

LES CONFLITS ENTRE DROITS FONDAMENTAUX*

Notes

Françoise Tulkens
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Introduction

L'interdiction de la discrimination doit-elle avoir la priorité sur la liberté d'expression, autorisant que des discours racistes soient publiés ? Ou faut-il adopter un raisonnement contraire ? Est-ce que des cartoons blasphématoires doivent être interdits, subordonnant la liberté d'expression à la liberté de religion ? Est-ce qu'un terroriste peut être torturé pour assurer la protection du droit à la vie de citoyens innocents ? Est-ce que la liberté de religion d'une enseignante doit céder par rapport à la liberté de religion des élèves, obligeant la première à ôter son voile à l'école ?

Même si le problème des conflits de droits est un problème classique qui a préoccupé depuis longtemps les juristes et les philosophes¹, il me paraît connaître un regain d'actualité.

I. Les raisons de l'actualité de la problématique

A. Le développement des droits fondamentaux

Tout d'abord, une première raison réside dans le développement continu de la liste des droits fondamentaux qui sont protégés en droit international et en droit constitutionnel. Ceci résulte non seulement de l'addition de nouvelles dispositions, de nouveaux protocoles ou de nouvelles conventions, mais ceci résulte aussi de l'*interprétation* qui est donnée à ces textes, une interprétation large, ouverte,

Les arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme mentionnés dans le texte sont disponibles sur son site internet, dans la base de données « Hudoc », à l'adresse suivante : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/>

¹ V. SAINT JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés publiques en droit français*, Paris, PUF, 1995 ; R. ALEXY, « Balancing Constitutional review and Representation », *International Journal of Constitutional Law*, octobre 2005, pp. 572-581 ; S. GREER, « Balancing and the European Court of Human Rights : a Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *Cambridge Law Journal*, 63(2), juillet 2004, pp. 412-124, spéc. p. 417.

évolutive, dynamique. Quand les droits fondamentaux peuvent être appliqués par des cours et tribunaux qui ont l'autorité de les interpréter (comme les cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme), chaque droit devient en lui-même de plus en plus développé et raffiné à travers la jurisprudence. On peut véritablement parler d'une création judiciaire de « droits dérivés » qui ne sont peut-être pas expressément prévus par les rédacteurs, les pères fondateurs, des traités ou de la Convention.

Ainsi, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît comme un droit inclus dans le droit à la protection de la vie privée, garanti par l'article 8, le droit à la protection contre des pollutions sévères ainsi que le droit des membres d'un groupe minoritaire de vivre selon sa tradition. De part et d'autre, ces droits sont susceptibles d'entrer en conflit, par exemple lorsque des espaces disponibles rares sont revendiqués à la fois pour assurer la protection de l'environnement et comme lieu d'installation de caravane de gitans. C'est le cas tout à fait clair dans l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001.

Toutefois, pourquoi auparavant la jurisprudence était-elle rare ? Peut-être, comme l'explique J. Velu, parce que « seuls les États peuvent être mis en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme de sorte qu'une requête dirigée contre un particulier ou un groupe de particuliers, comme par exemple des groupes de presse privés, du chef de violation de la Convention est en principe déclaré irrecevable. Il faut donc que le fait constitutif de la violation alléguée se situe dans la sphère de compétence de l'État mis en cause : l'action ou l'omission doit relever de la responsabilité directe ou indirecte d'une autorité publique relevant de cet État »². Mais cette situation a singulièrement évolué.

B. Le développement des obligations des Etats

Ceci m'amène à la seconde raison. La Cour a progressivement étendu le champ des obligations des États en développant les obligations positives qui se caractérisent par le fait qu'elles imposent aux Etats de veiller, par des mesures pratiques ou juridiques (législatives, administratives ou judiciaires) adéquates, à ce que des violations de la Convention ne soient pas commises jusque et y compris dans les relations entre personnes privées.

Par ailleurs, aujourd'hui, avec la redéfinition du rôle de l'Etat, les droits fondamentaux sont de

² . J. VELU, « Propos sur les normes applicables aux relations entre la justice et la presse », *Journal des tribunaux*, 1995, p. 587, n° 24.

plus en plus invoqués dans les situations qui opposent des personnes privées ou des groupes — des acteurs non étatiques — avec le résultat que l'application horizontale de la Convention — individu contre individu — se développe parallèlement à son application verticale — individu contre Etat³.

Cette évolution m'amène à un constat. L'intervention requise des États au sein des rapports interindividuels soulève, très souvent, un conflit entre droits et libertés garantis : liberté individuelle de l'un vs. protection du droit à la vie de l'autre⁴ ; droit au respect de la vie familiale des parents vs. protection de l'intégrité physique de leurs enfants⁵ ; droit à la liberté d'expression des journalistes vs. droit à la vie privée des citoyens⁶ ; droit à la liberté d'expression vs. droit de propriété tiré de l'article 1 du Protocole n° 1⁷. Parfois même aussi, comme dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, un conflit existe entre les différents droits d'une même personne (en l'espèce l'article 8 – vie privée et autonomie – et l'article 2 – droit à la vie et droit à mourir)⁸.

II. Les raisons de la nécessité d'un examen approfondi

Dans ce contexte, je pense que cette question de conflits de droits doit être abordée de front et approfondie pour deux raisons.

A. Une relative méconnaissance

Certains commentateurs estiment que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, des conflits entre droits fondamentaux ne sont pas reconnus comme tels, ce qui peut résulter dans des jugements qui examinent seulement si le droit invoqué par le requérant est violé, sans prendre en compte le droit concurrent invoqué par l'autre partie.

Ainsi par exemple en ce qui concerne l'article 6. Comparer à cet égard l'arrêt *Göç c. Turquie* de la Grande Chambre du 11 juillet 2002 (§ 57) et la décision d'irrecevabilité *Rippe c. Allemagne* du 2 février 2006. Ces deux cas concernent le refus d'une audience publique afin de respecter les autres

³ . A. CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993; Ph. ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Collected Courses of the Academy of European Law, 2005; A. CLAPHAM, *Human rights. Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, Collected Courses of the Academy of European Law, 2006, pp. 349 et s.

⁴ . Cour eur. D.H., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, § 116.

⁵ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2004, § 74.

⁶ . Cour eur. D.H., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004.

⁷ . Cour eur. D.H., arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003.

⁸ . Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

exigences de l'article 6 telles que la rapidité et l'efficacité de l'administration de la justice. Alors que, dans l'arrêt *Göç*, la Cour ne mentionne pas expressément le droit à un jugement dans un délai raisonnable (mais se réfère implicitement à cette idée), dans la décision *Rippe*, la Cour affirme que l'exigence de publicité est certainement un moyen d'assurer la confiance dans la Cour ; toutefois, la Cour doit également accepter qu'il y a d'autres considérations, en ce compris le droit à un jugement dans un délai raisonnable, et la nécessité corrélative de traiter les cas avec rapidité qui doit également être prise en considération pour déterminer la nécessité éventuelle d'une audience publique. Dans l'arrêt *Brasilier c. France* du 11 avril 2006, la Cour mentionne la protection des droits d'autrui comme étant le but légitime de la restriction de la liberté d'expression du requérant. La réputation comme élément de la vie privée (article 8) est clairement impliquée, tout comme la protection de l'article 6 § 2. Toutefois, la Cour ne consacre pas beaucoup d'attention à ces droits et se réfère seulement à la présomption d'innocence d'un adversaire politique. La décision d'irrecevabilité *Keller c. Hongrie* du 4 avril 2006 concerne des attaques contre un politicien qui ont été initiées au Parlement par un opposant et suivies par des déclarations dans les médias. La Cour se réfère à la protection de la réputation garantie par l'article 10 § 2 mais ne fait pas mention de l'article 8, même si elle se réfère à l'équilibre que les tribunaux hongrois doivent assurer entre les droits de la personnalité de l'homme politique et la liberté d'expression du requérant.

B. Des méthodes nouvelles de résolution à construire

Si la multiplication des droits a conduit à la multiplication des situations de conflits de droits, on constate qu'il y a peu de recherches qui ont été entreprises sur les critères et les méthodes utilisés par les législateurs ou les cours pour identifier et résoudre les situations de conflits entre droits fondamentaux.

Plus particulièrement, comme nous le verrons plus loin, les méthodes classiques d'interprétation de la Cour ne paraissent pas, pour un ensemble de raisons, véritablement pertinentes ou à tout le moins opérationnelles dans ce type de situation. Nous le verrons en ce qui concerne la question de la nécessité dans une société démocratique ainsi que la fameuse méthode de la balance des intérêts. En revanche, il m'apparaît donc de plus en plus que les conflits de droits supposent une méthode de résolution originale dont les jalons sont encore à construire⁹.

⁹ . Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation. Autour de l'arrêt *Chassagnou c. France* », *J.T.D.E.*, 1999, pp. 162-166.

III. Comment identifier les conflits de droits ?

Je pense que nous devons opérer un ensemble de distinctions au départ de la notion d'hierarchie.

A. Hiérarchie des sources

Dans certains cas, l'Etat cherche à protéger un droit garanti par un *autre instrument international* auquel l'Etat est partie. Le conflit ici est créé par les standards internationaux eux-mêmes. Ainsi, par exemple, l'article 4 a) de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale oblige les Etats à adopter des lois pénales qui interdisent les discours de haine raciste. Ici donc, les exigences concrètes qui font partie du droit de ne pas subir des discriminations sur la base de la race entrent directement en conflit avec le droit à la liberté d'expression.

Telle est la situation dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994 où la Cour estime qu'il faut « autant que faire se peut, interpréter les obligations souscrites par le Danemark au titre de l'article 10 de manière à les concilier avec celles découlant de la Convention des Nations Unies » (§ 30). En l'espèce, il s'agit de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et notamment l'article 4 qui dispose : « Les Etats parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discriminations raciales ; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ... ». La Cour estime, à cet égard, qu'il ne lui appartient pas « d'interpréter les mots "dûment compte" figurant à l'article 4 de ce texte et dont le sens se prête à diverses interprétations. La Cour tient cependant celle qu'elle donne de l'article 10 de la Convention européenne en l'espèce pour compatible avec les obligations du Danemark au regard de la Convention des Nations Unies » (§ 30).

En fait, quand un Etat partie à la Convention est obligé, sur base d'un autre instrument international de protection des droits de l'homme, de garantir certains droits qui peuvent entrer en conflit avec les droits et libertés protégés par la Convention, l'attitude de la Cour est en ligne avec l'approche

générale sur la question des obligations internationales en conflit que la Cour cherche à éviter en définissant ces obligations internationales comme un *intérêt de l'Etat* que celui-ci peut chercher à réaliser, si nécessaire en restreignant des droits reconnus par la Convention elle-même.

Pour éviter que les autorités ne soient confrontées à des obligations internationales en conflit et, en général, pour assurer la cohérence, la Cour insiste dans de nombreux cas sur le fait que la Convention européenne des droits de l'homme doit être lue selon les règles du droit international public général et qu'elle doit être interprétée, dans toute la mesure du possible, pour éviter que des obligations contradictoires ne soient imposées aux Etats parties.

B. Hiérarchie des droits

1) Droit et intérêt

Dans certains cas, le « droit » que l'Etat cherche à protéger n'est pas un droit reconnu par la Convention ou par un de ses Protocoles additionnels, même si celui-ci peut être considéré comme un intérêt important, voire même comme un droit fondamental, par la *législation interne*.

L'arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999 (GC) en est un exemple particulièrement clair. La Cour commence par évoquer de manière très claire la problématique des conflits de droits. « Si ces "droits et libertés" figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique". La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un "besoin social impérieux" susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention » (§ 113). Mais elle poursuit en distinguant soigneusement les situations. « Il en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des "droits et libertés" qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti. En l'occurrence, le Gouvernement fait état de la nécessité de protéger ou de favoriser un exercice

démocratique de la chasse. A supposer même que le droit français consacre *un "droit" ou une "liberté" de chasse*, la Cour relève, avec le tribunal administratif de Bordeaux (...), qu'un tel droit ou liberté ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention qui, en revanche, garantit expressément la liberté d'association. » (§ 113). En l'espèce, la Cour va procéder à un examen normal de proportionnalité et conclure que « contraindre de par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi » (§ 117).

Un autre exemple peut être trouvé dans les arrêts *Refah Partisi et autres c. Turquie* du 13 février 2003 et *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 lorsque la Cour évoque le principe de laïcité.

2) Droits absolus et droits relatifs

En ce qui concerne les *droits absolus*, ceux-ci en principe ne peuvent être restreints ni limités, même pour réaliser des objectifs légitimes et importants. Plus particulièrement, ces droits ne peuvent pas être réduits même en présence d'une nécessité sociale impérieuse ou d'un intérêt dominant. Tel est en tout cas clairement le message que l'on voit dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 (§ 163) ainsi que dans l'arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000 (§ 119).

Mais ici une question se pose : les droits absolus créent-ils au sein de la Convention une échelle des droits garantis ? La reconnaissance de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits fondamentaux me semble s'y opposer même si, dans l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, la Cour affirme que « le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »¹⁰. De même, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume Uni* du 29 avril 2002, la Cour rappelle aussi que « parmi les dispositions de la Convention qu'elle juge primordiales (...) elle accorde la prééminence à l'article 2 (...) sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés serait illusoire »¹¹.

¹⁰ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, §§ 72 et 94. Voy. aussi la même observation de S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, Les Dossiers du Journal des tribunaux, no. 39, 2003, p. 25.

¹¹ . Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 37.

A côté des droits absolus, il y a bien sûr ceux qu'on appelle les *droits à protection relative*. Qu'il s'agisse des articles 8, 9, 10 ou 11 de la Convention, celle-ci prévoit expressément que des ingérences sont possibles lorsqu'il s'agit de préserver certains intérêts comme la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale ou la protection des droits et libertés d'autrui. Ici, les limites prévues par le paragraphe 2 de ces dispositions peuvent restreindre l'exercice ou la protection d'un autre droit garanti par la Convention.

- Ainsi, en ce qui concerne l'article 8, les droits d'autrui peuvent être le droit à la vie privée, avec comme droit dérivé le droit à la réputation ou à l'honneur. L'exemple est évidemment l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004.
- De même, en ce qui concerne l'article 9, le droit de manifester ses convictions religieuses, qui n'est pas un droit absolu, peut s'opposer au droit d'assurer le respect des convictions de chacun (arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 33 ; arrêt *Larissis et autres c. Grèce* du 24 février 1998). La *protection des mineurs* peut également entrer dans les droits d'autrui (décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001 ; décision *Ciftçi c. Turquie* du 17 juin 2004). Les droits et libertés d'autrui peuvent également s'orienter vers l'*ordre public* (arrêt *Vergos c. Grèce* du 24 juin 2004, § 33 : l'intérêt public d'aménagement rationnel du territoire).

C. Hiérarchie des obligations

Une autre distinction portant sur les obligations des Etats doit être introduite dans la problématique des conflits entre droits fondamentaux. Qu'il s'agisse d'un droit absolu ou d'un droit qui autorise des limitations dans l'intérêt général, il n'y aura un véritable conflit entre droits que lorsque l'Etat ne peut pas respecter un des droits sans ingérence dans l'autre droit. Il faut préciser cela car en fait, très souvent, il n'y aura pas un véritable conflit entre les droits en jeu mais plutôt un conflit entre les obligations.

En effet, les obligations des Etats sont de différentes natures. Il y a d'une part les obligations de respecter les droits de l'homme et, d'autre part, les obligations de protéger les droits de l'homme notamment par l'adoption de mesures qui s'assurent que les droits ne soient pas violés jusque et y compris dans les relations privées (ou plus largement dans des circonstances qui ne sont pas

imputables aux organes de l'Etat). La première est une obligation négative de ne pas violer les droits et libertés reconnus par la Convention. La seconde est une obligation positive (que la Cour a d'ailleurs empruntée à la distinction que l'on retrouve en droit civil) et est une obligation de moyen plutôt qu'une obligation de résultat. Voy. par exemple *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche*, arrêt du 21 juin 1988.

La problématique du *terrorisme* est évidemment particulièrement claire à cet égard. Dans une thèse récente sur le terrorisme et la limitation des droits à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution américaine, Stefan Sottiaux pose exactement la question des relations paradoxales entre terrorisme et droits de l'homme¹². D'un côté, le terrorisme est une menace à la jouissance des droits fondamentaux et à cet égard-là constitue une flagrante violation de ceux-ci. Mais, d'un autre côté, la lutte contre le terrorisme peut également éroder un nombre important de droits et de libertés garantis. Les Etats sont donc confrontés à une double responsabilité. D'une part ils doivent protéger les droits de l'homme en combattant le terrorisme de manière efficace ; d'autre part, ils doivent respecter les droits de l'homme dans la mise en œuvre des mesures antiterroristes.

A cet égard, le meilleur exemple d'un droit impliqué par le terrorisme est précisément le droit à la vie garanti par l'article 2 qui a souvent été identifié comme la source première de l'obligation de l'Etat de protéger contre les actes de terrorisme. Toutefois, lorsque l'obligation de combattre le terrorisme peut justifier ou demander des mesures spéciales de protection, il est tout aussi essentiel que ces mesures soient mises en œuvre d'une manière qui soit entièrement cohérente avec les principes des droits de l'homme. Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a dit dans l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, tous les moyens ne sont pas acceptables au nom de la lutte contre le terrorisme : « Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, [la Cour] affirme [que les Etats contractants] ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée » (§ 49).

Dans ce contexte, it follows that legal systems must strike an *appropriate balance* between the two competing interests at stake. But here a new crucial question does arise. *Are these two obligations on an equal footing?* Is there a kind of (implicit or explicit) hierarchy between them? Here there are conflicting views. For S. Sottiaux, neither obligation should enjoy priority over the other: "It must also be seen as an internal conflict between two different human rights requirements, one of which cannot take

¹² S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitations of Rights. The European Convention on Human Rights and the United States Constitution*, doctoral thesis defended at the University of Antwerp on 15 September 2006.

precedence over the other”¹³. So it cannot be said, in his view, that the State’s positive obligation to *protect* the rights of its citizens is less or more important than its negative obligation not to *respect* those rights.

But some authors such as O. De Schutter are arguing the contrary, i.e., that the State’s obligation to respect human rights takes precedence over its obligation to protect against terrorist violence. “La notion d’‘équilibre’ laisse supposer une équivalence entre ces notions. Mais sur le plan juridique, cette équivalence n’a pas lieu [...]. L’obligation de *protection* ne s’étend pas au point de contraindre l’Etat à violer son obligation de *respecter* les droits de ces personnes, puisqu’au contraire, la première obligation trouve dans la seconde obligation sa limite. [...]. Car c’est justement une présomption favorable à l’obligation de respect qu’instaure la Convention : l’Etat doit *respecter* les droits et libertés que celle-ci reconnaît, et c’est uniquement à titre subsidiaire, dans la mesure où cela demeure compatible avec cette obligation de respect, qu’il est en outre tenu de *protéger* les personnes sous sa juridiction des atteintes à leurs droits que pourraient vouloir causer d’autres personnes privées”¹⁴. This question deserves a serious discussion.

Dans l’arrêt *Zana c. Turquie* du 25 novembre 1997, la Cour rappelle que le souci de protéger la vie ou l’intégrité physique, pour légitime qu’il soit, ne justifie pas n’importe quelle atteinte à la liberté d’expression : les exigences de celle-ci imposent au contraire des limites à la marge d’appréciation des autorités en matière de lutte contre le terrorisme.

Si on applique ici bien classiquement le *test de nécessité*, on est au fond conduit à établir une sorte de *priorité* de l’obligation des Etats de respecter la Convention et de la placer avant leur obligation de protéger ces droits : en d’autres termes, les obligations des Etats de protéger les droits pourraient justifier des restrictions à d’autres droits reconnus par la Convention mais seulement pour autant que ces limitations ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour que cette obligation de protection soit remplie. Et si ces mesures vont au-delà de cette limite, on pourra soutenir que l’Etat n’a pas rempli son obligation de respecter les droits de l’homme. En d’autres termes, il s’agit plutôt de soutenir ceci : la priorité à l’obligation de respecter sur l’obligation de protéger implique que l’Etat ne peut pas être autorisé à invoquer son obligation de protéger les droits pour justifier pareille restriction, tout en offrant une interprétation de son obligation qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire

¹³ . *Ibid.*, p. 9.

¹⁴ . O. DE SCHUTTER, « La Convention européenne des droits de l’homme à l’épreuve de la lutte contre le terrorisme », in E. Bribosia et A. Weyembergh (éds.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 92-93.

pour assurer la conformité avec ses obligations. Ceci constituerait une ingérence disproportionnée dans les droits et libertés garantis par la Convention, en violation de son obligation de respecter les droits de l'homme.

IV. Comment les juger ?

Je voudrais ici simplement examiner les différentes voies utilisées / utilisables, en indiquant leurs possibilités et leurs limites.

A. Le test de nécessité et le principe de proportionnalité

1) La méthode

Cette méthode est très fréquemment utilisée par la Cour lorsqu'elle a à juger ce que l'on appelle des droits à protection relative (articles 8 à 11), où le droit est tout à la fois garanti dans le premier paragraphe de ces dispositions, mais en même temps limité par le deuxième paragraphe où des ingérences peuvent être justifiées si elles sont *prévues par la loi*, poursuivent un *but légitime* et sont *nécessaires* dans une société démocratique pour la réalisation de cet objectif. Nous sommes dans le champ des limitations / ingérences autorisées.

Légalité, légitimité, nécessité. Une première observation doit être ici formulée. Dans la jurisprudence de la Cour, il faut constater que celle-ci s'attache très rarement à examiner de manière approfondie la condition de la légitimité de l'ingérence, c'est-à-dire du but légitime poursuivi. La plupart du temps, les arrêts se limitent à une clause de style et ne développent aucun argumentaire sur cette base et, *a fortiori*, n'en tirent aucune conclusion. On peut s'interroger sur cette situation. Pourquoi une telle résistance à engager le débat d'abord sur le terrain de la légitimité de l'ingérence ? Sans doute de nombreuses situations de conflits pourraient-elles être réglées ainsi en amont avant d'engager un débat plus difficile sur les sables mouvants de la nécessité.

La seconde observation concerne la nécessité. Quant à la nécessité elle-même de l'ingérence, là aussi, le contrôle de la Cour pourrait sans doute davantage être approfondi sur la notion même de nécessité et ce qui en soutient l'exigence, à savoir le besoin social impérieux.

Ce que l'on constate souvent, en fait, c'est que la combinaison des trois conditions, surtout celles de la légitimité et de la nécessité, ouvre immédiatement la voie à l'irrésistible ascension du principe / critère de proportionnalité¹⁵.

Par nature, un tel contrôle par la Cour s'effectue *in concreto*, en principe au regard de trois exigences : le caractère approprié de l'ingérence qui doit pouvoir protéger l'intérêt légitime mis en danger ; le choix de la mesure qui est la moins attentatoire au droit et/ou à la liberté en cause – donc une limitation la plus limitée possible et, inversement, l'absence d'autre moyen disponible pour réaliser le même objectif sans porter une atteinte aussi forte ou aussi coûteuse aux droits de la Convention ; et, enfin, sa proportionnalité au sens strict qui requiert une pondération des intérêts en présence, c'est-à-dire, le plus souvent, les intérêts individuels contre les intérêts collectifs. C'est ici que les Etats disposent d'une certaine marge d'appréciation dans la mesure où les autorités nationales sont mieux placées pour évaluer les mesures appropriées dans une situation particulière.

2) Les limites

Lorsque l'on est en présence d'un vrai conflit entre droits, les limites du test de nécessité apparaissent clairement.

Par définition, le test de la nécessité tend à faire pencher en faveur du droit du requérant dans la mesure où toute restriction dans son droit devrait être justifiée par la nécessité de protéger le droit des autres : ceci conduit implicitement à établir une présomption favorable aux droits du requérant. En d'autres termes, le droit qui est invoqué par le requérant reçoit davantage d'attention parce que la question qui doit être résolue par le juge est celle de savoir si son droit est ou n'est pas violé¹⁶.

La seconde observation est liée à la première. En fait, il faut constater que lorsqu'ils arrivent devant le juge, ces conflits de droits sont présentés au départ de la perspective d'un droit fondamental, l'autre droit étant en fait impliqué indirectement. Bien que ces deux droits soient également fondamentaux et *a priori* pèsent du même poids, ils ne sont pas soumis au juge d'une manière égale. Le droit qui est invoqué par le requérant reçoit davantage d'attention parce que la question à laquelle le

¹⁵ . P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 51 et s.

¹⁶ . E. BREMS, « Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, p. 305.

juge doit répondre est celle de savoir s'il a ou non été violé. Le fait de savoir si le grief du requérant violerait un autre droit fondamental est un élément qui est produit comme argument par le défendeur. Bien sûr, à travers l'échange d'arguments, l'autre droit peut entrer en considération dans le raisonnement du juge mais en fait ce n'est pas ce droit là qui est au cœur de la question à laquelle il doit répondre.

A cet égard, le *législateur* est sans doute dans une meilleure position que le juge pour déterminer lorsque des droits sont en conflit celui qui doit prévaloir. Le législateur peut traiter l'ensemble de ces droits de manière égale et ne pas être empêché dans son choix des critères et des arguments par un contexte qui est fondé sur un seul droit seulement. Et si on opte pour la scène législative comme étant la plus appropriée pour régler les conflits de droits, cela réduira bien sûr le champ d'intervention des tribunaux, sans l'exclure tout à fait. Il est en effet toujours des situations où le législateur ne peut pas prévoir l'effet négatif d'une règle qui protège un droit sur un autre droit. En plus, le choix du législateur reste soumis aux droits fondamentaux reconnus par les constitutions nationales ou par les instruments internationaux et dès lors les juges qui appliquent ces instruments doivent décider si le choix fait par le législateur était le plus adéquat.

B. La balance des intérêts

1) La méthode

Cette situation se distingue de l'hypothèse précédente, celle dans laquelle l'Etat invoque la clause limitative prévue aux articles 8, 9, 10 et 11 § 2, même si bien sûr ces situations ne sont pas exclusives l'une de l'autre, en ce sens qu'elles peuvent se superposer. En l'espèce, les restrictions apportées au droit ou à la liberté en cause résultent du conflit entre des droits et libertés concurrents garantis tous deux par la Convention. Dès lors, plutôt que de devoir justifier la dérogation à une liberté garantie par la Convention, la mesure de l'Etat trouve sa justification dans le devoir de donner exécution à une autre disposition qui a le même rang que l'article avec lequel elle entre en conflit. Ici on est en présence de ce que nous pourrions appeler de *vrais conflits entre droits*.

Face à la contradiction logique de deux dispositions antinomiques d'un même instrument international, il apparaît donc clairement que ce n'est pas le principe de proportionnalité qu'il faut appliquer. La démarche est différente. Celle que la Cour utilise le plus ici est alors celle de la balance des intérêts (*balancing of interests*) afin de vérifier si un juste point d'équilibre a été atteint entre les

deux libertés ou droits en conflit¹⁷. Dès lors, lorsqu'un droit entre en conflit avec un autre droit, il importerait de trouver un équilibre raisonnable. Pour reprendre les choses encore autrement, on n'est donc plus en présence d'une *liberté et de ses exceptions* mais d'une dialectique interprétative qui doit tendre à la *conciliation des libertés*. Où situer le point d'équilibre entre la liberté d'expression et la liberté de pensée, de conscience et de religion ? C'est vrai que ces droits et libertés ne sont pas toujours convergents.

Certains auteurs estiment toutefois que la différence entre les deux méthodes — proportionnalité et pondération des intérêts — est fragile et peu claire. En fait, la différence résiderait dans le fait que, s'agissant d'un conflit entre droits, l'examen de la légalité et de la légitimité de la restriction pourrait être évité puisque celle-ci se trouve autorisée et justifiée par la Convention elle-même¹⁸. Toutefois, dans l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998, qui est clairement identifié par la Cour comme étant un conflit entre des droits de la Convention (art. 10 CEDH et art. 3 du Premier Protocole additionnel), cette affaire est examinée classiquement en ce qui concerne le critère de la légalité, de la légitimité et de la nécessité. Il en va de même dans l'arrêt *H.K. c. Finlande* du 26 septembre 2006, où la fille de la requérante lui a été retirée pour quelques jours sans qu'aucune décision formelle n'ait été prise par les services sociaux. En outre, la Cour se réfère à la balance des intérêts sans faire de distinction bien claire entre les cas qui impliquent des obligations positives ou des obligations négatives. Comme elle le répète souvent, la frontière entre ces deux types d'obligations n'est pas définitive¹⁹.

Cela étant, concrètement, dans la plupart des situations, la Cour va établir une *balance* soigneuse entre les droits et intérêts en présence, dans les circonstances de chaque affaire, le résultat

¹⁷ . Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 214, n° 151 ; Fr. RIGAUX, « Introduction générale », *La liberté d'expression et ses limites*, *Rev. trim. dr. h.*, numéro spécial, 1993, pp. 3-22 ; Fr. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, O. Jacob, 1997, p. 46. Il semble que la principale critique faite par François Rigaux à l'encontre de la jurisprudence européenne soit que celle-ci traite pareillement une législation qui restreint un droit de la Convention, au nom d'un autre droit fondamental, et la consécration de ce droit de l'homme (par exemple, l'auteur pense qu'une législation qui pénalise le blasphème n'équivaut pas à la protection de l'article 9). C'est la raison pour laquelle il fait une distinction entre les « vrais » conflits entre droits de la Convention et l'application du deuxième paragraphe des articles 8 à 10. Dans ce second cas, il ajoute que la Cour ne devrait pas se focaliser sur la question de la proportionnalité au détriment de la légalité. Voy. Fr. RIGAUX, « Logique et droits de l'homme », in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER (éds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Cologne-Berlin-Bonn-Münich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1197-1211. Pour une analyse critique, cf S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation. Autour de l'arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999 », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 1999, pp. 62 et s.

¹⁸ . S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, F.U.S.L. / Bruylant, 2001, p. 113.

¹⁹ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 49.

dépendant d'un examen étroit des faits et d'une distinction avec les affaires précédentes, ce qui a pour effet de construire progressivement une jurisprudence hautement *contextuelle*. « It is the genius of the common law that it decides cases first and discovers principles afterwards » ! Evidemment, ceci peut être source d'insécurité et d'incertitude.

Par ailleurs, dans cette balance des intérêts, plusieurs facteurs entreront en compte, comme on le voit par exemple en matière de liberté d'expression : la nature des droits et des intérêts atteints, l'auteur des propos litigieux²⁰, la victime des propos litigieux (personne publique et politicien, fonctionnaire, gouvernement)²¹, la forme et le contenu de ceux-ci (l'intérêt public, le discours politique²², l'incitation à la violence²³).

Enfin, dans ce contexte, la Cour peut dans certains cas, comme par exemple dans l'arrêt *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique* du 9 novembre 2006, constater qu'un des droits revendiqués, en l'espèce la liberté d'expression, ne se trouve pas en cause dans les circonstances de l'espèce. Ainsi, dans cet arrêt, la Cour a, sur base de sa jurisprudence classique selon laquelle l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider dans la contribution que l'article publié apporte au débat d'intérêt général, estimé qu'« une pièce relative à des aspects purement privés de la vie d'une personne ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société et [que] les requérants n'ont pas expliqué quels motifs sérieux en justifiaient la publication intégrale » (§ 80).

2) Les limites

a) Dans cette méthodologie de la balance se retrouve cet axiome classique qui est celui de l'interprétation extensive des droits et libertés et restrictive des limitations qui leur sont apportées. Mais les conflits entre droits fondamentaux ne peuvent pas être arbitrés par cet axiome interprétatif dès lors que sur les deux plateaux de la balance figurent des droits et libertés qui méritent, *a priori*, un égal respect.

²⁰ . Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. Autriche* du 27 février 2001 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. Turquie* du 10 octobre 2000, § 59.

²¹ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Öztürk c. Turquie* du 28 septembre 1999, § 64 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Arslan c. Turquie* et douze autres arrêts contre la Turquie du 8 juillet 1999.

²² . Cour eur. D.H., arrêt *Seher Karatas c. Turquie* du 9 juillet 2002 ; Cour eur. D.H., arrêt *Abdullah Aydin c. Turquie* du 9 mars 2004.

²³ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Gerger c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 50 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kurkcu c. Turquie* du 27 juillet 2004.

b) Quel est au fond le cœur de cette métaphore de la balance ? Il s'agit de peser les droits en conflit l'un par rapport à l'autre et d'accorder la priorité au droit qui est considéré d'une valeur plus importante. Alors, ici, on croise de singulières difficultés.

- Incommensurabilité. Cette méthode de la balance présuppose qu'il existerait une échelle commune selon laquelle l'importance respective ou le poids des différents droits pourraient être mesurés, ce qui est largement irréaliste²⁴.
- Subjectivité. En ce sens, la métaphore de la balance pour décrire un acte de jugement peut induire en erreur dans la mesure où elle masquerait ce qui est en fait une position du juge ; mais, en fait, en utilisant l'image de la balance, on lui laisse une grande liberté de jugement et en définitive la décision finale dépend de son intuition (cf. Cour eur. D.H., arrêt *White c. Suède* du 9 septembre 2006). Dans la mesure où la métaphore de la balance est plus qu'une manière déguisée de s'en remettre à la subjectivité ou à l'intuition, ses effets sur le raisonnement judiciaire peuvent être plus redoutables. Deux risques majeurs / principaux peuvent être envisagés.

Le premier est de confondre l'exercice d'équilibre et de mise en balance des droits en présence avec une *analyse coût-bénéfice*. Ainsi, des droits qui ont une valeur économique importante ou qui peuvent être invoqués par des acteurs qui peuvent démontrer la valeur économique de leurs droits en ce qui les concerne ou en ce qui concerne la collectivité peuvent être surévalués. L'arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003 (GC) en est un excellent exemple (§ 121). Inversement, cette méthode peut, à son tour, conduire à sous-évaluer la valeur de certains droits qui ne sont pas susceptibles d'évaluation économique ou encore de certains droits qui appartiennent à des titulaires lesquels, en raison de leur position de vulnérabilité, peuvent être au fond relativement prêts à y renoncer, en échange éventuellement d'une modeste compensation.

Le second risque réside dans le fait que, dans la mesure où les requérants ne sont pas dans des *positions symétriques*, le poids reconnu à chacun de leurs droits en conflit peut dépendre de leur position respective et de la manière dont le conflit est présenté devant le juge.

L'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994 est tout à fait caractéristique de cela. Dans cet arrêt, les autorités autrichiennes s'étaient opposées à la projection par un ciné-club

²⁴. B. FRYDMAN, *Le sens des Lois*, Bruxelles, Bruylant / L.G.D.J., 2005, p. 436.

du Tyrol d'un film satirique au motif qu'il ridiculisait Dieu, le Christ, la Vierge Marie et la foi chrétienne en général. Le film fut saisi et confisqué sur base du code pénal autrichien qui punit le fait de dénigrer ou bafouer « une personne ou une chose faisant l'objet de la vénération d'une Eglise ou communauté religieuse établie dans le pays »²⁵. La projection du film a été considérée par les autorités autrichiennes comme portant atteinte à la liberté de religion garantie par l'article 14 de la Constitution autrichienne et l'article 9 de la Convention. En l'espèce, alors que la liberté d'expression était invoquée par une association privée, la liberté de religion était celle de toutes les personnes qui appartiennent à la foi catholique et qui pouvaient se sentir offensées par les images du film considérées comme blasphématoires. D'un côté nous avons une personne privée, d'un autre côté une communauté de croyants : il ne peut pas être exclu que l'équilibre des intérêts a été influencé, plus ou moins consciemment, par l'impression que la liberté d'expression d'un individu devait être mesurée ou pesée contre les intérêts de tous les Catholiques dans la province du Tyrol autrichien.

La manière dont la Cour encadre la question est significative : « La question dont la Cour se trouve saisie implique une mise en balance des intérêts contradictoires tenant à l'exercice de deux libertés fondamentales garanties par la Convention : d'une part, le droit, pour OPI, de communiquer au public des idées sujettes à controverse et, par implication, le droit, pour les personnes intéressées, de prendre connaissance de ces idées, et, d'autre part, le droit d'autres personnes au respect de leur liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce faisant, il faut avoir égard à la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales, qui se doivent aussi, dans une société démocratique, de prendre en considération, dans les limites de leurs compétences, les intérêts de la société dans son ensemble » (§ 55). Et c'est ainsi que la Cour en arrive à la conclusion que la saisie du film n'entraîne pas violation de l'article 10 de la Convention : « La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens. En saisissant le film, les autorités autrichiennes ont agi pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante » (§ 56)²⁶.

²⁵ . Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994. Voir les critiques de P. WACHSMANN, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1994, n° 12, pp. 441-449 ; F. RIGAUX, « La liberté d'expression et ses limites », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 401-415 et G. HAARSCHER, « Le blasphémateur et le raciste », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 417-422.

²⁶ . Dans l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, le requérant se plaignait du refus des autorités britanniques d'autoriser la diffusion, même limitée à une partie du public, d'un film vidéo contenant des scènes érotiques impliquant Sainte Thérèse d'Avila et le Christ. Selon les autorités, ce film devait s'analyser en une attaque insultante ou offensante dirigée contre les croyances religieuses des Chrétiens et constituait par conséquent une infraction au droit sur le blasphème. La Cour estima également que l'Etat avait pu légitimement limiter la liberté d'expression du requérant afin de protéger les droits d'autrui, en l'occurrence leur droit à la liberté religieuse. Elle étend ainsi son interprétation de l'article 9 en déclarant que cette disposition implique le droit, pour les croyants, d'être protégés contre les représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse. Dans cette

Comme l'observe F. Rigaux, « ce n'est pas la liberté de religion mais le pouvoir d'une religion qui est menacé »²⁷.

En fait, Roscoe Pound avait déjà largement anticipé ce danger lorsque dès 1921 il écrivait : « Si [en pesant deux intérêts en conflit] on présente un de ces intérêts comme un intérêt individuel et l'autre comme un intérêt social, on peut immédiatement et à l'avance trancher la question de savoir lequel de ces intérêts sera mis en premier »²⁸.

Ce danger est accru lorsque le conflit entre des droits fondamentaux survient – comme c'est souvent le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme – dans un ensemble procédural dans lequel un droit en conflit est soutenu par une entité telle que l'Etat, qui est présumée prendre en charge un intérêt collectif dont le poids, en comparaison avec celui du titulaire individuel des droits, va nécessairement apparaître plus considérable, sauf si l'on se rend compte que le droit individuel peut être représentatif d'un intérêt collectif plus large. On en trouve un exemple dans l'arrêt *Î.A. c. Turquie* du 13 septembre 2005, où le livre litigieux défiait la religion dominante de la Turquie. *A contrario*, on peut également en trouver une illustration dans l'arrêt *Giniewski c. France* du 31 janvier 2006 (§ 48).

c) Enfin, de manière plus fondamentale, on peut évidemment se demander si cet exercice de la balance peut véritablement être réconcilié avec la définition de la fonction judiciaire elle-même qui consiste dans l'application, à certains faits, de certaines règles et principes préexistants afin d'arriver à une conclusion qui puisse être fondée et justifiée sur base de ces règles et principes. Quelles règles ou quels principes guident en fait cet exercice de l'équilibre ? Si des principes existent, pourquoi ne sont-ils pas rendus plus clairs et plus explicites ? Et s'ils ne peuvent pas être rendus plus explicites, quelle est la nature des contraintes auxquelles le juge doit faire face pour donner un raisonnement justifiant ses conclusions. En fait, cette approche fondée sur l'équilibre opéré par les juges entre les intérêts en présence a évidemment un peu comme présupposé que le juge serait en quelque sorte le « grand prêtre » d'une nouvelle religion et posséderait une sorte de savoir ou de vérité invisible au commun des mortels.

affaire, le requérant soulignait aussi que le délit de blasphème ne vise que les atteintes à la foi chrétienne, plus précisément à la foi anglicane et alléguait que cette infraction devait par conséquent être considérée comme discriminatoire. Mais ici la Cour s'est abstenue de répondre à cet argument se bornant à relever que le degré de protection assuré par le droit aux autres croyances n'est pas en jeu devant la Cour (§ 50). Toutefois, la réalité est bien celle là, à savoir que le film en question s'attaquait à la religion dominante.

²⁷ . F. RIGAUX, « La liberté d'expression et ses limites », *op. cit.*, p. 411.

²⁸ . R. POUND, « A survey of social interest », 57 *Harvard Law Review* 1,2 (1943): « When it comes to weighing or valuing claims or demands, we must be careful to compare them on the same plane. If we put one as an individual interest and the other as a social interest, we may decide the question in advance of our very way of putting it ».

C'est à partir de cette observation, un peu provocatrice j'en conviens, qu'une autre voie pourrait être envisagée.

C. Etablir des priorités

Il semble cependant certain que dans de nombreuses situations de conflit entre droits fondamentaux, il ne soit possible ni de l'éliminer ni d'arriver à un compromis. La seule issue est effectivement parfois d'accorder la priorité à un droit sur un autre. Comme le souligne P. Ducoulombier, la hiérarchie est parfois un tabou dans la pensée juridique, soit pour des raisons philosophiques liées notamment au principe de l'indivisibilité des droits humains fondamentaux ou pour des raisons plus méthodologiques ou pratiques, certains estimant qu'une telle démarche est naïve ou inutile²⁹. Certains auteurs y sont cependant favorables³⁰.

A cet égard, je pense qu'on ne peut pas échapper à la nécessité de tenter d'établir des critères qui seraient susceptibles de guider cet exercice³¹.

1) Une première distinction peut être établie entre les droits du cœur, du centre (*core rights*) et ceux de la périphérie. Dans un conflit entre les droits A et B il est possible que, en donnant la priorité au droit A on porte atteinte au cœur du droit B, tandis que en donnant la priorité au droit B on ne porte atteinte qu'à un droit périphérique.

²⁹ . Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 381-382.

³⁰ . D. SHELTON, « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de E. Bribosia et L. Hennebel, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153 et s. ; du même auteur, voy. aussi « Normative Hierarchy in International Law », *American Journal of International Law*, avril 2006, vol. 100, no. 2, pp. 291 et s. Voy. aussi D. BREILLAT, « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 353 et s. ; F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant / L.G.D.J., 1995, pp. 381 et s. ; O. JACOT-GUILLERMOD, « Rapport entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par le gouvernement hellénique et le Conseil de l'Europe, Kehl / Strasbourg, N.P. Engel, 1990, pp. 49-72 (Olivier Jacot-Guillermod fait référence à une hiérarchie matérielle construite par la jurisprudence européenne, à travers la notion de société démocratique, p. 69) ; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 323 ; C. WARBRICK, M. O'BOYLE et D.J. HARRIS, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 296-297: "Only if one of the rights is absolute will it take complete priority over another right, subject to limitations, expressly or impliedly in the text", notre accent.

³¹ . Donna J. SULLIVAN, « Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution », *New York University Journal of International Law and Politics*, 1992, pp. 795 et s.

Ainsi, par exemple, dans l'opinion dissidente dans l'affaire *Odièvre c. France*, cette distinction est abordée. Si certains aspects du *droit à la vie privée* (art. 8) se rattachent à la périphérie de ce droit, d'autres font partie du noyau dur de celui-ci. A cet égard, l'idée est suggérée que le droit à l'identité, comme condition essentielle du droit à l'autonomie (reconnu par l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, § 61) et à l'épanouissement personnel (reconnu par exemple dans l'arrêt *Bensaïd c. Royaume-Uni*, § 47), fait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée.

Un autre exemple : en ce qui concerne la *liberté de religion*, celle-ci a un aspect intérieur et un aspect extérieur. La dimension interne, à savoir le droit de toute personne d'avoir une religion ou d'en changer, ferait partie du noyau dur. Aucune limitation, aucune restriction ne peut y être apportée, même si elle est liée à la liberté d'expression.

Un autre exemple encore : la *liberté d'expression* et l'incitation à un discours de haine (*hate speech*). Dans l'arrêt *Gündüz c. Turquie* du 4 décembre 2003, la Cour a souligné que « la tolérance et le respect pour l'égalité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse) » (§ 40). Elle a également considéré que, comme toute autre expression qui s'attaque aux valeurs de la Convention, des discours qui visent à disséminer, inciter ou justifier la haine fondée sur l'intolérance ne bénéficient pas de la protection accordée par l'article 10 de la Convention (§§ 40 et 51).

Ici, la solution pour assurer la jouissance réelle des deux libertés semble être de renforcer le respect de ce qui constitue le noyau dur de la liberté de religion et de la liberté d'expression et de relâcher la pression sur la protection des éléments périphériques (comme par exemple la sensibilité religieuse).

De même, il semble ressortir des arrêts *Soering*³² et *Drozdz et Janousek*³³ que lorsque l'État tiers n'est lui-même pas partie à la Convention, seules les violations du noyau dur des droits et libertés conventionnels commises par celui-ci sont susceptibles d'engager la responsabilité des États

³² . Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 86.

³³ . Cour eur. D.H., arrêt *Drozdz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, § 110.

membres³⁴. Toutefois, au-delà de certaines évidences (notamment les droits indérogeables), l'identification de ce noyau dur n'est pas chose aisée. D'un côté, les tentatives doctrinales visant à déceler une hiérarchie entre les différents droits ont jusqu'à ce jour largement échoué³⁵. D'un autre côté, il en va de même des tentatives visant à identifier précisément ce que la Cour européenne considère comme étant la substance intangible de chacun des droits consacrés par la Convention³⁶.

2) Un autre élément qui pourrait être pris en compte est *l'implication de la violation d'un droit sur d'autres droits*. Ainsi, par exemple, certains soutiennent que la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 de la Convention est en quelque sorte le principe premier, originel, dont découlent toutes les autres garanties du procès équitable. Elle serait ainsi non seulement un élément du procès équitable mais la condition même de celui-ci. Comme l'observent R. Merle et A. Vitu, la présomption d'innocence tend à devenir « la pierre angulaire de la procédure pénale à laquelle se rattachent comme autant de rameaux issus d'un même tronc d'autres principes essentiels »³⁷. Dans la jurisprudence de la Cour on en voit des exemples. Ainsi, la Cour a plusieurs fois souligné que le § 2 de l'article 6 revêt le caractère d'application particulière du principe général énoncé au § 1 et que dès lors la présomption d'innocence figure parmi les éléments du procès pénal équitable (*Bernard c. France*, 23 avril 1998, § 37). Ou encore, une violation de l'article 6 entraîne en cascade une violation de l'article 8 s'agissant par exemple du domaine de la vie familiale.

3) Une troisième distinction peut être établie entre les obligations positives et négatives. Pourrait-on par exemple soutenir que les ingérences des autorités sont plus sérieuses, plus graves que leurs déficiences dans leur obligation de protéger les droits ? Cf. *supra*.

D. La marge d'appréciation

1) La méthode

Enfin, une dernière question doit évidemment être posée en relation avec la question de l'établissement des priorités. C'est celle de la marge d'appréciation qui peut / qui doit être réservée aux

³⁴ . Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour européenne des droits de l'homme depuis 1980. Bilan et orientations », in *En toch beweegt het recht*, W. Debeuckelaere et D. Voorhoof (eds), *Tegenspraak*, Cahier no. 23, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 211 et s.

³⁵ . Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit international, 2001, pp. 522-527.

³⁶ . S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/FUSL, 2001, chap IV.

³⁷ . R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Paris, Cujas, 6^{ème} éd., 2001, n° 147.

Etats lorsqu'ils sont confrontés à des conflits entre droits. Certains estiment qu'il y a des arguments solides pour dire que dans ce cas il faudrait donner une large marge d'appréciation aux Etats : dans la mesure où les deux droits en conflit sont d'égale importance, les sensibilités locales peuvent légitimement jouer un rôle en déterminant la meilleure (ou à tout le moins la moins mauvaise ou la plus acceptable) solution dans un contexte particulier.

Dans l'arrêt *Wingrove c. Royaume Uni* du 25 novembre 1996, le requérant s'est vu interdire la diffusion de son film au motif que celui-ci comportait des scènes blasphématoires à l'égard de la religion chrétienne. D'une manière générale, il convient de noter que la Cour a relevé que « les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à "la protection des droits d'autrui" s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui (...) » (§ 58). La Cour a considéré que les autorités britanniques étaient mieux placées pour « régler la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion ». En effet, elle estime que son contrôle peut s'avérer délicat en raison du caractère évolutif des « conceptions de la morale sexuelle », de la diversité des conceptions de la signification de la religion dans la société, et de la difficulté de déterminer le degré d'offense de l'œuvre. Cependant les Etats restent soumis au contrôle européen « d'autant plus nécessaire que la notion de blasphème est large et évolutive et que, sous couvert de mesures contre des articles blasphématoires se cache le risque de porter une atteinte arbitraire ou excessive à la liberté d'expression » (§ 58).

Dans l'arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, la Cour a également concédé à l'Etat une large marge d'appréciation dans cette affaire. Certains soutiennent que, aujourd'hui, la Cour est plus réservée et en tout cas plus réticente à accorder une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de conflits de droits. Toutefois, comment pouvons-nous expliquer des cas tels que *Odièvre*³⁸ (droit de l'enfant de connaître ses origines vs. droit de la mère de rester anonyme), *Leyla Şahin*³⁹ (droit de manifester sa religion vs. droit de ne pas subir de pressions en raison de sa religion), *Gorzelik*⁴⁰ (droit

³⁸. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.

³⁹. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* du 10 novembre 2005.

⁴⁰. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne* du 17 février 2004.

d'inscrire une association vs. droit de ne pas être préjudicié dans un processus électoral), *Evans*⁴¹ (droit de devenir mère par insémination artificielle vs. droit de ne pas devenir père), *Dickson*⁴² (droit de fonder une famille par une insémination artificielle vs. droit de l'enfant d'être élevé dans de bonnes conditions), qui semblent donner une très large marge d'appréciation aux Etats ?

2) Les limites

Dans le domaine de la liberté d'expression confrontée à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, les commentateurs estiment que la marge d'appréciation particulièrement large laissée aux Etats est déconcertante. Cette « auto-limitation » que s'impose la Cour, selon l'expression de l'ancien greffier M.A. Eissen, peut entraîner le risque que la protection des droits d'autrui soit « ramenée à un dénominateur commun éloigné d'une règle d'éthique partagée »⁴³.

La marge d'appréciation peut se révéler également très dangereuse en matière de religion dans la mesure où elle est susceptible d'engager un retour à des mesures médiévales de surveillance et d'intolérance.

En outre, la marge d'appréciation peut également se limiter à être une attitude de déférence (soumission, voire démission) par rapport aux autorités nationales, comme on le constate par exemple dans l'arrêt *Murphy c. Irlande* du 10 juillet 2003, où la Cour refuse de s'ingérer dans une interdiction totale du droit irlandais sur toutes les publicités religieuses dans le secteur audiovisuel. Au paragraphe 73 de son arrêt, la Cour note que la religion a été un facteur de division en Irlande du Nord et que dès lors toute publicité peut être considérée comme offensante pour ceux qui appartiennent à différentes religions.

Enfin, outre la question que la marge d'appréciation peut être très variable en matière de droits fondamentaux, peut-on vraiment soutenir que les Etats sont mieux placés pour établir un équilibre entre des droits fondamentaux en conflit ?

⁴¹ . Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006. Cet arrêt à fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre où la requête est actuellement pendante.

⁴² . Cour eur. D.H., arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 18 avril 2006. Cet arrêt à fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre où la requête est actuellement pendante.

⁴³ . P. LAMBERT, « Les restrictions à la liberté de la presse et la marge d'appréciation des Etats au sens de la jurisprudence de Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 155.

Ceci m'amène alors à la dernière possibilité, celle que l'on pourrait appeler l'approche procédurale.

E. La concordance pratique

Le lien entre la balance et la hiérarchie est peut être une raison d'avoir développé cette théorie.

1) *La méthode*

Cette approche de la concordance pratique a été théorisée notamment de manière la plus développée par le constitutionnaliste allemand K. Hesse⁴⁴. Le point de départ de cette approche consiste à refuser d'emblée de s'engager dans la voie du sacrifice d'un droit sur un autre. En d'autres termes, en cas de conflits entre droits, il ne conviendrait pas de se tourner immédiatement vers la balance aux fins de déterminer quel droit pèse le plus lourd et mérite de se voir sacrifier la totalité des droits concurrents. Il s'agirait au contraire, dans une perspective dialectique imaginative et par voie de concessions réciproques qui rabotent les exigences contradictoires, de repousser le plus possible le moment de l'inéluctable sacrifice. L'originalité de cette approche est qu'elle encourage la recherche de solutions originales qui préservent, jusqu'au maximum possible, les deux droits en conflit plutôt que de simplement trouver un point d'équilibre entre eux.

Evidemment, à titre de présupposé, il importe d'identifier comment les racines du conflit peuvent être éliminées. Ainsi, par exemple, l'arrêt *Öllinger c. Autriche* du 29 juin 2006. Le 30 octobre 1998, le requérant informa la direction de la police fédérale de Salzbourg que, le 1^{er} novembre 1998 (jour de la Toussaint), de 9 heures à 13 heures, il tiendrait une réunion au cimetière municipal de Salzbourg devant le monument aux morts en souvenir des Juifs de Salzbourg tués par les S.S. durant la Seconde Guerre mondiale. Il précisa qu'il prévoyait la présence de six personnes, qui liraient des messages commémoratifs, et qu'il n'y aurait ni chants ni banderoles. Il souligna que la réunion coïnciderait avec le rassemblement organisé par la Camaraderie IV (*Kameradschaft IV*), en mémoire des soldats S.S. tués durant la Seconde Guerre mondiale. Le 31 octobre 1998, la direction de la police fédérale de Salzbourg interdit la réunion et, le 17 août 1999, la direction de la sécurité publique de Salzbourg écarta le recours que le requérant avait formé contre cette décision. Tant la direction de la

⁴⁴ . Voy. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 20ème éd., 1995, n° 71 et s. Sur cette concordance pratique, voy. également F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. de l'allemand par O. JOUANJAN, Paris, PUF, 1996, pp. 285-287, ainsi que S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant / Publications des FUSL, 2001, p. 212 et pp. 709-710.

police que la direction de la sécurité publique estimèrent qu'il fallait interdire le rassemblement prévu par le requérant pour éviter de perturber la réunion commémorative de la Camaraderie IV, qui était considérée comme une cérémonie populaire pour laquelle aucune autorisation n'était requise. En l'espèce, « la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel la solution qui consistait à autoriser la tenue des deux rassemblements et à prendre des mesures préventives, telles qu'une présence policière pour tenir les deux groupes à distance l'un de l'autre, n'était pas viable et ne permettait pas de préserver le droit du requérant à la liberté de réunion tout en offrant une protection suffisante aux droits des personnes venues se recueillir au cimetière » (§ 48).

2) *Les limites*

Néanmoins, cette approche de la concordance pratique peut partager avec les métaphores de la balance deux difficultés. La première est celle que le juge aurait un accès privilégié à l'équilibre qui doit être atteint. En dernière instance ce serait en effet à lui, le juge, de décider ou non si les droits en conflit ont été réconciliés de la manière la plus large possible sans que l'un ou l'autre droit ait été sacrifié au détriment de l'autre.

L'autre difficulté, peut-être plus importante, est que cette approche manque de dimension constructive : elle n'inclut pas la nécessité de chercher à modifier le contexte dans lequel le conflit est né. En d'autres termes, cette idée de la concordance pratique ne prend pas en compte la nécessité de développer des solutions imaginatives pour *limiter le conflit lui-même* et pour *éviter sa réapparition dans le futur*. Or, c'est souvent ce type de solution qui est utile. A l'identification de solution adéquate dans une situation particulière il faut ajouter aussi la nécessité d'établir des mécanismes qui permettent de mettre en place des moyens plus permanents qui vont contribuer à éviter la répétition de ce type de conflit dans le futur.

F Une alternative procédurale

Cette approche a en fait deux parties.

1) La première prend en compte le fait que dans de nombreuses situations le conflit entre droits fondamentaux trouve sa source dans l'existence d'un certain contexte qui crée les conditions du conflit. Les conflits semblent inévitables tant que l'on ne prend pas en compte ces conditions et qu'on n'identifie pas celles qui peuvent être écartées. En d'autres termes, l'Etat doit explorer toutes les voies

permettant de surmonter le conflit avant de plaider qu'il est placé face à ce dilemme – et éventuellement aussi reconnaître sa responsabilité dans la création du contexte qui crée le conflit. A cet égard, il peut parfois être intéressant de procéder à un examen comparatif et de voir des situations de conflits qui apparaissent dans une juridiction et celles qui apparaissent dans d'autres juridictions. Chercher à identifier les conditions d'émergence des conflits peut donner des idées pour suggérer les changements institutionnels nécessaires. L'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996 en est une bonne illustration dans la mesure où s'agissant de la décision de renvoyer du territoire le requérant pour des raisons de sécurité nationale, la Cour a pris en compte le fait qu'au Canada il existerait une forme plus efficace de contrôle judiciaire dans ce cas (§ 131). Il y a donc des techniques qui peuvent être employées qui permettent de réconcilier les préoccupations légitimes de sécurité publique tout en accordant à l'individu une mesure de protection judiciaire sérieuse.

Exemple. Dans l'affaire *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1987 (le droit pour les prévenus en matière pénale d'interroger des témoins vs. le droit à la vie et à l'intégrité physique de ces témoins), la Cour a admis qu'il pouvait être légitime pour les autorités de vouloir préserver l'*anonymat d'un agent utilisé dans des opérations d'infiltration*, pour sa propre protection, celle de sa famille et pour pouvoir à nouveau l'utiliser par la suite (§ 57). Elle va cependant admettre que les exigences du procès équitable commandent que dans des cas appropriés les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins et des victimes appelés à déposer. Cela implique trois choses. D'abord que le recours au témoignage anonyme s'analyse en une restriction aux droits de la défense et qu'il n'est donc admissible que dans une mesure absolument nécessaire à ce qui le justifie, c'est-à-dire la protection des témoins. Dès lors qu'une mesure moins restrictive peut suffire, c'est elle qu'il faut appliquer. Ensuite, une condamnation ne pourra se fonder uniquement ni dans une mesure déterminante sur des déclarations anonymes, à plus forte raison s'il s'agit de déclarations émanant d'agents de police ayant des liens avec les autorités de poursuite et parmi les devoirs desquels figure spécialement dans le cas de policiers investis du pouvoir d'arrestation celui de témoigner en audience publique (§ 56). Enfin, la procédure suivie doit comporter certains contrepoids à la prise en compte de témoignages anonymes : la procédure doit avoir suffisamment compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense. A cet égard, la recherche d'alternatives au sacrifice d'un droit sur un autre, la comparaison avec les expériences nationales, afin d'identifier quelles procédures peuvent obtenir le meilleur équilibre entre les droits en cause, peuvent avoir un rôle positif à remplir.

Contre-exemple. Dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, il faut remarquer que toutes les conditions semblaient réunies pour éviter que les personnes susceptibles

d'être offensées par les œuvres litigieuses y soient exposées. Le film était destiné à être projeté dans un ciné-club au public restreint, son thème avait été annoncé dans le programme et l'accès en était interdit aux mineurs de moins de 17 ans. Il n'y avait donc aucune raison pour que des personnes que ces œuvres auraient pu heurter se rendent au ciné-club pour le voir. La Cour affirme que le fait même d'avoir annoncé la programmation du film et sa nature constituaient une expression suffisamment « publique » pour être offensante⁴⁵. Néanmoins, comme le remarque P. Wachsmann, cette analyse signifie que pour la Cour l'offense faite aux croyants réside « non dans le fait de les exposer directement à des images de nature à heurter leur foi mais dans le seul fait de porter à leur connaissance l'existence d'une œuvre qu'ils jugeraient blasphématoire » et aboutit « à retourner contre l'association les précautions légitimes qu'elle avait prises pour éviter qu'une personne qui pouvait se sentir agressée dans ses convictions s'exposât à voir ce film »⁴⁶. De même, quant au film vidéo réalisé par N. Wingrove, les autorités avaient la possibilité d'en limiter la diffusion aux sex-shops titulaires d'une licence ou aux personnes ayant dépassé un certain âge⁴⁷. Dans ces circonstances, on peut s'interroger sur le caractère proportionné de la mesure choisie par les autorités, soit l'interdiction totale de la diffusion du film.

2) La seconde étape intervient lorsque les mesures ont été prises pour éviter le conflit, les procédures pour les régler devraient être soumises à une délibération ouverte. Certes il est important que les *Etats tentent d'identifier les solutions qui pourraient minimiser les conflits*, et il est de même également important de continuer à chercher des issues qui évitent systématiquement d'accorder la priorité à un droit sur un autre. Il est donc essentiel dans chaque cas de chercher des alternatives au sacrifice d'un droit sur l'autre et de favoriser la *discussion sur ces alternatives*. A cet égard, ce qui est important, à mes yeux, est moins d'appliquer des formules arithmétiques prédéfinies ou d'inventer quelques structures architecturales pour guider le raisonnement judiciaire. Il est plus important de créer les conditions pour qu'un débat soit tenu au sein duquel toutes les parties concernées peuvent faire entendre leur voix, sans exclusion, afin que les intérêts de tous puissent être pris en compte et en considération dans la délibération. C'est exactement la libre discussion dont Habermas rappelait, dans son *Éthique de la communication*, les présupposés : « Chacun doit pouvoir problématiser toute affirmation, quelle qu'elle soit ; chacun doit pouvoir exprimer ses points de vue, ses désirs et ses

⁴⁵ . Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 54.

⁴⁶ . P. WACHSMANN, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1994, n° 12, pp. 445-446.

⁴⁷ . Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, §§ 23 et 54.

besoins ; aucun locuteur ne peut être empêché par une pression autoritaire, qu'elle s'exerce à l'intérieur ou à l'extérieur de la discussion, de mettre à profit ses droits [de libre discussion] »⁴⁸.

- Exemple : arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2 novembre 2006, § 83 : « Lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus et à permettre ainsi l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu (*Hatton et autres*, § 128). L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute (voir, *mutatis mutandis*, *Guerra et autres*, § 60, et *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, § 97). Enfin, les individus concernés doivent aussi pouvoir former un recours contre toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux, s'ils considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres*, § 128, et *Taşkın et autres*, §§ 118-119) ».
- Tel est certainement le sens de l'opinion dissidente dans l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003. « En fonction du droit et de la pratique internes, il n'y a eu en l'espèce, ni en fait, ni en droit, de pondération d'intérêts possible. En réalité, la loi accepte, comme un obstacle absolu à toute recherche d'information entreprise par la requérante, la décision de la mère, quelle que soit la raison ou la légitimité de cette décision. En toute circonstance et de manière irréversible, le refus de la mère s'impose à l'enfant qui ne dispose d'aucun moyen juridique de combattre la volonté unilatérale de celle-ci. La mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le « droit de veto » pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention (arrêts *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996 ; *Kutzner c. Allemagne*, 6 février 2002), sont entièrement négligés, oubliés. (...) Dans la voie de la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence, l'approche adoptée

48

J. HABERMAS, « Notes programmatiques pour fonder en raison une éthique de la discussion », in *Morale et communication*, Paris, Cerf, 1986, pp. 110-111.

par la Cour dans l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* (du 7 juillet 1989, § 49), suivie encore dans l'arrêt *M.G. c. Royaume-Uni* (24 septembre 2002), nous paraît pertinente. Dans l'hypothèse du maintien de l'accouchement sous X, un organe indépendant serait amené à décider, au terme d'un débat contradictoire et sur la base de tous les éléments de fait et de droit de l'affaire, si l'accès à l'information peut ou ne peut pas être donné, éventuellement à certaines conditions ou selon certaines modalités. Dans la situation présente, en l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts concurrents, une préférence aveugle est inévitablement donnée aux seuls intérêts de la mère. Sans une pesée des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vu opposer un refus absolu et définitif ».

De telles procédures, en outre, offrent l'avantage qu'elles stimulent une réévaluation permanente des dispositions qui pourraient permettre aux différents droits de se réconcilier l'un avec l'autre.

Comme l'observe O. De Schutter, une telle approche est en effet davantage procédurale que substantielle. Elle cherche à identifier et à réévaluer les solutions plutôt que de formuler des règles qui définiraient une fois pour toutes et en termes généraux ce qui est l'équilibre adéquat entre des droits en conflit. Dans cette perspective, en outre, ce qui est important n'est pas seulement d'identifier des solutions à des problèmes immédiats : chercher des solutions pour le futur est également essentiel.

L'insistance sur la dimension délibérative du raisonnement est à mes yeux au cœur de la société démocratique : une démocratie ne signifie pas simplement que les vues de la majorité doivent tout le temps prévaloir : un équilibre doit être réalisé qui assure un traitement adéquat et approprié des minorités et qui évite tout abus de position dominante (arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, § 63).
