



Antoine Bailleux, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et François Ost (dir.)

Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre Hommage au recteur Michel Van de Kerchove

Presses de l'Université Saint-Louis

La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Nicolas Bonbled et Julie Ringelheim

DOI : 10.4000/books.pusl.24730
Éditeur : Presses de l'Université Saint-Louis
Lieu d'édition : Bruxelles
Année d'édition : 2009
Date de mise en ligne : 28 mai 2019
Collection : Collection générale
EAN électronique : 9782802805014



<http://books.openedition.org>

Ce document vous est offert par Université catholique de Louvain



Référence électronique

BONBLED, Nicolas ; RINGELHEIM, Julie. *La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* In : *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre : Hommage au recteur Michel Van de Kerchove* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009 (généré le 15 décembre 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pusl/24730>>. ISBN : 9782802805014. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pusl.24730>.

Ce document a été généré automatiquement le 8 septembre 2023. Il est issu d'une numérisation par reconnaissance optique de caractères.

Le texte seul est utilisable sous licence . Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Nicolas Bonbled et Julie Ringelheim

« Il est très important de maintenir la distinction entre le domaine de l'éthique et celui des droits de l'homme. Car [...] les droits de l'homme occupent une position intermédiaire ; inspirés sans doute par l'éthique, dont ils tendent de traduire l'exigence par rapport à certains aspects fondamentaux de la vie collective, ils sont en même temps étroitement liés au droit, c'est-à-dire à l'institution. »

Jean LADRIÈRE¹

Introduction

- ¹ « La cour ne connaît pas de l'éthique, mais du droit », écrit le juge Fitzmaurice dans l'une de ses opinions séparées². Par ces mots, le juge britannique affirme que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son œuvre jurisprudentielle, doit rester fidèle au credo du positivisme juridique : la séparation entre éthique et droit. Dans la vieille controverse qui les oppose aux jusnaturalistes, les penseurs positivistes considèrent en effet que : « Le concept de droit ne peut être défini par référence à la morale, mais seulement par l'autorité de celui qui l'énonce ou par son efficacité. La question de savoir si une norme ou un ordre normatif sont du droit dépend ainsi de critères dont la nature est amoral : peu importe qu'ils soient ou non conformes à la morale ou à un idéal de justice³. » Pour le juge Fitzmaurice, la cause est entendue : la Cour européenne, en tant que juridiction, est chargée d'appliquer une convention internationale, c'est-à-dire un texte de droit. Elle n'a donc pas à s'occuper d'éthique.

- 2 Pourtant, il paraît difficilement contestable que, dans les rapports du droit à l'éthique, les droits fondamentaux occupent une position ambiguë. Ils trouvent leur origine dans l'éthique politique et sociale qui naît avec les philosophes des Lumières, lesquels développent une nouvelle conception des rapports entre l'État et l'individu. Les conventions internationales, les constitutions et les législations nationales qui énoncent des droits fondamentaux « juridicisent » ces valeurs affirmées initialement dans la sphère du discours moral et politique. Ce faisant, elles introduisent des impératifs éthiques au cœur du système juridique. « A partir du moment où les droits de l'homme sont posés comme ultime référence, le droit établi est voué au questionnement », écrit Claude Lefort⁴. Faut-il néanmoins considérer que le concept de droit fondamental, une fois intégré dans l'ordre juridique, se voit coupé de ses racines éthiques ? Ou faut-il admettre qu'il continue d'entretenir des liens avec le champ de la réflexion éthique ou morale ? Ces questions prennent tout leur sens au moment de l'application d'un droit par le juge : y a-t-il une place pour le discours éthique dans la jurisprudence d'une cour comme la Cour européenne des droits de l'homme ? Dans l'affirmative, une seconde interrogation surgit : comment, dans ce cas, s'opère la traduction de considérations éthiques dans le débat juridique ?
- 3 Il convient au préalable de préciser le sens du mot « éthique ». Dans les dictionnaires généraux, l'éthique est définie comme « ce qui concerne la morale ». Certains philosophes opèrent cependant une distinction entre « éthique » et « morale ». Toutefois, les critères de cette différenciation varient d'un auteur à l'autre⁵. D'autres utilisent ces concepts de manière interchangeable⁶. Quoi qu'il en soit, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'exprime pas dans un langage de nature philosophique. Elle tend à utiliser les termes « éthique » et « morale » comme des synonymes⁷. Aussi, dans le cadre de la présente contribution, le concept d'éthique est-il entendu de manière large, sans le distinguer de la notion de morale. Vue sous cet angle, l'éthique désigne un ensemble de normes, fondées sur un idéal du bien ou du juste, et destinées à orienter les comportements des individus ou d'une instance collective, comme l'État. Autrement dit, l'éthique cherche à définir le juste et l'injuste, le bien et le mal⁸. Le terme « éthique », compris en ce sens, peut soit viser des valeurs supposées universelles, auxquelles toute personne rationnelle est censée pouvoir adhérer on parlera alors de l'éthique –, soit des valeurs morales propres à une communauté ou une société donnée il s'agit alors d'une éthique particulière⁹.
- 4 La Convention européenne des droits de l'homme (ci après : la Convention), comme les autres instruments juridiques énonçant des droits et libertés, est inspirée par un idéal éthique. Mais en tant que texte de nature juridique, elle confère valeur de droit aux principes qu'elle consacre. L'exigence éthique, une fois « coulée en force de droit », si l'on ose dire, ne relève plus de l'éthique « pure » : elle constitue une règle de droit, soumise aux contraintes du système juridique. Dans cette mesure, la Convention européenne opère une traduction de certains impératifs éthiques dans le droit. Le passage de l'éthique au droit suppose en effet l'adaptation du principe concerné au langage et à la logique du droit, en même temps que l'acquisition d'une valeur nouvelle. Car contrairement à l'éthique en tant que telle, la norme juridique bénéficie de la sanction de l'État. Des institutions étatiques comme les tribunaux ou interétatiques comme la Cour européenne des droits de l'homme sont habilitées à en surveiller le respect et à condamner ceux qui y contreviennent. D'un autre côté, l'interprétation et

l'application de cette norme devront répondre aux modes de raisonnement et d'argumentation propres au droit.

- 5 Cependant, l'éthique peut-elle trouver une place au stade, non plus de la définition de la norme juridique relative à un droit ou à une liberté, mais de son application par le juge ? Dans son opinion précitée, le juge Fitzmaurice semble affirmer que la norme qui consacre un droit fondamental se suffit désormais à elle-même, elle peut être appliquée sans plus se référer à l'éthique. Cette position reflète le rêve positiviste d'un juge capable de trouver dans les textes, pour toute situation, la réponse commandée par le droit et d'éviter d'avoir jamais à se mêler d'éthique. Cette conception du rôle du juge a suscité de nombreuses critiques, que nous ne saurions évoquer ici¹⁰ Contentons-nous d'observer que le travail de la Cour européenne démontre les limites d'une telle vision de la fonction de juger. Dans de nombreuses affaires, la réponse qu'appelle la Convention à la question de savoir si un acte ou une abstention de l'État contrevient à l'une de ses dispositions est loin d'être évidente. Pour dégager les conséquences de la norme considérée dans un cas d'espèce, la Cour doit parfois prendre en compte des considérations extérieures au droit. Parmi celles-ci, les réflexions d'ordre éthique ont leur place. On peut ainsi dire du droit de la Convention ce que déclarait le juge B. Cardozo à propos du droit international : ce droit retrouve parfois « a twilight existence during which it is hardly distinguishable from morality or justice, till at length the imprimatur of a court attests its jurai quality¹¹ ».
- 6 Si l'on accepte ce constat, il reste à s'interroger sur les modalités et les conséquences de la transposition de discours éthiques dans la jurisprudence. Comment des considérations éthiques sont-elles traduites dans le langage et la logique de la Convention ? Et quels sont les effets de cette traduction sur le discours de la Cour européenne ? Vu l'ampleur du champ d'investigation ouvert par ces questions, nous ne pourrions, dans les limites de cet article, y apporter qu'un début de réponse. On se propose d'examiner le problème de la traduction de l'éthique dans le droit de la Convention européenne à la lumière des différents rôles joués par celle-ci dans la jurisprudence de la Cour. L'étude des arrêts et décisions permet de distinguer trois cas de figure. Dans certains cas, une éthique particulière est invoquée pour justifier une restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté (I). Dans d'autres, le discours éthique intervient au contraire à l'appui d'une interprétation extensive d'un droit ou d'une liberté (II). Enfin, dans un troisième cas de figure, caractérisé par un conflit de droits, la référence à l'éthique révèle la difficulté profonde éprouvée par la Cour, de décider dans un sens plutôt que dans un autre (III). L'analyse de ces différentes situations met en lumière le caractère multiple des phénomènes de traduction de discours éthiques dans la jurisprudence. Mais au-delà des différences, elle montre également que ces processus, s'ils peuvent comporter des effets pervers, remplissent néanmoins une fonction essentielle : celle de maintenir ouvertes les voies de communication entre les discussions juridiques sur l'interprétation des droits fondamentaux, d'une part, et, d'autre part, les débats et réflexions sur le sens des droits et libertés qui se déploient en dehors du champ du droit.

I. L'éthique comme facteur de restriction des droits

- 7 Les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont, pour la plupart, pas absolus. La Convention autorise les États, dans des circonstances déterminées, à limiter l'exercice de plusieurs des droits et libertés qu'elle énonce. Le

droit au respect de la vie privée (article 8), la liberté de manifester sa religion ou ses convictions (article 9), le droit à la liberté d'expression (article 10) et le droit à la liberté d'association (article 11), peuvent faire l'objet de restrictions, à condition que celles-ci soient prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique à la poursuite de l'un des objectifs légitimes énumérés dans la disposition considérée. Or, parmi les différents motifs de restriction mentionnés dans ces articles, figure notamment la protection de la morale ou de la « morale publique » selon les termes de l'article 9 § 2.

- 8 Comment faut-il comprendre le terme « morale » dans le contexte de l'application de la Convention européenne ? La Cour n'a jamais tenté de le définir. Dans sa jurisprudence, on observe toutefois que, sous ce vocable, c'est généralement la morale traditionnelle propre à une communauté ou une société donnée qui est invoquée¹². C'est une forme d'éthique que l'on pourrait qualifier de « communautarienne », au sens où l'on entend cette notion dans la philosophie anglo-américaine¹³. Comme l'explique Will Kymlicka, l'élément caractéristique de la vision communautarienne de la société réside dans la mise en avant d'une conception substantielle du « bien », c'est-à-dire de la vie « bonne » ou appréciable, qui est censée refléter un consensus au sein de la communauté :

Ce bien commun, au lieu de s'adapter à la variété des préférences individuelles, fournit le critère qui permet d'évaluer les préférences. La forme de vie de la communauté est au fondement de la hiérarchisation publique des conceptions du bien, et le poids attribué à telle ou telle préférence individuelle dépend de son degré de conformité ou de contribution au bien commun¹⁴.

- 9 Cette conception de l'éthique et de la société est en tension avec celle du libéralisme politique, dont est issu le concept de droits et libertés individuels. La philosophie libérale repose sur l'idée de la « priorité du juste sur le bien », selon la célèbre formule de Rawls, inspirée de Kant¹⁵ : un État juste est un État fondé sur des normes neutres par rapport aux différentes conceptions du bien, c'est-à-dire des normes qui ne tendent pas à imposer aux individus une forme de vie considérée comme supérieure aux autres, mais qui visent, au contraire, à garantir à chacun des possibilités égales de vivre selon sa propre vision de la « vie bonne¹⁶. » La seule finalité légitime des institutions politiques est « d'assurer à tous les membres d'une société une autonomie maximale et égale pour tous et non de les rendre heureux ou vertueux¹⁷ ». A la différence du courant communautarien, le libéralisme prétend proposer une éthique universaliste : il cherche à identifier des principes normatifs en partant non pas d'une morale substantielle propre à une communauté donnée, mais des aspirations et des besoins supposés communs à tout individu dans toute société.
- 10 Cette tension entre une éthique enracinée dans l'histoire et les conceptions traditionnelles d'une communauté, et une éthique à visée universelle fondée sur le concept de droit individuel, se reflète dans la jurisprudence de la Cour européenne, lorsque la protection de la morale est invoquée pour justifier la limitation apportée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté. La mention de la « morale » comme cause possible de limitation de l'un des droits garantis aux articles 8 à 11, permet d'importer, dans la discussion qui se déploie devant la Cour, des considérations relevant d'une forme d'éthique qui contraste avec la philosophie qui fonde originellement le concept de droits et libertés. Face à ce cas de figure, l'attitude des juges européens a connu une évolution significative.

- 11 La célèbre affaire *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 est l'une des premières dans laquelle le statut de la « morale », en tant que motif de restriction d'une liberté, est discuté. Le requérant, M. Handyside, conteste les procédures judiciaires engagées par les autorités britanniques à son encontre, en tant qu'éditeur du *Petit livre rouge à l'usage des écoliers*, un ouvrage destiné aux adolescents abordant des questions « sensibles » telles que la sexualité. Ce livre ayant été jugé contraire à la loi sur les publications « obscènes », M. Handyside a été condamné à une amende, et les exemplaires du livre ont été confisqués et détruits. Devant la Cour européenne, tandis qu'il se plaint d'une violation de sa liberté d'expression, garantie par l'article 10 de la Convention, le gouvernement britannique soutient que les mesures contestées étaient nécessaires à la protection de la morale.
- 12 La Cour commence par établir qu'en principe, dans une société démocratique respectueuse de la liberté d'expression, l'État ne peut empêcher un individu de défendre publiquement sa conception de la « vie bonne » au seul motif que la majorité de la population désapprouve cette forme de vie. La liberté d'expression vaut en effet « non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population¹⁸ ». D'autre part, elle souligne le caractère relatif de la morale au sens où l'entend le gouvernement britannique, dans la mesure où son contenu peut varier d'un État à l'autre :
- [O]n ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale ». L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière¹⁹.
- 13 Ce constat aurait pu conduire la Cour à mettre en doute la possibilité qu'un concept aussi mouvant, situé temporellement et spatialement, puisse l'emporter sur l'impératif de respect d'une liberté individuelle établie par la Convention et reconnue dès lors par tous les États parties. Pourtant, du caractère relatif de la morale, elle déduit au contraire qu'il convient pour le juge international d'adopter une position de retrait par rapport aux autorités internes, ces dernières étant mieux placées pour apprécier le contenu des exigences de la morale, en fonction du contexte national²⁰. Face au conflit entre une morale « située », reflet des préférences éthiques de la majorité d'une communauté, et une éthique universaliste et individualiste, incarnée par les droits consacrés par la Convention, la Cour européenne décide de reconnaître une large « marge d'appréciation » aux autorités nationales dans la détermination de la solution la plus adaptée. La Cour précise que cette marge n'équivaut pas à un pouvoir d'appréciation illimité et va de pair avec un contrôle européen²¹. Mais dans le cas d'espèce, elle conclut que la limitation de la liberté d'expression était légitime au regard de la Convention.²²
- 14 La position de la Cour dans cet arrêt a fait l'objet de multiples critiques. C. Nowlin, en particulier, considère que cette interprétation de la morale, comprise comme renvoyant aux idées reçues de la majorité en matière de moralité, va à l'encontre des valeurs du pluralisme libéral sur lesquelles repose la Convention²³. Pour cet auteur, la seule interprétation recevable du concept de « morale », dans le cadre de cet instrument, est celle de « *critical morality* » développée par Hart²⁴, dans la continuité de la pensée J. S. Mill²⁵, à savoir, une conception libérale et pluraliste de la morale, dont le critère central est le préjudice causé à autrui. Dans le même ordre d'idées, G. Letsas

reproche à la Cour de légitimer, dans cette affaire, une conception communautarienne de la morale, rompant ainsi avec les principes de la philosophie libérale : « The moralistic preferences of the majority as to what liberties people should be free to enjoy cannot constitute a legitimate aim for interfering with a Convention rights²⁶ ».

15 Avec l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, rendu quelques années plus tard²⁷, la Cour adopte une attitude plus critique à l'égard de l'argument tiré de la protection de la morale. Était en cause dans cette affaire l'existence, en Irlande du Nord, d'une législation criminalisant les pratiques homosexuelles masculines entre adultes consentants. Pour justifier le maintien d'une telle incrimination, alors qu'elle avait été abolie dans les autres régions du pays, le gouvernement britannique invoque la présence, en Irlande du Nord, d'un « climat moral » particulier. La population nord-irlandaise serait plus conservatrice et plus attachée aux valeurs religieuses, que les autres citoyens du Royaume-Uni. Elle serait nettement hostile à une modification de cette législation, de crainte qu'une telle réforme n'affaiblisse les « structures morales » de la société²⁸.

16 La Cour, n'hésite pas à mettre en doute la pertinence de l'argument fondé sur la nécessité de protéger la morale pour justifier la restriction imposée au droit à la vie privée des individus. Elle observe que l'hostilité de la population nord-irlandaise à la dépénalisation de l'homosexualité reflète « une certaine idée tant des exigences de la morale en Irlande du Nord que des mesures jugées nécessaires, dans la population, pour préserver les valeurs morales reçues ». Il s'agit, pour la Cour, d'une « opinion, fondée ou non », à laquelle adhèrent « de larges milieux de la société nord-irlandaise²⁹ ». En qualifiant les préoccupations invoquées de simple « opinion », la Cour en relativise la valeur. Elle suggère que ces considérations ne sont qu'une conception parmi d'autres « des exigences de la morale », et qu'il n'existe pas forcément de consensus sur ce point, non seulement au niveau européen mais au sein même de la population de l'État concerné³⁰. La Cour insiste par ailleurs sur le fait que le comportement visé par la mesure d'interdiction l'accomplissement en privé d'actes homosexuels entre adultes consentants concerne l'un des aspects les plus intimes de la vie privée³¹. Par conséquent, seules des raisons particulièrement graves peuvent rendre légitimes, au regard de la Convention, des ingérences dans cet aspect du droit à la vie privée. A cet égard, la Cour juge que s'il peut être nécessaire de légiférer en matière de sexualité « pour prémunir des fractions données de la société, de même que l'éthique de celle-ci dans son ensemble³² », l'incrimination des actes visés par la législation contestée ne correspond pas à un besoin social impérieux, « faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité³³ ». Ces considérations sont d'une grande importance : la Cour indique par là que les valeurs morales traditionnelles, même partagées par une majorité de la population, ne constituent pas, en tant que telles, un motif suffisant pour justifier l'atteinte portée à l'exercice d'un droit. Elle observe d'ailleurs :

L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants³⁴.

17 Ces observations renvoient, en filigrane, à la controverse qui a opposé, au Royaume-Uni, Lord Devlin et H. L. A. Hart, suite à la publication en 1957 du rapport de la Commission présidée par Sir J. Wolfenden, laquelle préconisait la dépénalisation des pratiques homosexuelles privées entre adultes consentants³⁵. Dans son opus *The Enforcement of Morals*³⁶, Lord Devlin critique vivement les conclusions de la Commission.

Il défend l'idée qu'une société est en droit d'interdire des comportements qu'elle juge profondément immoraux³⁷. Il y va selon lui de la survie d'une société qui a besoin, pour exister, de normes morales fondamentales stables, dont la majorité peut exiger le respect³⁸. Dans son opinion partiellement dissidente, le juge Walsh évoque précisément cette polémique et se rallie à la position de Lord Devlin :

Si l'on admet que l'État a un intérêt justifié à la prévention de la corruption et au maintien de l'éthique de sa société, il a le droit de promulguer les lois qu'il peut raisonnablement juger nécessaires à la réalisation de ces objectifs. La prééminence du droit elle-même dépend d'un consensus moral de la société et dans une démocratie, la loi ne peut faire abstraction de ce consensus. [...] La loi ne peut contraindre la vertu à exister, mais elle peut y contraindre la non-vertu si elle rend la lutte pour la vertu par trop difficile. Une telle situation peut éroder l'éthique de la société dont il s'agit. La justification finale de la loi est qu'elle serve des fins morales³⁹.

- 18 La majorité de la Cour, en revanche, se range à la thèse défendue par Hart, elle-même fondée sur la pensée de Mill : la loi pénale n'a pas à interférer, au nom de la défense morale, avec des comportements volontaires et privés, qui ne causent pas de préjudice à autrui. Ce sont des questions de morale privée, qui relèvent de la liberté individuelle⁴⁰.
- 19 L'arrêt *Dudgeon* constitue sans doute un tournant dans l'évolution du statut de la « protection de la morale », en tant que cause de limitation d'un droit garanti. On y discerne, en effet, une nette tendance de la Cour à marginaliser, dans le champ de la Convention, l'argument tiré de la nécessité de défendre la moralité, telle qu'elle est conçue dans une communauté donnée, lorsqu'il s'agit de légitimer la restriction d'un droit ou d'une liberté. Elle se confirmera par la suite⁴¹, notamment dans l'arrêt *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande* du 29 octobre 1992, qui concerne la liberté de fournir dans un pays qui interdit l'avortement, des informations sur les possibilités d'avorter à l'étranger⁴². Cette tendance est révélatrice de la difficulté fondamentale que pose le maniement d'un concept tel que la « morale », dans le cadre d'une Convention relative à la défense des droits et libertés de l'individu. Sans doute peut-on supposer qu'au moment de l'élaboration de la Convention, en 1949, ses rédacteurs considéraient la notion de « morale » comme évidente et renvoyant à un consensus autour de certaines normes traditionnelles. Mais dans les sociétés contemporaines, caractérisées par le développement de la liberté individuelle et l'affaiblissement des autorités traditionnelles, l'affirmation d'un tel consensus devient de plus en plus difficilement soutenable. Comme l'écrit J. Rawls, dans les premières pages de *Political Liberalism*, c'est le propre de la culture politique d'une société démocratique d'être marquée par une diversité de doctrines religieuses, philosophiques et morales opposées et parfois irréconciliables⁴³.
- 20 Toutefois, tandis que la clause « protection de la morale » se voit progressivement marginalisée dans la jurisprudence de la Cour, on observe dans certaines affaires, à partir des années 1990, un phénomène de déplacement des arguments fondés sur la défense d'une éthique traditionnelle ou religieuse vers la notion de « défense des droits et libertés d'autrui ». Ce mouvement est entériné par la Cour dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*⁴⁴. Il était question de la décision des juridictions autrichiennes, suite aux poursuites engagées sur la requête du diocèse d'Innsbruck, d'interdire à un petit ciné-club du Tyrol de projeter un film satyrique qui tourne en dérision les symboles et les saints du christianisme. Dans ce qui reste sans doute l'une

de ses décisions les plus critiquées⁴⁵, la Cour accepte le point de vue du gouvernement autrichien selon lequel la saisie du film litigieux avait pour but légitime la protection des droits et libertés d'autrui, et plus précisément « le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autres personnes⁴⁶ ». Comparant la religion à la morale, la Cour souligne l'absence de conception uniforme, à travers l'Europe, de la signification de la religion dans la société. Par conséquent, les autorités nationales doivent disposer d'une marge d'appréciation pour évaluer la légitimité d'une restriction à la liberté d'expression, lorsque celle-ci est exercée « contre les sentiments religieux d'autrui⁴⁷ ». La majorité de la Cour insiste par ailleurs sur le fait que la population tyrolienne est à quatre-vingt pour cent catholique. C'est donc « à l'aune des conceptions du public tyrolien », que les juridictions autrichiennes ont estimé que le film constituait une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine, dont l'interdiction était nécessaire « pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante⁴⁸ ».

- 21 La notion de « protection des droits et libertés d'autrui » connaît ici une double extension, qui ne va pas sans soulever des interrogations. D'abord, la Cour affirme pour la première fois, sans chercher à étayer cette interprétation, que le droit à la liberté de religion comprend « le droit de ne pas être offensé dans ses sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autrui⁴⁹ ». Ensuite, dans son analyse des faits, elle ignore un élément majeur : le ciné-club qui prévoyait de projeter le film litigieux, avait pris ses précautions pour éviter que des personnes que cette œuvre aurait choquées ne le visionnent. Le public avait été averti de la nature du film dans le programme et l'entrée était interdite aux mineurs. Dans ces conditions, rien n'obligeait les personnes susceptibles d'être offensées dans leurs sentiments religieux par cette œuvre à se rendre au ciné-club pour la voir. Dès lors, il apparaît que c'est moins le risque que des croyants ne soient mis en contact avec un film qui les aurait offensés, qu'une opposition plus fondamentale à ce qu'un tel film soit projeté et vu par des personnes intéressées par son propos, qui a motivé les autorités à en interdire la projection. « Ce n'est pas la liberté de religion mais le pouvoir d'une religion qui est menacé » écrit alors F. Rigaux⁵⁰. Plus que la protection des droits d'autrui, c'est l'idée qu'il est immoral de dépeindre les symboles du christianisme de manière aussi irrespectueuse que le fait le film qui semble avoir inspiré son interdiction. En d'autres termes, cette décision semble reposer bien plus sur la volonté de préserver la morale religieuse dominante que de défendre les droits de certains individus.
- 22 Le processus de traduction d'un discours éthique dans le droit de la Convention revêt ici une nature différente de celui observé dans le contexte de l'affaire *Handyside* ou *Dudgeon*. Dans ces affaires, les considérations tenant aux valeurs morales dominantes ou traditionnelles dans la communauté concernée, étaient introduites dans la discussion devant la Cour sur le fondement de la « protection de la morale ». Elles étaient donc présentées comme telles et formulées dans le langage même de la morale. Dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institut*, au contraire, les préoccupations liées à une certaine éthique religieuse sont *traduites* dans le langage des droits et libertés individuels puisqu'elles sont importées sous le couvert de la « protection des droits d'autrui ».
- 23 Les autorités autrichiennes, pour justifier la mesure contestée, ne se prévalent pas de la désapprobation morale du contenu du film par la majorité de la population, mais plutôt de la nécessité qu'il y aurait à protéger un *droit* de ne pas être offensé. Or, cette

traduction, qui prend la forme d'une requalification, comporte un risque, celui d'une trahison de la « langue cible », autrement dit de la lettre et de l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme. Car la tension entre une approche de type communautarienne, selon laquelle la société peut exiger des individus qu'ils se conforment à un certain « *ethos* », ancré dans les traditions ou les conceptions dominantes du groupe social concerné, et la logique des droits individuels, qui défend la liberté de chacun de développer sa propre conception de la « vie bonne », est toujours présente. Mais elle devient plus difficile à déceler et à discuter de front. Ainsi, l'assimilation de la protection de valeurs morales traditionnelles à la protection des droits d'autrui peut aboutir à distordre le sens de la Convention, et à en trahir l'esprit, qui repose sur la priorité de l'autonomie individuelle.

- 24 La Cour confirme dans sa jurisprudence ultérieure les principes posés dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institut*. Parmi les devoirs et responsabilités que comporte la liberté d'expression, peut légitimement figurer, dans le contexte des croyances religieuses, « l'obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices⁵¹ ». Ce passage révèle l'ambiguïté de l'argumentation développée par la Cour. En mêlant dans une même formule la notion d'« offense à autrui » et celle de « profanation », la Cour occulte la différence de nature entre les attaques dirigées contre des *personnes*, en tant que fidèles d'une certaine religion, et la critique virulente ou la satire d'une *doctrine* religieuse. A ses yeux, dans un cas comme dans l'autre, on peut considérer qu'il y a atteinte aux droits d'autrui, plus précisément à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et donc un motif légitime de restreindre la liberté de communiquer des idées ou informations⁵². En outre, l'absence de conception uniforme, au niveau européen, des exigences de la protection des droits d'autrui en la matière, justifierait la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux États contractants « lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion⁵³ ». Le recours à la notion pour le moins curieuse d'« offense faite aux convictions personnelles intimes » des individus, met en lumière les failles de l'entreprise de reformulation de considérations liées à la défense de croyances morales ou religieuses, dans le langage des droits et libertés individuels. Bien que l'enjeu soit présenté en termes de protection des droits des personnes, ce qui transparaît de cette expression, c'est bien l'idée qu'il est légitime de protéger les *convictions* elles-mêmes, d'attaques jugées trop virulentes, et donc, la doctrine religieuse ou morale qui fait l'objet de ces convictions.
- 25 Cependant, si la Cour a réitéré ces principes à plusieurs reprises, sa jurisprudence révèle une tendance à en limiter la portée. Dans l'arrêt *I.A. c. Turquie*⁵⁴, ce n'est qu'à une majorité de quatre voix contre trois, qu'elle conclut que la condamnation d'une maison d'édition à une amende pour avoir publié un roman comportant des propos jugés injurieux à l'égard du prophète Mahomet et de l'islam, repose sur des motifs suffisants et est donc licite au regard de la Convention. Dans *Aydin Tatlav c. Turquie*, où il était question de la condamnation de l'auteur d'un ouvrage extrêmement critique à l'égard de l'islam, elle déclare cette fois, à l'unanimité, qu'il y a violation de la liberté d'expression. Si l'ouvrage contient « une dose de vive critique », elle n'observe pas dans les propos litigieux « un ton insultant visant directement la personne des croyants, ni une attaque injurieuse pour des symboles sacrés, notamment des Musulmans, même si,

à la lecture du livre, ceux-là pourront certes se sentir offusqués par ce commentaire quelque peu caustique de leur religion⁵⁵ ».

II. L'éthique comme facteur d'expansion des droits

- 26 La section précédente a montré que la référence à un discours éthique dans la jurisprudence de la Cour européenne pouvait avoir pour fonction de justifier des limitations apportées à l'exercice d'un droit ou d'une liberté. A l'inverse, le recours à des arguments d'ordre éthique peut aussi servir à renforcer, voire à étendre, la protection accordée par la Convention aux individus. En effet, dans son travail interprétatif, la Cour est parfois amenée à remonter aux fondements philosophiques ou éthiques d'un droit ou d'une liberté protégée par cet instrument, afin d'en éclairer le sens et la portée⁵⁶. Les juges européens affirment que toute interprétation des droits et libertés doit se concilier avec « l'esprit général » de la Convention⁵⁷. Or, cet « esprit général » se caractérise par un ensemble d'idéaux et de valeurs inhérents aux concepts juridiques consacrés par cet instrument, auxquels il est fait allusion dans le Préambule, qui évoque le « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit⁵⁸ » des États parties. Ainsi, lorsque la Cour s'interroge sur l'étendue d'un droit ou d'une liberté, elle cherche parfois des réponses dans les principes éthiques qui sous-tendent le système de la Convention. Cette démarche peut la conduire à opérer un travail de traduction du discours éthique dans sa jurisprudence. Celui-ci se manifeste notamment par l'introduction, dans le langage jurisprudentiel, de termes spécifiques qui, bien qu'absents du texte de la Convention, expriment des concepts éthiques propres à la philosophie des droits de l'homme⁵⁹.
- 27 Deux concepts méritent tout particulièrement l'attention à cet égard : la « dignité humaine », d'une part, l'« autonomie personnelle », de l'autre. Interpréter la Convention au prisme de ces notions permet à la Cour de développer le sens des droits protégés, d'en dégager de nouvelles facettes en fonction des faits qui lui sont soumis, et d'étoffer ainsi les garanties reconnues aux individus (A). Bien que ces notions puissent leur origine dans la philosophie libérale, la réflexion qu'elles stimulent sur le sens des droits et libertés peut conduire les juges à dépasser certaines limites induites par une interprétation littérale de la Convention et de son accent exclusif sur les droits civils et politiques. Les liens entre la dignité humaine et l'extrême pauvreté, d'une part, et entre l'autonomie personnelle et le respect d'un mode de vie traditionnel minoritaire, de l'autre, fournissent deux exemples de dépassement possible des limites textuelles de la Convention (B).

A. L'importation de concepts éthiques dans le droit de la Convention

1. La dignité humaine et la notion de traitement inhumain et dégradant

- 28 Si le concept de « dignité humaine » a des racines antérieures au XVIII^e siècle, il acquiert, avec la philosophie des Lumières, un sens différent et une importance nouvelle⁶⁰. Il demeure associé à la pensée de Kant. Selon la célèbre formule du philosophe allemand, le respect de la « dignité humaine » requiert que les individus soient traités comme des fins et non comme des moyens pour parvenir à une fin. Depuis les débuts du libéralisme, ce concept est considéré comme l'un des fondements de la notion de droits et libertés de l'individu. Aujourd'hui, comme par le passé, l'expression « dignité humaine », fait partie intégrante du discours sur les droits de

l'homme. Cependant, alors que plusieurs instruments internationaux et Constitutions nationales s'y réfèrent expressément⁶¹, la Convention européenne des droits de l'homme n'en fait pas mention⁶². Malgré ce silence du texte, les termes « dignité humaine » ont progressivement été intégré, par le biais de la jurisprudence, dans le langage de la Convention, avec différentes conséquences.

- 29 Le mouvement a été initié par la Commission européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Asiatiques d'Afrique orientale* (1973), elle observe qu'une discrimination raciale peut porter atteinte à la *dignité humaine* et constituer, par conséquent, un traitement dégradant contraire à l'article 3⁶³. Avec l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978⁶⁴, c'est au tour de la Cour d'introduire la notion de dignité humaine dans sa jurisprudence. Par la suite, elle s'y réfèrera dans l'interprétation d'un nombre croissant de garanties de la Convention : outre l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, on la retrouve dans le contexte du droit à un procès équitable⁶⁵, du principe de la légalité des peines⁶⁶ ou du droit au respect de la vie privée⁶⁷. Cette évolution atteint son apogée en 1995, lorsque la Cour déclare que « le respect de la dignité et de la liberté humaines » est l'essence même de la Convention⁶⁸.
- 30 C'est néanmoins dans le cadre de l'article 3 de la Convention que la référence à la « dignité humaine » prend toute son ampleur. Cette notion est en effet utilisée par la Cour pour établir le caractère inhumain ou dégradant d'une peine ou d'un traitement infligé à un individu. Mais comment la « dignité humaine » est-elle comprise par les juges européens ? L'arrêt *Tyrer* de 1978 contient déjà des indications éclairantes à cet égard. Pour conclure que les peines judiciaires corporelles, appliquées aux adolescents délinquants sur l'île de Man, constituent un traitement inhumain et dégradant, la Cour souligne qu'il s'agit de « violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'État et infligées par sa police ». Il en résulte que, « quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement, consistant à *le traiter en objet aux mains de la puissance publique*, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 [...] : la dignité et l'intégrité physique de la personne⁶⁹. » Ce passage met en lumière la manière dont la notion de dignité humaine éclaire celle de « traitement inhumain ou dégradant ». Il en ressort que le caractère « inhumain et dégradant » d'un traitement, ne dépend pas de la gravité des blessures physiques infligées à l'individu, mais, avant tout, de la nature du rapport entre l'État et la victime que ce traitement institue. Lorsque l'agissement de l'État revient à traiter une personne comme un objet, et à nier sa qualité d'individu, il y a violation de l'article 3. Une peine dégradante, explique la Cour, est une peine qui s'accompagne d'une humiliation ou d'un avilissement d'un niveau particulier de gravité⁷⁰. C'est un traitement qui diminue la personne à ses propres yeux⁷¹. Cette appréciation, ajoute la Cour, est relative : « elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution⁷². »
- 31 Dans son arrêt *Ribitsch c. Autriche* (1995), la Cour précisera encore que lorsqu'une personne est privée de liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son comportement, porte atteinte à la dignité humaine et enfreint, en principe, le droit garanti à l'article 3⁷³. Une nouvelle application de l'idée de base formulée dans *Tyrer* apparaît ici : lorsque la puissance publique utilise la force physique sans raison valable à l'encontre d'une personne privée de liberté, elle agit comme si elle s'arrogeait un pouvoir absolu sur cette personne et sur son corps, ce qui

revient à la traiter comme une chose et non comme un individu. Pour des raisons évidentes, c'est tout particulièrement dans le contexte carcéral que le discours sur la dignité humaine s'est déployé dans la jurisprudence. La Cour se réfère régulièrement aux notions d'humiliation, d'angoisse, de sentiment d'infériorité suscités chez l'individu, pour identifier des conditions de détention contraire à la dignité humaine, et par conséquent constitutive d'une peine dégradante⁷⁴. Dans *Kudla c. Pologne*, la Cour franchit un pas supplémentaire en affirmant que l'article 3 impose à l'État l'obligation positive « de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine ». Ce droit fondamental du prisonnier⁷⁵ implique que les autorités doivent s'assurer « que les modalités d'exécution des mesures prises ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention⁷⁶ ». On notera enfin que, renvoyant directement à la notion d'« éthique », la Cour, dans l'affaire *Aerts c. Belgique*, fait sien le constat du Comité européen pour la prévention de la torture qui estimait que le niveau de prise en charge des patients placés à l'annexe psychiatrique de Lantin était « en-dessous du minimum acceptable du point de vue éthique et humain⁷⁷ ».

- 32 Reste que le maniement de la notion de dignité humaine ne va pas sans difficulté. C'est ce qu'ont bien compris les juges Spielman et Jeben, qui, dans leur opinion dissidente dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, précise que lorsque la Cour déclare que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention », il ne s'agit pas d'un « concept abstrait ou indéfini de dignité humaine, notion qui peut être en soi dangereuse lorsqu'elle est de nature à justifier hâtivement des limitations inacceptables aux droits fondamentaux, mais du concept concret de dignité fondamentale de la personne d'autrui⁷⁸. » Vu son caractère relativement malléable, le concept de dignité humaine peut en effet donner lieu à des usages ambigus au regard de la protection des droits fondamentaux⁷⁹. Sans pouvoir approfondir ici cet aspect de la question, on rappellera que la notion de « dignité » a parfois été invoquée pour justifier des mesures étatiques d'ordre « paternaliste », c'est-à-dire des mesures destinées à protéger un individu contre lui-même, ou, plus précisément, contre une utilisation de sa liberté jugée « indigne » par les autorités. Plusieurs auteurs ont critiqué la tendance de certains juges internes à confondre « dignité » et « moralité publique » dans des affaires comme celle du « lancer de nains⁸⁰ ».

2. L'autonomie personnelle et le droit au respect de la vie privée

- 33 Comme la dignité humaine, le concept d'autonomie personnelle qui renvoie également à la pensée de Kant –, occupe une place centrale dans la philosophie libérale. Plusieurs auteurs fondent la justification même du libéralisme sur l'idéal d'autonomie de l'individu⁸¹. À suivre J. Raz, la notion d'autonomie personnelle repose sur l'idée que les individus doivent, dans la mesure du possible, maîtriser leur propre vie. L'autonomie s'oppose à une vie faite de choix contraints : « [t]he autonomous person is part author of his life⁸² ». Le bien-être d'une personne autonome consiste en la poursuite réussie d'objectifs et de relations qu'elle s'est elle-même choisies. De manière importante, « the autonomous life is discerned not by what there is in it but by how it came to be⁸³. » Dans la jurisprudence de la Cour européenne, le concept d'« autonomie personnelle » fait son apparition dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002. La requérante, qui

souffrait d'une maladie dégénérative incurable et désirait mettre fin à ses jours avec l'assistance de son mari, se plaignait du refus des autorités britanniques de prendre l'engagement de ne pas poursuivre son époux s'il l'aidait à se suicider. La première question qu'il revenait à la Cour de trancher était celle de savoir si, comme le soutenait la requérante, le choix de mourir rentrait dans le champ du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention⁸⁴. Dans sa jurisprudence antérieure, celle-ci avait déjà développé une conception large de la « vie privée » au sens de la Convention⁸⁵, reconnaissant que cette notion couvrait l'intégrité physique et morale de la personne⁸⁶, certains aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, tels que la filiation⁸⁷, le nom⁸⁸ ou l'identification sexuelle⁸⁹, le droit au développement personnel ainsi que le droit de nouer des rapports avec autrui⁹⁰. Avec l'arrêt *Pretty* les juges européens associent pour la première fois ces différentes facettes à un principe général, celui du respect de l'« autonomie personnelle » des individus :

Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8⁹¹.

34 L'autonomie ou l'autodétermination de l'individu est entendue par la Cour comme visant « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend ». De cette notion, la Cour déduit un principe majeur : le droit à la vie privée inclut la liberté de se livrer « à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne⁹² ». L'intervention de l'État pour protéger les individus contre eux-mêmes, en réprimant des comportements considérés comme présentant un risque pour la santé, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 § 1, qui nécessite une justification conforme au second paragraphe de cet article⁹³. La référence au discours éthique associé à la notion d'autonomie personnelle conduit ainsi la Cour à enrichir le sens de la notion de « vie privée » et à intégrer dans le champ de l'article 8 un vaste ensemble de situations qu'une interprétation traditionnelle n'aurait sans doute pas considéré comme relevant du droit au respect de la vie privée. Ainsi, en matière médicale, imposer un traitement sans le consentement du patient, alors qu'il est adulte et sain d'esprit, constitue une atteinte à son intégrité physique potentiellement contraire à l'article 8 § 1^{er}, même si le refus de ce traitement conduirait à une issue fatale⁹⁴. Dans le cas de Mme *Pretty*, la Cour considère que le souhait d'une personne de recourir à un suicide assisté pour éviter ce qui constitue à ses yeux une fin de vie indigne et pénible, rentre dans le champ de l'article 8 § 1^{er}⁹⁵. Cependant, vu la justification avancée par le gouvernement britannique, elle conclut que le refus de faire droit à la demande de Mme *Pretty* reposait sur des motifs légitimes et suffisants au regard de l'article 8 § 2.

35 Par la suite, la Cour a dégagé d'autres conséquences du droit à la vie privée, interprété à la lumière de la notion d'autonomie personnelle. Dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour affirme que l'article 8 protège « la sphère personnelle de chaque individu [...] y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain⁹⁶ ». Elle reconnaît, dans cette affaire, le droit des transsexuels ayant subi une opération de changement de sexe à obtenir la reconnaissance juridique complète de leur nouvelle identité sexuelle. Dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*, elle ajoute que la liberté de définir son appartenance sexuelle « s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination⁹⁷ ». Enfin, dans l'arrêt *Tysiack c. Pologne* du 20 mars 2007, elle évoque un « droit à l'autonomie personnelle » découlant de l'article 8 de la Convention⁹⁸.

- 36 Le concept d'autonomie personnelle fait désormais résolument partie du vocabulaire de la jurisprudence de la Cour. Il a été intégré à l'univers de référence propre au droit au respect de la vie privée et familiale⁹⁹. Cette évolution de l'interprétation de la notion de « vie privée » n'est cependant pas propre à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne rejoint ici une certaine jurisprudence de la Cour suprême américaine, qui envisage le droit à la vie privée comme un droit garantissant aux individus la liberté de poser des choix libres sur des aspects essentiels de leur existence et de leur définition d'eux-mêmes¹⁰⁰.

B. Le dépassement des limites textuelles de la Convention

- 37 La Convention européenne des droits de l'homme garantit essentiellement des droits civils et politiques. A quelques exceptions près comme le droit à l'instruction, protégé par l'article 2 du Premier protocole additionnel, elle ne reconnaît pas expressément de droit économique ou social ni de droit culturel. Dans cette mesure, le texte originel de la Convention reflète l'approche des droits et libertés caractéristique de la pensée libérale classique, dont les concepts de dignité et d'autonomie sont également issus. Mais la réflexion sur ces deux dernières notions ne s'est pas arrêtée à la fin du XVIII^e siècle. Leur sens et leurs implications, notamment dans le cadre de la théorie des droits fondamentaux, ont continué d'être débattus, pensés et repensés, de sorte qu'elles ont acquis une autonomie par rapport au libéralisme classique¹⁰¹. D'autre part, une fois intégrées à la jurisprudence de la Cour européenne, elles peuvent se combiner à d'autres notions propres au droit de la Convention, telles que les « obligations positives » ou le principe d'« effectivité des droits », pour contribuer à développer les potentialités de la langue de la Convention et à en enrichir l'appareil conceptuel. A cet égard, le cheminement de ces concepts dans la jurisprudence indique que ceux-ci pourraient fournir un fondement pour un possible dépassement de certaines limites textuelles de la Convention. D'un côté, une certaine jurisprudence autorise à qualifier des situations d'extrême pauvreté d'atteintes à la dignité humaine et, partant, de traitement inhumain ou dégradant (1). De l'autre, l'évolution du droit au respect de la vie privée révèle une amorce d'intégration de préoccupations relatives au respect de la diversité culturelle dans le champ de la Convention (2).

1. Dignité humaine et extrême pauvreté

- 38 Malgré le silence de la Convention en matière de justice sociale, les juges européens ont progressivement déduit de certaines de ses dispositions une protection indirecte de droits sociaux¹⁰². Dans l'arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, la Cour reconnaît que « si [la Convention] énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. » Une interprétation d'un droit ne peut être écartée « pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention¹⁰³ ». Ce courant de jurisprudence s'appuie sur le concept d'obligations positives¹⁰⁴ et sur le principe d'effectivité, qui veut que la Convention soit interprétée d'une manière qui rende les exigences de ses dispositions concrètes et effectives¹⁰⁵. Toutefois, la protection indirecte de certains droits sociaux par le biais de la Convention européenne demeure limitée et hésitante¹⁰⁶. Ainsi, dans un arrêt du 27 mai 2008, inversant la formule de l'arrêt *Airey*, la majorité de la Cour déclare que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre

économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques¹⁰⁷ ». Ce passage est vivement critiqué par les juges dissidents Tulkens, Bonello et Spielmann, qui reprochent à la majorité d'occulter « la dimension sociale de l'approche intégrée adoptée par la Cour » telle qu'elle a été exprimée depuis l'arrêt Airey¹⁰⁸.

- 39 Dans ce contexte, le concept de « dignité humaine » a été mobilisé à de nombreuses reprises par des requérants pour soutenir qu'une action ou inaction de l'État qui a pour conséquence de plonger un individu dans la misère pouvait, dans certaines circonstances, être reconnue contraire à l'interdiction des traitements « dégradants » ou « inhumains »¹⁰⁹. Cette proposition a trouvé un écho auprès des juges. La Cour a admis, au moins sur le plan des principes, que la souffrance résultant de l'extrême pauvreté pouvait, dans certains cas, atteindre un tel niveau de gravité que la situation apparaissait « dégradante » ou « inhumaine », au sens de l'article 3 de la Convention. On observe ainsi une ouverture du cadre conceptuel de la Convention à la traduction, certes marginale, d'exigences de justice sociale, sur la base de la notion de dignité humaine.
- 40 La possibilité d'engager la responsabilité de l'État dans des situations de cet ordre semble avoir été implicitement admise en 1990 par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Van Volsem c. Belgique*¹¹⁰. Madame Van Volsem, qui avait la garde de trois enfants, vivait d'une pension alimentaire que lui versait son ex-époux et de l'aide du C.P.A.S. Hébergée dans un logement social équipé d'un chauffage électrique, elle s'était vu suspendre, au beau milieu de l'hiver, toute fourniture d'électricité parce qu'elle ne parvenait plus à en payer les factures. Si elle rejette, en l'espèce, l'allégation de traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la Convention, au motif que « la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis » pour constituer un tel traitement¹¹¹, la Commission n'exclut pas la possibilité de principe d'appliquer l'article 3 à des hypothèses dans lesquelles des conditions économiques et sociales dramatiques seraient en jeu.
- 41 La notion de « dignité humaine », en tant que critère du traitement inhumain ou dégradant, permet d'appuyer cette application de l'article 3 de la Convention. Comme l'observe C. O'Conneide, la précarité extrême expose les individus à une forme de dégradation lorsqu'elle a pour effet de les priver d'accès à une nourriture suffisante, à des soins de santé, ou à un hébergement¹¹². Il paraît difficile de nier que de telles expériences peuvent générer, chez ceux qui les subissent, des sentiments d'angoisse, d'infériorité et d'humiliation¹¹³ éléments auxquels la Cour se réfère habituellement pour déterminer si un traitement peut être qualifié de « dégradant » ou d'« inhumain » au sens de l'article 3. D'un autre côté, la Cour a reconnu qu'un traitement inhumain ou dégradant au regard de la Convention, pouvait résulter d'une situation qui n'avait pas été générée à l'origine par un acte de l'État, mais qui était aggravée par le comportement des autorités publiques. Ainsi, une maladie survenue naturellement peut relever de l'article 3, lorsqu'« elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures dont les autorités peuvent être tenues pour responsables¹¹⁴. » Pour C. O'Conneide, on ne peut établir de distinction de principe, quant à l'applicabilité de l'article 3, entre la souffrance découlant d'une maladie naturelle et celle résultant de l'extrême pauvreté :

Suffering flowing from natural illness or a disability that crosses the Art. 3 threshold cannot be intelligibly differentiated from suffering of an Art. 3 nature that flows from individual or group poverty, unless one subscribes to notions that the destitute «deserve» their poverty, or adheres to Victorian stereotypes about the distinction between «ablebodied» and «infirm» poor, or draws wholly unconvincing distinctions between «naturally» inflicted degradation and «socially» inflicted degradation¹¹⁵.

- 42 Dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* du 21 avril 1997, la Commission évoque expressément la notion de « dignité humaine » pour qualifier de traitement inhumain ou dégradant l'expulsion d'un ressortissant étranger en phase terminale du sida vers son pays d'origine, alors qu'il ne pourra pas y bénéficier de soins médicaux et n'y a aucun parent en mesure de lui fournir un toit ou un minimum de nourriture et de soutien social. Pour la Commission, l'exécution de cette décision d'expulsion aurait pour conséquence de priver le requérant de « sa dignité humaine dans ce qu'elle a de plus élémentaire alors que sa maladie suivrait son cours inévitablement douloureux et fatal¹¹⁶ ». La Cour conclut elle aussi que l'expulsion du requérant, dans ces circonstances, lui causerait des souffrances physiques et morales telles qu'elle l'exposerait à un traitement inhumain contraire à l'article 3¹¹⁷.
- 43 Mais hors ce cas de figure particulier, dans les autres affaires dans lesquelles des conditions de vie misérables ont été dénoncées comme constitutives d'un traitement inhumain ou dégradant, la Cour a jusqu'à présent toujours considéré que le traitement en cause n'atteignait par un degré de gravité suffisant pour emporter une violation de l'article 3 de la Convention¹¹⁸. Par exemple, dans sa décision *O'Rourke c. Royaume-Uni* du 26 juin 2001, elle juge que la souffrance subie par un ex-détenu sans-abri, exclu du logement temporaire qui lui avait été accordé et contraint, de ce fait, de dormir dans la rue, n'est pas suffisamment grave pour être qualifié de traitement contraire à l'article 3. A supposer que c'eût été le cas, le requérant était, selon elle, en grande partie responsable de la détérioration de sa situation car il avait refusé des offres de relogement temporaire¹¹⁹. Dans d'autres affaires, les requérants ont tenté de contester la compatibilité avec l'article 3 de la Convention de pensions ou d'allocations sociales qui ne leur permettaient pas de dépasser le seuil de pauvreté et de mener une existence digne. Si toutes ces requêtes ont été déclarées irrecevables, la Cour admet néanmoins, de manière plus ou moins explicite, que la responsabilité de l'État au regard de l'article 3 pourrait être engagée, dans certaines circonstances, lorsque des personnes démunies ont enduré un traitement inhumain et que l'État ne leur a pas fourni une assistance indispensable. Ainsi, dans sa décision *Larioshina c. Russie* du 23 avril 2002, tout en affirmant qu'en principe, il ne lui revient pas de se substituer aux autorités nationales pour déterminer le niveau des prestations financières allouées aux individus dans un système de sécurité sociale¹²⁰, la Cour énonce qu'un grief tiré du montant totalement insuffisant d'une pension ou d'autres allocations sociales peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention¹²¹, même si en l'espèce, il ne lui paraît pas démontré que le minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3 ait été atteint.
- 44 L'affaire *Moldovan et autre c. Roumanie* occupe une place à part dans cette jurisprudence. Dans cette affaire, la responsabilité de l'État dans les circonstances qui ont contraint les requérants à vivre dans des conditions désastreuses, ne prêtait pas à controverse. A la suite d'une rixe survenue dans le bar du village, l'ensemble des habitants Roms de Hădăreni avaient été pris pour cible par la foule qui, avec la complicité des policiers,

avait incendié leurs maisons et leurs biens, et lynché trois personnes. Les requérants, privés de domicile, en furent réduits à vivre dans des poulaillers, des porcheries ou des caves sans fenêtres, parfois dans un froid extrême, changeant souvent d'adresse, ou allant habiter chez des amis ou des parents dans une grande promiscuité¹²². Les juridictions internes ont pourtant refusé pendant de plusieurs années de leur allouer des indemnités au titre de dommage matériel ou de dommage moral. Et seule une partie des maisons détruites ont été finalement reconstruites par les autorités mais restaient inhabitable.

- 45 S'ajoutent à cela des remarques discriminatoires sur l'origine rom des requérants, insérées dans certaines décisions des tribunaux internes ayant examiné leurs griefs. La Cour, cette fois, distingue dans ces événements une atteinte à la dignité humaine¹²³, équivalant à un « traitement dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention :

Les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement¹²⁴.

2. Autonomie personnelle et diversité culturelle

- 46 Le texte de la Convention ne fait pas mention d'une quelconque obligation de respecter la diversité culturelle ou d'un droit des personnes appartenant à des minorités de préserver leur héritage culturel¹²⁵. Invoquant les limites des droits et libertés reconnus dans cet instrument, la jurisprudence a longtemps été peu réceptive aux griefs avancés par des minorités culturelles en lien avec de telles préoccupations. Mais depuis les années 2000, une évolution très nette se manifeste : la Cour juge que les considérations tenant à la liberté de préserver et d'exprimer une culture minoritaire, rentrent dans le champ de la Convention et, singulièrement, du droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8¹²⁶.
- 47 Dès 1983, la Commission suggère qu'« au regard de l'article 8, un groupe minoritaire est théoriquement fondé à revendiquer le droit au respect de son mode de vie propre puisqu'il s'agit de « vie privée », de « vie familiale » ou de « domicile »¹²⁷ ». Mais ce n'est que près de vingt ans plus tard, dans sa décision *Noack et autres c. Allemagne* du 25 mai 2000¹²⁸ que la Cour confirme cette lecture de l'article 8. En 2001, un ensemble de requêtes dénonçant le refus des autorités britanniques d'autoriser des personnes d'origine tzigane à placer une caravane sur un terrain dont ils sont propriétaires, lui fournissent l'occasion d'explicitier cette interprétation du droit à la vie privée. Si l'expression « autonomie personnelle » n'est pas utilisée par la Cour dans ses cinq arrêts du 18 janvier 2001¹²⁹ elle ne l'introduira dans sa jurisprudence que l'année suivante avec l'arrêt *Pretty* l'idée est sous-jacente au raisonnement des juges. Ceux-ci commencent par souligner que la vie en caravane « fait partie intégrante de l'identité tzigane [...] car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage suivie par cette minorité¹³⁰ ». Ils en déduisent que les mesures prises par les autorités britanniques mettent en jeu, non seulement le droit des requérants au respect de leur domicile, mais aussi leur droit au respect de la vie privée et familiale, au motif qu'elles influent sur leur « faculté de conserver [leur] identité tzigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition¹³¹. » Autrement dit, le droit au respect de la vie

privée et familiale emporte une protection de la faculté de maintenir une identité culturelle et un mode de vie traditionnel. Les juges affirment encore que l'article 8 impose aux Etats « l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie¹³². » C'est bien la notion d'autonomie personnelle qui pointe derrière cette affirmation : le droit énoncé à l'article 8 garantit aux individus la liberté de choisir de mener ou non leur vie privée et familiale en accord avec les traditions de leur communauté d'origine. Sous réserve des restrictions autorisées par l'article 8 § 2, ce choix doit pouvoir être posé librement par l'individu et ne peut lui être imposé par l'État. Cette interprétation de l'article 8 est confirmée dans l'arrêt *Connors* du 27 mai 2004, qui évoque cette fois expressément le concept d'autodétermination de l'individu¹³³. Par la suite, la Cour dira encore que « le droit de chacun d'exprimer, dans le cadre de la légalité, ses convictions sur son identité ethnique » repose sur « la notion de l'autonomie personnelle¹³⁴. »

- 48 La notion d'autonomie personnelle se combine avec d'autres évolutions pour ouvrir la voie à une intégration progressive de préoccupations liées au respect des spécificités culturelles dans la jurisprudence de la Cour. Dans ses cinq arrêts du 18 janvier 2001, la Cour, pour justifier son interprétation de l'article 8, invoque le développement de la protection internationale des minorités, dont atteste l'adoption en 1995 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Pour la Cour, « un consensus se fait jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie » et ce, pour protéger les intérêts de la minorité mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui profite à la société dans son ensemble¹³⁵. Avec l'arrêt *Gorzelik c. Pologne* du 17 février 2004, la Cour relie la thématique du respect de la diversité culturelle au concept de pluralisme qu'elle considère, depuis l'arrêt *Handyside*, comme un principe inhérent à la « société démocratique » au sens de la Convention¹³⁶. Ainsi, à côté du droit à la vie privée et de la notion d'autonomie personnelle, les concepts de pluralisme et de société démocratique deviennent les vecteurs supplémentaires d'une traduction des préoccupations tenant au respect de la volonté de groupes minoritaires de préserver et d'exprimer leur héritage culturel :

Le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques. Une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale¹³⁷.

- 49 Citant la Convention-cadre pour la protection des minorités, la Cour ajoute :
- [U]ne société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité¹³⁸.
- 50 Reste que malgré ces affirmations, les juges se montrent encore hésitants quant au poids à accorder au principe de respect des identités culturelles lorsqu'ils apprécient, dans un cas concret, si des mesures prises par l'État constituent une violation de la Convention. En témoignent les cinq arrêts du 18 janvier 2001, dans lesquels la Cour, à une courte majorité, conclut que les décisions dénoncées, bien qu'entravant la faculté des requérants de perpétuer leur mode de vie traditionnel, en tant que Tsiganes, sont justifiées par un but légitime au regard de la Convention : la nécessité de préserver un

environnement dégagé dans certaines zones, conformément aux plans d'aménagement du territoire¹³⁹.

III. L'éthique comme facteur d'indécidabilité ?

A. Société démocratique et principe de proportionnalité

- 51 La référence à un discours éthique peut enfin intervenir dans un troisième cas de figure : lorsque la Cour doit apprécier la licéité d'une restriction apportée par l'État à l'exercice d'un droit protégé. Déterminer si dans une affaire particulière, l'un des objectifs légitimes mentionnés dans les articles 8 à 11 de la Convention, tels que la défense de l'ordre, la protection de la morale ou la défense des droits et libertés d'autrui, justifie la limitation d'un droit garanti par l'une de ces dispositions, peut donner lieu à une discussion mettant en jeu des notions éthiques. Aux termes de la Convention, une telle mesure, pour être licite, doit être nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de l'un des buts légitimes énoncés. De ce critère de « nécessité dans une société démocratique », la Cour a dégagé la fameuse exigence de « proportionnalité » entre les moyens utilisés et la fin légitime poursuivie. Selon l'analyse de S. Van Drooghenbroeck, ce principe de proportionnalité, tel qu'il a été développé par la Cour dans sa jurisprudence, comporte trois aspects : en premier lieu, pour être jugée « proportionnée », la mesure limitative doit être propre à réaliser l'objectif pour lequel elle a été adoptée (appropriation). Ensuite, parmi plusieurs moyens de parvenir au but recherché, elle doit apparaître comme la moins préjudiciable au droit ou à la liberté en cause (nécessité). Enfin, l'exigence de proportionnalité impose de mettre en balance les intérêts en présence, en tenant compte du poids relatif à accorder à chacun d'eux eu égard aux faits de l'espèce, afin de s'assurer que la réalisation du but visé est suffisamment importante pour justifier l'étendue de l'ingérence dans le droit ou la liberté en cause (proportionnalité au sens strict ou pondération des intérêts)¹⁴⁰. C'est surtout à ce troisième niveau, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'importance à attribuer aux intérêts en conflit, que des considérations éthiques sont susceptibles d'être traduites, de manière souvent implicite, dans la discussion jurisprudentielle.
- 52 D'un autre point de vue, le mode de raisonnement induit par le recours à la proportionnalité peut lui-même être rapporté à certains concepts éthiques. S. Van Drooghenbroeck souligne ainsi l'écho que cette notion trouve dans la pensée aristotélicienne : la proportionnalité peut s'analyser comme une « retraduction contemporaine de la figure de la prudence, centrale dans la philosophie pratique » d'Aristote¹⁴¹. La prudence est ici entendue comme la capacité à orienter son action, non pas par application mécanique et déductive de lois générales, mais en fonction du « *sens du particulier* », c'est-à-dire de l'aptitude à saisir les caractéristiques singulières propres à chaque situation¹⁴². De manière comparable, le principe de proportionnalité permet aux juges européens de poser des jugements qui font justice aux circonstances de chaque espèce. Mais cette flexibilité a son revers : elle ne se concilie pas toujours aisément avec les exigences de la sécurité juridique, qui s'accommode mal de décisions par trop casuistiques¹⁴³. Une autre critique souvent formulée à l'encontre de la technique de la pesée des intérêts, tient à la difficulté, voire à l'impossibilité, d'établir un étalon commun à l'aune duquel ces différents intérêts pourraient être évalués. C'est le problème bien connu de l'« incommensurabilité ». Il en découle qu'une part de

« décisionnisme » est inévitable dans l'acte par lequel les juges déterminent le poids respectif à attribuer à chacun des droits ou intérêts pris en compte¹⁴⁴.

- 53 Néanmoins, certains principes sont susceptibles de guider les juges dans le processus de pondération des intérêts. Le premier d'entre eux réside dans le postulat, inhérent à la Convention, de la priorité de principe des droits garantis sur les intérêts généraux, tels que l'ordre public, la moralité publique ou le bien-être économique général, avec lesquels ils entrent en concurrence (« *priority-to-rights* »)¹⁴⁵. Dans le texte de la Convention, les droits sont la règle et leur limitation l'exception. Comme l'écrit S. Greer, « in spite of the language sometimes used by the Strasbourg institutions in these circumstances, rights and public interests are not *prima facie* equal variables to be weighed in a balance. The scales are loaded, but not conclusively, in favour of rights¹⁴⁶. »

B. Les conflits entre droits fondamentaux : au carrefour du jugement éthique et du jugement judiciaire

- 54 Il existe cependant un type de situation dans lequel le principe du « *priority-to-rights* » perd toute pertinence : lorsque la Cour est en présence d'un conflit, non pas entre un droit et un intérêt général, mais entre deux droits fondamentaux également protégés par la Convention. Dans un tel cas, les difficultés soulevées par la méthode de la proportionnalité, en particulier le problème de l'incommensurabilité, se trouvent exacerbées¹⁴⁷. Sans doute, comme le démontrent plusieurs auteurs¹⁴⁸, même dans ce cas de figure, le processus décisionnel peut-il être encadré, soit par un usage aménagé de la mise en balance des intérêts, soit par le recours à des méthodes complémentaires, telles que la théorie allemande de la « concordance pratique » (*praktische Konkordanz*) ou, comme le proposent O. De Schutter et F. Tulkens, la recherche de solutions visant à transformer les conditions d'arrière-plan à l'origine du conflit¹⁴⁹.
- 55 Il n'en reste pas moins que dans certaines situations, ces différentes techniques semblent atteindre leurs limites : il est des cas, certes rares, dans lesquels les juges européens paraissent dans l'impossibilité tant de déterminer lequel des deux droits en conflit doit l'emporter, que d'envisager un moyen de les concilier. A l'évidence, au-delà de la difficulté, d'ordre formel, de trouver dans le droit des règles permettant de résoudre la contradiction entre deux normes juridique d'égale valeur, c'est la complexité éthique sous-jacente à ces cas de conflits de droit qui rend leur solution, par la voie juridique, si ardue. L. Zucca parle à cet égard de « dilemmes constitutionnels ». Par ces mots, il désigne les situations dans lesquelles une autorité politique ou judiciaire est confrontée à un choix entre deux prétentions, également protégées par un droit fondamental, mais radicalement incompatibles, en ce sens que la satisfaction de l'une passe forcément par la négation de l'autre¹⁵⁰.
- 56 L'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, tranchée par la Grande Chambre le 10 avril 2007¹⁵¹, en fournit un exemple paradigmatique. Mme Evans et son compagnon, M. Johnston, avaient entamé un traitement en vue d'une procréation médicalement assistée. Les analyses médicales ayant révélé que la jeune femme souffrait de graves tumeurs précancéreuses aux ovaires et devrait subir une ovariectomie, les deux intéressés acceptèrent que des ovules lui soient prélevés avant l'opération afin de procéder à une fécondation *in vitro* (FIV). Six embryons furent créés et mis en conservation dans le but d'être implantés dans l'utérus de la jeune femme après son opération. Mais quelques mois plus tard, Mme Evans et M. Johnston se séparèrent et ce dernier retira son

consentement à l'utilisation des embryons, comme la législation britannique l'y autorisait¹⁵². Devant la Cour européenne, Mme Evans soutient que la législation britannique, en permettant à son ancien compagnon de rétracter son consentement à l'implantation des embryons, a emporté une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention : cette décision la prive en effet de toute possibilité de jamais devenir la mère biologique d'un enfant. Le gouvernement britannique, de son côté, se prévaut également de la défense du droit à la vie privée, mais dans le chef de M. Johnston, pour justifier la mesure contestée : consentir à la demande de Mme Evans équivaut à contraindre M. Johnston à devenir père. Or, la Cour observe que le droit au respect de la vie privée recouvre tant la décision de devenir parent que de ne pas le devenir¹⁵³. Aussi, la Cour ne peut décrire le problème auquel elle est confrontée autrement que comme un « dilemme » :

Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et J. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, J. sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la révocation par J. de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme¹⁵⁴.

57 L'affaire *Odièvre c. France* offre une autre illustration de conflit apparemment irréductible entre deux droits. La requérante est une femme adulte née d'une mère qui a accouché dans l'anonymat, comme le permet la loi française. Elle conteste le fait que la législation nationale ne l'autorise pas à être informée de l'identité de sa mère sans l'accord exprès de celle-ci. La question centrale posée par cette affaire est celle de savoir si le droit à connaître ses origines, reconnu par la Cour comme l'une des facettes du droit au respect de la vie privée et familiale, doit ou non l'emporter sur le droit de la mère, qui ne souhaite pas que son identité soit révélée, au respect de sa propre vie privée. Là encore, la Cour observe qu'elle se trouve « en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent [...] deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté¹⁵⁵ ».

58 Dans ces deux affaires, comme dans d'autres cas comparables, la Cour souligne la charge éminemment éthique des problèmes en jeu, qui touchent à des questions anthropologiques fondamentales, telles que l'origine de la vie, la filiation ou l'identité individuelle. D'un autre côté, elle estime qu'aucun consensus ne se dégage entre les États parties à la Convention quant à la manière de les résoudre. Ce double constat gravité éthique et absence de consensus la conduit à reconnaître aux États une large marge d'appréciation. Ainsi, peut-on lire dans l'arrêt Evans :

Dès lors que le recours aux traitements par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolutions rapides de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'existe pas de concordance de vues nette entre les États membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation¹⁵⁶.

59 Il transparaît dans ce passage que le consensus dont la Cour déplore l'absence n'est pas seulement d'ordre juridique mais, plus fondamentalement de nature éthique. Si ce type de conflits de droits paraît à la Cour si difficile à surmonter, c'est qu'elle ne parvient pas à discerner dans le débat éthique à l'œuvre en Europe une convergence de vue, cristallisée dans le droit ou des documents officiels, sur laquelle elle pourrait prendre appui pour interpréter les normes en jeu de manière à dépasser le dilemme auquel elle

est confrontée. Bien entendu, le discours éthique est toujours multiple et contesté. Le type d'éthique auquel la Cour a implicitement égard est celle qui se fonde sur les notions de droits et libertés individuels. Autrement dit, dans de tels cas, la Cour ne parvient pas à identifier, dans le discours éthique dominant fondé sur les droits et libertés, une réponse qu'elle pourrait traduire dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. En s'en remettant à la marge nationale d'appréciation, elle confesse en quelque sorte son incapacité à décider, en fonction des normes de la Convention, si, entre les deux droits en conflit, il convient d'accorder la priorité à l'un plutôt qu'à l'autre¹⁵⁷. Dans ces conditions, elle préfère laisser aux autorités nationales le soin de déterminer quelle solution leur paraît la plus adaptée.

60 Pour L. Zucca, en présence d'un authentique « dilemme constitutionnel », c'est la rationalité juridique elle-même qui révèle ses limites. Selon cet auteur, le raisonnement juridique n'est pas en mesure de produire une « bonne réponse » dans un tel cas. Il doit être complété par des éléments de justification qui ne relèvent pas du domaine rationnel, notamment des arguments d'ordre émotionnel. Mais en tout état de cause, l'adjudication de ces affaires laissera toujours un « reliquat moral » non résolu¹⁵⁸.

61 A cette vision radicale, qui postule l'impossibilité de résoudre de tels conflits par la voie juridique, l'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet selon nous d'apporter deux nuances.

62 En premier lieu, si la Cour tend à laisser aux États une large marge discrétionnaire pour trancher certains conflits de droit particulièrement épineux, elle insiste néanmoins sur la nécessité d'entourer le processus de décision de garanties appropriées. Son attention se déplace en quelque sorte du contrôle de la solution de fond adoptée par les autorités nationales, vers celui des conditions d'élaboration de la décision. La Cour souligne l'importance de tenir compte, dans le processus décisionnel, de l'ensemble des implications y compris éthiques de la question en jeu. Dans l'affaire *Evans*, elle fait remarquer que « la loi litigieuse en l'espèce fut adoptée à l'issue d'une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines¹⁵⁹ ». En outre, elle insiste sur la nécessité d'assurer que tous les acteurs concernés aient la possibilité de faire valoir leur point de vue, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'une décision individuelle. Ainsi, dans *Tysiac c. Pologne*, la Cour dit :

[...] il importe, pour la jouissance effective des droits garantis par [l'article 8], que le processus décisionnel soit équitable et permette de respecter comme il se doit les intérêts qui y sont protégés. Il y a lieu de déterminer, eu égard aux circonstances particulières de la cause [...], si l'individu a joué dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle suffisamment important pour lui assurer la protection requise de ses intérêts¹⁶⁰.

63 La Cour précise encore que les notions de légalité et de prééminence du droit se traduisent, dans certains cas, par l'exigence de confier l'adoption d'une mesure touchant aux droits fondamentaux à un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de la décision et les éléments de preuve pertinents. La procédure devant cet organe doit permettre, le cas échéant, aux personnes affectées par la décision d'être entendues et de voir leur avis pris en compte¹⁶¹. Pour O. De Schutter et F. Tulkens, la meilleure approche du problème des conflits de droits consiste précisément en une compréhension procédurale de la fonction de juger. Dans cette optique, l'enjeu crucial ne serait plus d'appliquer correctement une « arithmétique » de jugement prédéfinie, mais de créer les conditions d'un débat dont aucune voix pertinente n'est exclue, de

manière à garantir la prise en compte de tous les intérêts dans la délibération¹⁶². Pour ces auteurs, les principes éthico-politiques d'autonomie personnelle et de société démocratique permettent néanmoins de structurer ce processus délibératif et d'orienter le juge dans sa recherche d'une solution, en fournissant des points de référence en fonction desquelles les positions en présence peuvent être évaluées¹⁶³.

- 64 Ces observations nous conduisent à apporter une seconde nuance à la thèse de L. Zucca : l'impossibilité dans laquelle se trouve une Cour, à un moment précis dans le temps, de concevoir une « bonne réponse » à une situation donnée constitutive d'un conflit de droit, peut n'être que temporaire. La recherche d'une solution aux « dilemmes constitutionnels » doit aussi être envisagée dans une perspective dynamique. Du débat éthique, social, politique, qui se poursuit dans les sociétés européennes, alimenté par les travaux, les réflexions et les expériences des uns et des autres, les échanges de vues, le développement des connaissances scientifiques, peuvent émerger des arguments penchant en faveur d'une solution, qui n'avaient pas été envisagés au départ. Ces évolutions peuvent déboucher sur une meilleure compréhension des problèmes en jeu et de leur relation à la notion de droits et libertés individuels, fournissant à la Cour un nouveau point d'appui à son travail d'interprétation des normes dont elle assure le respect. Certes, comme l'écrit L. Zucca, « [d]eliberation on [...] issues, such as the boundaries of life and death, is likely to stay with us forever and haunt all the generations to come¹⁶⁴ ». Mais sans prétendre résoudre par le droit les questions fondamentales qui sous-tendent de telles affaires, il peut être possible, après un long processus de délibération aux niveaux national et européen, d'entrevoir des solutions à des situations particulières et concrètes de conflits de droits à première vue insolubles solutions qui peuvent n'être que provisoires et réévaluées dans l'avenir¹⁶⁵.

Conclusion

- 65 La traduction de discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est un phénomène récurrent. Selon les situations, elle revêt différentes formes. Mais c'est aussi le type d'éthique soumise à traduction qui varie d'une hypothèse à l'autre. Dans certains cas, des considérations liées à des conceptions morales traditionnelles sont importées dans la discussion jurisprudentielle à titre de justification d'une restriction apportée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Cette importation s'appuie sur la notion de « protection de la morale », mais parfois aussi, de manière plus ambiguë, sur celle de « défense des droits et libertés d'autrui », toutes deux mentionnées dans les articles 8 à 11 de la Convention parmi les objectifs légitimes susceptibles de fonder la limitation des droits garantis. Dans d'autres affaires, des notions éthiques issues de la philosophie politique libérale sont introduites dans l'univers conceptuel de la Cour, servant aux juges de points de référence pour préciser la portée des droits reconnus dans la Convention mais aussi pour en mettre en lumière de nouvelles facettes. Le cas des concepts de « dignité humaine » et d'« autonomie personnelle », progressivement intégrés dans le langage de la Cour, est à cet égard très significatif. L'évolution de la jurisprudence montre en effet que ces deux notions fournissent le fondement d'un possible dépassement de certaines limites *a priori* du texte de la Convention, en contribuant à justifier l'inclusion, dans le champ de cet instrument, sur la base respectivement des articles 3 et 8, de la question de l'extrême

pauvreté, d'une part, du problème du respect des identités culturelles, d'autre part. Enfin, dans certaines situations de conflits de droit, le renvoi aux questionnements éthiques sous-jacents au litige porté devant la Cour permet d'en souligner la complexité profonde, laquelle se traduit parfois par une impossibilité qui peut n'être que temporaire pour les juges européens de déduire de la Convention une réponse uniforme au problème posé. Dans de telles situations, si les juges s'en remettent à la marge nationale d'appréciation, ils insistent néanmoins sur la nécessité d'entourer le processus décisionnel, au niveau interne, de garanties appropriées pour créer les conditions d'un débat auquel toutes les personnes concernées puissent participer.

- 66 La transposition d'un discours éthique dans le droit de la Convention peut comporter des effets pervers. Ainsi, lorsque des considérations relevant d'une morale traditionnelle, en tension avec l'idée de droits individuels, sont introduites dans le discours jurisprudentiel sous le couvert, non pas de la « protection de la morale », mais de la « défense des droits et libertés d'autrui », le risque existe que la Cour perde de vue la nature réelle de l'argument avancé. Cette reformulation peut distordre le sens de la Convention et conduire les juges à considérer comme licite une mesure contestée, plus aisément qu'elle ne l'aurait fait si elle lui avait été présentée comme visant la défense de la morale. S'il importe d'être attentif à ce risque, les processus de traduction de l'éthique dans le droit de la Convention jouent également un rôle fondamental. Ils permettent, tout en préservant les spécificités du discours juridique, d'entretenir les liens entre le travail d'interprétation du concept juridique de droit, mené au sein des tribunaux et institutions spécialisées, et les discussions sur le sens et les implications de la liberté, en tant qu'idéal éthique et politique, qui traversent l'ensemble de la société¹⁶⁶. Cette circulation des idées entre les sphères juridique et non juridiques est importante si l'on veut éviter que les droits et libertés, une fois consacrés par le droit et institutionnalisés, ne deviennent des concepts formels et statiques, perdant peu à peu leur potentiel critique et émancipateur¹⁶⁷.

NOTES

1. J. LADRIÈRE, « Droit naturel, droit, éthique », *R.I.E.J.*, 1984, p. 97.
2. Cour eur. D.H., *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, arrêt du 27 octobre 1975, opinion séparée du juge Fitzmaurice, point 25.
3. M. TROPER, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 21.
4. C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », in C. LEFORT, *L'invention démocratique Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981, p. 45-83, p. 67.
5. P. RICŒUR, par exemple, réserve le terme « éthique » au questionnement qui précède l'introduction de l'idée de loi morale, et désigne par « morale » « tout ce qui, dans l'ordre du bien et du mal, se rapporte à des lois, des normes, des impératifs ». (P. RICŒUR, « L'éthique », *Encyclopédie Universalis*, <http://www.universalis.fr>, dernière visite : le 5 janvier 2009, et P. RICŒUR, « De la morale à l'éthique et aux éthiques », http://www.philo.umontreal.ca/textes/Ricœur_MORALE.pdf, dernière visite : le 5 février 2009). J. HABERMAS, en revanche, utilise le terme « moral » pour désigner un point de vue tourné vers l'universel, fondé sur la prise en compte

équitable des intérêts de tous, tandis qu'il qualifie d'« éthiques » les considérations orientées vers une conception spécifique de la vie bonne : « A la différence des considérations éthiques qui sont orientées vers le *telos* de ce qui est, pour moi ou pour nous, une vie bonne, ou du moins une vie qui ne soit pas un échec, les considérations morales réclament une perspective délestée de tout égo-ou ethnocentrisme. » (*Droit et démocratie Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997, p. 113). D'un autre côté, J. LADRIÈRE définit l'éthique comme un ensemble de normes caractérisées par la forme de l'universalité. (« Droit naturel, droit, éthique », *op. cit.*, p. 92). Sur les différentes définitions philosophiques de l'éthique, voy. A. LALANDE, *Vocabulaire éthique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1976 (12^e éd.), p. 305-306.

6. Voy. par exemple, R. OGIEEN, « Ethique (Grandes doctrines de l'éthique et droits de l'homme) » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-M. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 398-402.

7. Par exemple, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour parle de « la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société » (Cour eur. D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, Série A, vol. 45, § 47).

8. R. OGIEEN, *op. cit.* ; P. RICCEUR, *op. cit.* J. Lenoble parle d'une prétention à la « justesse » qu'incarne l'éthique : J. LENOBLE, « La crise du juge et la transformation nécessaire du droit », in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, p. 139-156.

9. Voy., *mutatis mutandis*, les remarques de M. MURPHY à propos de la notion de « moralité » : « The Définition of Morality », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, first published in April 2002, revised in February 2008 (<http://plato.stanford.edu>). On distingue généralement trois types d'éthique : l'éthique des vertus, l'éthique conséquentialiste et l'éthique déontologique. Pour l'éthique des vertus, le but ultime de la morale n'est pas de faire en sorte que les individus agissent selon des principes de justice ou promeuvent un meilleur état du monde, mais de les rendre vertueux. L'éthique définit des qualités morales que les individus doivent réaliser et développer (R. HURSTHOUSE, « Virtue Ethics », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, first published in July 2003, revised in July 2007 [<http://plato.stanford.edu>]). Selon l'éthique conséquentialiste, la question morale principale est de déterminer comment promouvoir le « bien » ou un meilleur état de fait. La moralité d'un acte doit être évaluée en fonction des effets qu'il produit, de la situation qu'il engendre, et non au regard de sa nature intrinsèque. Enfin, l'éthique déontologique pose en principe que certains actes sont moralement injustes, quelles que soient leurs conséquences. Dans cette perspective, l'éthique prescrit des normes d'action que les personnes doivent respecter, même si c'est au détriment de leurs désirs, de leurs intérêts ou du « bien » du plus grand nombre. (R. OGIEEN, *op. cit.*, p. 399 ; L. ALEXANDER and M. MOORE, « Deontological Ethics », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, first published in November 2007 [<http://plato.stanford.edu>]). C'est à cette troisième conception de l'éthique que se rattache la notion de droits fondamentaux : la reconnaissance d'un droit dans le chef de l'individu emporte, pour l'autorité publique et les particuliers, une obligation d'agir d'une manière qui respecte ce droit, et ce, quel que soit le bénéfice que l'État ou la société pourrait tirer de sa méconnaissance. Par exemple, du droit d'être protégé contre l'esclavage, résulte l'interdiction de réduire quiconque en esclavage et ce, même si agir de la sorte pourrait servir l'intérêt de la majorité ou promouvoir un objectif social, comme le bien-être économique du plus grand nombre. Les théories sur les droits fondamentaux n'excluent cependant pas, en toutes circonstances, la prise en compte des conséquences d'un acte pour en évaluer le caractère juste ou injuste. Il est en effet admis que l'exercice de certains droits ou libertés, comme les libertés d'expression ou de réunion, peut faire l'objet de restrictions, lorsque cela est nécessaire pour éviter des conséquences néfastes, et tout particulièrement une atteinte aux droits d'autrui.

10. Pour une synthèse et une discussion de ces critiques, voy. J. LENOBLE, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996,

p. 139-156, et F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, p. 385-447.

11. Cité par P. C. JESSUP, « Has the Supreme Court Abdicated One of Its Functions », 40 *A.J.I.L.*, 1946, p. 172.

12. Voy. F. RIGAUX, « La fonction de la morale dans le raisonnement judiciaire », in *Variations sur l'éthique Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1994, p. 415.

13. Parmi les principaux représentants du courant communautarien dans la philosophie anglo-américaine, citons A. MACINTYRE (auteur d'*Après la vertu*, trad. L. Bury, Paris, PUF, 1997) et M. SANDEL (*Le libéralisme et les limites de la justice*, trad. J.-F. Spitz, Paris, Le Seuil, 1999). M. WALZER (*Les sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad. P. Engel, Le Seuil, Paris, 1997) et Ch. TAYLOR (*Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, trad. C. Melançon, Paris, Le Seuil, 1998) ont également été qualifiés de communautariens. Cependant, ils se distinguent de MacIntyre et de Sandel dans la mesure où, malgré leurs critiques, ils continuent de s'inscrire dans le libéralisme politique. Sur la controverse entre libéraux et communautariens, voy. S. MULHALL et A. SWIFT, *Liberals & Communitarians*, Oxford, Blackwell, 1997 (2nd ed.), et Sh. AVINERI et A. DE-SHALIT (eds), *Communitarianism and Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Voy. aussi les textes rassemblés dans A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997.

14. W. KYMLICKA, *Les théories de la justice* (trad. M. Saint-Upéry), Paris. La Découverte, 1999, p. 225.

15. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), London (England), Harvard University Press, 1971.

16. Sur les notions de « juste » et de « bien », voy. tout particulièrement A. BERTEN *et al.* (dir.), « Introduction », *op. cit.*, p. 25-50.

17. A. BERTEN *et al.* (dir.), « Introduction générale », *op. cit.*, p. 9.

18. Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, Série A vol. 24 § 49.

19. *Ibidem*, § 48.

20. *Idem*.

21. *Ibid.*, § 49.

22. Pour une autre affaire dans laquelle la Cour conclut qu'une restriction à la liberté d'expression justifiée par la protection de la morale est licite au regard de la Convention, voy. Cour eur. D.H., *Millier c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, Série A, vol. 133.

23. Ch. NOWLIN, « The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, vol. 24, p. 264-286.

24. H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1962, spéc. p. 20 et 22-23 pour la distinction entre « positive morality » et « critical morality ».

25. J. S. MILL, *On Liberty*, Penguin Books, London, 1974.

26. G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 122.

27. Cour eur. D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, Série A, vol. 45.

28. Cour eur. D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, Série A, vol. 45, § 46 et 56-57.

29. *Ibidem*, § 57.

30. F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 425-426. Voy. aussi J. RINGELHEIM, « Protéger les droits de la personne dans une Europe multiculturelle Les fluctuations de la Cour de Strasbourg », in Th. BERNS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 95-131, p. 117.

31. Cour eur. D.H., *Dudgeon*, § 52. Sur l'interprétation de la notion de vie privée dans cet arrêt, voy. F. RIGAUX, *op. cit.* et, du même auteur, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 179-182. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de "pleine reconnaissance" », in D. BORRILLO, *Homosexualité et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 6593.

32. Cour eur. D.H., *Dudgeon*, § 49.

33. *Ibidem*, § 60.

34. *Idem*.

35. *Ibid.*, § 17.

36. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1965.

37. Dans un passage célèbre de cet ouvrage, P. Devlin affirme ainsi : « There is [...] a general abhorrence of homosexuality. We should ask ourselves in the first instance whether, looking at it calmly and dispassionately, we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offence. If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it. » (*The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 17).

38. « [A]n established morality is as necessary as good government to the welfare of society. Societies disintegrate from within more frequently than they are broken up by external pressures. There is disintegration when no common morality is observed and history shows that the loosening of moral bonds is often the first stage of disintegration, so that society is justified in taking the same steps to preserve its moral code as it does to preserve its government and other essential institutions. » (DEVLIN, *op. cit.*, p. 13).

39. Cour eur. D.H., *Dudgeon*, opinion partiellement dissidente du juge Walsh, § 14.

40. H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, spéc. p. 5-6 et 43-48. Par la suite, dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, qui concerne l'accomplissement de pratiques sexuelles sado-masochistes, la Cour dira encore que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité » (Cour eur. D.H. (1^{ère} section), *K.A. et A.D. c. Belgique*, arrêt du 17 février 2005, § 84)

41. Pour d'autres affaires dans lesquelles la Cour a appliqué le même raisonnement que dans l'arrêt *Dudgeon*, voy. Cour eur. D.H., *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, Série A vol. 142, et *Modinos c. Chypre*, arrêt du 22 avril 1993, Série A vol. 259 (incrimination des pratiques homosexuelles entre adultes consentants). Voy. aussi Cour eur. D.H. (3^e section), *A.D.T. c. Royaume-Uni*, arrêt du 31 juillet 2000 (incrimination d'actes homosexuels pratiqués par plus de deux personnes, adultes et consentantes).

42. Cour eur. D.H., *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, Série A n° 246. Les requérants contestaient l'injonction prononcée par la Cour suprême irlandaise interdisant à des associations de conseil aux femmes enceintes de communiquer des informations sur les possibilités d'avorter à l'étranger. Pour justifier cette mesure qui portait atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement irlandais invoquait notamment la nécessité de protéger la morale, faisant valoir que le peuple irlandais était en majorité opposé à l'avortement, comme en attestaient les résultats d'un référendum tenu en 1983. La Cour reconnaît que l'interdiction de l'avortement par le droit irlandais « repose, à l'évidence, sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie » (§ 63). Tout en rappelant l'absence de notion uniforme de la morale au niveau européen et la position privilégiée des autorités nationales pour en apprécier le contenu, elle souligne que l'État ne possède pas pour autant un pouvoir discrétionnaire absolu dans les domaines touchant à la morale. Des croyances morales intenses et partagées par la majorité d'une communauté ne constituent pas forcément une justification légitime, dans une société démocratique, de la restriction apportée à la liberté d'un individu de diffuser ou de recevoir des informations objectives et équilibrées sur un sujet sensible. Or, l'avortement est permis dans de nombreux États étrangers et l'interdiction de fournir des renseignements sur cette question entraîne des risques sérieux pour la santé et le bien-être des femmes concernées (§ 72-77). La Cour conclut, à une majorité de quinze voix contre huit, à une violation de l'article 10 de la Convention.

43. « The political culture of a democratic society is always marked by a diversity of opposing and irréconcilable religious, philosophical, and moral doctrines. Some of these are perfectly reasonable, and this diversity among reasonable doctrines political liberalism sees as the inevitable long-run result of the powers of human reason at work within the background of enduring free institutions. » (J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, expanded version, p. 3-4).
44. Cour eur. D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, Série A n° 295.
45. Voy. not. F. RIGAUX, « La liberté d'expression et ses limites », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 401-415 ; 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.*, vol. 6, n° 12, 1994, p. 441-449 ; D. PANNICK, « Religious Feelings and the European Court », *Public Law*, 1995, p. 7-10 ; D. VOORHOOF, « Godslastering en de vrijheid van kunstexpressie : een Europese "fatwa" vanuit Straatsburg tegen de film "Het Liefdesconclie" van Werner Schroeter », *Jaarboek Mensenrechten*, Maklu, Anvers, 1994, p. 208-225.
46. Cour eur. D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 48.
47. *Ibidem*, § 50.
48. *Ibid.*, § 56. La Cour conclut à une majorité de six voix contre trois à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention.
49. Voy. sur ce point les critiques de P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 441-449.
50. F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 411.
51. Cour eur. D. H. (2^e section), *I.A. c. Turquie*, arrêt du 13 septembre 2005, § 24. Voy. aussi Cour eur. D. H. (2^e section), *Aydin Tatlav c. Turquie*, arrêt du 2 mai 2006, § 23.
52. Cour eur. D. H., *I. A. c. Turquie*, § 26 ; *Aydin Tatlav*, § 25.
53. Cour eur. D. H., *I. A. c. Turquie*, § 25 ; *Aydin Tatlav*, § 24. *Adde* : Cour eur. D. H. (1^{re} section), *Gündüz c. Turquie*, arrêt du 4 décembre 2003, § 37.
54. Cour eur. D. H. (2^e section), *I.A. c. Turquie*, arrêt du 13 septembre 2005.
55. *Ibidem*, § 28. Voy. aussi, confirmant cette tendance, Cour eur. D.H. (4^e section), *Klein c. Slovaquie*, arrêt du 31 octobre 2006.
56. Cette approche est vigoureusement défendue par G. Letsas dans son étude fouillée sur l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : « the correct interpretation of the ECHR rights turns on the moral principles that underpin human rights » (*op. cit.*, p. 59). Sur les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. aussi F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMASMARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, p. 405-463.
57. Voy., par exemple, Cour. eur. D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, § 87.
58. Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, § 3 et 5.
59. Pour une discussion des différentes sources d'inspiration philosophiques des droits et libertés reconnus dans les textes juridiques internationaux, voy. Ph. GÉRARD, *L'esprit des droits Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2007.
60. C. MCCRUDDEN, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *19 E.J.L.*, 2008/4, p. 655-724.
61. La Déclaration universelle des droits de l'homme se réfère à la dignité dans le premier considérant de son Préambule et dans ses articles 1^{er}, 22 et 23. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose, en son article 1^{er}, que « [1]a dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ». La Charte sociale européenne et la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine mentionnent également cette notion.
62. On trouve néanmoins une référence à ce concept dans le Préambule du Protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, qui affirme que celle-ci est « essentielle

à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ».

63. La Cour appliquera cette jurisprudence dans l'arrêt *Chypre c. Turquie*. Elle juge dans cette affaire que les conditions discriminatoires dans lesquelles la population chypriote grecque du Karpas, au nord de l'île de Chypre, est condamnée à vivre « sont avilissantes et heurtent la notion même de respect de la dignité humaine de ses membres ». La Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention (Cour. eur. D.H., *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, § 309-311).

64. Cour eur. D.H., *Tyler c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978.

65. Cour eur. D.H., *Bock c. Allemagne*, arrêt du 21 février 1989, § 48.

66. Cour eur. D.H., *S. W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 octobre 1995, § 44.

67. Cour eur. D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, § 69 ; Cour eur. D.H., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 90

68. *S.W. c. Royaume-Uni*, § 44. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, § 69 ; Cour eur. D.H., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 90.

69. Cour eur. D.H., *Tyler c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, § 33 (nous soulignons).

70. Cour eur. D.H., *Tyler c. Royaume-Uni*, arrêt préc., § 31.

71. *Ibidem*, § 32.

72. *Ibid.*, § 31.

73. Cour eur. D.H., *Ribitsch c. Autriche*, arrêt du 4 décembre 1995, § 38. Cette formule est aujourd'hui de jurisprudence constante. Voy. notamment Cour eur. D.H., *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt du 3 avril 2001, § 113.

74. Dans l'arrêt *Peers c. Grèce* du 19 avril 2001, par exemple, la Cour observe que « pendant deux mois au moins, le requérant a dû passer une grande partie de la journée sur son lit, dans une cellule dépourvue de fenêtres et de système d'aération, où la chaleur devenait quelquefois insupportable. Lui-même et son compagnon de cellule devaient en outre utiliser les toilettes en présence l'un de l'autre. La Cour [...] est d'avis que les conditions de détention litigieuses ont porté atteinte à la dignité du requérant et ont provoqué chez lui des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et à le rabaisser, voire à briser sa résistance physique et morale. » (Cour eur. D.H., *Peers c. Grèce*, arrêt du 19 avril 2001, § 75). Autre exemple, dans l'affaire *Iwanczuk c. Pologne* (2001), la Cour observe que si des fouilles corporelles intégrales peuvent être parfois nécessaires pour assurer la sécurité à l'intérieur de la prison, elles doivent être conduites d'une manière qui respecte l'individu. Dans le cas d'espèce, les gardiens ont injurié et tourné en ridicule le requérant. Cette attitude, qui visait à susciter en lui des sentiments d'humiliation et d'infériorité, dénote un manque de respect pour la dignité humaine du requérant. Voy. Cour eur. D.H., *Iwanczuk c. Pologne*, arrêt du 15 novembre 2001, § 59. En matière de fouilles corporelles, voy. aussi *Valasinas c. Lituanie*, arrêt du 24 juillet 2001, § 117.

75. Notons que ce droit est mentionné expressément dans d'autres conventions internationales : voy. l'art. 10 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'art. 5 § 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

76. Cour eur. D.H., *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 94. La Cour a eu de nombreuses occasions de réitérer et de préciser cette jurisprudence. Voy. not. Cour eur. D.H., *Kalashnikov c. Russie*, arrêt du 15 juillet 2002, § 95 ; Cour eur. D.H., *Rivière c. France*, arrêt du 11 juillet 2006, § 74 ; Cour eur. D.H., *Van der Ven c. Pays-Bas*, arrêt du 4 février 2003, § 50 ; Cour eur. D.H., *Ramirez Sanchez c. France*, arrêt du 4 juillet 2006, § 119 ; Cour eur. D.H., *Frérot c. France*, arrêt du 12 juillet 2007, § 37.

77. Cour eur. D.H., *Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, § 64. Voy. aussi l'affaire *Mouisel c. France*, dans laquelle la Cour déclare que le port de menottes imposé au requérant, atteint de leucémie, pendant un traitement médical, était disproportionné au regard des nécessités de la sécurité, vu son état de santé, l'inconfort du déroulement d'une séance de chimiothérapie et sa faiblesse physique. A cette occasion, elle « prend acte » des recommandations du CPT au gouvernement français « quant aux conditions des transferts et d'examen médical des détenus

qui continuent, selon celui-ci, de poser problème au regard de l'éthique médicale et du respect de la dignité humaine » (Cour eur. D.H., *Mouïsel c. France*, arrêt du 14 novembre 2002, § 47). Comp. Cour eur. D.H., *Slimani c. France*, arrêt du 27 juillet 2004 ; *Jalloh c. Allemagne*, arrêt du 11 juillet 2006 et *Nevmerjitski c. Ukraine*, arrêt du 5 avril 2005, qui évoque la Recommandation n° R (98) 7 du Comité des ministres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire.

78. Cour eur. D.H., *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, arrêt du 25 janvier 2007, opinion dissidente commune aux juges Spielmann et Jeben, § 8-9.

79. C. MCCRUDDEN, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », 19 *E.J.L.L.*, 2008/4, p. 24.

80. CE (fr.), arrêt du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec. Lebon*, p. 372 ; Comité D.H., constatations *Wackenheim c. France*, 26 juillet 2002, communication n° 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999. Voy., parmi de nombreux autres, P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 561 et s. ; J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *Journal des tribunaux*, 2002, p. 577 et s. Voy. égal. Cass, (fr.), 17 novembre 2000, *Bull.*, Ass. Plén., n° 9, p. 15 ; O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.

81. Ch. LARMORE, « Du libéralisme politique », in A. BERTEN *et al.*, *op. cit.*, p. 141-170, p. 148. Cette position n'est pas partagée par tous les auteurs se réclamant du libéralisme. Larmore, par exemple, juge que fonder la défense du libéralisme sur l'idéal d'autonomie est problématique. Il propose de justifier la neutralité libérale à partir de deux autres concepts, le dialogue rationnel et le respect égal des personnes (*op. cit.*). Plus généralement, sur le concept d'autonomie, voy. G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

82. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 370.

83. *Ibidem*, p. 371.

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

85. Voy. F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

86. Cour eur. D.H., *X. et Y. c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, Série A n° 91, p. 11, §22.

87. Voy. e.a. Cour eur. D.H. (1^{re} section), *Mikuli c. Croatie*, arrêt du 7 février 2002, §53.

88. Voy. e.a. Cour eur. D.H., *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, Série A n° 280-B, p. 28, § 24.

89. Voy. e.a. Cour eur. D.H., *B. c. France*, 25 mars 1992, Série A n° 232-C, p. 53-54. §63.

90. Voy. Cour eur. D.H. (GC), *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998, *Rec.* 1998-1, § 32. Voy. aussi arrêts *Burghartz*, avis de la Commission, *op. cit.*, p. 37, § 47, et *Friedl c. Autriche*, 31 janvier 1995, Série A n° 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45.

91. Cour eur. D.H., *Pretty*, § 61.

92. *Ibidem*, § 62.

93. Cour eur. D.H., *Pretty*.

94. *Ibidem*, § 63

95. *Ibid.*, § 67.

96. Cour eur. D.H., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 90.

97. Cour eur. D.H. (3^e section). *Van Kiick c. Allemagne*, arrêt du 12 juin 2003, § 73. Dans cette affaire, la requérante se plaint de la décision des juridictions allemandes de rejeter sa prétention à obtenir de sa compagnie d'assurance privée le remboursement des dépenses liées à son opération de conversion sexuelle, au motif qu'elle n'aurait pas prouvé l'« authenticité » de sa transexualité. Voy. aussi Cour eur. D. H. (1^{re} section), *Schlumpf c. Suisse*, arrêt du 8 janvier 2009 (violation de l'article 8).

98. Cour eur. D.H. (4^e section), *Tysiac c. Pologne*, arrêt du 20 mars 2007, § 107. La Cour précisera dans l'arrêt *Evans* que ce droit à l'autodétermination recouvre notamment « le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent. » (Cour eur. D.H. [GC], *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 avril 2007, § 71).
99. Sur cette évolution, voy. J. MARSHALL, « A Right to Personal Autonomy at the European Court of Human Rights », *E.H.R.L.R.* 2008, p. 337-356 et N. A. MOREHAM, « The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights : A Re-Examination », *E.H.R.L.R.*, 2008, p. 44-79.
100. Voy. en particulier, *Planned Parenthood v. Casey* : « At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State. » (505 U.S. 833, 951 (1992)). Dans le sillage de cette jurisprudence, de nombreux auteurs soutiennent que la notion d'autonomie est au fondement du concept de vie privée. Voy., dans la doctrine américaine, L. HENKIN, « Privacy and Autonomy », *Columbia Law Review*, 1974, vol. 74, p. 1410-1433 ; J. A. EICHBAUM, « Towards an Autonomy-based Theory of Constitutional Privacy : Beyond the Ideology of Familial Privacy », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1979, vol. 14, p. 361-384. Voy. aussi, dans un registre différent, J. RUBENFELD, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, p. 737-807. Dans la doctrine européenne, voy. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1990 ; S. GUTWIRTH, *Privacy and the Information Age*, transl. R. Casert, Lanham, Boulder, New York, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2002 ; O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *R.T.D.H.*, 1999, p. 827-863.
101. Sur les débats contemporains en matière de théorie des droits fondamentaux, voy. not. Ph. GÉRARD, *op. cit.* : J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
102. E. BREMS, « Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights », in D. BARAK-EREZ and A. GROSS (eds), *Exploring Social Rights*, Oxford, Hart, 2007, p. 136-167 ; F. TULKENS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 117-143.
103. Cour eur. D.H., *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, Série A vol. 32, § 26.
104. Sur cette notion, voy. A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart, 2004.
105. Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, § 87.
106. Voy. E. BREMS, *op. cit.* ; F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Pauvreté et droits de l'homme La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Pauvreté Dignité Droits de l'Homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*, Bruxelles, chancellerie du Premier ministre, 2008, (disponible à l'adresse : http://www.luttepauvrete.be/publications/10ansaccord/10ansaccord_01-2_Tulkens_FR.pdf (dernière visite : le 18 février 2009)).
107. Cour eur. D.H. (GC), *N. c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mai 2008, § 44.
108. Cour eur. D.H., *N. c. Royaume-Uni*, opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann, § 6.
109. C. O'CONNOR, « A Modest Proposal : Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights », *E.H.R.L.R.*, 2008/5, p. 583-605. Les articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect du domicile, de la vie privée et de la vie familiale) ont également été invoqués pour soutenir que certaines situations d'extrême pauvreté engageaient la responsabilité de l'État au regard de la Convention.
110. Comm. eur. D.H., *Van Volssem c. Belgique*, décision du 9 mai 1990, n° 14641/89, *R.U.D.H.*, 1990, p. 384. Voy. les critiques de F. SUDRE, « La première décision "quart-monde" de la Commission européenne des droits de l'homme : une "bavure" dans une jurisprudence dynamique », *R.U.D.H.*,

1990, p. 349-353. Voy. aussi A. CASSESE, « Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions ? », 2 *E.J.L.L.*, 1991, p. 141-146.

111. Comm. eur. D.H., *Van Volsem c. Belgique*, décision du 9 mai 1990, n° 14641/89, p. 3.

112. C. O'CONNOR, *op. cit.*, p. 588.

113. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 70.

114. Arrêt *Pretty*, § 52. Voy. aussi Cour eur. D.H., *D. c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 avril 1997 et Cour eur. D.H. (3^e section), *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt du 3 avril 2001, § 49 et 53.

115. C. O'CONNOR, *op. cit.*, p. 588.

116. Comm. eur. D. H., *D. c. Royaume-Uni* (requête n° 30240/96), rapport adopté le 15 octobre 1996, § 60. De même, dans l'affaire *B.B. c. France*, qui concerne des faits similaires et s'est conclue par un règlement amiable (Cour eur. D.H., *B.B. c. France*, arrêt du 7 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI (radiation du rôle), la Commission avait estimé que « dans les circonstances de l'espèce, le fait pour le requérant d'affronter seul, sans soutien familial, une maladie telle que peut l'être le sida à un stade avancé, est une épreuve de nature à l'empêcher de préserver sa dignité humaine [...]. » (Comm. eur. D.H., *B.B. c. France* (requête n° 30930/96), rapport du 9 mars 1998, § 55).

117. Cour eur. D. H., *D. c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 avril 1997, § 53-54. En revanche, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* du 27 mai 2008, qui concerne l'expulsion vers l'Ouganda d'une femme de nationalité ougandaise atteinte du sida, la majorité de la Cour considère que la requérante ne se trouve pas dans un état critique et que les conditions de vie qui l'attendent dans son pays d'origine ne semblent pas aussi sombres qu'elles l'étaient dans l'affaire *D*. Elle estime par conséquent que son expulsion n'emporterait pas de violation de l'article 3. Voy. Cour eur. D.H. (GC), *N. c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mai 2008, § 47-51. Les juges dissidents, en revanche, considèrent que les faits révèlent un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en cas d'exécution de la décision d'expulsion : opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann.

118. Voy. not. Comm. eur. D.H., *F. N. c. France*, décision du 10 octobre 1994, requête n° 18725/91 ; Cour eur. D.H. (2^e section), *Ivanov c. Lettonie*, décision du 7 juin 2001, requête n° 55933/00 ; Cour eur. D.H. (1^{re} section), *Mikheyeva c. Lettonie*, décision du 12 septembre 2002, requête n° 50029/99.

119. Cour eur. D.H. (3^e section), *O'Rourke c. Royaume-Uni*, décision du 26 juin 2001, requête n° 39022/97.

120. Cour eur. D.H. (2^e section), *Larioshina c. Russie*, décision du 23 avril 2002, requête n° 56869/00. Pour une confirmation, voy. not. Cour eur. D.H. (1^{re} section), *Denisenkov c. Russie*, arrêt du 22 septembre 2005, § 58 ; *Parkhomov c. Russie*, arrêt du 20 octobre 2005, § 37 ; *Khaziyev c. Russie*, décision du 10 novembre 2005 (requête n° 15193/03) ; Cour eur. D.H. (2^e section), *Puzinas c. Lituanie*, décision du 13 décembre 2005 (requête n° 63767/00). Voy. aussi Cour. eur. D.H. (2^e section), *Pancencko c. Lettonie*, décision du 28 octobre 1999, requête n° 40772/98.

121. Cour eur. D.H. (2^e section), *Larioshina c. Russie*, décision du 23 avril 2002, requête n° 56869/00. Voy. aussi la décision *Budina c. Russie* : « the applicant's complaint about the insufficient pension leading to the applicant's mental and physical suffering falls to be examined under Article 3 of the Convention » (Cour eur. D.H. (1^{re} section), *Budina c. Russie*, décision du 12 février 2008 (requête n° 45603) (irrecevabilité partielle) (nous soulignons). La Cour juge ne pas disposer de suffisamment d'éléments pour déterminer si ce grief est recevable et estime nécessaire d'informer le gouvernement de cette partie de la requête, conformément à l'article 54 § 2(b), du règlement de la Cour.

122. Cour eur. D.H. (2^e section), *Moldovan et autres c. Roumanie*, arrêt du 12 juillet 2005, § 69 et 103.

123. Cour eur. D.H. (2^e section), *Moldovan et autres c. Roumanie*, arrêt du 12 juillet 2005, § 113.

124. *Ibidem*, § 110 (nous soulignons).

125. Les minorités ne sont mentionnées qu'à l'article 14 de la Convention, qui interdit les discriminations dans la jouissance des droits et libertés qu'elle garantit, fondées notamment sur « l'association avec une minorité nationale ».

126. Sur cette évolution, voy. J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Voy. aussi J. RINGELHEIM, « Le multiculturalisme aux miroirs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'observateur des Nations unies*, vol. 23, 2007-2, p. 173-205.
127. Comm. eur. D.H., *G. et E. c. Norvège* (requêtes n° 9278/81 et 9415/81), décision du 3 octobre 1983, *D. R.* 35, p. 30. La requête est néanmoins déclarée irrecevable : la Commission juge que la décision contestée peut passer pour nécessaire au bien-être économique du pays et est proportionnée à cet objectif.
128. Cour eur. D. H. (4^e section), *Noack et autres c. l'Allemagne* (requête n° 46346/99), décision du 25 mai 2000 (recevabilité).
129. Cour eur. D. H. (GC), *Chapman c. Royaume-Uni ; Beard c. Royaume-Uni ; Coster c. Royaume-Uni ; Lee c. Royaume-Uni ; Smith c. Royaume-Uni*, arrêts du 18 janvier 2001.
130. Cour eur. D. H., *Chapman*, § 73. La Cour ajoute que cela vaut « même lorsque, en raison de rurbanisation et de politiques diverses ou de leur propre gré, de nombreux Tsiganes ne vivent plus de façon totalement nomade mais s'installent de plus en plus fréquemment pour de longues périodes dans un même endroit afin de faciliter l'éducation de leurs enfants, par exemple » (§ 73).
131. Cour eur. D. H., *Chapman*, § 73.
132. *Ibidem*, § 96.
133. Cour eur. D. H. (1^{re} section), *Connors c. Royaume-Uni*, 27 mai 2004, § 82.
134. Cour eur. D. H. (1^{re} section), *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, arrêt du 27 mars 2008, § 56 (à propos de la liberté de créer une association visant à promouvoir la culture et l'identité d'une minorité ethnique).
135. Cour eur. D. H., *Chapman*, § 93.
136. Sur l'évolution de l'interprétation du concept de pluralisme dans la jurisprudence de la Cour, voy. not. J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 353-356.
137. Cour eur. D.H. (GC), *Gorzelik et autres c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004, § 92. Voy. aussi Cour eur. D.H. (1^{re} section), *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, arrêt du 10 octobre 2005, § 35.
138. Cour eur. D.H. (GC), *Gorzelik et autres c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004, § 92.
139. Voy. les critiques formulées par les juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach et Casadevall, dans leur opinion dissidente commune. La conclusion de la majorité de la Cour dans cet arrêt a également suscité de nombreuses critiques dans la doctrine : voy. F. SUDRE « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des minorités », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, n° 47, p. 905-915 ; F. BENOIT-ROHMER, « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (en marge de l'arrêt *Chapman*) », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 999-1015 ; D. ROSENBERG, « L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1017-1033, et J. RINGELHEIM, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense du mode de vie tzigane : le choix de l'immobilisme », *Revue du droit des étrangers*, 2001, p. 410-425.
140. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant-Publications des FUSL, 2001, p. 167-348. Cette approche du contrôle de proportionnalité correspond à celle de la Cour constitutionnelle allemande : R. ALEXY, « Constitutional Rights, Balancing, and Rationality », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 2, June 2003, p. 131-140, spéc. p. 135-136. Sur le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne, voy. aussi S. GREER, *The European Convention on Human Rights Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 205 et p. 211-212.
141. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 631 et références citées.

142. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 632-633. S. Van Drooghenbroeck fait remarquer que l'un des champs importants dans lequel la prudence aristotélicienne s'est vue remettre à l'ordre du jour, depuis les années 1980-1990, est précisément celle de l'« éthique appliquée », qui a pour caractéristique de concentrer l'attention sur la résolution de problèmes pratiques, en ayant égard au contexte et aux conséquences de la prise de décision (*ibid.*, p. 635-636).

143. *Ibidem*, p. 291-306.

144. *Ibid.* ; O. DE SCHUTTER et F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, p. 169-216, p. 191-192 ; S. GREER, *op. cit.*, p. 203-213. Voy. aussi les remarques de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE sur les risques que comporte l'application de la méthode de la pesée des intérêts en matière de droits fondamentaux : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 437-438. De manière générale, les débats et les tensions suscités par le recours à la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne ont été longuement analysés par S. Van Drooghenbroeck à l'ouvrage duquel nous nous permettons de renvoyer.

145. En ce sens, S. GREER, *op. cit.*, p. 208-213, et S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité. Actes du X^e colloque de l'Association « Famille et Droit »*, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles. Bruylant, 2009 (à paraître) (version ronéo, p. 11-12).

146. S. CREER, *op. cit.*, p. 210.

147. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts... », *op. cit.*, p. 26. Voy. aussi O. DE SCHUTTER et F. TULKENS, *op. cit.*, p. 188-198.

148. Voy. not. 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*, 2005, n° 16, p. 294-326 ; O. DE SCHUTTER et F. TULKENS, *op. cit.* et S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts... », *op. cit.*

149. O. DE SCHUTTER et F. TULKENS, *op. cit.*

150. L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, 2007. Soulignons que pour cet auteur tout conflit de droit ne constitue pas forcément un dilemme constitutionnel. Seule une minorité de conflits de droit présente ce caractère.

151. Cour eur D. H. (GC), *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 avril 2007. Cet arrêt fait suite à un premier arrêt de chambre : Cour eur. D.H. (4^e section), *Evans c. Royaume-Uni*, 7 mars 2006. Ci-après, il est uniquement fait référence à l'arrêt de la Grande Chambre.

152. De manière plus générale, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme et l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine subordonnent toute intervention médicale à un consentement éclairé et exprès pouvant être retiré à tout moment et pour toute raison.

153. Cour eur D. H. (GC), *Evans c. Royaume-Uni*, § 71.

154. *Ibidem*, § 73.

155. Cour eur. D. H. (GC), *Odièvre c. France*, arrêt du 13 février 2003, § 44.

156. Cour. eur. D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 mars 2006, § 61-62 ; arrêt du 10 avril 2007 (GC), § 81. Voy. aussi, parmi d'autres, Cour eur. D.H., *X, Y. et Z. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, § 44 ; Cour eur. D.H. (3^e section), *Fretté c. France*, arrêt du 26 février 2002, § 41 ; Cour eur. D. H. (GC), *Christine Good-win*, arrêt du 11 juillet 2002, § 85 ; Cour eur. D. H. (GC), *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, § 82.

157. Voy., par exemple, les observations de la Cour dans l'affaire *Vo c. France* sur la question de savoir si l'enfant à naître doit être considéré comme bénéficiaire du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention : « [...] l'interprétation de l'article 2 [...] s'est faite dans un souci évident d'équilibre, et la position des organes de la Convention, au regard des dimensions

juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine, a pris en considération les différentes approches nationales du problème. Ce choix s'est traduit par la prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, laissant place à un large pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière qu'exprime fort bien l'avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne : "Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain [...]. Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres". » (Cour eur. D. H. (GC), *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, § 82).

158. L. ZUCCA, « Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerpen, Intersentia, 2008. p. 19-37, p. 24.

159. Cour. eur. D.H. (GC), *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 mars 2006, § 63 ; arrêt du 10 avril 2007, § 86. Voy. aussi Cour eur. D.H. (GC), *Maurice c. France*, arrêt du 6 octobre 2005, § 121. La jurisprudence sur les garanties procédurales a surtout été développée dans le cadre d'affaires concernant des questions environnementales : voy. not. Cour eur. D.H. (3^e section), *Giacomelli c. Italie*, arrêt du 2 novembre 2006, § 83 ; Cour eur. D.H. (GC), *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 2003, § 128.

160. Cour eur. D.H. (4^e section), *Tysiac c. Pologne*, arrêt du 20 mars 2007, § 113.

161. *Ibidem*, § 117. Telle était la solution préconisée par les juges dissidents dans l'affaire précitée *Odièvre c. France* relative à l'accouchement anonyme : mettre en place un organe indépendant compétent pour décider, en fonction de chaque cas individuel et au terme d'un débat contradictoire, s'il convient ou non de permettre à une personne née « sous X » d'obtenir des informations sur l'identité de sa mère lorsque celle-ci s'y oppose. Voy. *Odièvre c. France*, opinion dissidente commune des Juges Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabrai Barreto, Tulkens et Pellonpää, § 18.

162. O. DE SCHUTTER et F. TULKENS, *op. cit.*, spéc. p. 169-170 et 208-210.

163. *Ibidem*, p. 215. Sur les concepts d'autonomie personnelle et de société démocratique, voy. nos développements *supra*, partie II.

164. L. ZUCCA, « Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemma », *op. cit.*, p. 37.

165. Comp. O. DE SCHUTTER et F. TULKENS : « Such procedures, in our view, are not only required in order to minimize the risks of conflict, in accordance with the general requirement of proportionality. They are also searching devices : they encourage a permanent re-evaluation of provisional arrangements through which rights are combined with one another in a necessarily fragile and contestable way » (*op. cit.*, p. 210).

166. Voy. B. CALI and S. MECKLED-GARCIA, « Introduction Human Rights *legalized* defining, interpreting, and implementing an idéal », in B. CALI and S. MECKLEDGARCIA (eds), *The Legalization of Human Rights Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, London & New York, Routledge, 2006, p. 18.

167. Voy. à cet égard les critiques de M. KOSKENNIEMI : « L'effet des droits sur la culture politique », in Ph. ALSTON avec le concours de M. BUSTELO et J. HEENAN (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 99-116. Sur les rapports entre sphères juridique et non juridique dans la définition des droits fondamentaux, voy. aussi les textes réunis dans B. CALI and S. MECKLED-GARCIA (eds), *The Legalization of Human Rights*, *op. cit.*

AUTEURS

NICOLAS BONBLED

Aspirant du Fonds national de la recherche scientifique (FRS-FNRS), membre du Centre de recherche sur l'État et la Constitution de l'Université catholique de Louvain (UCL) – nicolas.bonbled@uclouvain.be

JULIE RINGELHEIM

Chargée de recherches du Fonds national de la recherche scientifique (FRSFNRS), membre du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain (UCL) et chargée de cours à l'UCL – julie.ringelheim@uclouvain.be. Nous remercions chaleureusement Ph. COPPENS, H. DUMONT, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE pour leurs observations stimulantes sur une première version de cette contribution.