ Conclusions A. Bretonneau, accessibles sur le site Ariane Web du Conseil d'État : <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=1742&fonds=CRP&item=2>.

⁶⁹ Voy. « La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux – Chronique (juin 2015 – juin 2016) », *cette Revue*, 2017, pp. 320-321, obs. J. ARROYO.

⁷⁰ Voy. p. 14 des conclusions.

⁷¹ Observatoire de la laïcité, Guide « Laïcité et collectivités locales », octobre 2015, p. 7.

⁷² Voy. p. 14 des conclusions.

à saisir les critères que nous vous proposons»⁷³. L'on perçoit ici une sorte de métissage des approches, en ce sens que la *soft law* inspire la démarche du rapporteur, qui prône des solutions flexibles. Le Conseil d'État suit largement ces préconisations en commandant une appréciation *in concreto*, guidée par les circonstances locales de temps et de lieu, la récurrence de l'exposition, le caractère culturel, artistique ou festif de l'installation, etc.⁷⁴. La *soft law* apparaît donc, de façon implicite, comme une source d'inspiration du juge administratif.

Julie ARROYO

VI. Libertés d'expression, d'information et d'association

A. La liberté d'expression des journalistes et des médias

Bénéficiant de la liberté d'expression, les journalistes doivent s'assurer d'une utilisation responsable de cette liberté. Dans leur démarche, ils peuvent être guidés par la *soft law*. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'homme statuant en Grande Chambre, les journalistes d'un État ont certainement connaissance des lignes directrices élaborées par leur communauté aux fins d'autorégulation⁷⁵. Ces lignes directrices sont donc traitées par la Cour comme faisant partie de la législation prévisible conditionnant l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression. De ce fait, lorsque la *soft law* est le produit d'une autorégulation, ses destinataires peuvent difficilement invoquer leur ignorance. La responsabilisation des médias existe aussi pour ceux en ligne. Dans la continuité de sa recommandation 2069 (2015)⁷⁶ et pour lutter contre les propos haineux sur internet ou encore la cyberdiscrimination, l'Assemblée parlementaire recherche l'intervention directe des législateurs. C'est au droit écrit qu'il revient de « permettre la poursuite effective des propos haineux en ligne, tout en respectant pleinement la liberté d'expression et en particulier la liberté de critiquer les actions des pouvoirs publics » et de couvrir « toutes les formes d'incitation à la violence à l'encontre d'une personne ou d'un groupe de personnes, d'intimidation, de harcèlement, de menace et de traque en ligne »⁷⁷.

⁷³ Voy. p. 15 des conclusions.

⁷⁴ Voy. les considérants 5, 6 et 7 de l'arrêt d'assemblée.

⁷⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, § 153.

⁷⁶ Voy. « La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux – Chronique (juin 2015 – octobre 2016) », *cette Revue*, 2017, pp. 326-327, obs. D. MARDON.

⁷⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Mettre fin à la cyberdiscrimination et aux propos haineux en ligne », résolution 2144 (2017) et recommandation 2098 (2017), 25 janvier 2017.

Les médias et les lanceurs d’alerte⁷⁸ représentent aussi une arme essentielle de la lutte contre la corruption politique qui gangrène certains systèmes démocratiques. C’est pourquoi l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe prône une collaboration entre les Parlements nationaux et les journalistes d’investigation, ainsi qu’une valorisation de leur travail : l’image du journalisme d’investigation doit être promue par les politiques⁷⁹. Une reconnaissance sociale des médias lorsqu’ils assurent la lutte contre la corruption peut au final participer à la protection des journalistes⁸⁰.

Delphine MARDON

B. *Le droit d’accès aux informations des citoyens*

Conçue pour induire en erreur la population, la désinformation ou la manipulation de l’information entrave le droit des citoyens à être informés et le droit des individus à la liberté d’expression et à la liberté d’opinion. Abordant cette difficulté dans une déclaration conjointe, quatre représentants d’institutions internationales en faveur de la liberté d’expression ont adressé des recommandations aux différentes parties prenantes⁸¹. Les médias et journalistes eux-mêmes doivent s’assurer de l’effectivité des mécanismes d’autorégulation comportant des standards sur l’obligation de tendre vers l’exactitude de l’information, et proposant un droit de réponse pour rectifier les informations inexacts diffusées⁸². La Suisse fait ce même choix de l’autorégulation pour

⁷⁸ Le Secrétaire général des Nations Unies a approuvé, le 24 janvier 2017, une mise à jour de la politique des Nations Unies concernant les lanceurs d’alerte. L’objectif est de renforcer la protection des employés de l’Organisation qui signalent une éventuelle faute ou coopèrent avec des enquêtes officielles.

⁷⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, « Le contrôle parlementaire de la corruption : la coopération des Parlements avec les médias d’investigation », résolution 2171 (2017) et recommandation 2106 (2017), 27 juin 2017.

⁸⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, « Promouvoir l’intégrité dans la gouvernance pour lutter contre la corruption politique », résolution 2170 (2017) et recommandation 2105 (2017), 27 juin 2017.

⁸¹ Déclaration conjointe du 3 mars 2017 sur la liberté d’expression et les fausses nouvelles (*fake news*), la désinformation et la propagande, par quatre experts internationaux mandatés par les Nations Unies, l’Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, l’Organisation des États américains et la Commission africaine des droits de l’homme et des peuples.

⁸² Voy. également Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, « Médias en ligne et journalisme : défis et responsabilités », résolution 2143 (2017), 25 janvier 2017. Pour l’Assemblée parlementaire, il revient certes aux journalistes d’informer les utilisateurs sur la possibilité de déposer un recours, mais elle recommande aux États membres d’introduire un droit de réponse directement dans leur législation.

contrer la désinformation, n'estimant pas nécessaire de prendre des mesures de réglementation supplémentaires⁸³. Il revient également aux médias et journalistes d'offrir une couverture critique de la désinformation et de la propagande dans le cadre de leurs services d'information. De plus, lorsqu'ils sont de service public, les médias doivent servir l'intérêt général et fixer des normes journalistiques élevées, ainsi qu'être indépendants et dotés de ressources suffisantes. Défendant ces mêmes exigences, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe demande aux États membres d'adopter «les mesures juridiques nécessaires pour garantir l'indépendance éditoriale et l'autonomie institutionnelle des radiodiffuseurs de service public et pour éviter leur politisation» et de veiller «à ce que ces radiodiffuseurs bénéficient d'un financement durable»⁸⁴. De la même manière, l'Assemblée parlementaire s'attaque au problème du financement des médias susceptible de porter atteinte à leur indépendance. Ses recommandations visent alors à éviter une instrumentalisation du financement en vue d'influencer les lignes éditoriales, et à garantir des revenus stables aux médias publics⁸⁵. En proposant des moyens pour remédier aux effets négatifs de la désinformation, la *soft law* participe à la lutte contre les idées extrêmes, contre certains mouvements comme le populisme.

Le droit d'accès aux informations doit aussi permettre aux citoyens d'avoir connaissance des conditions dans lesquelles ont été prises les décisions publiques. Or, le *lobbying* est une activité qui vise à influencer ces décisions en établissant des contacts avec les décisionnaires publics. Constatant que très peu d'États membres du Conseil de l'Europe disposent d'une législation spécifique à cette activité, le Comité des ministres propose, dans sa recommandation du 22 mars 2017⁸⁶, une réglementation juridique⁸⁷. Cette dernière ne doit pas porter atteinte au droit individuel et collectif des citoyens d'exprimer leurs opinions et d'adresser des requêtes aux représentants des pouvoirs publics et aux institutions ou organismes publics. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a elle-même été destinataire de recommandations formulées par le Groupe d'États contre la corruption visant à «instaurer à l'intention [de ses] membres un cadre

⁸³ Conseil fédéral Suisse, «Un cadre juridique pour les médias sociaux: nouvel état des lieux», 10 mai 2017.

⁸⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, «Le service public de radiodiffusion menacé en Europe», document thématique, 2 mai 2017.

⁸⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, «L'influence politique sur les médias et les journalistes indépendants», résolution 2179 (2017) et recommandation 2111 (2017), 29 juin 2017.

⁸⁶ Recommandation CM/Rec(2017)2 du Comité des ministres aux États membres, 22 mars 2017, «La réglementation juridique des activités de *lobbying* dans le contexte de la prise de décision publique».

⁸⁷ Cette expression désigne un encadrement législatif et réglementaire, un système d'autoréglementation ou une combinaison des deux.

solide et cohérent sur les relations avec les lobbyistes et autres tiers cherchant à influencer le processus parlementaire et, dans ce contexte, étendre à un plus large éventail [de ses] membres l'interdiction d'accepter des instructions»⁸⁸. Renforcer la transparence des acteurs de la *soft law* permet au final de favoriser la réception des instruments produits. Abordant conjointement la vie politique d'une démocratie et les libertés d'expression, d'opinion et d'information, la *soft law* dessine les contours d'une intégrité de la gouvernance et en assure la promotion, sans oublier de donner le bon exemple en y soumettant ses propres acteurs.

Delphine MARDON

C. *Les défenseurs des droits de l'homme*

Intrinsèque à l'activité des médias, la liberté d'expression constitue également un vecteur important par lequel les défenseurs des droits de l'homme remplissent leur mission. Quel que soit le droit fondamental qu'ils cherchent à promouvoir ou à protéger, ces défenseurs doivent pouvoir faire état de leurs constatations sans crainte. Le risque que cette crainte restreigne l'activité des défenseurs des droits a été pointé par la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁸⁹. Elle a alors directement mentionné la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies pour rappeler que les États doivent protéger les activités des défenseurs⁹⁰. Ils doivent pouvoir dénoncer les faits de violation des droits de l'homme – faire usage de leur liberté d'expression – sans redouter des représailles.

Redoutant les révélations, et plus encore les critiques des défenseurs des droits, certains États restreignent, en amont, la liberté d'association qui permet aux défenseurs de se structurer, notamment en ONG. Face à cette tendance, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁹¹, invoquant une obligation internationale de créer un environnement propice au travail des

⁸⁸ Expertise fournie par le Groupe d'États contre la corruption, «Évaluation de la Déontologie des membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe», 19 juin 2017.

⁸⁹ Cour interam. dr. h., arrêt *Acosta e.a. c. Nicaragua*, 25 mars 2017, série C, n° 334, § 207.

⁹⁰ Pour la même démarche, voy. Comm. interam. dr. h., arrêt *Jose Rusbel Lara e.a., Colombia*, 21 mars 2017, § 152.

⁹¹ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, «La marge de liberté des organisations de défense des droits de l'homme s'amenuise», document thématique, 4 avril 2017. Voy. également Haut commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme, 1^{er} juin 2017, «Une nouvelle loi répressive relative aux ONG, extrêmement préjudiciable pour les droits de l'homme en Égypte, selon Zeid» : la demande du Haut commissaire est l'abrogation de la loi qui impose aux ONG d'obtenir une autorisation d'exercer auprès de l'administration et qui exige une autorisation officielle quand leur financement provient de sources étrangères.

défenseurs des droits, recommande aux États d'appliquer une présomption de légalité des activités des ONG⁹². De plus, à l'identique des médias, il exhorte que les ONG soient «libres de solliciter et de recevoir des financements non seulement des autorités publiques de leur propre État, mais aussi de donateurs institutionnels ou individuels, d'un autre État ou d'organismes multilatéraux». Prôner cette liberté financière revient pour la *soft law* à prôner l'abrogation des dispositions restreignant l'origine des fonds des ONG.

De manière générale et comme le montre le rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, la question de la protection de ces défenseurs prend de l'ampleur. Dans son rapport sur les défenseurs des droits intervenant dans le domaine des entreprises⁹³, les recommandations sont à destination des États, mais également des entreprises et des investisseurs et institutions financières. Ils doivent tous ensemble protéger ceux qui défendent les droits et libertés fondamentaux : les entreprises en «remédi[ant] à la situation de leurs employés et aux risques qu'ils courent en qualité de défenseurs»; les investisseurs en «s'assur[ant] que le respect du dialogue avec les défenseurs [...] figure parmi les obligations contractuelles». L'ensemble des recommandations dépassant le seul cadre de la liberté d'expression, la protection des défenseurs des droits induit pour la *soft law* une prise en compte d'autres droits fondamentaux.

Delphine MARDON

VII. Égalité et non-discrimination

A. *Les discriminations en lien avec les origines*

Sur la période couverte, le thème des discriminations en lien avec les origines s'est cristallisé autour des contrôles d'identité⁹⁴, précisément des «contrôles au

⁹² Voy. également la résolution du Parlement européen, 15 juin 2017, «Le Pakistan, et notamment la situation des défenseurs des droits de l'homme, et la peine de mort», 2017/2723(RSP): le Parlement insiste pour que les autorités pakistanaises permettent aux observateurs internationaux et aux organisations de défense des droits de l'homme de surveiller le recours aux tribunaux militaires.

⁹³ Rapport du rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, «Situation des défenseurs des droits de l'homme», A/72/170, 19 juillet 2017.

⁹⁴ Pour une approche plus générale des discriminations en lien avec les origines, voy. Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), 30 mars 2017, «Rapport 2016 sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie».

faciès»⁹⁵. C'est en premier lieu la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui a adopté, le 8 novembre 2016, un avis sur la prévention des pratiques de contrôle d'identité abusives et/ou discriminatoires⁹⁶. Elle a ainsi formulé douze recommandations de nature très différente : organiser un suivi et une réflexion sur le phénomène, faire évoluer la rédaction du Code de procédure pénale, élaborer un guide pratique en partant de la jurisprudence sur la question, ou encore modifier la pratique des contrôles par les agents des forces de l'ordre⁹⁷. À ce titre, des instructions claires devraient être communiquées aux agents de la force publique, de manière à ce qu'ils exposent les raisons du contrôle à la personne qui en fait l'objet. C'est l'une des clés proposées par la *soft law* pour recréer du lien entre ces agents et l'ensemble de la société⁹⁸.

En second lieu, la Cour de cassation a rendu une salve d'arrêts, le 9 novembre 2016⁹⁹, sur le caractère discriminatoire de contrôles d'identité opérés sur réquisition du procureur de la République¹⁰⁰. En qualité d'*amicus curiae*, le Défenseur

⁹⁵ Cette expression renvoie à l'idée d'une « utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation » (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, recommandation de politique générale n° 11, « La lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police », 29 juin 2007, CRI(2007)39).

⁹⁶ Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), 8 novembre 2016, « Prévention des pratiques de contrôle d'identité discriminatoires et/ou abusives ».

⁹⁷ Pour une présentation synthétique des recommandations, *ibid.*, pp. 47-51. Il est à noter que pour la recommandation n° 10, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a fait sienne une recommandation formulée par Amnesty International.

⁹⁸ Une enquête du Défenseur des droits a révélé que le fait de fournir des explications sur les raisons du contrôle d'identité est un élément déterminant de la légitimité perçue du contrôle. En effet, les personnes ayant bénéficié d'explications sont plus nombreuses à penser que le contrôle était justifié (72%), que celles qui n'en ont reçu aucune (53%) (Défenseur des droits (fr.), « Enquête sur l'accès aux droits. Volume 1. Relations police/population : le cas des contrôles d'identité », 20 janvier 2017, p. 21).

⁹⁹ Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 9 novembre 2016, notamment n^{os} 15-24.212, 15-25.873, 15-24.214, 15-24.213 et 15-24.208.

¹⁰⁰ Dans sa décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel français a jugé les articles 78-2 et 78-2-2 du Code de procédure pénale relatifs aux contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République conformes à la Constitution. Il a cependant formulé deux réserves d'interprétation. D'une part, le procureur de la République ne peut pas retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions. D'autre part, le procureur de la République ne peut pas, en particulier par un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents, autoriser la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace.

des droits a déposé des observations devant la Cour de cassation¹⁰¹. Il s'attarde alors sur la place des statistiques en tant qu'élément de preuve de la discrimination, en défendant l'idée que la personne contrôlée pourrait valablement disposer des seules statistiques comme preuve. Cependant, la Cour de cassation a affirmé que ces données ne suffisaient pas à laisser présumer une discrimination ; il est donc nécessaire que la personne contrôlée rapporte la preuve du caractère discriminatoire de son contrôle par d'autres moyens. Bien que généralement constaté et dénoncé par les acteurs de la *soft law*, le phénomène de la discrimination doit encore être individualisé pour donner lieu à réparation.

Les difficultés de preuve du caractère discriminatoire du contrôle d'identité s'expliquent notamment par l'absence de dispositifs de traçabilité : anonymat de l'auteur du contrôle, pas d'enregistrement des contrôles ni de délivrance d'un récépissé. Autant le Défenseur des droits que la Commission nationale consultative des droits de l'homme insistent auprès des pouvoirs publics pour la mise en place de tels dispositifs afin que les personnes s'estimant victimes de discriminations et de manquements à la déontologie puissent exercer un recours¹⁰². La réception effective de la *soft law* par la *hard law* s'avère ici mitigée. D'un côté, la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté prévoit à titre expérimental – pour une durée d'un an – l'enregistrement systématique des contrôles d'identité réalisés en application de l'article 78-2 du Code de procédure pénale par les agents équipés d'une caméra mobile¹⁰³. De l'autre, les différents amendements déposés à cette même loi et visant à la mise en place d'un document relatant le contrôle ont été rejetés.

B. *Les discriminations en lien avec la maladie*

Moins sur le devant de la scène, les discriminations en lien avec la maladie peuvent néanmoins avoir des conséquences dramatiques¹⁰⁴. Pour les personnes

¹⁰¹ Défenseur des droits (fr.), décision MDS-2016-132 relative à des contrôles d'identité discriminatoires, 29 avril 2016.

¹⁰² Défenseur des droits (fr.), « Enquête sur l'accès aux droits. Volume 1. Relations police/population : le cas des contrôles d'identité », préc., p. 31 ; recommandation n° 12 de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), « Prévention des pratiques de contrôle d'identité discriminatoires et/ou abusives », préc.

¹⁰³ Art. 211 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (fr.) ; décret n° 2017-636 du 25 avril 2017 relatif aux conditions de l'expérimentation de l'enregistrement des contrôles d'identité par les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale équipés d'une caméra mobile (fr.).

¹⁰⁴ Selon le Haut Commissariat aux droits de l'homme, au cours des dix dernières années, plus de six cents attaques contre des enfants et des adultes atteints d'albinisme ont été recensées dans vingt-huit pays.

atteintes d'albinisme, la prise de conscience de la situation a passé un cap avec la résolution relative au plan d'action régional sur l'albinisme en Afrique prise par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁰⁵. La Commission exhorte les États à prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en place du plan et à assurer la protection et la promotion effectives des droits des personnes souffrant d'albinisme et des membres de leur famille. Ce plan d'action comprend quinze étapes pratiques visant à mettre fin aux discriminations, attaques et meurtres dont sont victimes ces individus. Il prévoit notamment des mesures de responsabilisation pour combattre l'impunité en donnant priorité à la poursuite des cas d'attaques contre les albinos, ou encore des mesures de prévention pour déterminer les causes profondes des attaques et proposer des solutions. À ce sujet, l'experte indépendante des Nations Unies sur l'albinisme s'est intéressée à la question de la sorcellerie en tant que cause profonde des agressions. Elle a recommandé aux gouvernements de revoir les lois sur la sorcellerie, tout en réglementant en parallèle la pratique de la médecine traditionnelle¹⁰⁶. Elle s'est également adressée à la communauté internationale pour qu'elle fasse « progresser le discours sur la sorcellerie afin d'améliorer la compréhension du phénomène ».

Une autre maladie – la lèpre – bénéficie du même processus de prise en compte par les acteurs de la *soft law*. Ainsi, le Conseil des droits de l'homme a décidé de nommer un rapporteur spécial sur l'élimination de la discrimination à l'égard des personnes touchées par la lèpre et des membres de leur famille¹⁰⁷. Ce dernier devra notamment « mener des activités de sensibilisation aux droits des personnes touchées par la lèpre et lutter contre la stigmatisation, les préjugés et les pratiques traditionnelles et croyances préjudiciables qui empêchent ces personnes d'exercer leurs droits ». Face à ce type de discrimination, la *soft law* apparaît la plus à même de tirer une sonnette d'alarme afin que l'indifférence cesse, et d'être par la même occasion une force de proposition.

Delphine MARDON

¹⁰⁵ Com. afr. dr. h., résolution relative au plan d'action régional sur l'albinisme en Afrique (2017-2021) – CADHP/Rés. 373 (LX) 2017, 22 mai 2017.

¹⁰⁶ Rapport de l'experte indépendante des Nations Unies sur l'exercice des droits de l'homme par les personnes atteintes d'albinisme, A/HRC/34/59, 10 janvier 2017.

¹⁰⁷ Résolution 35/9 du Conseil des droits de l'homme, 22 juin 2017, « Élimination de la discrimination à l'égard des personnes touchées par la lèpre et des membres de leur famille ». Alice Cruz (Portugal) a été nommée lors de la trente-sixième session du Conseil des droits de l'homme.

VIII. Droits économiques, sociaux et culturels

La période couverte par cette chronique a de nouveau été marquée par une prolifération de textes de *soft law* apportant leur lot d'innovations juridiques en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Le foisonnement du «droit souple» déjà observé lors des précédentes chroniques dans ce domaine spécifique des droits fondamentaux¹⁰⁸ ne se dément donc pas.

Dans le contexte persistant de crise économique, ce sont surtout les droits sociaux qui ont été l'objet d'une attention particulière entre octobre 2016 et octobre 2017. L'Union européenne et le Conseil de l'Europe se sont ainsi engagés dans un dialogue interinstitutionnel visant la coconstruction, par le biais de la *soft law*, d'un nouvel ensemble de droits sociaux. En effet, l'Union s'est lancée depuis 2015 dans l'élaboration d'un «Socle européen des droits sociaux» visant à conférer aux citoyens européens de nouveaux droits fondés sur les principes d'égalité des chances, d'équité des conditions de travail, de protection et d'insertion sociales. Ce processus de renforcement de l'architecture normative européenne en matière sociale, soutenu par le Conseil de l'Europe dans le cadre du «processus de Turin»¹⁰⁹, a connu une avancée décisive ces derniers mois¹¹⁰. Le Socle européen des droits sociaux adopté par le Conseil européen le 23 octobre 2017 s'inspire en effet sensiblement de la Charte sociale européenne révisée et répond ainsi aux recommandations de l'Assemblée parlementaire et du Secrétaire général du Conseil de l'Europe qui militaient pour une cohérence normative entre les droits proclamés dans la Charte et le *corpus* juridique de cette «Europe sociale» en construction¹¹¹.

Ce travail commun autour du Socle européen des droits sociaux est révélateur d'un souci plus général de renforcer la protection des droits économiques, sociaux et culturels, alors même que les effets dommageables de la mondialisa-

¹⁰⁸ En ce sens, voy. *cette Revue*, 2016, pp. 204-210 et *cette Revue*, 2017, pp. 327-334.

¹⁰⁹ Le Processus de Turin, lancé par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en 2014, vise le renforcement du système normatif de la Charte sociale européenne au sein du Conseil de l'Europe et dans ses relations avec le droit de l'Union européenne. Voy. <http://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/turin-process>.

¹¹⁰ Commission européenne, recommandation sur la mise en place d'un socle européen des droits sociaux, 26 avril 2017, Doc. C(2017) 2600 final. Ce «Socle européen» est destiné à définir le cadre de ces nouveaux droits sociaux et à donner les orientations nécessaires à leur mise en œuvre par les États membres.

¹¹¹ Avis du Secrétaire général du Conseil de l'Europe sur l'initiative visant la mise en place d'un Socle européen des droits sociaux par l'Union européenne, 2 décembre 2016, <https://rm.coe.int/16806dd0bd>; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, «Le 'processus de Turin': renforcer les droits sociaux en Europe», résolution 2180 (2017) et recommandation 2112 (2017), 30 juin 2017.

tion sur l'exercice des droits fondamentaux ne cessent d'être dénoncés¹¹². Deux résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et un avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme appellent ainsi les pouvoirs publics à rouvrir ou à poursuivre les négociations des accords de commerce et d'investissement de « nouvelle génération », de sorte que ces traités ne compromettent pas la garantie des droits fondamentaux¹¹³.

Sabine LAVOREL

A. *Droit à des conditions de travail satisfaisantes*

Dans le contexte de la crise économique et de la précarisation de l'emploi, le souci de garantir aux travailleurs des conditions de travail satisfaisantes semble se diffuser au sein des instances internationales. En avril 2016, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies adoptait son « Observation générale n° 23 sur le droit à des conditions de travail justes et favorables », précisant ainsi le sens et l'interprétation de l'article 7 du Pacte international de 1966¹¹⁴. Dans la lignée de cette observation, l'Organisation internationale du travail et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont publié des recommandations relatives aux droits des travailleurs domestiques, souvent précarisés, sous-payés et/ou non déclarés. Le rapport de l'Organisation internationale du travail préconise donc différentes mesures pour lutter contre le travail domestique informel¹¹⁵, tandis que la résolution parlementaire invite les États membres à renforcer leurs législations en matière de protection des droits des travailleurs domestiques, notamment des femmes¹¹⁶.

¹¹² Assemblée générale des Nations Unies, « La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme », résolution 71/197 du 19 décembre 2016 (Doc. A/RES/71/197).

¹¹³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Les accords commerciaux de 'nouvelle génération' et leurs implications pour les droits sociaux, la santé publique et le développement durable », résolution 2152 (2017), 27 janvier 2017; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La compatibilité avec les droits de l'homme de l'arbitrage investisseur/État dans les accords internationaux de protection des investissements », résolution 2151 (2017), 27 janvier 2017; Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), « Ne sacrifions pas les droits de l'homme aux intérêts commerciaux – L'exemple de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA) », avis sur les accords internationaux de commerce et d'investissement, 15 décembre 2016, 95 p.

¹¹⁴ Doc. E/C.12/GC/23, 26 avril 2016.

¹¹⁵ Organisation internationale du travail, « Formaliser le travail domestique », décembre 2016, 67 p.

¹¹⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Les droits en matière d'emploi des travailleurs domestiques en Europe, spécialement ceux des femmes », résolution 2167 (2017), 30 mai 2017.

De manière sans doute plus singulière, l'impact de la *soft law* sur l'évolution du droit à des conditions de travail satisfaisantes a été mis en évidence par l'adoption (et la médiatisation¹¹⁷) d'une Charte sur les relations de travail et le bien-être des mannequins par les entreprises françaises LVMH et Kering¹¹⁸. De tels codes de conduite, qui procèdent de logiques autonormatives volontaristes, témoignent du rôle que peuvent jouer les acteurs privés dans la formation du droit (souple), mais aussi dans la garantie de l'application effective des droits fondamentaux. L'adoption de cette Charte prend en effet une dimension particulière dans le contexte de l'affaire Weinstein qui a eu des répercussions dans tous les milieux professionnels – notamment de la mode – et de la préparation du futur projet de loi contre les violences sexuelles et sexistes qui sera présenté au Parlement français courant 2018.

Sabine LAVOREL

B. Droit à l'éducation

Durant la période couverte par cette chronique, plusieurs normes de *soft law* sont venues éclairer et préciser un aspect précis du droit à l'éducation : l'accès à l'école et/ou à l'université. Différents rapports, en France comme au niveau international, font en effet le constat de la difficulté pour certains enfants de suivre correctement leur scolarité, en raison notamment de la précarité socio-économique de leurs parents ou du manque d'infrastructures scolaires convenables¹¹⁹. Ces différents rapports proposent des mesures pour rendre l'école ou l'enseignement supérieur mieux accessible et plus équitable.

Deux autres textes de droit souple présentent un intérêt notable en raison de l'éclairage spécifique qu'ils donnent au droit à l'éducation. La *soft law* joue ici un rôle d'innovation juridique en venant préciser, voire élargir, la portée d'un

¹¹⁷ F. BÉGUIN et J. GARNIER, «Les mannequins taille 32 interdites de podiums chez LVMH et Kering», *Le Monde*, 7 septembre 2017.

¹¹⁸ http://www.kering.com/sites/default/files/charte_sur_les_mannequins_lvmh_kering_2p_fr.pdf.

¹¹⁹ Voy. Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), «Avis sur l'effectivité du droit à l'éducation dans les Outre-mer – Regard particulier sur la Guyane et Mayotte», 6 juillet 2017, 89 p.; Défenseur des droits (fr.), «Droit fondamental à l'éducation : une école pour tous, un droit pour chacun», rapport droits de l'enfant 2016, novembre 2016, 151 p.; Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), «Avis sur le suivi des recommandations du Comité des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels à l'attention de la France», 6 juillet 2017, pp. 69-75; UNESCO, «L'éducation pour les peuples et la planète : créer des avenir durables pour tous», rapport mondial de suivi sur l'éducation 2016, 2017, 528 p.

droit formellement proclamé par une loi ou un traité. La première de ces innovations résulte d'un rapport de la rapporteuse spéciale des Nations Unies sur le droit à l'éducation¹²⁰, affirmant le potentiel de l'éducation non formelle pour assurer une formation de base aux enfants non scolarisés et favoriser l'alphabétisation des adultes¹²¹; le rapport émet une série de recommandations visant à assouplir le système éducatif traditionnel. Le second texte, qui relève du droit international humanitaire, tend à garantir l'effectivité du droit à l'éducation en temps de guerre: les «Lignes directrices pour la protection des écoles et des universités contre l'utilisation militaire durant les conflits armés»¹²² édictées en décembre 2016 contribuent en effet à préciser la portée de l'obligation pesant sur les belligérants de respecter et d'assurer le caractère civil des écoles. Cette obligation, qui n'est inscrite dans aucun texte international contraignant en matière de droit à l'éducation ou de *jus in bello*, fait suite à la déclaration éponyme adoptée en décembre 2014 par la «Global Coalition to Protect Education from Attack»¹²³. Au-delà de leur contenu novateur, ces lignes directrices se distinguent donc également par leur mode d'élaboration: mises en œuvre par les gouvernements norvégien et argentin dans le cadre d'une coalition transnationale, elles sont désormais formellement approuvées par cinquante-six États qui se sont engagés unilatéralement à les respecter. Il ne s'agit donc pas d'un traité, mais bien de déclarations d'intention relevant de la *soft law*.

Sabine LAVOREL

C. Responsabilité sociale et environnementale des entreprises

Le thème de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises a été l'objet, comme les années précédentes¹²⁴, d'un fort activisme normatif de la part des institutions onusiennes, européennes et nationales qui multiplient les textes de *soft law* en la matière. Cette mobilisation du droit souple permet

¹²⁰ Human Rights Council, «Report of the Special Rapporteur on the right to Education: Realizing the right to education through non-formal education», juin 2017, Doc. A/HRC/35/24.

¹²¹ Le rapport indique que 263 millions d'enfants sont privés d'éducation formelle et 775 millions d'adultes sont analphabètes dans le monde.

¹²² http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/guidelines_fr.pdf.

¹²³ <http://www.protectingeducation.org/guidelines>. Sur ces lignes directrices, voy. A. FERRELLI, «Military Use of Educational Facilities during Armed Conflict: an Evaluation of the Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict as an Effective Solution», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 44, 2015-2016, pp. 339-367.

¹²⁴ Voy. les chroniques précédentes: *cette Revue*, 2016, pp. 208-210 et *cette Revue*, 2017, pp. 332-334.

désormais de dessiner les contours juridiques du concept de « responsabilité sociale des entreprises » par la juxtaposition de textes portant sur des aspects spécifiques de cette responsabilité, mais au détriment sans doute d'une cohérence d'ensemble à laquelle les rédacteurs du futur traité sur la réglementation des activités des sociétés transnationales devront d'autant plus veiller.

Parmi les textes publiés durant la période étudiée, l'« Observation générale » n° 24 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies qui précise l'étendue des obligations pesant sur les États dans le cadre des activités des entreprises multinationales¹²⁵, constitue sans doute l'effort de normalisation le plus abouti ; elle complète en cela très utilement les « Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » publiés par le Conseil des droits de l'homme en 2011¹²⁶. D'autres avis et recommandations portent, pour leur part, sur les obligations pesant sur les entreprises, qu'il s'agisse pour elles de mettre en œuvre les objectifs de développement durable des Nations Unies¹²⁷ ou d'éradiquer le trafic d'êtres humains de leurs chaînes d'approvisionnement¹²⁸. Il est notable que des organismes privés participent également à ce travail normatif, en émettant des guides de bonnes pratiques à destination des entreprises¹²⁹.

Au niveau européen, les textes de *soft law* émis par les institutions ou agences de l'Union visent à compléter le dispositif normatif applicable aux entreprises européennes. Ainsi, le Parlement européen a adopté en octobre 2016 une résolution sur la responsabilité des entreprises pour les violations graves des droits

¹²⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, « General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities », juin 2017, Doc. E/C.12/GC/24.

¹²⁶ Conseil des droits de l'homme, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence 'protéger, respecter et réparer' des Nations Unies », Doc. A/HRC/17/31.

¹²⁷ UN Working Group on Business and Human Rights, « The business and human rights dimension of sustainable development : Embedding 'Protect, Respect and Remedy' in Sustainable Development Goals (SDGs) Implementation – 10 key recommendations to Governments and Businesses », Genève, 30 juin 2017.

¹²⁸ Conseil des droits de l'homme, « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants », juin 2017, Doc. A/HRC/35/37.

¹²⁹ Voy. notamment International Bar Association, « Handbook for Lawyers/Contents.aspx ; Entreprise B&L Évolution, Global Compact France, « Entreprises, contribuez aux Objectifs de Développement Durable ! – Guide de mise en œuvre à destination des entreprises », octobre 2016, 44 p.

de l'homme dans les pays tiers¹³⁰ ; parmi plusieurs recommandations, le Parlement invite la Commission et les États membres à garantir un droit de recours effectif aux victimes de ces violations. Sur ce point, la résolution parlementaire se situe sur la même ligne que l'avis de l'Agence européenne des droits fondamentaux du 17 avril 2017, relative à la réparation des atteintes aux droits de l'homme résultant de l'activité des entreprises européennes¹³¹.

En France, enfin, les avancées de la *soft law* en matière de responsabilité des entreprises doivent être replacées dans le contexte de l'adoption, en mars 2017, de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères¹³². Cette loi, qui résulte d'un « durcissement » de principes qui relevaient jusqu'alors du droit souple¹³³, inscrit pour la première fois dans le droit français une obligation de vigilance visant « à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » résultant des activités des entreprises françaises de plus de 5 000 salariés, de leurs filiales et de leurs sous-traitants et fournisseurs, en France et à l'étranger¹³⁴. Cette loi constitue une avancée notable dans l'établissement d'une véritable responsabilité sociale des entreprises, soulignant ainsi la portée des efforts entrepris à cet égard par la Commission nationale consultative des droits de l'homme ces dernières années. Le rôle de la Commission devrait par ailleurs se trouver renforcé par la mise en place, en avril 2017, du « Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises »¹³⁵. Ce plan d'action, fondé sur la trilogie « protéger, respecter, remédier », reprend les recommandations émises en la matière par la Commission nationale consultative des droits de l'homme et la Plate-forme nationale pour la responsabilité

¹³⁰ Parlement européen, résolution du 25 octobre 2016, « Responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers », P8_TA(2016)0405.

¹³¹ European Union Agency for Fundamental Rights, « Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the E.U. Level », 10 avril 2017, Doc. FRA Opinion – 1/2017.

¹³² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *J.O.R.F.* n° 0074 du 28 mars 2017, texte n° 1.

¹³³ À cet égard, voy. le très intéressant article de K. MARTIN-CHENUT, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Dr. soc.*, 2017, pp. 798-805.

¹³⁴ Pour un commentaire de la loi, voy. notamment A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Dall.*, 2017, p. 1610 ; T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Rev. dr. trav.*, 2017, p. 380.

¹³⁵ https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/3_-_pnadh_fr_version_finale_bandeau_cle0be656.pdf.

sociale des entreprises¹³⁶ et présente des propositions d'action afin de renforcer l'application des Principes directeurs de l'ONU ; il est doté d'un mécanisme de suivi et d'évaluation assuré par la Commission dont il faudra désormais suivre les rapports dans ce domaine. La France rejoint ainsi les douze autres États membres de l'Union européenne désormais dotés de plans d'action similaires, la Belgique ayant adopté le sien le 23 juin 2017¹³⁷.

Sabine LAVOREL

IX. Surveillance, renseignement et lutte contre le terrorisme

Au niveau onusien, à la suite de la reprise à Daesh de Mossoul par les forces gouvernementales irakiennes appuyées par les partenaires de la coalition internationale, le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a souligné que la meilleure réponse, après les horreurs passées « consiste à redoubler d'efforts pour créer un pays basé sur l'égalité et l'État de droit »¹³⁸. Pour ce faire, il fixe une feuille de route à l'État irakien allant de l'ouverture d'enquêtes sur les allégations de graves violations des droits de l'homme visant les différentes parties au conflit, à la réforme du système judiciaire pour permettre aux juridictions nationales de punir les crimes internationaux, en passant par les réformes législatives nécessaires pour que ces tribunaux correspondent aux normes internationales en la matière.

Au niveau régional, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté en avril 2017 une résolution dénonçant une utilisation abusive par certains États du système d'Interpol et de ses notices rouges pour réprimer les opposants politiques à l'étranger. Notant que ces notices, qui permettent de demander la localisation ou l'arrestation de certaines personnes, ne peuvent être contestées devant aucune juridiction nationale ou internationale, l'Assemblée souligne que « cette immunité de juridiction ne peut se justifier que dans la mesure où un mécanisme de recours interne offre un recours effectif

¹³⁶ Cette plate-forme a été créée en juin 2013 pour faciliter le dialogue et la concertation entre les différents acteurs de la société française (représentants des entreprises, des salariés, des associations et ONG...) et les représentants des pouvoirs publics (administrations centrales, assemblées parlementaires, collectivités territoriales...).

¹³⁷ « Plan d'action national Entreprises et droits de l'homme », disponible sur le site https://www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720_plan_bs_hr_fr.pdf.

¹³⁸ Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « La justice et la réconciliation sont essentielles à la guérison des blessures causées par Daesh en Irak », communiqué de presse du 11 juillet 2017.

au sens des normes applicables en matière de droits de l'homme»¹³⁹. L'Assemblée parlementaire se félicite de l'entrée en vigueur en mars 2017 du nouveau statut de la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol compétente pour se prononcer sur les notices abusives. Cherchant ensuite à pallier la faiblesse de la *hard law* et l'immunité de ces notices potentiellement attentatoires aux droits de l'homme, elle appelle à un renforcement du mécanisme de recours à la Commission, notamment en termes d'indépendance vis-à-vis d'Interpol, de respect des normes procédurales minimales ainsi que de motivation de ses décisions. Le rapporteur de l'Assemblée parlementaire sur le sujet a pu saluer, moins d'une semaine après l'adoption de cette résolution, la nouvelle pratique d'Interpol consistant à publier des extraits de décisions de la Commission de contrôle des fichiers¹⁴⁰.

Dans le cadre de l'Organisation des États américains, c'est la *soft law* internationale qui a pu être mobilisée avec succès. L'affaire *Pollo Rivera e.a. c. Pérou* soumise à la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernait un médecin condamné pour avoir réalisé des actes médicaux au bénéfice de membres du groupe Sentier Lumineux, organisation qualifiée de terroriste par l'État péruvien. S'appuyant à la fois sur du droit dur onusien – à savoir notamment des résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies relatives à la lutte contre le terrorisme – ainsi que sur de la *soft law* relative à l'accès aux soins médicaux en situation de conflit armé ou de lutte contre le terrorisme – en l'occurrence les travaux du rapporteur spécial de l'Organisation des Nations Unies sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible –, la Cour considère qu'en condamnant le requérant pour complicité d'actes de terrorisme, l'État a violé le principe de légalité garanti à l'article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme en criminalisant l'acte médical¹⁴¹.

La pratique du recours à la *soft law* pour préciser le cadre de l'exercice de certaines professions en lien avec les problématiques relatives à la lutte contre le terrorisme s'est aussi développée au niveau national. Ainsi en France, afin d'éclairer les professionnels des médias sur la façon dont ils doivent couvrir les actes de terrorisme, l'article 20 de la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures

¹³⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, «Recours abusif au système d'Interpol: nécessité de garanties légales plus strictes», résolution 2161(2017), 26 avril 2017, § 6.

¹⁴⁰ Communiqué de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le recours abusif à Interpol, «Le rapporteur sur l'abus des notices rouges d'Interpol salue la publication des extraits de la décision d'appel», 5 mai 2017.

¹⁴¹ Cour interam. dr. h., arrêt *Pollo Rivera e.a. c. Pérou*, 21 octobre 2016, série C, n° 319, § 235.

de renforcement de la lutte antiterroriste assigne au Conseil supérieur de l'audiovisuel l'objectif d'élaborer «un code de bonne conduite relatif à la couverture audiovisuelle d'actes terroristes». Après une période de consultations, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a rendu publiques le 25 octobre 2016 ses «Précautions relatives à la couverture audiovisuelle d'actes terroristes» à lire en parallèle de sa recommandation de 2013 relative au traitement des conflits internationaux, des guerres civiles et des actes terroristes par les services de communication audiovisuelle. Les précautions énoncées concernent notamment la nécessité de prévoir des procédures garantissant la fiabilité des informations diffusées. L'autorité administrative indépendante «invite les éditeurs à poursuivre leur réflexion sur leurs pratiques, en prenant en compte, si ce n'est déjà le cas, les préconisations du présent document».

En parallèle, la *soft law* nationale et la *soft law* européenne ont convergé pour critiquer, d'une part, la prolongation de l'état d'urgence en France et, d'autre part, ce qu'elles ont présenté comme étant sa banalisation. Sans concession sur le sujet, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a ainsi multiplié les critiques à l'égard de la prolongation de l'état d'urgence et appelé à ce qu'il prenne fin¹⁴². Par ailleurs, la Commission et le Défenseur des droits ont rendu en juillet 2017, à un jour d'intervalle, chacun un avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. La Commission nationale consultative des droits de l'homme y souligne le caractère dangereux pour les droits et libertés des nombreuses lois adoptées pour lutter contre le terrorisme en les qualifiant d'opportunistes¹⁴³. Par ailleurs, si elle «note avec soulagement que le gouvernement a pris en compte certaines préconisations émises par le Conseil d'État dans son avis du 15 juin 2017», elle ajoute que «les quelques limites ainsi apportées par le projet de loi aux prérogatives exorbitantes reconnues aux autorités administratives dans le cadre de l'état d'urgence lui paraissent néanmoins insuffisantes»¹⁴⁴. Regrettant d'avoir encore une fois été obligée de s'autosaisir du projet de loi, elle se penche notamment sur les «notes blanches» des services de renseignement sur lesquelles les autorités administratives fondent souvent leur action. La Commission souligne qu'«une note blanche ne peut être considérée comme probante qu'autant qu'elle est suffisamment circonstanciée et précise, soumise au débat

¹⁴² Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures antiterroristes de la loi du 21 juillet 2016, 26 janvier 2017; communiqué de presse, «État d'urgence: l'État de droit et les droits de l'homme en péril – Ayons le courage politique d'en sortir!», 26 janvier 2017; communiqué de presse, «La levée de l'état d'urgence, c'est maintenant!», 17 mars 2017.

¹⁴³ Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.) sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 6 juillet 2017, p. 3.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

contradictoire sans être sérieusement contestée, et confortée par des éléments complémentaires extrinsèques»¹⁴⁵. Identifiant finalement dans l'état d'urgence «un dispositif inefficace et contre-productif» et estimant qu'«indépendamment des aménagements prévus par le gouvernement, le projet de loi consacre une dangereuse banalisation des mesures de l'état d'urgence», la Commission recommande «l'abandon de ce projet de loi en ce qu'il incorpore de manière définitive l'état d'urgence dans l'ordre juridique». Le Défenseur des droits a lui aussi considéré qu'«en souhaitant intégrer dans le droit commun de la lutte contre le terrorisme des dispositions qui ont, jusqu'à ce jour, relevé d'un droit d'exception, le gouvernement prend le risque de remettre en cause, d'une part, l'équilibre qui fonde le droit pénal entre exigences de sécurité et protection des droits et libertés, et d'autre part, l'équilibre entre rôle de l'autorité administrative et rôle de l'autorité judiciaire»¹⁴⁶. De façon particulièrement intéressante, les *soft law* nationale et européenne se citent réciproquement, renforçant ainsi leur poids respectif. Ainsi le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, auquel la Commission nationale consultative des droits de l'homme peut parfois faire référence¹⁴⁷, peut lui aussi saluer la *soft law* adoptée au niveau national. Tel a été le cas dans la lettre qu'il a adressé aux sénateurs membres de la Commission des lois avant l'examen en séance publique par le Sénat du projet de loi précité. Dans ce courrier daté du 10 juillet 2017, le commissaire souligne qu'il convient de veiller à ce que ce projet de loi «ne se traduise pas en un prolongement indéfini de l'état d'urgence», et ajoute qu'il «partage à cet égard l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et du Défenseur des droits de l'homme que l'état d'exception doit demeurer provisoire et ne doit pas 'contaminer' de manière permanente le droit commun». Reprenant notamment expressément les critiques de la Commission sur le dispositif des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, le commissaire souhaitait par ce courrier souligner l'inadéquation d'un certain nombre de dispositions insérées dans le projet de loi avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et entamer un «dialogue constructif» avec les représentants du Parlement français. Au final, la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme prévoit notamment des périmètres de protection, la fermeture de lieux de culte,

¹⁴⁵ Sur ce sujet, voy. J.-P. FOEGLE et N. KLAUSSER, «La zone grise des notes blanches», *Délibérée*, 2017, n° 2, pp. 41-45.

¹⁴⁶ Défenseur des droits (fr.), avis n° 17-05 sur le projet de loi n° 587 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 7 juillet 2017, p. 2.

¹⁴⁷ Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), «Contre un état d'urgence permanent», 15 décembre 2016: elle souligne que le commissaire avait fait état des risques associés à l'état d'urgence lors de sa rencontre avec le ministre français de l'Intérieur le 30 novembre 2016.

des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance ainsi que des visites domiciliaires et des saisies. La *soft law* susmentionnée n'a pas eu d'impact en ce qu'elle critiquait notamment le fait que les mesures individuelles de contrôle et de surveillance puissent être adoptées par l'autorité administrative et que le rôle du juge était limité à un contrôle *a posteriori*. En effet, tout comme dans le projet de loi, les dispositions définitivement adoptées prévoient que c'est le ministre de l'Intérieur qui, après en avoir informé le procureur de la République de Paris et le procureur de la République territorialement compétent, peut faire obligation à une personne de ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme ou lui proposer un placement sous surveillance électronique mobile.

Sandrine TURGIS

X. Numérique et droits fondamentaux

A. *S'adapter pour protéger*

Avec ses nouvelles possibilités qui semblent infinies, le monde de la technologie et du numérique interroge sans relâche les libertés fondamentales. Pour ne pas laisser de zone grise, la *hard law* court après les innovations, limitant de son mieux les atteintes aux droits des individus. Dans une recommandation d'avril 2017, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constate que le législateur a « de plus en plus de mal à s'adapter à l'évolution [...] des technologies, et à élaborer les textes réglementaires et les normes qui s'imposent »¹⁴⁸. Pour améliorer la protection des droits, elle préconise l'utilisation de nouvelles formes de gouvernance, relevant notamment d'instruments de *soft law*¹⁴⁹, afin de bénéficier d'une plus grande adaptabilité. La question émergente des données médicales prédictives illustre ce point. En l'état du droit, il n'existe pas de cadre normatif régissant leur utilisation. Dans une recommandation d'octobre 2016, le Comité des ministres souhaite pallier ce manque¹⁵⁰. Il indique, dans son dernier considérant, que l'obtention des résultats recherchés (protection effective des données) exige l'adoption d'un cadre légal dans certains cas, tan-

¹⁴⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La convergence technologique, l'intelligence artificielle et les droits de l'homme », recommandation 2102 (2017), 28 avril 2017, § 3.

¹⁴⁹ *Ibid.*, §§ 5, 6 et 9.

¹⁵⁰ Recommandation (2016) 8 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le traitement de données à caractère personnel relatives à la santé à des fins d'assurance, y compris les données résultant de tests génétiques, 26 octobre 2016.

dis que dans d'autres, des modes alternatifs (*soft law*) produisent des résultats satisfaisants et donc suffisants.

Au plan onusien, le constat est similaire. Depuis l'observation générale n° 16 du Comité des droits de l'homme sur le droit à la vie privée¹⁵¹, le contexte a grandement évolué. Le «rythme soutenu du développement technologique» requiert désormais une nouvelle approche de la protection de la vie privée, adaptée aux «défis que pose l'ère du numérique»¹⁵². Pour s'adapter à ces nouveaux enjeux, le Conseil des droits de l'homme demande aux États de continuer à protéger le droit à la vie privée, en veillant à inclure dans ce dernier les communications numériques, la collecte de métadonnées, l'accès aux données par les entreprises¹⁵³... Les prestataires d'accès à internet, quant à eux, bien qu'ayant une influence notable sur la vie privée des individus, n'ont pas un rôle clairement défini par la loi. Dans son rapport annuel de 2017, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression décide, pour cette raison, de s'intéresser au rôle de l'État vis-à-vis de ces acteurs¹⁵⁴. Ses recommandations démontrent l'importance de réfléchir continuellement aux nouveaux risques pour les droits des individus. La *soft law*, en s'adaptant à ces nouvelles questions, étend son champ d'action et démontre une fois de plus son efficacité à traiter les problématiques modernes, grâce à ses modes d'élaboration souples et rapides.

B. Anticiper pour protéger

Bien évidemment, la question centrale de la protection des données personnelles continue de susciter de la *soft law*, afin d'examiner les lacunes des normes contraignantes récemment adoptées ou en discussion. En avril 2017, le groupe des «CNIL» européennes (G29), a diffusé ses lignes directrices visant à clarifier et illustrer le règlement européen sur la protection des données (RGPD), applicable à partir de mai 2018¹⁵⁵. Par ce moyen, il précise les questions de l'autorité du chef de file, du délégué à la protection des données, du nouveau

¹⁵¹ Observation générale 16 du Comité des droits de l'homme, article 17, 32^e session, 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1.

¹⁵² Conseil des droits de l'homme, «Le droit à la vie privée à l'ère du numérique», 34^e session, 22 mars 2017, Doc. A/HCR/34/L.7/Rev.1.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 2017, Doc. A/72/350.

¹⁵⁵ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

droit à la portabilité, ainsi que des analyses d'impact¹⁵⁶. Dans le cadre d'un tel changement législatif, la *soft law* anticipe les interrogations et prépare la mise en œuvre du règlement. Sur le même thème, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a émis en juin 2017 un avis sur l'incidence, en termes de droits fondamentaux, de la proposition visant à créer un système européen d'autorisation et d'information concernant les voyages (ETIAS), qui servirait à contrôler les personnes exemptées de l'obligation de visa souhaitant entrer sur le territoire de l'Union européenne¹⁵⁷. Dans cet avis, la *soft law* aborde les questions relatives aux libertés qui n'ont pas été traitées par les instances normatives européennes. Elle formule notamment des observations sur la collecte des données, mais également sur le profilage discriminatoire.

C. Contrôler pour protéger

Les organes nationaux émetteurs de *soft law* jouent un rôle en matière de contrôle de la *hard law*, entretenant de ce fait un lien spécifique avec les Cours suprêmes françaises. Le 15 décembre 2017, la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est prononcée à l'unanimité en faveur de la suspension du fichier dit « titres électroniques sécurisés » (TES)¹⁵⁸. Elle s'inquiète de l'atteinte potentielle dudit fichier à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁵⁹, qui prévoit le droit à la sûreté et à la liberté personnelle des individus. Ce « mégafichier », autorisé par le décret du 28 octobre 2016, contiendrait dans une seule base les données personnelles des détenteurs d'un passeport et/ou d'une carte d'identité nationale. Certains auteurs affirment que la voie réglementaire et non législative a été choisie afin d'éviter la censure constitutionnelle prévisible¹⁶⁰. Dans ce contexte, la *soft law* possède un rôle intéressant, puisqu'elle peut évaluer la norme de *hard law* au

¹⁵⁶ G29, « Guidelines for identifying a controller or processor's lead supervisory authority » ; « Guidelines on data Protection Officers » ; « Guidelines on the right to data portability » ; « Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) », adoptées les 4 et 5 avril 2017.

¹⁵⁷ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Avis sur l'incidence en termes de droits fondamentaux de la proposition relative à l'ETIAS », 30 juin 2017.

¹⁵⁸ Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), « Déclaration pour la suspension du fichier dit 'titres électroniques sécurisés' », 15 décembre 2016.

¹⁵⁹ Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), déclaration du 15 décembre, préc., § 5.

¹⁶⁰ R. PERRY, « Le fichier TES : un réel danger », *Rec. Dalloz*, 2017, pp. 56 et s.

regard des dispositions constitutionnelles¹⁶¹, en échappant aux contraintes classiques du contrôle.

L'ordre juridique national organise parfois précisément le contrôle de la *hard law* par la *soft law*, notamment avec la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Instituée par une loi de juillet 2015¹⁶², elle a rendu son premier rapport d'activité le 13 décembre 2016. Son rôle est d'effectuer le contrôle de l'activité des services de renseignement, en émettant des avis¹⁶³ ou des recommandations au premier ministre¹⁶⁴. Cette autorité développe ainsi une relation particulière avec la *hard law*, puisqu'elle peut saisir le Conseil d'État si le premier ministre ne donne pas une suite suffisante à sa *soft law*¹⁶⁵. Toutefois, la loi sur les transmissions empruntant la voie hertzienne échappait à son contrôle. Cette exception a été censurée par le Conseil constitutionnel¹⁶⁶, qui charge la Commission de suivre la mise en œuvre de cette loi pendant la période transitoire conduisant à une nouvelle législation, davantage protectrice des droits et libertés¹⁶⁷.

Charlotte PHILIPPE

XI. Personnes particulièrement vulnérables – Migrants et réfugiés

En matière de droit des migrations, l'année que couvre cette chronique semble avoir débuté sous de bons augures avec l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration de New York sur les migrants et les réfugiés¹⁶⁸, qui ouvre la voie à l'adoption en 2018 de deux cadres généraux (« Global Compacts ») dont la nature et la portée juridique et normative demeurent

¹⁶¹ Commission nationale consultative des droits de l'homme (fr.), déclaration du 15 décembre, préc., § 5.

¹⁶² Loi n° 2015-91 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, *J.O.R.F.* n° 171 du 26 juillet 2015.

¹⁶³ Par exemple : « Avis sur un projet de décret désignant les services de l'administration pénitentiaire pouvant être autorisés à recourir à certaines techniques de renseignement », délibération n° 1/2017 du 16 mai 2017.

¹⁶⁴ Art. L833-6 du Code de la sécurité intérieure (fr.).

¹⁶⁵ Art. 841-1 du Code de la sécurité intérieure (fr.).

¹⁶⁶ Cons. const. (fr.), décision n° 2016-590 QPC, 21 octobre 2016.

¹⁶⁷ Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (fr.), délibération n° 2/2016 du 10 novembre 2016, *J.O.R.F.* n° 303 du 30 décembre 2016.

¹⁶⁸ Résolution 71/1 du 19 septembre 2016.

incertaines¹⁶⁹. Le texte de la Déclaration laisse pour le moins songeur, tant il transpire de bons sentiments que les États ne paraissent aucunement éprouver. Comment ne pas constater le cynisme des États affirmant qu'ils acceptent « la responsabilité partagée qui [leur] incombe de gérer les déplacements massifs de réfugiés et de migrants avec humanité, sensibilité et compassion et en veillant à répondre aux besoins de chacun » (§ 11), qu'ils s'engagent « à protéger en tout temps la sécurité, la dignité et les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous les migrants, quel que soit leur statut migratoire » (§ 41), qu'ils ont « l'intention d'accroître le nombre et la diversité des voies de droit offertes aux réfugiés en vue de leur admission ou de leur réinstallation dans un pays tiers » (§ 77)? L'enfer – des migrants – est pavé des meilleures intentions – des États –, surtout quand ces dernières n'existent pas. En effet, quelques passages de la Déclaration de New York ne laissent pas de doutes quant aux objectifs réels des États. Est certes posé le souci de « faciliter et garantir des migrations sûres, ordonnées et régulières »; mais une incise qui se réfère aux retours et aux réadmissions est révélatrice des intentions réelles des États (§ 41). L'annexe I est des plus claires : « l'objectif primordial est d'instaurer des conditions favorables au retour des réfugiés dans leur pays » (§ 11). On ne peut évidemment que souhaiter aux réfugiés de retourner dans leurs pays, s'ils le souhaitent, une fois apaisés les tensions et les conflits qui les ravagent. Reste que les réelles intentions des États s'inscrivent non dans le temps long de la reconstruction des pays producteurs de migrants et de réfugiés, mais dans le temps court au risque de promouvoir la violation du principe de non-refoulement.

Il s'agit là d'une problématique dont la gravité marque l'actualité juridique. En témoignent les rappels à la substance et à la portée du principe de non-refoulement que réitèrent l'Agence de l'Union européenne pour les droits fondamentaux¹⁷⁰ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁷¹, dont rapports et résolutions composent une *soft law* plus informative que normative : dans le cadre de la coopération avec des États tiers pour les opérations de contrôle des frontières ainsi que pour la réalisation des mesures d'éloignement, les instruments internationaux et européens de protection des droits font obligation aux États parties de procéder à une évaluation préalable de la situation des droits de l'homme dans le pays tiers vers lequel le migrant doit être retourné,

¹⁶⁹ T. GAMMELTOFT-HANSEN, E. GUILD, V. MORENO-LAX, M. PANIZZON et I. ROELE, *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Lund, Raoul Wallenberg Institute, 2017, 35 p.

¹⁷⁰ European Union Agency for Fundamental Rights, « Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law », décembre 2016, 52 p.

¹⁷¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Répercussion sur les droits de l'homme de la réponse européenne aux migrations de transit en méditerranée », résolution 20174 (2017).

de clarifier les responsabilités de chacune des autorités impliquées ainsi que les procédures à suivre dans les arrangements administratifs passés entre lesdites autorités, de se dispenser de demander aux pays tiers d'intercepter les migrants risquant un réel préjudice, de garantir le débarquement des migrants interceptés ou secourus dans un lieu sûr. De tels rappels exposent en creux les pratiques des États qui leur sont clairement contraires. Dans la même optique que la déclaration conjointe Union européenne-Turquie du 18 mars 2016, dans le même esprit que le protocole d'entente du 3 août 2016 entre Franco Gabrielli, chef de la police et directeur général du département de la sécurité publique (Italie) et Hashim Osman el Hussein, directeur général de la police (Soudan)¹⁷², Paolo Gentiloni, premier ministre italien, et Fayez al-Sarraj, chef du gouvernement libyen d'unité nationale soutenu par les Nations Unies, ont signé le 2 février 2017 un protocole d'entente pour asseoir leur coopération en matière de développement, de lutte contre l'immigration irrégulière et la traite des êtres humains, et de renforcement du contrôle des frontières, et en réalité pour parvenir à réduire les flux migratoires vers l'Europe¹⁷³. Le lendemain, 3 février, se tenait le sommet européen de Malte dont la déclaration finale soutient une telle coopération avec les autorités libyennes¹⁷⁴, quand bien même les organisations internationales ont exprimé leur opposition à de telles politiques au regard des violations des droits dont sont victimes les migrants en Libye¹⁷⁵.

Il est intéressant de s'attarder sur l'analyse de tels accords informels et secrets, qui ont pour objectif de s'assurer que le pays partenaire limite les franchissements illégaux des frontières – au prix du droit de toute personne à

¹⁷² Human Rights and Migration Law Clinic of Turin, «Memorandum of Understanding between Italy & Sudan: a legal analysis», 2017, 33 p., <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/10/Report-Memorandum-of-Understanding-Sudan-Italy-SL-Clinic-UniTO.pdf>.

¹⁷³ «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana», disponible sur le site de Statewatch, <http://www.statewatch.org/news/2017/feb/it-libya-memo-immigration-border-security-2-2-17.pdf>; A. PALM, «The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?», *European Immigration and Asylum Law and Policy*, 2 octobre 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/>. Il convient de souligner ici que la cour de Tripoli dans un arrêt du 23 mars 2017 a bloqué la mise en œuvre du mémorandum en en suspendant l'application au titre de son illégalité, position que la Cour suprême libyenne a renversé dans une décision du 26 août 2017.

¹⁷⁴ «Malta Declaration by the members of the European Council on the external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route», 43/17, 3 février 2017.

¹⁷⁵ United Nations Support Mission in Libya, «Detained and Dehumanised. Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya», New York, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 13 décembre 2016, 32 p.

quitter le territoire d'un pays, y compris le sien –, et accepte tous les ressortissants de pays tiers qui seront renvoyés ou réorientés vers son territoire, tant ils permettent de saisir les ressorts d'une *soft law* nationale et européenne (circulaires, instructions, déclarations conjointes, mémorandums, etc.) jouant contre la *hard law* internationale (instruments composant le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés). Les modalités d'élaboration et d'adoption suivies se départissent des règles procédurales imposées par les normes supérieures, car l'intervention de l'organe législatif était exigée eu égard à son contenu normatif et ses implications financières (art. 80 et 87 sur la ratification des traités de la constitution italienne) et à ses atteintes aux droits des migrants (art. 10, § 2, sur la protection des droits des étrangers de la constitution italienne). En effet, le protocole d'entente du 2 février 2017, qui ne mentionne qu'une seule fois le terme de « droits » et qualifie les migrants de « clandestins » ou « illégaux », emporte l'institutionnalisation de violations du principe de non-refoulement, de la prohibition des expulsions collectives, et du droit à un recours effectif, passant outre la condamnation pourtant claire par la Cour européenne des droits de l'homme de l'Italie dans l'affaire *Hirsi Jamaa*¹⁷⁶ pour l'application de son traité d'amitié avec la Libye. Les États tendent ainsi à employer la *soft law* pour se dégager de leurs obligations imposées par la *hard law*, non seulement à la faveur de la signature d'arrangements avec des États tiers, mais également au gré de l'interprétation des instruments juridiques. Que l'on pense aux instructions ministérielles dont l'effectivité normative peut sembler supérieure à celle des textes législatifs. C'est dans une telle perspective que peut être citée l'instruction du 16 octobre 2017 du ministre de l'Intérieur français relative à l'éloignement des personnes représentant une menace pour l'ordre public qui affirme d'emblée que « la lutte contre l'immigration irrégulière est une politique publique qui doit être mise en œuvre avec la plus grande fermeté », et qui offre ensuite une interprétation de la notion de « menace pour l'ordre public » de nature à affecter de manière négative l'application des règles de police aux migrants¹⁷⁷.

La *soft law* est exploitée par les autorités publiques d'une manière assez similaire concernant la détention des migrants à laquelle le recours ne cesse de s'intensifier. Le cas de l'Italie en offre encore un exemple très révélateur concernant

¹⁷⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirsi Jamaa e.a. c. Italie*, 23 février 2012.

¹⁷⁷ « La notion de 'menace pour l'ordre public' ne se fonde pas exclusivement sur les troubles à l'ordre public déjà constatés, comme le ferait une sanction, mais constitue une mesure préventive, fondée sur la menace pour l'ordre public, c'est-à-dire sur une évaluation de la dangerosité de l'intéressé dans l'avenir. Cette appréciation prend naturellement en considération des faits déjà commis par le passé, mais demeure, en droit, indépendante des condamnations pénales prises à l'encontre de l'intéressé » (souligné dans le texte).

les *hotspots* qui y ont été établis, ainsi qu'en Grèce, en application de l'Agenda européen sur les migrations¹⁷⁸. Outre que leur organisation et leur finalité sont prévues par une note exploratoire de la Commission participant elle-même de la *soft law*¹⁷⁹, ils sont régis en Italie par un texte du ministre de l'Intérieur de février 2016¹⁸⁰, qui a été complété par une circulaire du 30 décembre 2016 du chef de la police et directeur général du département de la sécurité publique. Il en ressort une focalisation sur le contrôle, l'identification et l'éloignement des migrants. Et c'est dans cette perspective que la direction centrale de l'immigration et de la police aux frontières a pu adresser, le 26 janvier 2017, un télégramme aux postes de police de Rome, Turin, Brindisi et Caltanissetta leur demandant de mener des actions ciblées visant à détecter les ressortissants nigériens en situation irrégulière en vue de les placer en détention afin de les éloigner. Or les *hotspots* tant italiens que grecs ont fait l'objet de rapports qui mettent en évidence les atteintes aux droits qu'y connaissent les migrants¹⁸¹ : conditions de vie parfois inhumaines et dégradantes¹⁸² ; difficulté, voire impossibilité, d'accès à la demande de protection internationale ; priorisation des demandes selon la nationalité des demandeurs au mépris du principe de non-discrimination¹⁸³ ; situation critique des mineurs dont la sécurité n'est pas assurée alors qu'ils sont par définition vulnérables. Le recours à la détention des mineurs étrangers est problématique et inquiétant¹⁸⁴. En effet, en leur infligeant une telle privation de liberté, en leur déniaient la protection dont ils ont besoin (qui supposerait, par exemple, de garantir qu'un représentant dûment compétent soit nommé pour les accompagner et qu'une évaluation des risques d'exploitation ou d'abus soit systématiquement effectuée), les autorités nationales manifestent l'absence de considération qu'elles accordent à leur intérêt supérieur.

¹⁷⁸ COM(2015) 240 final, 13 mai 2015.

¹⁷⁹ «Explanatory note on the hotspot approach», <http://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>.

¹⁸⁰ «Standard Operating Procedures applicable in Italian Hotspots», http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/hotspots_sops_-_english_version.pdf.

¹⁸¹ Notamment European Union Agency for Fundamental Rights, «Opinion on Fundamental Rights in the hotspots set up in Greece and Italy», Vienne, 29 novembre 2016, 53 p.

¹⁸² Voy. Cour eur. dr. h., affaire *Allaa Kaak e.a. c. Grèce*, n° 34215/16, introduite le 16 juin 2016.

¹⁸³ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, «Hotspots, cold facts – Managing Migration by Selecting Migrants», in C. Grutters, S. Mantu et P. Minderhoud (dir.), *Migration on the Move. Essays on the Dynamic of Migration*, Brill, 2017, pp. 153-171.

¹⁸⁴ European Union Agency for Fundamental Rights, «Current Migration Situation in the EU: Separated Children», Vienne, décembre 2016, 21 p. et «European legal policies framework on immigration detention of children», Vienne, juin 2017, 112 p. ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, «Harmoniser la protection des mineurs non accompagnés en Europe», résolution 2136 (2016) ; Défenseur des droits (fr.), avis n° 17-03 sur la prise en charge des mineurs non accompagnés, 7 février 2017.

Loin de s'assurer que leurs législations en matière d'immigration et d'asile sont conformes aux exigences internationales et européennes, loin de «réexaminer [leurs] politiques migratoires pour déterminer si elles pourraient avoir des répercussions négatives fortuites»¹⁸⁵, les États maintiennent des législations nationales dont les dispositions ont des implications négatives sur l'effectivité des droits des migrants, et développent des normativités parallèles par la voie de la *soft law*, qui organisent le contournement des obligations internationales pour vider les droits des migrants – y compris des plus vulnérables d'entre eux – de toute leur portée et de tout leur contenu. Telle est bien la manière dont les autorités nationales et européennes conçoivent la *soft law* comme cela appert explicitement dans la lettre adressée par la Commission à Claude Moraes, président de la commission LIBE du Parlement européen. Après avoir évoqué la difficulté rencontrée à conclure des accords de réadmission en bonne et due forme avec les États tiers (États de transit ou de production de migrants), la Commission confirme l'option désormais préférée, à savoir celle de promouvoir des *standing operating procedures* (SOP) qui ont pour avantage d'être établies directement d'autorités administratives à autorités administratives. Et la Commission d'en expliciter les avantages attendus : «being non-legally binding, they do not have any effect on Member States' and third country's obligation under international, EU and national law, and do not have an impact on the rights of irregular migrants»¹⁸⁶. Les États s'attachent ainsi à instrumentaliser la *soft law* non pour promouvoir, mais pour contourner la protection des droits, tout en prétendant ne pas créer du droit ni affecter les droits.

Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE

¹⁸⁵ Déclaration de New York, § 45.

¹⁸⁶ Lettre signée par Matthias Ruete pour la D.G. Immigration et affaires intérieures qui a été publiée sur le site de Statewatch, <http://www.statewatch.org/news/2017/nov/eu-com-returns-stats.htm>.

Conditions d'abonnement pour 2018

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique): 226 € HTVA

Abonnement annuel Europe (papier et électronique): 266 € HTVA

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique): 306 € HTVA

Abonnement électronique: 198 € HTVA

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2018/10.622/2

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

«Dire le droit», «rendre la justice».

Quelle Cour européenne des droits de l'homme ?

par *Frédéric Krenc* 311

La France sous état d'urgence

(14 novembre 2015 – 1^{er} novembre 2017)

par *Stéphanie Hennette Vauchez* 347

Le Conseil constitutionnel français face à la répression de la négation

de crimes de génocide : une jurisprudence dans l'impasse ?

par *Hélène Surrel* 365

Le préambule de la Charte arabe des droits de l'homme :

vers un *aggiornamento* des droits de l'homme dans les États arabes ?

par *Fabienne Quilleré-Majzoub et Tarek Majzoub* 379

CHRONIQUE

La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux

(octobre 2016 – octobre 2017)

par *Anca Ailincai et al.* 409

JURISPRUDENCE

Quand la Cour européenne des droits de l'homme

méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines

et des violences de genre qui y sont liées

(obs. sous Cour. eur. dr. h., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)

par *Céline Verbrouck* 453

L'arrêt *A et B c. Norvège*, entre clarifications et nouvelles

interrogations sur le principe *non bis in idem*

(obs. sous Cour. eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *A et B c. Norvège*, 15 novembre 2016)

par *Laure Milano* 467

Employeurs : *the European Court of Human Rights is watching you*

(obs. sous Cour. eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bărbulescu c. Roumanie*, 5 septembre 2017)

par *Christophe Pettiti* 485

L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de

la Cour européenne des droits de l'homme

(obs. sous Cour. eur. dr. h., arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2018)

par *Sylvie Sarolea* 503

Prix 2017 de la Revue trimestrielle des droits de l'homme 523

Bibliographie 527

Revue des revues 531