

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La loi contre la conscience

Montero, Etienne

Published in:

Jérusalem, Athènes, Rome : Liber Amicorum Xavier Dijon

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2012, La loi contre la conscience: réflexions autour de l'objection de conscience. dans *Jérusalem, Athènes, Rome : Liber Amicorum Xavier Dijon*. Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 163-198.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA LOI CONTRE LA CONSCIENCE : RÉFLEXIONS AUTOUR DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE

PAR

ÉTIENNE MONTERO

PROFESSEUR ORDINAIRE AUX FUNDP
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT

PROPOS LIMINAIRES

1. L'œuvre scientifique du professeur Xavier Dijon se déploie, pour une large part, aux confins de l'éthique et du droit. De toute évidence, les conflits entre la conscience et la loi invitent à une réflexion interdisciplinaire, mobilisant non seulement l'éthique et le droit, mais aussi d'autres sciences sociales, voire des sciences dures (biochimie, pharmacologie...), en un va-et-vient entre ces disciplines. Je me limiterai toutefois à une libre réflexion sur le thème de l'objection de conscience dans une perspective essentiellement juridique. Que le dedicataire de ce *Liber amicorum* veuille bien lire dans les lignes qui suivent l'expression de mon estime et de mon amitié.

Un possible conflit internormatif

2. La conscience à laquelle fait référence l'objection de conscience s'entend dans son acception morale. Il ne s'agit pas de la conscience comprise comme connaissance immédiate des états intérieurs ou des choses extérieures, ni la faculté qu'a l'homme de percevoir qu'il existe, pense ou éprouve des sensations. Elle n'est pas un savoir spéculatif, ni une puissance, mais l'intelligence elle-même en sa fonction de guide au plan de l'agir. Encore importe-t-il de préciser que la conscience ne se confond pas avec les simples préférences subjectives, goûts, désirs ou caprices; parfois, elle contrarie ceux-ci et s'impose néanmoins au sujet comme une voix intérieure à laquelle il doit

obéissance. La conscience morale est le jugement de valeur formulé par l'intelligence pratique du sujet sur la bonté ou la malice d'un acte concret. Autrement dit, la conscience ne considère pas ce qui est bien ou mal en général, mais juge en particulier, ici et maintenant, l'action projetée, sur le point d'être exécutée ou déjà réalisée.

La question des rapports entre la conscience et la loi (*lato sensu*) est particulièrement complexe et délicate. L'on peut certes considérer, en termes kantien, que l'on a affaire à deux sphères distinctes : la conscience ressortit au domaine de l'autonomie et de l'impératif catégorique tandis que l'ordre juridique, à celui de l'hétéronomie et de la règle prudentielle. Il n'est pas moins vrai qu'il existe un espace de rencontre : la conscience dicte des « comportements » (actes ou abstentions) qui ont une répercussion sociale et entrent ainsi dans le champ de compétence du droit ; inversement, la loi ordonne de poser certains actes qui peuvent mettre une conscience en difficulté.

*Figures de l'objection de conscience,
hier et aujourd'hui*

3. Le conflit entre la conscience et la loi est aussi ancien que l'histoire de l'homme. L'histoire, la philosophie et la littérature de l'Antiquité¹, l'Ancien Testament², les Actes des premiers martyrs chrétiens... nous livrent le témoignage d'hommes et de femmes confrontés à la nécessité de désobéir à la loi, par fidélité à leur conscience morale³. Le destin tragique de Thomas More, au XVI^e siècle, est un autre exemple célèbre. Mais il est beaucoup d'autres personnes, illustres ou anonymes, qui, au cours des siècles, ont ainsi refusé de se soumettre à un devoir juridique jugé en conscience gravement injuste. Toutefois, la figure de l'objection de conscience telle qu'on l'entend aujourd'hui est relativement moderne.

Dans les sociétés antiques, comme dans les régimes autoritaires, il n'y a pas de place pour les individus réfractaires : ils n'ont d'autre

choix que de se soumettre ou d'être sévèrement punis, voire éliminés. Autrement dit, « la figure de l'objecteur de conscience dans l'histoire est celle du martyr, qui accepte le châtiment pour demeurer fidèle à ses convictions »⁴. Dans les régimes absolutistes, la conscience individuelle ne jouit d'aucune protection juridique et il est impensable qu'elle puisse être invoquée comme limite à la toute puissante volonté du prince ou au pouvoir souverain exprimé dans la loi. Dès lors, l'objection de conscience est vécue comme un drame purement personnel, qui ne semble affecter en rien l'application inexorable de la loi⁵.

4. En revanche, dans une société où le pouvoir politique est résolument limité par les droits des citoyens et contrôlé par des juridictions indépendantes, il cesse d'être obvie que toute loi doit toujours et nécessairement prévaloir sur la conscience des personnes visées par une injonction légale⁶. Autrement dit, il a fallu admettre que le prince ne peut pas tout commander, ni la loi, même si elle représente formellement la volonté de la majorité (cf. les contrôles de constitutionnalité et de conformité aux règles de droit international), pour considérer que les conflits de conscience ne constituent pas seulement un problème moral, mais doivent être envisagés aussi sur le terrain du droit.

Désormais, l'objection de conscience est revendiquée comme un droit de la personne, lequel se voit protégé à des degrés variables suivant les matières concernées et les régimes juridiques en vigueur çà et là. À tout le moins, elle ne saurait plus être envisagée comme l'expression d'une simple opposition entre une conscience et la loi, sous-entendant, à tort, que l'intérêt de la conscience est un intérêt privé qui se heurte à l'intérêt public représenté par la loi. On oublierait alors que le droit lui-même range parmi ses objectifs primordiaux la protection de la conscience et des convictions au titre de libertés fondamentales reconnues à la personne et protégées par l'ordre juridique. La liberté de conscience – en laquelle s'enracinent les objections de conscience – forme partie du droit positif.

¹ On songe spontanément aux figures emblématiques d'Antigone et de Socrate.

² Voy., par ex., *Ex.* 1,17 (sommées par le Pharaon d'Égypte de donner la mort aux nouveaux nés mâles des femmes juives, « les sages-femmes, qui craignaient Dieu, ne firent pas ce qui leur avait été commandé et laissèrent les enfants en vie »); *2 Mac* 6 et 7 (martyr d'Éléazar, des frères Macabées et de leur mère pour avoir refusé de manger de la viande de porc); *Dn* 3,18 (trois jeunes gens refusèrent d'adorer la statue d'or érigée par Nabuchodonosor et furent livrés aux flammes).

³ A ce sujet, parmi d'autres, S. COTTA, « Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica) », *Iustitia*, XLV, 1992, p. 110.

⁴ A. MOTILLA, « Consideraciones en torno a la objeción de conciencia en el derecho español », *Ius Canonicum*, 1993, 143.

⁵ Cf. J. MARTÍN DE AGAR, « Problemas jurídicos de la objeción de conciencia », *Scripta th.*, 1995/2, p. 519 et s.

⁶ *Ibid.*, p. 519.

Un sujet explosif

5. Si l'objection de conscience est une réalité très ancienne, son élaboration conceptuelle est récente⁷. C'est à propos du refus du port d'armes et du service militaire obligatoire qu'ont été entrepris, il y a à peine quelques décennies, les premiers efforts de théorisation de la notion⁸. Entretemps, on assiste à une multiplication de cas de figure dans lesquels la conscience et la loi entrent en collision et tout porte à croire que, si l'on n'y prend point garde, le phénomène risque de s'amplifier, à la faveur de plusieurs facteurs. Qu'il suffise d'en épingle trois.

6. Il est évident, tout d'abord, que la transformation progressive de sociétés relativement homogènes en sociétés pluralistes, de plus en plus multiculturelles et multiconfessionnelles, induit une diversification des hypothèses dans lesquelles la loi de la majorité est susceptible de heurter des consciences minoritaires. Ainsi, notamment, les objections de conscience pour motifs religieux deviennent plus fréquentes. Outre les cas classiques de refus de service militaire ou de participation à un défilé commémoratif d'une guerre⁹, les exemples sont légion : refus de prêter serment sur les Évangiles¹⁰ ou de siéger dans un jury¹¹; refus par un motocycliste sikh d'ôter son turban pour porter le casque¹²; refus de retirer un turban ou un

⁷ Les études d'ensemble restent peu nombreuses. Voy., en particulier, R. NAVARRO VALLS et J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2011, 514 p., et des mêmes auteurs, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, 237 p.; Th. CARTIER-MOLIN, *La notion de clause de conscience*, Thèse soutenue à l'Université Grenoble II, 2008, non publiée; H. WATT (ed.), *Cooperation, Complicity and conscience. Problems in healthcare, science, law and policy*, London, The Linacre Centre, 2005; J.-B. D'ONORIO (dir.), *La conscience et le droit*, Paris, Téqui, 2002; R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994.

⁸ La littérature juridique sur ce thème est abondante. Parmi de multiples études, voy. G. DE BOSSCHÈRE et J. VAN LIERDE, *La guerre sans armes. Douze années de luttes non violentes en Europe [1952-1964]*, éditions Luc Pire, Bruxelles, 2002; R. BARRAS, «Objection de conscience», *Rev. dr. pén. mil.*, Bruxelles, 1990, p. 129 et s.; R. DILLMANN, «Des rapports avec un militaire qui invoque sa conscience», *Rev. dr. pén. mil.*, 1988, p. 413 et s.; Y. DELACOTTE et J. JACQMAIN, «Vingt ans de statut des objecteurs de conscience en Belgique», *J.T.*, 1984, p. 560 et s.; P. ARCO, R. DEDOUAI, E. DUCHÂTEAU, A. FANIEL, J. JACQMAIN, C. JANSEN, J. VAN LIERDE, et D. VALLET, *Les objecteurs, 1919-1984 : 1984, vingt ans de statut légal en Belgique*, Communauté française de Belgique et Confédération du service civil de la jeunesse, Bruxelles, 1984; J. VAN LIERDE, *Service militaire ou service civil*, Service civil de la jeunesse, Bruxelles, 1964.

⁹ Comm. eur. D.H., 6 juillet 1995, *Valsamis c. Grèce*, req. n° 21787/93; Comm. eur. D.H., 11 avril 1996, *Petros, Anastassia et Sophia Efstratiou c. Grèce*, req. n° 24095/94.

¹⁰ Cour eur. D.H., 18 février 1999, *Buscarini c. République de Saint-Marin*, req. n° 24645/94 (concerne des élus au Parlement de la République de Saint-Marin); Cour eur. D.H., arrêt du 3 juin 2010, *Dimittas et autres c. Grèce*, requêtes n°s 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08 (concerne des témoins dans une procédure pénale en Grèce).

¹¹ Certaines se fondent, à cet égard, sur une lecture littérale d'un passage de l'Évangile de Luc : «Ne jugez pas et vous ne serez pas jugés» (Lc 6, 37).

¹² Comm. eur. D.H., 12 juillet 1978, *X c. Royaume-Uni*, req. n° 7992/77.

voile lors d'un contrôle de sécurité imposé dans un aéroport¹³ ou à l'entrée d'un consulat¹⁴; refus par des jeunes filles, de confession musulmane, d'ôter leur voile au cours d'éducation physique¹⁵; refus par une jeune fille portant le voile islamique d'apparaître tête nue sur une photo d'identité¹⁶. Dans les relations de travail, il est parfois demandé une autorisation d'absence ou un aménagement de l'horaire de travail pour motifs religieux¹⁷.

7. Ensuite, comme l'on sait, des objections de conscience ont fait irruption dans le champ de la médecine et de la biomédecine. Diverses pratiques – autrefois interdites tant par la loi que par la déontologie médicale, et désormais avalisées – peuvent conduire des professionnels de la santé à devoir exécuter ou prêter leur concours à des actes que leur conscience réproche. On songe naturellement à l'avortement, à l'euthanasie, à des procédures de sélection des individus, aux recherches impliquant la destruction d'embryons humains, etc. À l'inverse, il existe des cas d'objections élevées par des patients à l'égard de traitements médicaux : le plus connu est celui des Témoins de Jéhovah qui, s'appuyant sur un passage du Lévitique¹⁸, refusent toute transfusion sanguine, fussent-ils perdre la vie.

8. Enfin, il a été observé pertinemment que la métamorphose de la notion de conscience elle-même joue un rôle non négligeable dans la prolifération des objections de conscience. Dans la tradition culturelle et morale occidentale, était admise la radicale subordination du jugement de conscience à l'égard d'un ordre normatif supérieur. En revanche, dans la société démocratique sécularisée, la

¹³ Cour eur. D.H., 11 janvier 2005, *Suku Phull c. France*, req. n° 25753/03.

¹⁴ Cour eur. D.H., 4 mars 2008, *El Morali c. France*, req. n° 15585/06.

¹⁵ Par ex., Cour eur. D.H., 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, req. n° 27058/05; Cour eur. D.H., 24 janvier 2006, *Sefika KÖSE et autres c. Turquie*, req. n° 26625/02; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2005, *Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98.

¹⁶ Comm. eur. D.H., 3 mai 1993, *Karaduman c. Turquie*, req. n° 18278/90.

¹⁷ Comm. eur. D.H., *Ahmad c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981, req. n° 8160/78 (un ressortissant britannique, de confession musulmane, a dû démissionner de son poste d'instituteur à temps plein car il lui a été refusé de se rendre à la mosquée pour la prière collective le vendredi après midi, comme l'y oblige sa religion); Comm. eur. D.H., *Stedman c. Royaume-Uni*, 9 avril 1997, req. n° 29107/95 (une ressortissante britannique, chrétienne, employée dans une agence de voyages fut licenciée pour avoir refusé de travailler le dimanche); Comm. eur. D.H., *Kontinen c. Finlande*, 3 décembre 1996, req. n° 24949/94 (un agent des chemins de fer, appartenant à l'Église Adventiste du Septième Jour, fut révoqué pour n'avoir pas respecté ses horaires de travail au motif que sa religion interdit à ses membres de travailler le vendredi après le coucher du soleil).

¹⁸ Lev 17, 10.

conscience qui sert de référence à l'objection de conscience est devenue le guide subjectif de chaque citoyen, le juge infaillible du bien et du mal, sans référence à un système objectif de valeurs¹⁹. Du coup, naturellement, les objections de conscience se diversifient et deviennent nettement plus imprévisibles.

Notion et éléments structurels

9. L'objection de conscience désigne le refus, pour des motifs de conscience, d'adopter une conduite ou de poser un acte qui serait juridiquement exigible, mais que le sujet considère immoral en soi ou en tant que coopération à la conduite immorale d'un autre. Elle est, plus précisément, un acte de résistance *individuel* et strictement *personnel* face à un devoir juridique (découlant de la loi ou d'un contrat), en raison de sa contrariété à une prescription morale ou religieuse tenue pour prioritaire.

Sans entrer dans un développement approfondi de tous les éléments de cette définition²⁰, celle-ci mérite toutefois quelques explications :

- la figure juridique de l'objection de conscience présente un caractère individuel comme l'est le jugement de conscience : elle exclut tout phénomène à caractère collectif, qui ressortit plutôt aux diverses manifestations de la désobéissance civile (*infra*, n° 11)²¹;
- elle présente un caractère personnel en ce sens qu'elle ne peut être invoquée pour le compte de tiers;
- elle se présente face à une obligation découlant non seulement de la loi *lato sensu* mais aussi, le cas échéant, d'un contrat;
- elle traduit la « sérieuse » impossibilité morale en laquelle se trouve le sujet de remplir, *hic et nunc*, une obligation légale ou contractuelle : elle ne peut être guidée par des motifs de conve-

¹⁹ Pour un développement de cette observation, S. COTTA, « Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica) », *Iustitia*, n. 2, 1992, p. 110 et s. ; J.I. ARRIETA, « Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica », in *Objeción de conciencia*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 3, UNAM, México, 1998, p. 28-32.

²⁰ Pour un plus ample développement, voy. J.I. ARRIETA, « Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica », *op. cit.*, p. 27-55.

²¹ La circonstance que des objecteurs se regroupent au sein d'une association n'affecte en principe pas la nature de l'objection de conscience. De tels groupements visent à assurer à leurs membres une information correcte ou une assistance juridique, sans ôter à l'exercice de l'objection de conscience son caractère de démarche strictement individuelle.

nance ou d'opportunité, ni poursuivre aucun but politique ou idéologique tendant à l'abolition de la loi contestée.

On ajoutera que l'objection de conscience se traduit *généralement* par une abstention en ce sens que la désobéissance consiste dans le refus d'adopter un comportement juridiquement exigible. À cet égard, elle sera souvent²² socialement moins dangereuse que la prétention de pouvoir agir en toute hypothèse conformément à ce que dicte la conscience. Au demeurant, les prescriptions légales qui imposent une action (obligation de *facere*) sont les plus susceptibles de heurter la conscience de quelqu'un car il existe une différence entre se voir contraint – fût-ce une seule fois – de poser un acte que l'on considère immoral et ne pas toujours pouvoir faire ce que l'on perçoit comme un devoir. De fait, les libertés consistent prioritairement en une immunité de contrainte. En droit, il existe une différence entre ne pas contraindre à agir et ne pas restreindre une liberté, entre garantir que personne ne sera obligé d'œuvrer contre sa conscience et assurer que chacun pourra, en toutes hypothèses, agir selon ce que lui dicte sa conscience²³.

10. En pratique, il n'est pas toujours aisé de distinguer lorsqu'une loi impose une conduite estimée immorale et lorsqu'elle se contente de restreindre la possibilité de satisfaire à un devoir de conscience, étant entendu qu'il existe aussi des devoirs moraux ou religieux positifs. L'on songe à l'obligation du repos dominical ou sabbatique et au devoir de participer à des actes de culte ou encore aux prescriptions religieuses qui imposent le port d'un vêtement déterminé (turban, foulard islamique, tchador...). L'expérience enseigne toutefois que la plupart des *dispositions essentielles* des codes moraux prennent la forme de préceptes négatifs catégoriques : ne pas tuer, ne pas voler... Les préceptes positifs, quant à eux, portent sur des attitudes déterminées (adorer, aimer, jeûner, pardonner, prier...), dont la manifestation extérieure n'est d'ordinaire pas à ce point précisée qu'elle fait obstacle à l'observation simultanée de la loi commune, du moins dans de nombreux cas²⁴. Par ailleurs, les sanctions auxquelles s'expose l'objecteur sont de natures très différentes :

²² Mais pas toujours car, dans certaines situations, une omission peut aussi avoir de sérieuses conséquences. Il suffit de songer aux abstentions qui ressortissent à la non-assistance à personne en danger.

²³ À ce sujet, V. POSSENTI, « Sull'obiezione di coscienza », in *Vita e Pensiero*, 1992, p. 666.

²⁴ Pour d'autres considérations, J. MARTÍN DE AGAR, *op. cit.*, p. 530, et les références.

depuis la seule privation de quelque bénéfice jusqu'à la sanction pénale, en passant par des désagréments d'ordres divers.

En définitive, à l'heure d'apprécier l'admissibilité d'une objection de conscience – omission ou action –, il y a toujours lieu de mettre en balance la charge que suppose pour l'intéressé de se voir contraint dans l'exercice de sa liberté de conscience, d'une part, et les répercussions de sa désobéissance sur des tiers ou sur l'ensemble de la collectivité, d'autre part. L'on verra à cet égard que certaines objections de conscience peuvent être plus facilement accueillies que d'autres.

11. Ainsi délimitée, la figure de l'objection de conscience se distingue de la *désobéissance civile* qui est une insubordination, pacifique, collective, de nature politique destinée à faire pression sur la majorité au pouvoir en vue d'obtenir un changement politique ou la modification d'une législation²⁵. Les campagnes de désobéissance civile suscitées par Gandhi (pour favoriser les droits civiques, puis la libération de la communauté indienne) ou par Martin Luther King (pour l'abolition des lois raciales) sont à cet égard paradigmatiques. La désobéissance civile a aussi été encouragée par les militants pacifistes qui organisaient notamment des *sit-in* paralysant le centre des grandes villes afin d'exprimer leur contestation à l'intervention militaire au Viêt Nam. Plus près de nous, on peut encore mentionner certaines actions de Greenpeace ou les appels de José Bové pour le saccage de *fast-food* ou l'arrachage de plants transgéniques.

Bien entendu, la frontière entre la désobéissance civile et l'objection de conscience n'est pas toujours nette en pratique. L'attitude d'un objecteur de conscience peut recevoir une certaine publicité et revêtir, par un éventuel effet d'entraînement, une portée politique. Mais cet effet n'est pas voulu par l'objecteur, lequel entend avant tout éluder pacifiquement une obligation juridique qui heurte sa conscience, en s'exposant à l'incompréhension et à la critique, voire à souffrir de vexations et de discriminations. Ces risques peuvent d'ailleurs apparaître comme un gage de la sincérité de l'objecteur. À l'inverse, il est parfois possible de distinguer deux moments dans

²⁵ Pour d'autres considérations, G. DURAND, *Pour une éthique de la dissidence. Liberté de conscience, objection de conscience et désobéissance civile*, Montréal, Liber, 2004; J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, éd. du Seuil, 1997, spéc. p. 391 et s.

la manifestation d'une contestation : le premier, politique, à caractère collectif, ressortirait à la désobéissance civile, le second, individuel, de nature éthique, serait l'objection de conscience. Quoi qu'il en soit, indépendamment de la valeur politique que peut prendre l'objection de conscience, ce qui la caractérise au premier chef est la prévalence du conflit intérieur du sujet sur toute prétention de répercussion sociale.

12. Il convient d'examiner les problèmes suscités par l'objection de conscience au niveau des principes (justification, recevabilité, limites) (I), avant d'esquisser, sur un plan plus juridique, les solutions techniques permettant de traiter la diversité des objections (II).

I. – QUELLE PLACE POUR L'OBJECTION DE CONSCIENCE DANS LE DROIT ?

De bonnes raisons pour se méfier de l'objection de conscience et contenir sa force d'expansion

13. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour apercevoir que l'admission *sans nuance* de l'objection de conscience représenterait un germe subversif, dissolvant du Droit. Elle risque d'énervier la fonction régulatrice de la loi et, partant, de ruiner l'État de droit, à mesure que la résistance à la loi s'étend à des hypothèses de plus en plus fantaisistes. Quelle que soit la nature juridique dévolue à l'objection de conscience dans les ordres juridiques des États démocratiques, elle ne pourra jamais être conçue comme une institution qui garantit la supériorité de la conscience par rapport à la loi. Cela reviendrait à méconnaître le principe d'obéissance au droit et la nécessité d'un ordre juridique qui arbitre la coexistence, et garantit l'ordre social et la paix publique. Autrement dit, la conscience personnelle ne peut se voir attribuer le rôle d'arbitre ultime et définitif des lois car cela mènerait à l'anarchie. L'objection de conscience ne peut se convertir en « tyrannie de la conscience ».

14. L'objection de conscience pose aussi la question de l'égalité des citoyens devant la loi : dès lors que tous ou une catégorie de citoyens sont soumis à une obligation légale, il y aurait rupture d'égalité si l'un d'eux pouvait se défaire sans être tenu de réaliser une prestation de substitution. C'est une question de justice : il

s'agit d'éviter les inégalités et de réduire le coût de l'objection de conscience pour les autres. En même temps, la prestation de substitution dissuade les faux objecteurs.

15. Même considérée comme un droit fondamental, l'objection de conscience doit avoir pour limites les autres droits et valeurs de l'ordre juridique. Ainsi peut-on imaginer les conséquences sociales négatives du refus d'une vaccination obligatoire contre une maladie contagieuse, de l'objection fiscale ou du refus de cotiser à un système d'assurance obligatoire... Les limites de l'objection de conscience sont les mêmes que celles relatives aux libertés dont elle procède et dont elle est une manifestation. Elles ressortissent, en substance, à la notion d'ordre public : la paix et la sécurité publiques, la santé et la morale publiques, la protection des droits et libertés d'autrui...

*De bonnes raisons de faire droit
à l'objection de conscience*

16. Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent sans conteste nos sociétés démocratiques, comme se plaît à le rappeler régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme²⁶. Toutefois, il ne s'agirait là que de mots dont on se gargariserait en vain si la loi de la majorité n'avait la moindre considération pour les minorités : « Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante »²⁷.

L'objection de conscience – judicieusement encadrée – apparaît précisément comme un mécanisme permettant de résoudre les conflits entre majorités et minorités dans les démocraties. À cet égard, elle est un facteur de coexistence pacifique dans nos sociétés multiculturelles. Sans le respect du pluralisme et des minorités, le projet démocratique risque de dégénérer en « tyrannie de la majorité » selon une expression bien connue d'Alexis de Tocqueville.

²⁶ Voy., entre autres, Cour eur. D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n° 7801/78, 7806/77, § 63; Cour eur. D.H., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 7; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2005, *Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, § 108; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n° 23459/03, § 126.

²⁷ *Ibid.*

« Les princes », écrit cet auteur lucide, « avaient pour ainsi dire matérialisé la violence; les républiques démocratiques de nos jours l'ont rendue tout aussi intellectuelle que la volonté humaine qu'elle veut contraindre. Sous le gouvernement absolu d'un seul, le despotisme, pour arriver à l'âme, frappait grossièrement le corps; et l'âme, échappant à ces coups, s'élevait glorieuse au-dessus de lui; mais dans les républiques démocratiques, ce n'est point ainsi que procède la tyrannie; elle laisse le corps et va droit à l'âme »²⁸.

17. Le refus *sans nuance* de l'objection de conscience ruinerait les libertés de pensée, de conscience et de religion, qui consacrent un espace d'autonomie, et sans le respect desquelles tout le système des droits de l'homme perdrait de son sens. À la limite, le législateur pourrait adopter beaucoup de lois imposant des actes contraires aux convictions profondes des minorités en manière telle que, pour celles-ci, la liberté de conscience s'en trouverait réduite à une peau de chagrin. « Pense ce que tu veux mais fais ce qu'on te dit » pourrait être le lemme d'une société libérale qui, en contradiction avec ses prémisses, refuserait *par principe* de ménager la moindre place à l'objection de conscience. L'action de l'État constitutionnel moderne trouve sa finalité et sa limite dans la reconnaissance et la garantie des droits individuels fondamentaux, parmi lesquels le droit à la liberté de conscience, de pensée et de religion. Tout le système des droits de l'homme vise à garantir un espace d'autonomie pour l'individu contre les ingérences des tiers et de l'État et à préserver ce qui fait la substance de son identité intellectuelle et morale, son noyau le plus intime : la conscience. Dans un système politique fondé sur le critère central du respect de la dignité et de la liberté des personnes, il est logique de faire grand cas de la liberté de conscience, dont l'objection de conscience est une expression spécifique. En ce sens, l'objection de conscience peut être vue comme une exigence de cohérence et de finesse pour un ordre juridique fondé sur le respect des droits de l'homme. L'exercice légitime de résistance morale ne doit pas être instinctivement perçu comme une menace pour la coexistence sociale. En certains cas, il est au contraire ressort et signe d'une saine démocratie.

18. Dans le secteur de la santé, l'objection de conscience possède une portée éthique et symbolique particulière. Elle répond au pro-

²⁸ *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981, 2^e partie, chap. VII, p. 354.

fond souci de sauvegarder le caractère intrinsèquement éthique des professions de la santé. Plus qu'en tout autre domaine, il existe un lien étroit entre la compétence technique du professionnel de la santé et son sens éthique. On a joliment dit que la relation médicale est la *rencontre entre une confiance et une conscience*. En objectant personnellement à certains actes qui heurtent sa conscience, le professionnel de la santé signe le refus d'être un pantin à la merci des gouvernants ou des législateurs. Il atteste, par là, que l'éthique est au cœur de son travail. Au contraire, la non prise en considération de l'objection de conscience risque, à terme, de ruiner l'éthique professionnelle des soignants.

II. – LA NATURE JURIDIQUE DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE

19. En tant que phénomène dérivé des libertés de pensée, de conscience et de religion, l'objection de conscience se présente comme une question juridique dans tout système juridique qui prétend respecter, dans des limites raisonnables et justes, des espaces d'autonomie personnelle²⁹. C'est de cela qu'il s'agit précisément : contenir la force d'expansion de ces libertés fondamentales, moyennant une certaine souplesse et dans le respect des autres droits fondamentaux.

Il y a certainement un droit à l'objection de conscience là où le législateur l'a reconnu et réglé. Mais il y a plus. Celui qui objecte dans un État démocratique peut également justifier d'un droit : il n'en appelle pas seulement à sa conscience mais aussi au droit fondamental qui protège celle-ci... Ces considérations nous amènent à distinguer les objections de conscience *secundum legem* et *contra legem*, étant entendu qu'il subsistera inévitablement des objections de conscience *sine iure*. Cette dernière catégorie vise les cas où l'objection ne pourra pas être reconnue en droit, même si elle n'en demeure pas moins un devoir catégorique pour l'intéressé.

²⁹ Les limites de la présente étude ne permettent pas d'envisager la question sous l'angle du principe de non-discrimination (art. 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme). À ce sujet, voy. l'excellente étude de E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «À la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux», *Rapport rédigé au nom du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010, spéc. p. 57 et s.

L'objection de conscience secundum legem

20. Il est des cas dans lesquels la loi fait droit à l'objection de conscience et en règle les modalités d'exercice, en aménageant une «clause de conscience». Une telle «clause de conscience» existe en matière d'avortement³⁰, de stérilisation à visée contraceptive³¹, d'euthanasie³², de recherche biomédicale³³... Du coup, l'on est plus en présence d'une véritable objection de conscience, mais de l'exercice d'un *droit d'option* reconnu par l'ordre juridique. Paradoxalement, plus l'objection de conscience est reconnue, plus elle est appelée à s'effacer en tant que telle.

21. Il est hors de propos de livrer un commentaire fouillé des diverses clauses de conscience aménagées par le législateur³⁴. Une seule question retiendra mon attention : est-il opportun que le problème de l'objection de conscience soit réglé par la loi ? Cette question appelle une réponse nuancée. L'objection de conscience, a-t-on vu, se réfère à un conflit éminemment subjectif, alors que la loi, elle, est générale et abstraite. Si la clause de conscience est libellée en des termes trop étroits, le risque existe que les hypothèses visées s'ajustent mal à l'infinie diversité des situations auxquelles un sujet peut se trouver confronté.

À titre d'exemple, la clause de conscience prévue dans la législation belge en matière d'avortement est sujette à controverses, particulièrement en ce qui concerne les étudiant(e)s ou stagiaires en cours de formation et les pharmaciens.

22. Il ressort du texte de loi que bénéficient de la clause de conscience, les médecins, les infirmiers ou infirmières et les auxiliaires médicaux³⁵. L'interruption de grossesse étant un acte réservé

³⁰ Par exemple, en Belgique, l'art. 350, al. 2, 6°, du Code pénal et, en France, les articles L2212-8 et L2213-2 du Code de la santé publique. On trouve des dispositions similaires dans la législation en Allemagne, aux Pays-Bas, en Italie, au Royaume-Uni...

³¹ Voy., par ex., Code (français) de la santé publique, art. L2123-1.

³² Art. 14 de la loi (belge) du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie *M.B.*, 22 juin 2002 ; art. 15 de la loi (luxembourgeoise) du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide.

³³ Code (français) de la santé publique, art. L2151-7-1 : «Aucun chercheur, aucun ingénieur, technicien ou auxiliaire de recherche quel qu'il soit, aucun médecin ou auxiliaire médical n'est tenu de participer à quelque titre que ce soit aux recherches sur des embryons humains ou sur des cellules souches embryonnaires».

³⁴ Pour une étude approfondie, Th. CARTIER-MOLIN, *La notion de clause de conscience*, Thèse précitée.

³⁵ L'article 350, 6°, du Code pénal est libellé comme suit : «Aucun médecin, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention».

aux titulaires d'un diplôme de docteur en médecine, chirurgie et accouchement, les étudiants en médecine ou en infirmerie ne sont pas habilités à pratiquer une interruption de grossesse. Toutefois, il arrive qu'ils soient invités, au cours de leur formation, à concourir à une interruption de grossesse. Peuvent-ils invoquer la clause de conscience? À mon sens, l'étudiant ne peut être soustrait aux normes éthiques et déontologiques qui gouvernent sa future profession et qui doivent lui être enseignées.

La question s'est posée devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme. Trois infirmières suédoises s'étaient engagées dans un cours de spécialisation d'une année pour devenir sages-femmes. Pour réussir l'examen, il était requis qu'elles placent plusieurs stérilets. Elles refusèrent de poser cet acte contraire à leurs convictions et le certificat de sage-femme ne leur fut pas délivré. Elles portèrent l'affaire en justice. Finalement, l'État accepta de leur remettre le certificat, sans doute par crainte d'être désavoué par la Commission, et l'affaire fut rayée du rôle³⁶.

Mais, objectera-t-on, une personne peut changer d'opinion et se mettre à pratiquer ou à concourir à une interruption de grossesse, sans avoir reçu l'indispensable initiation pratique au cours de ses études. On peut estimer que l'interruption de grossesse n'est pas un acte médical tout à fait ordinaire, comme le confirme l'existence de la clause de conscience. Aussi est-il concevable, d'une part, qu'une formation *pratique* en la matière ne fasse pas partie du programme obligatoire pour obtenir le diplôme d'infirmier, de médecin, voire de gynécologue-obstétricien, d'autre part, de réserver la pratique de l'interruption de grossesse aux seuls médecins pouvant justifier avoir suivi une formation appropriée. Il n'y aurait là rien d'anormal. Vu le progrès constant de la médecine et des techniques, les médecins sont en formation permanente : tous les médecins, quelle que soit leur spécialité, utilisent des techniques, effectuent des opérations et appliquent des traitements qu'ils ont appris à maîtriser après leurs études. Le même principe peut s'appliquer aux infirmiers, infirmières et auxiliaires médicaux pour ce qui concerne leur participation à une interruption de grossesse.

³⁶ Comm. eur. D.H., 7 octobre 1987, affaire *Gerdas, Lindell et Linder c. Suède*, req. n° 12375/86.

23. *Quid* des pharmaciens? L'on sait que ceux-ci ne sont pas expressément visés parmi les bénéficiaires de la clause de conscience. Ils n'entrent pas non plus dans la catégorie des auxiliaires médicaux³⁷ en ce qu'ils n'apportent pas directement leur concours à l'acte médical. Cette omission s'explique par le fait que le législateur avait à l'esprit le seul avortement chirurgical, à une époque où il n'était pas encore question d'avortement médicamenteux, requérant l'intervention du pharmacien. Aux yeux de la plupart des auteurs et des juridictions, ordinaires³⁸ ou judiciaires³⁹, il ne saurait être admis qu'au nom de ses convictions, un pharmacien refuse de délivrer un produit abortif.

L'argumentation – classique – suivant laquelle l'interdiction du refus de vente doit être vue comme une contrepartie du monopole légal consenti aux officines pharmaceutiques ne convainc pas. Le lien ainsi établi entre monopole et obligation de délivrance repose sur une conception discutable du monopole. Comme tous les autres monopoles consentis en matière de santé, celui du pharmacien est un monopole de compétence. À cet égard, il se distingue essentiellement des monopoles économiques. Si un opérateur jouit d'un monopole sur le marché de l'énergie ou de la téléphonie – comme ce fut le cas jusqu'il y a peu –, on comprend qu'il ne puisse refuser, à qui lui en fait la demande, la fourniture d'électricité ou de gaz ou encore un raccordement téléphonique. Autre chose est le monopole reconnu à des professionnels de la santé. C'est eu égard à leurs compétences, attestées par une formation spécifique et sanctionnées par un diplôme légal, que les actes médicaux sont réservés aux médecins. Or, ce monopole d'exercice, fondé sur la compétence, n'est pas apparu au législateur comme un obstacle à la reconnaissance d'une clause de conscience en faveur des médecins. Il n'est donc pas pertinent de justifier le refus de toute clause de conscience au profit du pharmacien par le monopole dont il jouit pour la délivrance des médicaments. On ajoutera que les officines pharmaceutiques sont

³⁷ Cette catégorie comprend les bandagistes, les diététiciens... La liste complète figure à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 2 juillet 2009 établissant la liste des professions paramédicales, *M.B.*, 17 août 2009, p. 54403. N'est-il pas étonnant que ces personnes, peu susceptibles d'être un jour confrontées à une interruption volontaire de grossesse, bénéficient de la clause de conscience, et non les pharmaciens?

³⁸ Voy., par ex., en Belgique, *Nederlandstalige Raad van Beroep van de Orde der Apothekers*, 14 mars 2000, inédit.

³⁹ Voy., par ex., Cass., 25 mai 2001; Cass. fr. (ch. crim.), 21 octobre 1998.

légion dans le pays et bien réparties sur tout le territoire du Royaume et que la plupart des pharmaciens n'ont aucun inconvénient à vendre des produits contraceptifs ou abortifs⁴⁰. Dans ces conditions, faut-il vraiment blesser la conscience de quelques pharmaciens pour atteindre un but d'intérêt général qu'une immense majorité s'empresse de satisfaire ?

24. Ces arguments n'ont pourtant pas été entendus par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Pichon et Sajous c. France*, les requérants étaient des pharmaciens associés ayant argué de leurs croyances religieuses pour refuser de délivrer, en leur officine, la pilule contraceptive. Leur recours a été rejeté, au stade de la recevabilité, en ces termes : « Dès lors que la vente du produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle. »⁴¹

Cette motivation laisse perplexe. Il n'est pas tout à fait exact que les pharmaciens imposent leurs convictions dès lors que leurs clients peuvent aisément se procurer les produits recherchés dans une autre pharmacie. Tout au plus entendent-ils voir leurs propres convictions respectées, sans qu'elles doivent être nécessairement partagées. Manifestement, la Cour ne prend pas au sérieux les convictions invoquées par les pharmaciens à l'appui de leur refus de vendre puisqu'ils sont invités à les mettre entre parenthèses une fois franchies les portes de leur officine. Dès lors que le pharmacien est un professionnel de la santé, et non un simple distributeur commercial, et que la délivrance d'un produit abortif est censée servir à une interruption de grossesse, ne devrait-il pas bénéficier de la clause de conscience au même titre que les médecins, infirmiers ou infirmières et auxiliaires médicaux ?⁴² L'importance des valeurs en jeu (i.e. le respect des convictions morales du pharmacien, parmi lesquelles la protection due à la vie humaine en gestation) et les principes consti-

⁴⁰ Les jeunes filles de moins de 21 peuvent aussi se procurer gratuitement la pilule du lendemain dans n'importe quel centre de planning familial.

⁴¹ Cour eur. D.H., 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, req. 49853/99. Les italiques sont miennes.

⁴² On conçoit aisément que l'appréciation puisse différer selon que le refus de délivrance concerne un produit abortif ou un simple produit contraceptif.

tutionnels d'égalité et de non-discrimination, qui commandent de traiter le pharmacien de la même façon que le médecin, pourraient être appréciés autrement. À cet égard, l'article 32 du Code de déontologie pharmaceutique (belge) pose un principe plus nuancé. Il reste que l'exercice de la clause de conscience présente une acuité particulière dans certaines circonstances, notamment pendant le service de garde, en cas d'urgence particulière ou encore lorsque les pharmacies sont fort distantes l'une de l'autre. En tout état de cause, il revient à l'État, me semble-t-il, de mettre en place un dispositif efficace permettant de garantir à la fois les droits des patients, notamment en cas d'urgence, et la liberté de conscience de tous les professionnels de la santé.

25. Ces considérations illustrent la difficulté de confier entièrement l'objection de conscience au législateur. D'autres hypothèses peuvent se présenter, non visées par un texte de la loi, mais que le juge entendra prendre en considération moyennant une pondération des intérêts en jeu. Cela étant, la difficulté peut être surmontée à la faveur d'une rédaction habile de la clause de conscience. Ainsi, la loi relative à l'euthanasie prévoit-elle une clause de conscience rédigée en termes particulièrement larges : « (...) Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie. Aucun autre personne n'est tenue de participer à une euthanasie (...) »⁴³.

26. À tout prendre, tout ordre juridique démocratique se devrait de prévoir une clause de conscience en matière d'avortement et d'euthanasie. Or, depuis quelques années, on observe, dans plusieurs États en Europe et ailleurs, une volonté de restreindre voire de supprimer en ces matières les clauses de conscience.

Le dernier exemple en date est celui de l'Espagne⁴⁴. Depuis l'adoption d'une loi du 3 mars 2010⁴⁵, l'objection de conscience à l'interruption de grossesse est désormais réservée aux professionnels de la santé « directement impliqués dans la réalisation de l'intervention volontaire de grossesse »⁴⁶. La loi espagnole soumet l'exercice

⁴³ Art. 14 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

⁴⁴ Cf. la question écrite présentée au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, par plusieurs députés espagnols, soutenus par un groupe de parlementaires de divers pays (Royaume-Uni, Italie, Suède et divers pays d'Europe de l'Est), sur la « Violación estructural en España del ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales de la salud », 21 juin 2011.

⁴⁵ Ley Orgánica 2/2010 du 3 mars 2010, « de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo », B.O.E., 4 mars 2010, p. 21001.

⁴⁶ Art. 19, 2, de la loi.

du droit à l'objection de conscience à une déclaration auprès de l'Administration. Quoique présentée comme déclarative, cette procédure implique, de fait, une autorisation préalable. En effet, l'Administration se réserve la possibilité de ne pas accepter la déclaration de l'objecteur pour divers motifs et tend, notamment, à refuser ce droit à toutes les personnes qu'elle n'estime pas suffisamment impliquées (notamment des généralistes pourtant confrontés en première ligne à des demandes). Cette loi a entraîné la création de registres nominatifs d'objecteurs de conscience, avec son lot de conséquences discriminatoires. Ainsi, le « Programme d'accréditation des compétences professionnelles », qui tient compte du nombre d'avortements prescrits ou pratiqués par année, est un moyen de refuser de l'avancement aux médecins objecteurs. Ainsi encore, dans certaines communautés autonomes, particulièrement en Andalousie, le recrutement au sein du service de santé publique est soumis à la condition de ne pas être objecteur.

Le projet de résolution proposé par Madame McCafferty, députée britannique, à l'Assemblée du Conseil de l'Europe illustre également, à un autre niveau, la menace pesant sur le droit à l'objection de conscience du personnel médical en matière d'avortement et d'euthanasie⁴⁷. Finalement, ce projet n'a pas prospéré et, par un renversement de situation, une Résolution de signe contraire a été adoptée, le 7 octobre 2010⁴⁸ (*infra*, n° 43).

27. La reconnaissance formelle de l'objection de conscience à l'interruption de grossesse et à l'euthanasie est une exigence de cohérence juridique. En effet, à la base des lois libéralisant ces pratiques gît incontestablement une philosophie de l'autonomie. Pour les faire admettre, grand cas a été fait du respect dû, en démocratie pluraliste, à l'autonomie ou à l'autodétermination de la femme enceinte, puis du malade terminal. Contraindre les professionnels de la santé à exécuter ou concourir à une interruption de grossesse ou à une euthanasie reviendrait à se mettre en contradiction avec soi-même. On comprendrait mal que l'argument qui justifie la revendi-

⁴⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille (Rapporteur : M^{me} McCafferty), « Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience », 20 juillet 2010, Doc. 12347.

⁴⁸ Résolution 1763 (2010) – Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux, adoptée le 7 octobre 2010, par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

cation des uns ne puisse être invoqué en appui de l'objection des autres.

28. Plus fondamentalement, les lois de dépénalisation partielle de l'avortement et de l'euthanasie n'ont pas entendu abolir complètement cette autre norme, plus primaire et générale, qui garantit le droit à la vie. Celui-ci demeure une valeur fondamentale de notre ordre social et juridique. Il est protégé *via* l'interdiction de l'homicide (C. pén., art. 393 et s.). Par ailleurs, l'embryon *in utero* continue de bénéficier d'un résidu de protection en notre droit, *via* l'incrimination de l'avortement⁴⁹ et les conditions posées à l'impunité de l'interruption de grossesse⁵⁰. Il est tout aussi « clair que dans la jurisprudence récente, l'enfant à naître bénéficie d'une certaine protection dans le contexte de la Convention [européenne des droits de l'homme] »⁵¹, même si une importante latitude est laissée à l'appréciation des États parties à la Convention⁵². Enfin, l'impunité de l'euthanasie est pareillement subordonnée au respect des conditions de fond et de procédure prévues par la loi⁵³.

C'est pourquoi celui qui refuse d'exécuter ou de participer à une interruption de grossesse ou à une euthanasie, pour des motifs de conscience, s'inscrit dans le sens d'une valeur fondamentale protégée par l'ordre juridique. En ce sens, il ne peut être vu seulement comme un objecteur à la loi car, tout en élevant une objection à une pratique légale, il se tient néanmoins du côté de la norme plus haute qui protège la vie humaine, fût-ce faiblement en certains de ses états. Sans la reconnaissance d'une clause de conscience, l'ordre juridique exercerait paradoxalement la violence d'imposer aux professionnels de la santé les conséquences de conduites qu'il se borne à tolérer. Telle est bien la philosophie du mouvement législatif qui a conduit à la dépénalisation partielle de l'avortement et de l'euthanasie. Il est dès lors du devoir du législateur d'intervenir afin de

⁴⁹ Art. 348, 349 et 350, al. 1^{er}, du Code pénal.

⁵⁰ Cf. art. 350, al. 2, du Code pénal.

⁵¹ D. KORFF, *Le droit à la vie. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 8, 2007, p. 15 et les références. Les italiques sont miennes.

⁵² L'embryon *in vitro* bénéficie pareillement d'une « protection adéquate ». Cf. Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997, art. 18, § 1^{er} : « Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon ».

⁵³ Art. 3 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

lever l'incohérence consentie par l'ordre juridique qui à la fois consacre une norme générale protectrice de la vie humaine, y compris *in utero*, et tolère des pratiques contraires (avortement, euthanasie...), ce qu'il a fait à juste titre dans la plupart des États. Certes, aujourd'hui, l'avortement et l'euthanasie sont de plus en plus perçus et revendiqués comme un droit directement opposable aux professionnels de la santé. Aussi observe-t-on une tendance à voir malice à l'objection de conscience dans la mesure où elle entraverait le « droit de bénéficier de services légaux de santé sexuelle et reproductive »⁵⁴. Cependant, sauf à renoncer complètement à un interdit majeur de l'ordre social et à ébranler les fondements de l'État de droit, même s'il fallait admettre l'existence d'un droit à l'interruption de grossesse ou à l'euthanasie, c'est sur l'État ayant consacré ce droit que devrait peser l'obligation corrélatrice de le garantir, et non sur tel ou tel professionnel de la santé. Autrement dit, la créativité juridique est de mise afin qu'un droit à l'avortement ou à l'euthanasie ne fasse pas obstacle à l'objection de conscience des médecins, infirmiers ou infirmières et auxiliaires médicaux. On ne saurait pénaliser et grever la conscience des citoyens qui choisissent de se tenir du côté de la norme générale : cette dernière perdrait sa valeur pédagogique et symbolique tandis que les lois permissives deviendraient en pratique les normes-phares de l'ordre juridique, conditionnant l'interprétation de tout le système⁵⁵. Comme on l'a dit plus haut (*supra*, n° 24, *in fine*), il revient à l'État d'imaginer un dispositif efficace permettant de garantir à la fois les droits des patients et la liberté de conscience des professionnels de la santé. En définitive, en ce domaine, la clause de conscience n'est pas une simple concession d'ordre éthique, mais une nécessité technique, dictée par le souci de sauvegarder la cohérence du système juridique.

L'objection de conscience contra legem

29. Dans un État démocratique, l'objecteur peut déjà justifier d'un droit. Loin d'en appeler seulement à sa conscience, il mobilise le droit fondamental qui protège celle-ci : il oppose à une prescrip-

⁵⁴ Rapport McCafferty, précité, n. 47.

⁵⁵ Cette réflexion s'inspire de J. I. ARRIETA, « Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica », *op. cit.*, p. 42-43 et p. 51-53 et les références.

tion présumée légitime (qui bénéficie en tout cas de la légitimité démocratique!), mais à laquelle il considère immoral d'obéir, sa liberté de conscience, également légitime. Sa liberté ne devra pas toujours prévaloir, loin s'en faut, mais on ne peut pas lui dire non plus que son problème est dépourvu de toute légitimité et non pertinent parce qu'il n'est pas prévu par une loi. Toutes les possibles objections sont déjà potentiellement présentes dans les libertés de pensée, de conscience et de religion dont l'objet est de ménager un espace d'autonomie et de non-ingérence de l'État⁵⁶.

Toutefois, comme il arrive souvent avec les droits de l'homme, la question n'est pas tant d'énoncer des principes abstraits ou d'admettre un théorique droit général à l'objection de conscience que de *le situer dans le champ de la prudence juridique*, c'est-à-dire d'en préciser les limites, par une appréciation, au cas par cas, dans le cadre jurisprudentiel⁵⁷. Il s'agit, à la lumière des circonstances propres à chaque cas d'espèce, de trouver un compromis équilibré entre liberté et autorité, entre les intérêts de l'individu et les exigences de la vie collective.

30. Le législateur n'est pas toujours le mieux placé pour assumer cet effort de précision fine. Dans certains cas, la jurisprudence semble mieux habilitée à cet effet, car les juges sont plus en phase avec l'infinité variée des questions et circonstances concrètes qui peuvent se présenter. Ainsi, dans le silence de la loi sur telle ou telle objection de conscience, c'est au juge qu'il appartiendra d'apprécier si elle peut être accueillie, moyennant une mise en balance ou pondération des libertés en conflit. Cela dit, on peut penser que l'objection de conscience – véritable – doit perdre son fond d'illégalité – voire d'immoralité – présumée et bénéficier d'une présomption de légitimité, jusqu'à preuve du contraire⁵⁸.

Cette approche est-elle partagée par les organes juridictionnels du Conseil de l'Europe?

31. L'on sait que l'ancienne Commission des droits de l'homme a toujours refusé de reconnaître un droit à l'objection de conscience sur le fondement de l'article 9 de la Convention européenne des

⁵⁶ En ce sens, José T. MARTÍN DE AGAR, *op. cit.*, p. 528-529.

⁵⁷ Cf. R. NAVARRO-VALLS et J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁸ Il s'agit là d'une thèse forte de l'ouvrage de R. NAVARRO-VALLS et J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *ibid.*, spéc. p. 60 et les références.

droits de l'homme. Elle a souvent affirmé qu'«aucun droit à l'objection de conscience ne figure au nombre des droits et libertés garantis par la Convention». La plupart des décisions concernent le service militaire obligatoire⁵⁹. À cet égard, suivant la Commission, l'article 9 doit être lu à la lumière de l'article 4, §3, b), de la Convention, qui exclut de la définition du travail forcé ou obligatoire «tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire». De la combinaison de ces deux dispositions, il se déduit, aux yeux de la Commission, que la liberté doit être laissée aux États de reconnaître ou non l'objection de conscience. Par conséquent, ces articles n'empêchent pas un État qui n'a pas fait droit à l'objection de conscience de sanctionner les individus qui refusent d'accomplir leur service militaire.

32. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH ou la Cour) s'est montrée progressivement plus accueillante à l'objection de conscience au service militaire.

La Cour eût à connaître du cas d'un Témoin de Jéhovah, condamné pour crime car il avait refusé de s'enrôler dans l'armée à une époque où la Grèce ne proposait aucun service de remplacement aux objecteurs de conscience au service militaire. Ultérieurement, en dépit d'un excellent classement à l'examen d'État organisé en vue de la nomination d'experts-comptables, on refusa de le nommer en cette qualité à raison de sa condamnation. La Cour conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 9, estimant que l'exclusion de l'intéressé de la profession d'expert-comptable était disproportionnée au but consistant à sanctionner adéquatement les personnes refusant d'accomplir le service militaire obligatoire vu qu'il avait déjà purgé une peine d'emprisonnement⁶⁰.

⁵⁹ Comm. eur. D.H., 12 décembre 1966, *Grandraith c. Allemagne*, req. n° 2299/64; Comm. eur. D.H., 2 avril 1973, *X c. Autriche*, req. n° 5591/72; Comm. eur. D.H., 7 mars 1977, *objecteurs de conscience c. Danemark*, req. n° 7565/76; Comm. eur. D.H., 5 juillet 1977, *X c. R.F.A.*, req. n° 7705/76; Comm. eur. D.H., 11 octobre 1984, *N. c. Suède*, req. n° 10410/83; Comm. eur. D.H., 17 mai 1990, *Rafael Crespo-Azorin c. Espagne*, req. n° 13872/88; Comm. eur. D.H., 29 juin 1992, *Chardonneau c. France*, req. n° 17559/90; Comm. eur. D.H., 8 janvier 1993, *R.B. c. Suisse*, req. n° 16345/90; Comm. eur. D.H., 8 janvier 1993, *Musy c. Suisse*, req. 16960/90; Comm. eur. D.H., 8 janvier 1993, *R.B. c. Suisse*, req. n° 16345/90; Comm. eur. D.H., 30 novembre 1994, *Peters c. Pays-Bas*, req. n° 22793/93; Comm. eur. D.H., 22 mai 1995, *Heudens c. Belgique*, req. n° 24630/94.

⁶⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97.

Dans l'affaire *Ülke c. Turquie*, la Cour conclut que l'emprisonnement répété d'un militant de la paix pour refus de servir dans l'armée emporte violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants). Elle considère que le cadre juridique interne n'était pas suffisant pour réglementer de manière adéquate les situations découlant du refus d'effectuer le service militaire pour des raisons de conviction. Aux yeux de la Cour, l'alternance continue des poursuites et des peines d'emprisonnement, combinée au risque de poursuites tout au long de sa vie, apparaît disproportionnée au but consistant à assurer que le requérant effectue son service militaire⁶¹.

33. Nettement plus décisive est la position de la CEDH dans l'affaire *Bayatyan c. Arménie*. Ici aussi, le requérant, Témoin de Jéhovah, refusa pour des motifs de conscience d'accomplir son service militaire, tout en se déclarant prêt à effectuer un service civil de remplacement. Il fut informé qu'une telle possibilité n'était pas prévue par la législation arménienne et qu'il était tenu de servir dans l'armée. Persévérant dans son refus, il fut condamné à une peine d'emprisonnement. M. Bayatyan invoque une violation de l'article 9 qui, soutient-il, doit être interprété à la lumière des circonstances actuelles, à savoir la reconnaissance du droit à l'objection de conscience dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe.

Dans un premier temps, son argumentation n'est guère entendue⁶² mais, à la demande du requérant, l'affaire est renvoyée devant la grande chambre⁶³. Celle-ci observe qu'avant la présente affaire, la Cour n'a jamais statué sur la question de l'applicabilité de l'article 9 aux objecteurs de conscience, contrairement à la Commission, qui s'était prononcée pour la non-applicabilité de cette disposition à ces personnes. Sur la base d'un lien établi entre l'article 9 et l'article 4, §3, b), de la Convention, elle considérerait – on l'a vu – que les Parties contractantes avaient le choix de reconnaître ou non le droit à l'objection de conscience⁶⁴. La Cour ne partage toutefois pas cette interprétation de l'article 4, §3, b), remarquant que les

⁶¹ Cour eur. D.H., 24 janvier 2006, *Ülke c. Turquie*, req. n° 39437/98.

⁶² Cour eur. D.H., 27 octobre 2009, *Bayatyan c. Arménie*, req. n° 23459/03 et l'intéressante opinion dissidente de la Juge Power, soulignant qu'il y a lieu de distinguer la position de la Cour quant au droit à l'objection de conscience de celle de l'ancienne Commission.

⁶³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n° 23459/03.

⁶⁴ Par. 99.

Travaux préparatoires de cette disposition indiquent au paragraphe 23 : «[l']alinéa (b)] relatif aux objecteurs de conscience a pour objet de préciser que tout service national exigé des objecteurs de conscience en vertu de la loi est exclu de la définition du travail forcé ou obligatoire. Comme beaucoup de pays n'admettent pas l'objection de conscience, on a ajouté les mots «dans les pays où l'objection de conscience est admise». Aussi les Travaux préparatoires confirment-ils, aux yeux de la Cour, que l'alinéa b) de l'article 4, §3, a pour seul but de préciser la notion de «travail forcé ou obligatoire», sans reconnaître, ni exclure, le droit à l'objection de conscience. Elle ne saurait donc servir à délimiter les droits garantis par l'article 9⁶⁵.

Conformément à la théorie de l'instrument vivant, et vu qu'au fil du temps, de nombreuses lois nationales et recommandations, résolutions ou déclarations internationales⁶⁶ ont fait droit à l'objection de conscience, la Cour considère obsolète la jurisprudence établie par la Commission et entend examiner le grief du requérant sous le seul angle de l'article 9 de la Convention⁶⁷.

Tout en relevant que «l'article 9 ne mentionne pas expressément le droit à l'objection de conscience», la Cour estime que l'opposition au service militaire, motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9. La question de savoir si et dans quelle mesure l'objection au service militaire relève de cette disposition doit être tranchée en fonction des circonstances propres à chaque affaire⁶⁸. Or, poursuit la Cour, «le requérant en l'espèce fait partie des témoins de Jéhovah, groupe religieux dont les croyances comportent la conviction qu'il y a lieu de s'opposer au service militaire, indépendamment de la nécessité de porter les armes. Aussi ne voit-elle aucune raison de douter que l'objection du requérant au service militaire fût motivée par des convictions religieuses sincères qui entraînent en conflit, de manière sérieuse et

insurmontable, avec son obligation d'effectuer le service militaire»⁶⁹.

34. Au total, en nette rupture par rapport à la jurisprudence de l'ancienne Commission, la CEDH considère que l'article 9 trouve à s'appliquer en l'espèce. Ensuite, sur le constat que la condamnation du requérant suppose une ingérence qui n'était pas «nécessaire dans une société démocratique», elle conclut à la violation de l'article 9.

Cette double conclusion marque un véritable tournant dans l'accueil réservé par la haute juridiction à l'objection de conscience au service militaire. On peut se demander si son analyse est transposable aux autres cas d'objection de conscience qui s'élèvent aujourd'hui. Pour ébaucher une réponse à cette question, il paraît utile de reprendre les différentes étapes du raisonnement de la Cour et de les mettre en parallèle avec d'autres hypothèses d'objection de conscience.

35. Tout d'abord, à propos de la question de savoir si ingérence il y a en l'espèce, «la Cour voit dans le fait que le requérant n'a pas répondu à la convocation au service militaire une manifestation de ses convictions religieuses»⁷⁰. Il lui en a coûté d'énoncer ce qui s'apparente pourtant à une évidence : comment peut-on nier *par principe* que le refus de poser un acte légalement exigible, pour des motifs étroitement liés à une conviction personnelle ou à une croyance religieuse, est une manifestation de la liberté de conscience, laquelle ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci satisfont au triple test de l'art. 9, §2?

Jusqu'ici, pourtant, la Cour ne manquait jamais l'occasion de rappeler que la protection accordée par l'article 9 était réservée au domaine du for intérieur et à certaines formes, limitativement énumérées, de la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Cette disposition, précisait régulièrement la Cour, «ne garantit *pas toujours* le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par cette conviction. Le terme 'pratiques' au sens de l'article 9 §1^{er} ne désigne pas *n'importe quel acte* ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une

⁶⁵ Par. 100.

⁶⁶ Cf. les références indiquées aux points 105 à 107 de l'arrêt.

⁶⁷ Par. 101 à 109.

⁶⁸ Par. 110.

⁶⁹ Par. 111.

⁷⁰ Par. 112.

conviction»⁷¹. On observera que, prise à la lettre, cette formulation laissait ouverte la possibilité de faire droit, en certaines circonstances, au refus d'adopter un comportement dicté par la loi, pour des motifs de conscience.

36. Dès lors que l'arrêt *Bayatyan* analyse le refus d'accomplir le service militaire comme une manifestation des convictions religieuses de l'objecteur, il paraît désormais évident que le refus pour un pharmacien de délivrer un produit abortif ou pour un médecin d'accéder à une demande d'euthanasie ou pour une infirmière de concourir à une interruption de grossesse... peut être vu, le cas échéant, comme une manifestation des convictions morales ou religieuses de l'intéressé. *A fortiori*, serais-je tenté d'écrire, dans la mesure où, d'ordinaire, le milicien n'est pas sommé de poser un acte directement attentatoire à la vie humaine, acte dont on sait, de notoriété publique, qu'il est réprouvé dans divers systèmes philosophiques ou religieux.

Remarquons, au passage, qu'il était déjà permis de lire une légère évolution dans la jurisprudence de la Cour. Dans plusieurs arrêts récents, elle avait estimé que «la liberté de manifester ses convictions religieuses comporte également un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de manifester sa confession ou ses convictions religieuses et de ne pas être obligé d'*agir* en sorte qu'on puisse tirer comme conclusion qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions»⁷². Certes, il s'agissait d'actes intimement liés à la croyance religieuse de l'intéressé. Mais on ne voit plus ce qui empêcherait rationnellement d'élargir le principe aux cas de refus de concourir à certaines pratiques (interruption de grossesse, recherche impliquant la destruction d'embryons humains, euthanasie...) en

⁷¹ Les italiques sont miennes. Voy., entre autres, Cour eur. D.H., 23 juin 1997, *Kalac c. Turquie* (n° 61/1996/680/870); Cour eur. D.H., 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, req. 49853/99; Cour eur. D.H., 13 décembre 2001, *Église Métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, req. n° 45701/99; Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Prety c. Royaume-Uni*, req. n° 2348/02; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98; Cour eur. D.H., 24 janvier 2006, *Sefika KÖSE et autres c. Turquie*, req. n° 26625/02.

⁷² Les italiques sont miennes. Cf. Cour eur. D.H., 21V février 2008, *Alexandridis c. Grèce*, n° 19518/06, §38 (avocat, qui n'est pas chrétien orthodoxe, invité à prêter serment sur l'Évangile); Cour eur. D.H., arrêt du 3 juin 2010, *Dimitras et autres c. Grèce* (requêtes n° 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08) (témoins invités à apposer la main droite sur l'Évangile et à prêter serment dans le cadre de leur audition dans une procédure pénale); Cour eur. D.H., arrêt du 17 février 2011, *Wasmuth c. Allemagne*, n° 12884/03 (mention de la non-appartenance de l'intéressé à une société religieuse habilitée à lever l'impôt cultuel sur sa fiche d'imposition).

sorte qu'on puisse tirer la conclusion que le sujet ne partage pas tel système convictionnel connu pour s'opposer à ces pratiques.

37. Aussi, poursuit la CEDH dans l'affaire *Bayatyan*, «la condamnation de l'intéressé pour s'être soustrait à ses obligations militaires s'analyse donc en une ingérence dans l'exercice par lui de sa liberté de manifester sa religion telle que garantie par l'article 9 §1^{er}»⁷³. L'on sait que pareille ingérence viole l'article 9 sauf si elle est «prévues par une loi», orientée vers l'un des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 de l'article 9 et «nécessaire dans une société démocratique» au sens où l'ingérence répond à un «besoin social impérieux» et est «proportionnée au but légitime visé». Suit l'examen de ces trois conditions afin de vérifier si, en l'espèce, l'ingérence est justifiée.

38. «*Prévues par une loi*» – La Cour observe que le requérant a été condamné sur le fondement d'une disposition du Code pénal, tel qu'en vigueur à l'époque des faits, qui sanctionnait la soustraction aux obligations militaires. Elle note aussi que la législation arménienne ne prévoyait pas la possibilité d'effectuer un service de remplacement⁷⁴.

D'ordinaire, les obligations juridiques auxquelles un objecteur entend se soustraire pour des motifs de conscience sont pareillement prévues par une loi *lato sensu* et assorties d'une sanction.

39. *But légitime* – Pour diverses raisons, la Cour juge peut convaincant, dans les circonstances de l'espèce, les buts légitimes invoqués par le Gouvernement, à savoir la nécessité de protéger l'ordre public et, implicitement, les droits d'autrui. Elle estime toutefois inutile d'approfondir la question au motif que l'ingérence lui apparaît en tout état de cause incompatible avec l'article 9 §2 pour les motifs exposés ci-après⁷⁵.

Il ne fait pas de doute que nombre d'objections de conscience contrarient l'un des buts légitimes visés par l'article 9 §2 : sécurité publique, santé ou morale publiques, protection des droits et libertés d'autrui... À ce titre, en tant que manifestations de la liberté de pensée, de conscience ou de religion, elles pourront faire l'objet de restrictions pourvu que celles-ci constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique. Ainsi, on comprend que l'intérêt

⁷³ Par. 112.

⁷⁴ Par. 113 à 116.

⁷⁵ Par. 117.

public à la répression de l'usage des drogues dures emporte une limitation du devoir rituel d'utiliser celles-ci dans des actes de culte⁷⁶. Ainsi encore, l'objection de conscience fiscale a peu de chance de pouvoir être acceptée, au moins pour un double motif⁷⁷. *Primo*, il n'est exigé de l'objecteur ni l'exécution directe d'un acte que sa conscience réproouve, ni une coopération directement liée audit acte; en effet, ce qui pourrait heurter les convictions profondes de l'intéressé n'est pas l'acquiescement de l'impôt en soi, mais l'éventuelle décision d'affectation d'une partie de l'impôt. Or, en s'acquittant de l'impôt dû, le contribuable n'est pas amené à consentir ni à prendre part à la décision relative à l'affectation – contestable à ses yeux – d'une fraction de l'impôt. *Secundo*, cette objection heurte vraisemblablement l'ordre social et le principe de solidarité.

40. *Nécessaire dans une société démocratique* – La Cour commence par rappeler sa jurisprudence constante, suivant laquelle il faut reconnaître aux États parties à la Convention une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence. Cependant, cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées⁷⁸.

Aussi peut-on concevoir qu'une loi nationale refusant ou restreignant le droit à l'objection de conscience dans un contexte particulier, ou une décision judiciaire nationale condamnant un objecteur sur la base d'une telle loi, soit analysée comme une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Qui plus est, dans les hypothèses où une législation prévoit une clause de conscience, il

⁷⁶ Cour Suprême des États-Unis, *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595. La Native American Church fait de la consommation de mescaline un élément central du culte.

⁷⁷ Cf. Comm. eur. D.H., 15 décembre 1983, *C. c. Royaume-Uni*, req. n° 10358/83; Comm. eur. D.H., 11 janvier 1992, *Iglesia Bautista «El Salvador» et José Aquilino Ortega Moratilla c. l'Espagne*, req. n° 17522/90.

⁷⁸ Par. 121. En ce sens, voy., entre autres, Cour eur. D.H., 29 septembre 1996, *Manoussakis et autres c. Grèce*, req. n° 59/1995/565/651, § 44; Cour eur. D.H., 27 avril 1999, *Amaro Martins Casimiro et Lusitana Cerveira Ferreira c. le Luxembourg*, req. n° 44888/98; Cour eur. D.H., 14 octobre 1999, *C. R. c. Suisse*, req. n° 40130/98; Cour eur. D.H., 15 février 2001, *Lucia Dahlab c. Suisse*, req. n° 42393/98; Cour eur. D.H., 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, req. n° 45701/99, § 119; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, § 110.

n'est pas exclu que la CEDH considère qu'elle a été conçue en des termes trop étroits.

41. La Cour se montre sensible au fait qu'en l'espèce, «le requérant, témoin de Jéhovah, a demandé à être exempté du service militaire non par intérêt personnel ou par convenance personnelle mais en raison de convictions religieuses sincères»⁷⁹. Elle note, en outre, que «l'intéressé n'a jamais refusé d'accomplir ses obligations civiques en général. Bien au contraire, il a explicitement demandé aux autorités de lui donner la possibilité d'effectuer un service civil de remplacement. Il était donc disposé, pour des raisons convaincantes, à partager sur un pied d'égalité avec ses compatriotes accomplissant leur service militaire obligatoire la charge pesant sur les citoyens. La possibilité d'effectuer un service de remplacement n'étant pas prévue, il a dû à la place purger une peine d'emprisonnement»⁸⁰. Comme dans l'affaire *Ülke*, la disproportion de la sanction eu égard au but légitime poursuivi a manifestement pesé dans l'appréciation de la Cour.

42. On conçoit que pareille considération puisse valoir dans d'autres hypothèses. L'on songe notamment à un travailleur qui souhaite obtenir un léger aménagement de son temps de travail pour pouvoir satisfaire à une obligation religieuse⁸¹ ou à un professionnel de la santé qui s'est toujours acquitté avec compétence et dévouement de tous ses devoirs professionnels et se montre prêt à assumer une diversité de tâches afin de compenser son refus de participer à un acte que sa conscience réproouve.

43. En définitive, la Cour estime que la condamnation du requérant suppose une ingérence qui n'était pas «nécessaire dans une société démocratique» et, partant, une violation de l'article 9 de la Convention. Le large consensus international en faveur du droit à l'objection de conscience au service militaire et la circonstance que la plupart des États membres du Conseil de l'Europe prévoient un service de remplacement ont sans aucun doute pesé dans l'appréciation de la Cour.

Dans le même ordre d'idées, il pourrait être tiré argument, *mutatis mutandis*, du fait que de nombreux États ont consacré une clause de conscience en matière d'interruption de grossesse ou en

⁷⁹ Par. 124.

⁸⁰ Par. 125.

⁸¹ Cf. *infra*, n° 47, 4° tiret, et les notes infrapaginales.

d'autres domaines⁸², que ce soit par une disposition expresse ou par la voix de la jurisprudence⁸³. Pourra également être invoquée utilement devant la CEDH, la Résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 7 octobre 2010, dont le paragraphe premier dispose que «Nul hôpital, établissement ou personne ne peut faire l'objet de pressions, être tenu responsable ou subir des discriminations d'aucune sorte pour son refus de réaliser, d'accueillir ou d'assister un avortement, une fausse couche provoquée ou une euthanasie, ou de s'y soumettre, ni pour son refus d'accomplir toute intervention visant à provoquer la mort d'un fœtus ou d'un embryon humain, quelles qu'en soient les raisons»⁸⁴. Il est affirmé, par ailleurs, au paragraphe 2, que «L'Assemblée parlementaire souligne la nécessité d'affirmer le droit à l'objection de conscience ainsi que la responsabilité de l'État d'assurer le droit de chaque patient à recevoir un traitement médical légal dans un délai approprié». Il s'agit certes d'un texte de *soft law*, dépourvu *a priori* de valeur contraignante. Toutefois, il est connu que la CEDH se fait un devoir de prendre en considération ce genre de texte à l'heure de définir la portée des termes et des notions inscrites dans la Convention⁸⁵.

44. La jurisprudence *Bayatyan* augure-t-elle une évolution du sort réservé aux pharmaciens? Sans doute la Cour admettra-t-elle, à l'avenir, que le refus de délivrance peut être regardé comme une manifestation des convictions du pharmacien, protégée par l'article 9 de la Convention. Autre chose est la question de savoir si l'éventuelle condamnation de ce dernier serait vue comme une violation de ladite disposition. Tout dépendra sans doute non seulement de la gravité de la sanction, mais aussi du

⁸² Voy. les dispositions citées plus haut.

⁸³ Ainsi, dans un arrêt du 11 avril 1985, la Cour constitutionnelle espagnole a-t-elle considéré, à propos de l'avortement, qu'en ce qui concerne le droit à l'objection de conscience (...) il existe et peut être exercé indépendamment de la circonstance qu'il ait fait ou non l'objet d'une réglementation. L'objection de conscience fait partie du contenu du droit fondamental à la liberté idéologique et religieuse reconnue à l'article 16.1 de la Constitution et, comme cette Cour l'a indiqué à de multiples reprises, la Constitution est directement applicable, spécialement en matière de droits fondamentaux.

⁸⁴ Résolution 1763 (2010) – Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux, adoptée le 7 octobre 2010, par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

⁸⁵ Voy., entre autres, Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, § 74 et § 85-86. À ce sujet, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le *soft law* des droits de l'Homme est-il vraiment si *soft*? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'Homme», in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 505-526.

poids qui sera accordé à la lettre de la clause de conscience inscrite dans la loi et à l'appréciation des buts légitimes justifiant l'ingérence, notamment la protection des droits des tiers. À cet égard, un autre arrêt mérite d'être versé au dossier : «Les États», note la CEDH, «sont tenus d'organiser leurs services de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans un contexte professionnel n'empêche pas les patients d'accéder à des services auxquels ils ont légalement droit»⁸⁶.

45. Jusqu'il y a peu, il est vrai, la CEDH a toujours fait prévaloir une conception négative de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Tout se passe comme si chacun était protégé dans sa liberté de se former sa propre «*weltanschauung*» en son for intérieur, à l'abri des immixtions des États, mais aucunement dans celle d'adopter une conduite cohérente avec ses convictions, dès l'instant où son esprit n'est pas formaté selon la loi de la majorité.

Pourquoi l'article 9 serait-il le seul à ne pas comporter des «obligations positives» pour les États, en vertu desquelles ils seraient tenus d'adopter des mesures positives, d'ordre juridique et/ou pratique, propres à donner pleine concrétisation et plein effet aux droits consacrés par la Convention? ⁸⁷ Il a toujours été admis que les droits consacrés par la Convention impliquaient des obligations négatives, lesquelles requièrent essentiellement que les États s'abstiennent de toute ingérence dans l'exercice des droits. En revanche, il a fallu attendre la fin des années 1960 pour que pointe l'idée d'obligations positives. Depuis lors, cette catégorie n'a cessé de s'étendre «au point que quasiment toutes les dispositions normatives de la Convention présentent dorénavant une double face quant à leurs exigences : l'une négative et l'autre positive»⁸⁸. Pour

⁸⁶ Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, req. n° 27617/04 («... an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals in the professional context...»).

⁸⁷ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 13 novembre 2003, *Libor Novak c. République tchèque*. Cf. J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, disponible sur le site de la Cour; F. SUDRE, «Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 363 et s.; A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2004.

⁸⁸ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 6.

le juge européen, les obligations positives imposent aux autorités nationales de «prendre les mesures nécessaires» à la sauvegarde d'un droit ou, plus précisément, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits des individus».

46. Les droits à la vie (art. 2)⁸⁹, à l'intégrité corporelle (art. 3 et 4)⁹⁰ et au respect de la vie privée et familiale (art. 8)⁹¹ constituent les terrains privilégiés de développement des obligations positives. D'autres droits garantis par la Convention comportent aussi des obligations positives pour les États contractants, mais elles sont plus exceptionnelles et font l'objet d'une moindre systématisation que celles développées dans le cadre des articles précités. Ainsi, les États doivent-ils prendre les mesures positives nécessaires pour protéger non seulement le droit de propriété (art. 1^{er} du Protocole n° 1)⁹², le droit à l'instruction (art. 2 du Protocole n° 1)⁹³ et le droit à un procès équitable (art. 6)⁹⁴, mais également divers droits participant à la protection du pluralisme qui caractérise la société démocratique européenne : il s'agit du droit à des élections libres (art. 3 du Protocole n° 1), de la liberté d'expression (art. 10)⁹⁵ ou encore de la liberté de réunion et d'association (art. 11)⁹⁶.

⁸⁹ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*; Cour eur. D.H., 28 octobre 1998, *Osmen c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 juillet 2005, *Nachova*; Cour eur. D.H. (gr. ch.), 6 juillet 2005, *Önerildiz c. Turquie*; Cour eur. D.H., 24 octobre 2002, *Mastromatteo c. Italie*.

⁹⁰ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 23 septembre 1988, *A. c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H., 29 janvier 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H., 23 février 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H., 10 mai 2001, *Z c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H., 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*.

⁹¹ Les arrêts sont légion, par ex. Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*. Cf. U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Précis sur les droits de l'homme, n° 1, 2003, et les nombreuses références.

⁹² Voy., par ex., Cour eur. D.H., 21 février 1988, *James c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H., 30 novembre 2004, *Önerildiz c. Turquie*; Cour eur. D.H., 1^{er} décembre 2005, *Parudaru c. Roumanie*.

⁹³ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 23 juillet 1968, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique*.

⁹⁴ N. MOLE et C. HARBY, *Le droit à un procès équitable*. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Précis sur les droits de l'homme, n° 3, 2003, et les nombreuses références.

⁹⁵ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 28 septembre 2001, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*.

⁹⁶ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 21 juin 1988, *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, req. n° 10126/82, § 32; Cour eur. D.H., 20 octobre 2005, *Ouranio Tozo et autres c. Grèce*; Cour eur. D.H., 29 juin 2006, *Öllinger c. Autriche*, req. n° 78900/01.

À ce jour, par contre, le contrôle européen du respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion n'a pas encore conduit à dégager des obligations positives à charge des États⁹⁷. Lorsque l'occasion lui fut donnée, la Cour a préféré voir une ingérence des autorités nationales là où une carence aurait pu être épinglée⁹⁸. Or, elle considère aujourd'hui que toute une série de dispositions de la Convention font peser sur les États l'obligation positive de prendre les mesures d'ordre juridique (aménagement du cadre juridique) et pratique propres à garantir l'exercice de la liberté protégée dans les relations interpersonnelles⁹⁹. On ne voit pas ce qui fait obstacle à la transposition de cette jurisprudence sur le terrain de l'article 9¹⁰⁰.

47. Il reste que le juste traitement des conflits entre la conscience et la loi suppose une mise en balance des libertés et intérêts en jeu, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce. La clé des problèmes posés par l'objection de conscience est, répétons-le, l'équilibre délicat des intérêts en conflit.

À cet égard, certaines objections de conscience pourront être plus facilement accueillies que d'autres, notamment au motif :

- qu'elles consistent en la simple abstention de poser un acte, sans faire obstacle aux droits de tiers;
- qu'elles ont un faible retentissement social;
- que les motifs de conscience invoqués apparaissent sérieux, cohérents et importants¹⁰¹;
- que les personnes affectées peuvent aisément obtenir la prestation attendue auprès d'un autre ou trouver un aménagement raison-

⁹⁷ Voy. toutefois Cour eur. D.H., 7 décembre 2010, *Jakóbski c. Pologne*, req. n° 18420/08 (refus injustifié opposé à un détenu de suivre le régime végétarien prescrit par sa religion).

⁹⁸ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *Vergos c. Grèce*.

⁹⁹ Voy., par ex., Cour eur. D.H., 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*; Cour eur. D.H., 16 mai 2000, *Özgür Gündem c. Turquie*.

¹⁰⁰ En ce sens, J.-F. AKANDJI-KOMBE, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰¹ Pour rappel, la CEDH considère que l'article 9 ne protège pas toute «opinion» ou «idée», le terme «convictions» de cette disposition s'appliquant à «des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance» (voy., par ex., Cour eur. D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, req. n° 7511/76 et n° 7743/76, § 36; Comm. eur. D.H., 6 juillet 1995, *Valamäki c. Grèce*, req. n° 21787/93). Bien entendu, les juges n'ont pas à exercer la police des convictions : leur office n'est pas de se prononcer sur la légitimité d'une doctrine philosophique ou religieuse. Néanmoins, la circonstance qu'une objection de conscience apparait *prima facie* en cohérence avec une doctrine est de nature à faciliter sa prise en considération sous l'angle de la liberté de manifester ses convictions protégée par l'article 9 de la Convention.

- nable (*reasonable accommodation*¹⁰²), dans les relations de travail en particulier¹⁰³;
- qu'elles s'inscrivent dans le sens d'autres valeurs protégées par l'ordre juridique (ainsi, le droit à la vie);
 - que le comportement actif exigé représente l'*exécution directe* d'un acte que la conscience de l'objectant réprouve, ou une *coopération proche* audit acte¹⁰⁴.

RÉFLEXIONS FINALES

48. L'objection de conscience est regardée avec suspicion par certains juristes. À leurs yeux, un accueil trop bienveillant aux objections à la loi pourrait dégénérer en un cataclysme juridique. Cette crainte semble exagérée et témoigne d'un manque de confiance dans la capacité du droit de maintenir ferme le socle de ses valeurs et principes fondamentaux, tout en faisant preuve de souplesse dans leurs applications.

L'aptitude à ménager une juste place à l'objection de conscience représente un enjeu crucial non seulement pour les objecteurs, mais aussi pour le système de valeurs de nos démocraties. Si une loi peut obliger quelqu'un à agir contre sa conscience, *en une matière grave*, la liberté de conscience n'existe pas. Et sans liberté de conscience, la liberté n'existe pas. Seul celui qui n'a pas de respect pour lui-même, qui est sans conviction ou prompt à tous les compromis avec sa conscience, peut souhaiter que les autres soient obligés de faire violence à leurs convictions profondes. «Respecter la conscience des autres, c'est se respecter soi-même», affirme le philosophe Robert Spaemann.

¹⁰² Le concept d'*aménagement raisonnable* dans les relations de travail est nettement mieux accueilli dans la jurisprudence anglo-américaine qu'en droit européen. Sur la question, voy. E. BRIBOSLA et I. RORIVE, «À la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux», *op. cit.*, p. 65 et s.

¹⁰³ Le juge aura à effectuer un *contrôle de proportionnalité* dans lequel seront pris en compte, notamment, la nature de l'emploi concerné et de l'engagement contractuel - avec la délicate question de la renonciation à des droits fondamentaux - ainsi que la charge que l'objection de conscience fait peser sur l'employeur, voire les conséquences négatives que des tiers ont à souffrir dans la jouissance de leurs droits fondamentaux.

¹⁰⁴ Des contre-exemples seraient l'objection de conscience fiscale (*supra*, n° 39) ou l'objection élevée par un membre du personnel non médical d'un hôpital qui se trouverait impliqué dans la gestion administrative d'un dossier relatif à une interruption de grossesse.

49. L'impasse n'est totale que si l'on s'entête à formuler des demi-vérités comme celles-ci : toute loi doit être respectée par le seul fait d'être loi et tout jugement de conscience oblige l'individu par le seul fait qu'il a été formulé subjectivement. Il s'agit là de deux affirmations tout aussi simplistes, qu'il convient de renvoyer dos à dos et de dépasser par le haut.

Les lois bénéficient de la légitimité démocratique et, à ce titre, méritent le plus grand respect. Pour autant, on ne saurait ignorer que des lois iniques, et même attentatoires aux droits fondamentaux, ont été adoptées dans les meilleures démocraties. On en veut pour seul exemple les lois de stérilisation forcée, votées dans de nombreux États démocratiques. Si l'on entend tirer des leçons du passé, on sera enclin à admettre que des espaces de respiration et de résistance individuelle à la loi soient laissés ouverts par le droit. Il est sain que le droit permette qu'une personne se défasse, en certaines circonstances, d'une obligation juridique. Juger *a priori* que les motifs invoqués par l'objecteur sont irrecevables est la meilleure manière d'anesthésier les consciences et de ruiner les libertés. Dans nos démocraties modernes, le droit se doit de réserver une juste place à l'objection de conscience, à peine d'ébranler ses propres fondements.

En même temps, l'exercice de l'objection de conscience doit être limité par les exigences de la vie collective. Il ne saurait davantage être dressé comme un barrage à l'exercice légitime des droits d'autrui. La cohésion de la communauté exige qu'il ne s'agisse que d'une fenêtre étroitement ouverte à l'affirmation de la conscience individuelle. Acte de résistance individuel et d'essence morale, l'objection de conscience ne peut être la manifestation d'un égoïsme ou d'un caprice, ni d'un intérêt politique ou idéologique, sauf à remettre en cause radicalement le principe de la démocratie majoritaire.

L'on assiste aujourd'hui à une diversification des hypothèses dans les lesquelles s'élève une objection de conscience. Les modalités, formes de solution et enjeux, valeurs ou présupposés sous-jacents varient également d'un cas à l'autre. A telle enseigne que des auteurs préfèrent parler des objections de conscience, au pluriel, pour souligner la difficulté de cerner un phénomène si varié et de forger un concept univoque apte à rendre compte. Aussi n'est-on pas étonné que la bibliographie sur la question se caractérise par

une méthode qui combine l'analyse des solutions prétoriennes et la réflexion conceptuelle. Force est de constater que toutes les solutions ne peuvent être bâties sur un modèle unique. Ainsi, il est désormais acquis que tous les cas ne peuvent être résolus par référence à l'objection de conscience au service militaire (avec le recours à une prestation de substitution), qui a longtemps fait office d'archétype. Le recours à la loi pour régler les modalités d'exercice de l'objection de conscience se révèle souvent insuffisant. Lorsque le droit à la vie est en jeu, il apparaît néanmoins de mise, à titre de nécessité technique dictée par un souci de cohérence du système juridique. Dans ce cas, l'objection *secundum legem* prend généralement la forme d'une clause de conscience dont l'exercice est à concilier avec le respect dû aux droits des tiers. Toujours est-il qu'on ne saurait dénier à quiconque de faire objection de conscience au *seul* motif que celle-ci n'est pas prévue par une loi, ce qui ne signifie nullement que toute objection pourra être reçue. Le plus souvent, il appartiendra au juge de résoudre, en justice, les conflits d'objection de conscience, au cas par cas, moyennant une mise en balance des libertés et intérêts.

50. Il reste que l'objection de conscience, refus de la règle juridique commune, se laisse difficilement saisir par le droit. C'est pourquoi, l'objection de conscience à l'état pur, *sine iure*, non reçue par le droit (comme rébellion de la conscience individuelle contre la loi de la collectivité), a encore de «beaux» jours devant elle. Du moins pour ceux qui ne veulent pas abdiquer de leur liberté, ni vendre leur âme.

Ainsi s'exprimait Portalis dans son Discours au Conseil des Anciens du 11 frimaire an V (1^{er} décembre 1796) : «Voulons-nous former des hommes ou des esclaves? Des esclaves? Rendez beaucoup de lois qui gênent les opinions, qui compriment la pensée et qui, par la contrainte, façonnent les hommes à la servitude. Des hommes? Laissez-leur la liberté, et surtout celle de leur conscience».