

VIII.3° - La clause de faveur

Cass. 11 décembre 1996

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (ART. 6 ET 53)- IMPARTIALITÉ DES JUGES – IMPARTIALITÉ OBJECTIVE – APPRÉCIATION *IN CONCRETO* DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME – APPRÉCIATION PLUS SÉVÈRE PAR LE JUGE INTERNE – PRIORITÉ À LA PROTECTION LA PLUS FORTE

Extrait

LA COUR,

Vu l'arrêt de la Cour du 14 octobre 1996, qui dessaisit le juge d'instruction Connerotte à Neufchâteau des dossiers en cause du défendeur ou connexes, pour cause de suspicion légitime, et ordonne que l'instruction de ces procédures sera poursuivie par un autre juge d'instruction du même arrondissement;

Vu l'opposition à cet arrêt, formée le 18 novembre 1996;

[...]

III. MOYENS INVOQUÉS A L'APPUI DE L'OPPOSITION

1. Dans l'arrêt dont l'opposition, la Cour a commencé par rappeler que "l'impartialité des juges est une règle fondamentale de l'organisation judiciaire", que "la condition essentielle de l'impartialité d'un juge d'instruction est sa totale indépendance à l'égard des parties, en manière telle qu'il ne puisse s'exposer au soupçon de partialité dans l'instruction des faits, que ce soit à charge ou à décharge" et que "le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge ne pouvant susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité; qu'aucune circonstance, fut-elle exceptionnelle, ne le dispense de ce devoir". Elle a ensuite évoqué l'étendue de son pouvoir d'appréciation à cet égard : "la Cour apprécie la pertinence des motifs invoqués à l'appui d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime à la lumière de ces principes et des dispositions légales qui les consacrent".

2. La Cour a déduit "du rapprochement de l'article 828 du Code judiciaire, qui énumère les causes de récusation, et de l'article 542 du Code d'instruction criminelle, qui prévoit le renvoi d'un tribunal à un autre tribunal pour cause de suspicion légitime, que le juge d'instruction, qui a été reçu par une partie à ses frais ou qui a agréé d'elle des présents, et a manifesté de la sorte de la sympathie à l'égard de cette partie, se met dans l'impossibilité d'instruire la cause de celle-ci sans susciter chez les autres parties, notamment les inculpés, et les tiers une suspicion quant à son aptitude à remplir sa mission de manière objective et impartiale".

3. Après avoir constaté "qu'il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard et notamment des rapports adressés par le Procureur du Roi à Neufchâteau au Procureur général près la Cour d'appel de Liège et déposés au dossier par le Procureur général près la Cour, que les faits ci-dessus énoncés sont avérés et pertinents et que, de surcroît, le juge d'instruction Connerotte avait reçu entre ses mains une constitution de partie civile de l'ASBL Marc et Corine contre le requérant", la Cour a estimé "qu'il y a lieu de dessaisir sur-le-champ ce juge d'instruction des dossiers concernant ledit requérant".

4. Le requérant a fait opposition contre cette décision dans la mesure où il estime que la Cour n'a pas légalement justifié sa décision de dessaisir le juge Jean-Marc Connerotte. A l'appui de cette opposition il expose dans la présente requête les moyens suivants, qui ont pour objet d'essayer de traduire en un raisonnement juridique l'intense malaise qui a frappé non seulement l'opinion publique, mais également d'éminents spécialistes - la Loi ne doit-elle pas être présumée juste, équitable et raisonnable, et n'est-ce pas le devoir du juriste de tâcher, avec humilité mais détermination, de l'interpréter en ce sens, dans la limite de ce que permettent ses termes ?

[...]

D. Quatrième moyen : absence de partialité objective

a) notion

Est constitutif de partialité objective, le fait (i) d'être intéressé personnellement au litige, ou (ii) d'en avoir connu antérieurement en une autre qualité (R. Verstraeten, *ibidem*, p. 361 e.s.).

b) absence en l'espèce.

Il est clair que le juge Connerotte ne ressort en l'espèce d'aucun de ces deux cas de figure, n'étant ni intéressé personnellement au litige, et n'en ayant jamais connu auparavant en une autre qualité.

c) invocation à tort de la notion d'"apparence" de partialité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6)

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et en particulier l'adage un temps mis en œuvre, "Justice must not only be done, but also seen to be done", qui suppose que l'impartialité doit également être apparente, a été invoquée à l'appui de la requête en suspicion légitime pour expliquer que l'attitude du juge était constitutive d'une apparence de partialité susceptible de motiver un dessaisissement.

Il apparaît cependant que l'on attribue ainsi à la jurisprudence invoquée une portée qu'elle n'a pas : la Cour européenne n'a jamais parlé d'apparence que par rapport à des critères fonctionnels ou organiques évidents et clairs, comme le fait pour un juge d'avoir connu précédemment de la même cause en une autre qualité. On peut d'ailleurs relever que cette jurisprudence a connu une évolution dans le sens de l'exigence d'éléments concrets permettant à la partie de justifier sa suspicion : "L'apparence ne suffit point. Il importe aussi d'avoir égard aux réalités (...)

Il importe de prendre en considération, dans chaque cas, les données de l'espèce pour apprécier si, *in concreto*, les inquiétudes subjectives du prévenu "peuvent passer pour objectivement justifiées en l'occurrence." (J. Van Compernelle, "Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective", *obs. sous C.J.C.E.*, 30 mars 1993, *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, p. 444). Ainsi a-t-on même pu parler de l'abandon pur et simple de l'adage "Justice must not only..." (L. Bihain, *J.L.M.B.*, 1996, n. 1098 e.s.).

Les critères d'appréciation de l'impartialité objective (rappelons-le, fonctionnelle ou organique), s'en trouvent ainsi modifiés : les répercussions, dans chaque cas d'espèce, que l'exercice cumulé de fonctions judiciaires a pu entraîner non point tellement, subjectivement, dans l'esprit du justiciable, mais, en fonction d'une appréciation objective, sur l'aptitude effective du juge à juger impartialement (J. Van Compernelle, *o.c.* n. 444).

Force est de constater qu'en l'occurrence, outre qu'il ne peut être question de partialité fonctionnelle, la preuve d'une inaptitude du juge à juger impartialement n'a pas été rapportée, surtout si l'on garde à l'esprit qu'on se trouve en présence d'un juge d'instruction dont la mission est d'instruire, certes avec impartialité, mais non de juger.

[...]

Attendu qu'en vain les opposants invoquent la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour européenne; que les termes mêmes de l'article [53] de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales excluent que l'on puisse déduire la violation de ladite convention de la circonstance que la Cour apprécie l'impartialité des juges sur la base de critères consacrés par le droit interne, plus sévères que ceux de ladite convention telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme;

Attendu que l'opposition n'est pas fondée;

PAR CES MOTIFS,

Rejette l'opposition;

C.C., n°159/2004, 20 octobre 2004

CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (ART. 12 ET 53) – PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES (ART. 23 ET 5.2) - OBLIGATION DES ÉTATS DE RESPECTER LE DROIT AU MARIAGE – PRIORITÉ À LA PROTECTION LA PLUS FORTE – ABSENCE D'INTERDICTION D'ÉTENDRE LE DROIT AU MARIAGE AUX PERSONNES DE MÊME SEXE

Extrait

B.5.4. Selon la seconde branche du deuxième moyen, la loi attaquée est contraire aux dispositions qui traduisent "la dualité sexuelle fondamentale du genre humain" en tant que postulat de l'ordre constitutionnel belge, tels notamment les articles 10 et 11*bis* de la Constitution, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier son paragraphe 1) et "les principes généraux de droit des nations civilisées".

[...]

B.5.7. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme est libellé comme suit :

"A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. "

L'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce :

"1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.
2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.
3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.
4. Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire."

B.5.8. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques imposent aux Etats qui sont parties à ces conventions l'obligation de reconnaître comme un mariage la communauté de vie d'un homme et d'une femme qui souhaitent se marier et qui remplissent les conditions posées par les lois nationales.

Les dispositions conventionnelles invoquées – pas plus que l'article 23.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques - ne peuvent être interprétées en ce sens qu'elles obligerait les Etats contractants à considérer la « dualité sexuelle fondamentale du genre humain » comme un fondement de leur ordre constitutionnel.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'ont pas la portée que leur confèrent les parties requérantes. Il ne saurait dès lors être question d'un traitement discriminatoire dans la jouissance des droits fondamentaux cités au moyen.

B.6.1. En tant que les parties requérantes soutiennent que la loi attaquée porte atteinte « au droit de la famille à la protection de la société et de l'Etat » visé à l'article 23.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la seconde branche du deuxième moyen se confond avec le quatrième moyen.

Selon le quatrième moyen, la loi attaquée viole l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les principes généraux de droit des nations civilisées, combinés avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en étendant le mariage à une institution qui ne saurait être définie comme un mariage au sens des dispositions conventionnelles citées, ce qui aurait pour effet d'affaiblir la position de protection relative des personnes mariées de sexe différent, alors que l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques oblige l'Etat belge à prendre des mesures en vue de la protection du mariage.

B.6.2. Dans l'interprétation des dispositions conventionnelles citées au moyen, il doit être tenu compte de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 5.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[...]

B.6.4. Il résulte [de ces dispositions] que l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peuvent être interprétés en ce sens qu'ils empêcheraient des Etats qui sont parties aux conventions précitées d'accorder le droit garanti par ces dispositions aux personnes qui souhaitent exercer ce droit avec des personnes de même sexe ».

C.C., n°202/2004, 21 décembre 2004

CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (ART. 8 ET 53) – CONSTITUTION (ART. 22) - INVOLABILITÉ DU DOMICILE ET DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE – RESTRICTIONS « PREVUES PAR LA LOI » - LEGALITÉ AU SENS MATÉRIEL OU LÉGALITÉ AU SENS FORMEL - PRIORITÉ À LA PROTECTION LA PLUS FORTE

Extrait

B.5.1. Le premier moyen, en sa troisième branche, est pris de la violation des articles 15, 19, 22, 26 et 27, ainsi que des articles 10 et 11, de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'article 47ter, §§ 1er et 2, qui définit les méthodes particulières de recherche, les articles 47sexies et 56bis, alinéa 2, qui traitent de l'observation, l'article 47octies, qui concerne l'infiltration, et l'article 47decies, qui concerne le recours aux indicateurs, porteraient une atteinte disproportionnée aux droits au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile.

[...]

B.5.3. L'article 15 de la Constitution énonce :

"Le domicile est inviolable ; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. "

L'article 22 de la Constitution garantit le droit au respect de la vie privée et familiale.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

B.5.4. Ces dispositions exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prescrite par une disposition législative, suffisamment précise, corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi par celle-ci.

Bien que, en utilisant le terme "loi", l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une "loi", au sens formel du terme, le même mot « loi » utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative.

Cette exigence constitutionnelle s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne.

Observations

Les décisions ci-avant reproduites¹ appliquent chacune le principe de la clause la plus favorable aux droits fondamentaux en vertu duquel la disposition qui garantit le niveau de protection le plus élevé doit prévaloir. Ainsi, dans deux arrêts du 11 décembre 1996, la Cour de cassation écarte-t-elle la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'impartialité du juge. Peu importe que la Cour européenne des droits de l'homme ait assoupli sa conception de l'impartialité objective, le droit interne demeure plus exigeant en érigeant la suspicion légitime en cause de récusation ou de dessaisissement. De la sorte, il sauvegarde mieux le droit au procès équitable et doit donc l'emporter.

La clause de faveur incarne de manière paradigmatique le principe de subsidiarité qui domine le droit international et européen des droits de l'homme: « ni les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, ni les éventuels systèmes de surveillance qu'ils mettent en place, n'ont vocation à se substituer à une protection interne des droits et libertés correspondants : tout juste visent-ils à corriger, en seconde ligne, leurs défaillances »². Comme l'affirme Frédéric Sudre, la Convention européenne des droits de l'homme fixe un standard minimum en matière de droits et libertés que les États sont tenus d'assurer tout en pouvant le dépasser³. Ce socle ne peut être invoqué pour réduire le niveau de protection attaché à un droit fondamental. C'est pourquoi, dans son arrêt n°159/2004, la Cour constitutionnelle refuse que les instruments garantissant le droit au mariage puissent empêcher l'élargissement de ce droit aux couples de même sexe. Si un État ne peut se situer en-dessous des standards du droit international et européen des droits de l'homme en adoptant des mesures entravant le mariage de personnes de sexes différents, le principe de subsidiarité interdit que ces standards soient instrumentalisés afin d'empêcher d'octroyer des droits plus protecteurs.

La clause de sauvegarde n'a pour objectif ni d'investir l'individu de droits autres que ceux qui lui sont déjà reconnus⁴, ni de placer les droits plus favorables découlant du droit national ou d'autres traités internationaux sous la protection des mécanismes de contrôle attachés à un instrument consacrant un droit moins favorable⁵. Négativement, elle vise à « éviter que, sous prétexte que tel instrument offre une protection moindre, l'on ne diminue la protection accordée en vertu d'un autre instrument plus protecteur »⁶. Positivement, elle autorise les autorités nationales à adopter des mesures plus

¹ Cass., 11 décembre 1996 (2 arrêts), *Pas.* 1996, I, 1262 ; *J.L.M.B.*, 1997, pp. 177 et suiv. et obs. M. Uyttendaele et R. Wittmeur, « L'impossible doute ».

CC., n°159/2004, 20 octobre 2004, *J.T.* 2005, p. 51.

CC., n°202/2004, 21 décembre 2004, *NjW* 2005, liv. 104, 340, note P. Herbots; *R.W.* 2004-05, pp. 1290 et ss. et note S. Vandromme et C. De Roy; *Rev. dr. pén.* 2005, liv. 6, 629, note H. Bosly.

² S. VAN DROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme », *A.P.T.*, 2001, p. 143.

³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 202 et 203.

⁴ Voy. en ce sens, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n°42/2000 du 6 avril 2000 : « en tant qu'il vise les dispositions plus favorables du droit interne, [l'article 32 de la Charte sociale européenne] a pour objet d'empêcher que, lorsque des dispositions de droit interne en vigueur contiennent des règles plus favorables que celles de la Charte sociale européenne, celle-ci soit invoquée pour faire échec à l'application des premières. Il n'a pas pour objet de créer dans le chef des Etats une obligation de *standstill* faisant obstacle à un aménagement de leur législation pour autant qu'elle reste compatible avec la Charte » (B.6.3.).

⁵ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 59 et 60.

⁶ RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, p. 409, http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf.

ambitieuses et les juridictions nationales à suivre une interprétation plus généreuse des dispositions d'un instrument international que celle des organes d'application instaurés par celui-ci⁷.

Non expressément proclamé par la Constitution, le principe de la clause la plus favorable traverse le droit international et européen des droits de l'homme⁸. Il se trouve exprimé au sein de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel proclame qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie »⁹. Sous une formulation différente, la même règle est consacrée par les articles 5, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁰, ainsi que par l'article H de la Charte sociale européenne révisée¹¹, l'article 41 de la Convention internationale des droits de l'enfant¹² et l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³.

La clause de faveur constitue une exception, prévue par le droit international, à la règle de primauté du droit international sur le droit interne. Contre la logique de prévalence formelle de celui-là sur celui-ci, la clause de sauvegarde s'inscrit dans une optique de primauté matérielle de la norme la plus protectrice¹⁴. Le *negotium* prévaut dans cette hypothèse sur l'*instrumentum*. En d'autres termes, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, une norme issue du droit international des droits

⁷ L'on peut ainsi envisager sous l'angle de la clause de faveur l'extension par la Cour constitutionnelle du champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme aux relations entre un enfant et ses parents d'accueil, alors que la Cour européenne des droits de l'homme s'était refusé à franchir ce pas, en tout cas de manière principal. Voy. C.C., n°47/96 du 12 juillet 1996, B.4. et les obs. de S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les grands arrêts de la jurisprudence belge », 1999, p. 604 et 605.

⁸ Voy. not. C. SCOTTI, *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 46 à 58 ; E. DECAUX, « Article 60 », *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, sous la dir. de L.-E. Pettiti et al., Paris, Economica, 1999, p. 897 à 903 ; M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 2^e éd., 2005, p. 117 à 119 ; F. MAZERON, « Article 5 », *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, sous la dir. de E. Decaux, Paris, Economica, 2011, p. 171 à 175.

⁹ Avant l'entrée en vigueur du protocole n°11, la clause de faveur était prévue par l'article 60 de la Convention.

¹⁰ « Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout Etat partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ».

¹¹ « Les dispositions de la présente Charte ne portent pas atteinte aux dispositions de droit interne et des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont ou entreront en vigueur et qui seraient plus favorables aux personnes protégées ».

¹² « Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer : a) Dans la législation d'un État partie ; b) Dans le droit international en vigueur pour cet État ».

¹³ « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

¹⁴ Notons cependant que l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'admet cette prévalence matérielle que si la norme de droit interne occupe un rang constitutionnel. Sur l'interprétation délicate de cette clause, voy. CJUE, C-399/11, 26 février 2013, *Melloni*. Sur cet arrêt, voy. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin. À propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *R.T.D.H.*, 2014 (à paraître) ; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *R.T.D.E.*, 2013, p. 267-291.

de l'homme, pourvu qu'elle soit d'effet direct¹⁵, ne s'impose qu'en l'absence de disposition plus favorable en droit interne¹⁶. Il s'agit en quelque sorte d'un aménagement de la solution issue de l'arrêt « Le Ski » du 27 mai 1971, affirmant la prééminence du droit international sur le droit interne, sans envisager l'hypothèse d'une disposition nationale plus protectrice à l'égard des droits fondamentaux¹⁷.

Le passage de l'arrêt n°202/2004 ci-avant reproduit offre l'une des illustrations les plus classiques du mécanisme de combinaison des instruments nationaux et internationaux induit par cette « clause de maximalisation »¹⁸. En effet, il est établi qu'au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, les termes « prévu par la loi » conditionnant l'admissibilité des restrictions aux droits fondamentaux englobent à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Ils ne renvoient donc pas nécessairement à un texte à caractère législatif : toute norme quelconque peut convenir, pourvu qu'elle satisfasse à des exigences de prévisibilité et d'accessibilité¹⁹. La Cour européenne des droits de l'homme entend le mot « loi » dans son acception matérielle et non formelle²⁰. Tel ne fut pas le choix du constituant belge²¹. Ce dernier a confié aux assemblées législatives démocratiquement élues le monopole de la restriction aux droits et libertés. Cette réserve au législateur aboutit à rendre l'acception belge du mot « loi » plus protectrice des droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle fait prévaloir une exigence de loi formelle lorsqu'il est question de restreindre le droit au respect de la vie privée et familiale²², ou d'autres droits garantis de manière partiellement analogue dans les instruments nationaux et internationaux²³.

¹⁵ Pour une critique de cette exigence d'effet direct dans le cadre d'un conflit de normes de droit objectif, voy., dans le présent ouvrage, **XX**.

¹⁶ La solution a été forgée de longue date dans un arrêt du 20 janvier 1989 (Voy. **XX**). Elle a été confirmée à de nombreuses reprises (cass. arrêt du 9 mars 1999, P981018N ; arrêt 16 mars 1999, P980861N ; arrêt du 8 juin 1999, P971104N ; arrêt du 15 février 2000, P980760N ; 4 septembre 2001, P010687N ; 2 septembre 2003, P010980N ; 25 septembre 2003, C030026N). Voy. également de manière plus implicite, cass. 9 novembre 2004, P040849N, dans lequel la juridiction suprême à la fois affirme que la Convention européenne des droits de l'homme prime la Constitution, et en même temps reconnaît qu'en l'espèce cette dernière ne pose pas de conditions plus strictes à la limitation du droit en cause. Sur ce dernier arrêt, voy. **XXX** et **YYY**.

¹⁷ Voy. dans le même sens, not. cass., arrêt du 14 février 1991, n°8857 ; arrêt du 1^{er} avril 1993, n°9396 ; arrêt 14 avril 1994, C930131F ; arrêt du 13 mai 1996, S950119N.

¹⁸ P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Droits constitutionnels et droits conventionnels : concurrence ou complémentarité ? », *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 514.

¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, § 47 à 49.

²⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Kruslin c. France* du 24 avril 1990, § 29.

²¹ J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 147 et 148.

²² Outre l'arrêt n°202/2004, voy. les arrêts n°131/2005 du 19 juillet 2005, B.5.2.; et n°151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.6. Voy. également cass., 21 avril 1998, P961470N.

²³ Voy. not. l'arrêt n°115/2004 du 30 juin 2004 : « L'article 16 de la Constitution, l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 79, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoient des garanties en cas d'"expropriation" ou de "privation de propriété". Une de ces garanties est le principe de légalité contenu dans l'article 16 de la Constitution, selon lequel nul ne peut être privé de sa propriété que "dans les cas et de la manière établis par la loi". (...) En utilisant les termes "par la loi" dans l'article 16 de la Constitution, article dont le contenu est demeuré inchangé depuis 1831, le Constituant a uniquement voulu exclure la compétence du pouvoir exécutif, en réservant aux assemblées délibérantes démocratiquement élues la compétence d'établir les cas et modalités d'expropriation. La disposition entreprise donne au locataire occupant le droit d'acquérir l'habitation qu'une société de logement social lui donne en location, aux conditions à déterminer par le Gouvernement flamand. Les sociétés de logement social peuvent donc être contraintes, de transférer la propriété d'un logement. Ce transfert obligé de propriété est une mesure qui relève du champ d'application de l'article 16 de la Constitution. En habilitant, sans précisions suffisantes, le Gouvernement flamand à déterminer les conditions d'acquisition de l'habitation louée par le locataire occupant, la disposition décrétable attaquée méconnaît le principe de légalité que contient l'article 16 de la Constitution » (B.3.1. à B.3.4.).

Si les arrêts commentés offrent une triple illustration du bon usage de la clause de sauvegarde, d'autres décisions nient cette règle (A). Sans que cela ne puisse excuser tous les errements jurisprudentiels, il y a lieu de souligner les difficultés liées à l'application de ce principe dans l'hypothèse où la norme la plus favorable n'apparaît pas clairement (B) ou en cas de conflits entre droits fondamentaux (C).

A. *La clause la moins favorable*

Alors que la question des différentes acceptions du terme « loi » forme un terrain propice à l'application du principe de clause de faveur, elle conduit à plusieurs reprises à la méconnaissance de celui-ci. Dans un arrêt du 29 juin 2000, la Cour de cassation a ainsi pu faire exclusivement référence à l'approche strasbourgeoise du terme « loi » pour apprécier les limitations à la liberté d'expression garantie par l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴. Pourtant, en cette espèce, était également invoqué l'article 25 de la Constitution lequel soumet – certes implicitement – à la légalité formelle les restrictions à la liberté de presse²⁵.

Plus récemment, l'assemblée générale du Conseil d'État a, par deux fois, renié le principe de la clause la plus favorable. Saisie par une enseignante de mathématiques qui souhaitait continuer à exercer ses fonctions en portant un foulard islamique, la Haute juridiction administrative devait apprécier si une restriction à la liberté religieuse – en l'occurrence la prohibition du port de signes convictionnels – pouvait trouver sa source dans un règlement adopté par les autorités communales. Statuant en suspension, le Conseil d'État invoqua la jurisprudence strasbourgeoise sur le caractère autonome de l'acceptation du terme « loi » utilisé par l'article 9, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne renvoie donc pas au droit interne. Après avoir rappelé que ce terme devait être compris dans son acception matérielle, il considéra que l'acte attaqué rencontrait la condition d'être « prévu par une loi ». À aucun moment, le Conseil d'État ne confronta l'acceptation strasbourgeoise à l'article 19 de la Constitution garantissant la liberté religieuse²⁶.

Dans son arrêt en annulation, le Conseil d'État n'a pas omis cette disposition constitutionnelle. Néanmoins, à son estime, puisque le terme « loi » n'est y pas mentionné, il n'est pas établi sur la base de ce texte qu'il faille une loi formelle pour restreindre la liberté religieuse des enseignants²⁷. Cette lecture se heurte autant à la *ratio legis* de l'article 19 de la Constitution qu'à sa lettre²⁸ : « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ». Si le terme « loi » n'apparaît pas, il y est question de « délits ». Or, la légalité en matière pénale est consacrée – de manière expresse – par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution. La notion de « délits » suppose, dès lors, l'intervention du législateur. Comme l'affirme la Cour constitutionnelle, « l'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage

²⁴ Cass., 29 juin 2000, C980530F. Dans le même sens, voy. cass., 2 juin 2006, C.03.0211.F ; cass., 26 février 2010, D080010F ; ainsi que C.E., arrêt n°152.039 du 30 novembre 2005, *Harmegnies*.

²⁵ Voy. J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Anvers, Maklu, 1991, p. 121 à 130.

²⁶ C.E., arrêt n°210.000 du 21 décembre 2010, cons. 6.8.2. Voy. X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », *Le droit belge face à la diversité culturelle : quel modèle de gestion de la pluralité ?*, sous la dir. de J. Ringelheim, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 562 et 563 ; M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés *Le droit belge face à la diversité culturelle : quel modèle de gestion de la pluralité ?*, sous la dir. de J. Ringelheim, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 579 à 581 ; J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'État et l'interdiction du port du voile par les enseignants : paradoxale neutralité », *A.P.*, 2012, p. 377 et 378.

²⁷ C.E., arrêt n°223.042 du 27 mars 2013, cons. V.2.4.

²⁸ Voy. M. EL BERHOUMI, « Foulard à l'école : le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne », *A.P.*, à paraître.

de la liberté d'opinion et d'interdire, en principe, toute mesure préventive d'une autorité publique. La mention de la notion de "délits", dans l'article 19 de la Constitution, manifeste la volonté du Constituant de n'autoriser en règle le législateur à prévoir des mesures sanctionnant l'usage abusif de la liberté d'expression qu'après que celle-ci a été exercée »²⁹. Même en l'absence d'une référence aux délits, l'exigence de légalité devait s'appliquer. Héritier d'une époque marquée par l'apogée du parlementarisme, le régime belge des libertés publiques est sous-tendu par la légalité. Alors que les immixtions excessives dans les libertés par le pouvoir orangiste furent le fait de l'exécutif, le constituant originaire a confié au législateur l'établissement des bornes aux libertés. Pour certaines d'entre elles, il a proclamé explicitement que les limitations devaient être établies « par la loi ». Pour d'autres libertés non moins essentielles, la réserve à la loi formelle découle implicitement de l'intention du constituant et de l'édifice du Titre II pris dans son ensemble³⁰. Si l'on pouvait déplorer que le Conseil d'État oublie l'article 19 de la Constitution dans la procédure en suspension, l'on ne peut que condamner la lecture erronée qu'il en fait dans la procédure en annulation. *Errare humanum est, sed perseverare...* D'un côté comme de l'autre, le Conseil d'État nie la clause de faveur.

Ces cas d'application d'une clause moins favorable rendent compte du tropisme international des juridictions suprêmes autant que de son caractère mal délimité et peu articulé avec le constitutionnalisme national³¹. Largement admise par ces dernières³², la primauté du droit international sur le droit interne s'accompagne d'une règle d'interprétation conforme à celui-ci ainsi que de la reconnaissance de l'autorité de chose interprétée aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme³³. Ce penchant pour les instruments internationaux conduit à l'excès de zèle lorsque les juges nationaux retiennent un principe de primauté absolue des traités, au détriment de l'inversion des priorités que peut entraîner la clause de faveur. Il s'avère que la force d'attraction du droit international est telle qu'elle fait perdre de vue à la Cour de cassation et au Conseil d'État le principe de subsidiarité, pourtant au cœur du droit international et conventionnel des droits de l'homme.

B. Les difficultés d'identifier la norme la plus favorable

Pour certains droits fondamentaux consacrés de manière partiellement analogue par des instruments nationaux et internationaux, l'on ne peut trancher de manière évidente la question de savoir quelle disposition offre la meilleure protection. L'illustration traditionnelle de cette difficulté a trait à la publicité des audiences judiciaires³⁴. L'article 148 de la Constitution ne connaît que deux exceptions à ce principe, tandis que l'article 6 de Convention européenne des droits de l'homme en retient six. Une partie de la doctrine estime la première norme plus protectrice des droits du justiciable : puisque l'article 148 de la Constitution autorise moins d'exceptions, il devrait prévaloir³⁵. D'autres auteurs considèrent en revanche que, dans les rapports contemporains entre justice et médias, c'est le huis clos

²⁹ C.C., arrêt n°195/2009 du 3 décembre 2009, B.34.

³⁰ J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *T.B.P.*, 2005, p. 302.

³¹ H. DUMONT et C. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 237 et 238

³² Nonobstant les controverses sur le conflit entre traités et Constitution. Voy. XXX

³³ Sur cette autorité de chose interprétée, voy. XXX

³⁴ J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « note relative à l'insertion d'une clause transversale portant sur l'obligation d'interpréter les dispositions du Titre II de la Constitution conformément aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la Belgique », rapport du groupe de travail chargé de l'examen du Titre II de la Constitution, *doc. parl.*, Ch., 2004-05, n°51-2304/001, p. 111 et 112.

³⁵ J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 435.

qui, souvent, servira l'intérêt du justiciable : l'article 6 de la Convention devrait donc être privilégié³⁶. Il est à relever que la section de législation du Conseil d'État a tenté de surmonter la difficulté posée en l'espèce par la technique de l'interprétation conciliante. À son estime, certaines procédures judiciaires mettent en jeu des valeurs protégées par d'autres règles garantissant les droits fondamentaux, spécialement le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à la dignité humaine. À cet égard, le Conseil d'État observe que les instruments internationaux garantissant la publicité judiciaire prennent explicitement en compte ces impératifs. Il ajoute que « si l'article 148, alinéa 1er, de la Constitution ne contient pas expressément de disposition analogue, il n'en autorise pas moins que la publicité soit limitée lorsqu'elle est "dangereuse pour l'ordre ou les mœurs". Il convient d'admettre que ces dernières notions renvoient à celle d'ordre public, auquel appartiennent incontestablement les droits fondamentaux, en ce compris ceux qui touchent au respect de la vie privée et de la dignité humaine »³⁷. Au lieu de chercher quelle disposition consacrant la publicité des audiences protège mieux le justiciable, le Conseil d'État identifie un conflit de droits fondamentaux. Or, comme nous l'analyserons ci-après, en pareille circonstance, la clause de sauvegarde se trouve paralysée.

Autre exemple des difficultés suscitées par l'identification de la clause la plus favorable : le droit constitutionnel écrit de la Belgique ne comporte aucune clause transversale interdisant l'abus de droit, au contraire de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 17 dispose qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». La question à trancher consiste à déterminer si l'absence d'une clause anti-abus de droit est plus ou moins protectrice des droits fondamentaux. La réponse dépend de la portée reconnue à l'article 17 de la Convention. À cet égard, deux thèses s'opposent³⁸. Cette disposition peut être employée comme « arrière-fond interprétatif » dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité exercé *in concreto* à l'égard de la limitation d'un droit fondamental justifiée par la lutte contre les ennemis de la liberté. C'est dans cette optique que la Cour constitutionnelle semble avoir invoqué l'article 17 de la Convention pour nuancer la portée de l'article 19 de la Constitution³⁹. Sur ce plan, l'effet de la clause anti-abus de droit est limité. Elle n'a pas été déterminante pour la résolution des différents litiges, mais a apporté son concours aux exigences déduites d'autres droits fondamentaux afin d'admettre la validité des restrictions à la liberté d'expression. L'on prendra bien soin de remarquer à cet effet que la Cour constitutionnelle a plusieurs fois insisté sur le caractère répressif et non préventif des mesures querellées. Dès lors, le recours à l'article 17 de la Convention ne remettait pas fondamentalement en cause le régime de l'article 19 de la Constitution. Les choses auraient été différentes si la Cour constitutionnelle avait suivi l'autre thèse relative à la portée de l'article 17 de la Convention. La Cour

³⁶ J. VAN COMPENOLLE, « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice et le droit à un procès équitable », *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, p. 80 et 81 ; *Id.*, « À propos d'une garantie constitutionnelle du procès équitable : la publicité de la justice », *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ? Liber Amicorum P. Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 514-518

³⁷ Avis n°44.203/2 rendu le 2 juin 2008 sur une proposition de loi modifiant l'article 757 du Code judiciaire, relatif au huis clos en matière familiale, *doc. parl.*, S., 2007-08, n°4-295/2.

³⁸ J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « note relative à l'insertion d'une clause constitutionnelle transversale portant interdiction de l'abus de droit », rapport du groupe de travail chargé de l'examen du Titre II de la Constitution, *doc. parl.*, Ch., 2004-05, n°51-2304/001, p. 43 à 47.

³⁹ C.C., arrêt n°45/96 du 12 juillet 1996, B.7.16. ; arrêt n°10/2001 du 7 février 2001, B.4.8.1. ; arrêt n°17/2009 du 12 février 2009, B.61.3., B.62., B.74.2. à B.74.6. ; arrêt n°40/2009 du 11 mars 2009, B.49.3., B.50., B.68.4. à B.71.

européenne des droits de l'homme a parfois confié à cette disposition un effet de « guillotine » aboutissant à déchoir l'individu menant des activités liberticides de la protection conventionnelle qu'il réclame. Certains *obiter dicta* formulés par la Cour constitutionnelle tendent à asseoir pareille lecture⁴⁰. Néanmoins, ils ne soutiennent pas un raisonnement dans lequel cet effet guillotine trouve à s'appliquer. D'aucuns soutiennent que la clause de faveur interdit de faire usage de l'article 17 de la Convention compris en ce sens⁴¹. En effet, la Constitution n'admet pas que l'on puisse recourir à des mesures préventives en cas d'abus de droits fondamentaux⁴². L'on pourrait toutefois défendre une autre position : l'article 17 de la Convention permet d'assurer un surcroît de protection à d'autres droits fondamentaux que la liberté d'expression revendiquée à des fins liberticides vise à détruire. Dès lors, la clause qu'il contient n'est pas moins favorable aux droits fondamentaux. Comme on peut le constater, cette problématique peut à nouveau être appréhendée par le prisme d'un conflit entre droits fondamentaux, ce qui a pour conséquence d'enrayer l'application de la clause de faveur⁴³.

C. La clause de faveur dans l'hypothèse de conflits entre droits fondamentaux

Le régime répressif en matière de liberté d'expression déduit des articles 19 et 25 de la Constitution doit prévaloir sur la protection conventionnelle de cette liberté qui admet des ingérences préventives dans l'exercice de celle-ci⁴⁴. L'on regrettera à cet égard que la Cour constitutionnelle ait pu accepter des limitations préventives à la liberté d'expression en examinant à la seule aune du droit conventionnel une mesure habilitant le Gouvernement flamand à suspendre la retransmission de programmes nuisibles aux mineurs^{45,46}. L'on pourrait y percevoir un certain malaise du juge

⁴⁰ « Il apparaît en outre de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme que, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, les propos haineux ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (...). Il découle de ce qui précède, d'une part, que certains propos ne bénéficient pas de la protection de la liberté d'expression et, d'autre part, que des restrictions à la liberté d'expression en vue de protéger les droits d'autrui sont, sous certaines conditions, admissibles. En ce qui concerne ce dernier point, il convient également de prendre en compte l'interdiction de restrictions préventives, découlant de l'article 19 de la Constitution. (...) Il peut être déduit de la jurisprudence de la Cour européenne et de la Commission européenne des droits de l'homme citée en B.61.3 que la diffusion volontaire, en vue de porter atteinte à la dignité d'individus, d'idées qui sont fondées sur la supériorité ou la haine raciale, ne bénéficie pas de la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme » (C.C., arrêt n°17/2009, B.61.3., B.62 et B.74.2.).

⁴¹ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 312.

⁴² J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « note relative à l'insertion d'une clause constitutionnelle transversale portant interdiction de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 53 et 54.

⁴³ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ?*, sous la dir. de H. Dumont et *al.*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 185 et 186, note n°185. L'auteur s'interroge pour le surplus sur la possibilité d'affirmer que « l'article 53 de la Convention est aussi une de ces dispositions qui ne peut être interprétée à son profit par le liberticide aux fins de détruire les droits conventionnellement garantis, au sens de l'article 17 ».

⁴⁴ R. ERGEC, *Introduction au droit public, T. II : les droits et libertés*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 55, 56 et 156.

⁴⁵ C.C., arrêt n°124/2000 du 29 novembre 2000, B.6.1. à B.6.4. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 309 et 310. Si les requérants n'invoquaient pas l'article 19 de la Constitution, la Cour constitutionnelle aurait dû, par application de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, examiner d'office la compatibilité des dispositions querellées et du régime répressif auquel la Constitution soumet les restrictions à la liberté d'expression.

⁴⁶ Dans un arrêt du 23 mai 2011, la Cour de cassation a évalué une restriction au regard des exigences de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, omettant les articles 19 et 25 de la Constitution pourtant soulevés par les demandeurs. Si la violation alléguée à la liberté d'expression ne résultait pas d'une mesure préventive, il n'en demeure pas moins que la juridiction d'appel semble avoir méconnu le régime de responsabilité en cascade prévu par l'article 25, al. 2, de la Constitution, mais absent du droit conventionnel. Ne fallait-il pas considérer qu'en vertu de l'article 53 de la Convention, la responsabilité en cascade devait

constitutionnel confronté à la nécessité d'arbitrer un conflit entre droits fondamentaux opposant la liberté d'expression des organismes de diffusion et le droit à l'intégrité psychique des enfants.

Les conflits de droits fondamentaux ont, en effet, pour conséquence de rendre inopérant le principe de la clause la plus favorable⁴⁷. C'est que « la protection supplémentaire accordée à l'un des deux droits en conflit aboutit nécessairement à une protection moindre pour le droit concurrent. Ce que l'un des droits antagoniste gagne, l'autre le perd nécessairement. La clause la plus favorable pour un droit, est donc toujours une "clause moins favorable" pour un autre droit »⁴⁸. Les articles 19 et 25 de la Constitution remontent à 1831. À l'époque, le constituant se souciait surtout de protéger le citoyen de l'arbitraire de l'exécutif. L'hypothèse de conflits de droits fondamentaux n'était guère envisagée, et le contrôle de constitutionnalité des lois n'existait pas. C'est la raison pour laquelle les droits et libertés originaires ont été formulées de manière absolue : la prohibition des mesures préventives ne fut assortie d'aucune exception, le constituant optant pour un régime de liberté dans la responsabilité, préférant les risques de la liberté à l'action préventive du gouvernement⁴⁹. À l'inverse, les § 2 des articles 8 à 11 de la Convention rangent la « protection des droits et libertés d'autrui » parmi les motifs légitimes pouvant être poursuivis par une mesure restrictive. Il en va de même pour les dispositions constitutionnelles insérées plus récemment tel l'article 24, § 3, de la Constitution : « Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux ».

Si l'on ne peut reprocher au constituant de ne pas prévoir à l'article 19 les autres motifs conventionnels d'ingérence, tels que la sécurité publique et la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques⁵⁰, l'absence de prise en compte des droits et libertés d'autrui s'avère davantage problématique sur le plan juridique en ce qu'elle introduit une hiérarchie entre droits fondamentaux selon qu'ils aient été consacrés ou non par le constituant originaire. Il y a, dès lors, lieu de considérer que la protection des droits d'autrui constitue une limitation inhérente aux droits et libertés.

Ainsi, alors que l'arrêt n°202/2004 illustre à merveille l'application de l'article 53 de la Convention s'agissant des différentes acceptions du terme « loi », cette disposition n'est plus invoquée lorsque la Cour constitutionnelle examine une restriction au secret des lettres protégé par l'article 29 de la Constitution. À son estime, « si le secret des lettres a pu être conçu comme absolu, lors de l'adoption de la Constitution, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles ainsi que de conventions internationales. Les articles 15 et 22 de la Constitution, qui garantissent respectivement l'inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée et familiale, sont liés à l'article 29 et participent de la même volonté du Constituant de protéger l'individu dans sa sphère privée afin de permettre son développement et son épanouissement. Si l'article 29 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au droit fondamental qu'il

s'appliquer en tant que régime plus protecteur, en ce compris des auteurs puisqu'il les prémunit de la pression que l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur risqueraient d'exercer sur lui s'ils étaient passibles de poursuites (C.C., arrêt n°47/2006 du 22 mars 2006, B.2.) ? Voy. K. LEMMENS, « La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », *R.C.J.B.*, 2012, p. 442 et 443. Pour un commentaire de cet arrêt sous l'angle limité du caractère d'ordre public des moyens pris de la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, voy. **XXX**

⁴⁷ C. VAN DE HEYNING, « No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights », *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, sous la dir. de P. Popelier et al., Anvers, Intersentia, 2011, p. 80 à 82.

⁴⁸ J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « note relative à l'insertion d'une clause transversale portant sur l'obligation d'interpréter les dispositions du Titre II de la Constitution conformément aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la Belgique », *op. cit.*, p. 112.

⁴⁹ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 308 et 309.

⁵⁰ N. BONBLED et M. LYS, « L'affaire *Leempoel et Ciné Revue* : le mot de la fin ? », *J.T.*, 2006, p. 791.

consacre, une telle restriction peut néanmoins se justifier si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment la liberté individuelle (article 12, alinéa 1er, de la Constitution), le droit à la vie (article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme) et le droit de propriété (article 16 de la Constitution et article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme), le législateur se doit d'organiser une répression efficace des atteintes qui sont portées à ces droits fondamentaux par des activités criminelles, ce qui peut rendre nécessaires des restrictions au secret des lettres, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi »⁵¹.

L'on ne peut résoudre un conflit de droits fondamentaux en faisant systématiquement triompher, par le truchement de la clause de faveur, celui qui a reçu la protection textuelle la plus forte. Est-ce à dire que la clause de faveur disparaît purement et simplement dans de telles circonstances ? La solution à appliquer est plus nuancée. En effet, la première étape de résolution d'un conflit de droits fondamentaux doit consister à déterminer la norme la plus favorable à chacun des droits partie au conflit. Ainsi, dans l'hypothèse d'une confrontation entre la liberté de la presse et le droit à la vie privée, le régime répressif protégeant cette première doit être pris en considération⁵². Ce n'est que s'il s'avère impossible de protéger le droit à la vie privée autrement que par une mesure préventive restreignant la liberté de presse que le conflit de droits fondamentaux peut dépasser la simple application de la clause de faveur. Dans cette dernière hypothèse, le conflit doit être résolu en recourant aux bonnes pratiques forgées par la doctrine dans une optique d'« optimisation de la protection des droits fondamentaux »⁵³.

Mathias El Berhoumi

⁵¹ C.C., arrêt n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.12.2.

⁵² À l'inverse de l'article 25 de la Constitution, ni l'article 22 de la Constitution, ni l'article 8 de la Convention proscrirent les mesures préventives en matière de droit à la vie privée. Selon les travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution, il y a en effet lieu de lui donner la même portée que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « les auteurs ont cherché à mettre le plus possible la proposition en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH » (*doc. parl.*, Ch., 1992-93, n°997/5, p. 2).

⁵³ E. BREMS, S. OUALD CHAIB et S. SMET, « Les droits constitutionnels conflictuels », *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 295 à 328.