

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les symboles religieux à Strasbourg

Renuart, Noémie

Published in:

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Renuart, N 2014, 'Les symboles religieux à Strasbourg: analyse d'un traitement différencié. A la recherche d'une justification', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, numéro 2, pp. 219-243.

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.

Les symboles religieux à Strasbourg : Analyse d'un traitement différencié

A la recherche d'une justification...

Noémie RENUART – Assistante en droit constitutionnel et libertés publiques à l'UNamur

RÉSUMÉ

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à la présence de symboles religieux dans les établissements d'enseignement et sur le lieu de travail semble être en réalité composée de deux courants.

Le premier concerne le foulard islamique ainsi que le turban sikh ; il est caractérisé par une légitimation de la limitation, voire de l'interdiction, du port d'un tel emblème dans ces deux espaces. Le second concerne quant à lui les symboles chrétiens et semble pour l'instant être plus enclin à en tolérer le port et l'affichage. Cette dichotomie nous permet d'opposer deux lignées de jurisprudence et de mettre en exergue ce que nous nous sommes permis de qualifier de « traitement différencié des symboles religieux ».

Il nous paraît opportun d'apporter un regard nouveau sur un sujet maintes et maintes fois traité et d'analyser le corpus prétorien que la Cour a développé en cette matière dans le but de tenter d'identifier la logique juridique susceptible de justifier ces divergences.

La déconstruction du raisonnement suivi par les juges européens des droits de l'Homme mène cependant au constat implacable d'une absence de justification juridique permettant véritablement d'expliquer et de motiver les dissonances qui caractérisent la jurisprudence de Strasbourg sur cette question. Dans ce cadre, il convient d'interroger l'existence d'une justification relevant d'un autre ordre et tenant à la sensibilité politique de la problématique en cause.

SAMENVATTING

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de aanwezigheid van religieuze symbolen in onderwijsinstellingen of op de werkvloer, kent twee groepen arresten.

Een eerste categorie betreft de islamitische hoofddoek en de sikh tulband. Deze categorie heeft als kenmerk dat beperkingen en zelfs een verbod op het dragen van het symbool, worden aanvaard. De tweede categorie omvat de christelijke symbolen, waar men meer geneigd is om het publiek dragen van deze symbolen toe te laten. Deze tweedeling maakt het mogelijk om beide categorieën te vergelijken en datgene te duiden wat we hebben omschreven als een "gedifferentieerde behandeling van religieuze symbolen".

Deze nieuwe kijk op dit al vaak besproken onderwerp is zeker opportuun. Dit laat een analyse toe van de rechtspraak met als beoogde doel te achterhalen welke juridische logica deze tweedeling zou kunnen rechtvaardigen.

De deconstructie van de redeneringen gevolgd door de rechters van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, leidt echter tot de onverbiddelijke vaststelling dat er geen juridische rechtvaardiging bestaat die de tweedeling in de rechtspraak van het Hof te Straatsburg kan verklaren. De vraag dringt zich dan ook op of er geen andere en niet-juridische rechtvaardiging bestaat die verband houdt met de politieke gevoeligheid van het onderwerp.

I. Introduction et prémisses méthodologiques

Introduction. Au fil des migrations humaines, différentes religions ont été amenées à se rencontrer et à cohabiter. Dans le cadre de cette multiculturalité, le respect de la liberté de religion constitue une garantie essentielle de la démocratie, de la tolérance ainsi que du vivre ensemble et se trouve au cœur des débats politiques, sociologiques et idéologiques de notre époque. Bien que ceux-ci se soient cristallisés, en Belgique, sur le port du voile¹, les implications de l'exercice de cette liberté se manifestent, sur la scène internationale, dans bien d'autres cas².

Certaines de ces implications divisent l'Europe d'aujourd'hui. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après, « la Convention »), en tant qu'instrument de droit international, et la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après, « la Cour ») jouent un rôle crucial dans la garantie d'une société démocratique au sein de laquelle les individus sont censés jouir pleinement des droits qui leur sont reconnus.

Retour sur la marge nationale d'appréciation. La marge nationale d'appréciation, que l'on peut définir comme étant la latitude dont jouissent les autorités nationales (législatives, exécutives, administratives et judi-

ciaires) dans l'application des dispositions conventionnelles et dans la résolution des conflits qui peuvent surgir entre les droits individuels et les intérêts nationaux³, vient quelque peu tempérer l'exigence d'unité⁴ et d'uniformité d'application de la Convention⁵.

Sans reconnaître aux États un pouvoir illimité à l'abri de toute censure, elle « joue un rôle décisif dans le contrôle des motifs et du but de l'acte de dérogation⁶ ». Pour certains, elle « contribue au rétrécissement du pouvoir d'examen des instances de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷ » alors que pour d'autres, elle permet légitimement d'encadrer l'intervention des organes de la Convention dans la perspective de subsidiarité du système qu'elle instaure⁸. Quoi qu'il en soit, plusieurs affaires l'ont démontré : si elle n'est pas strictement encadrée, elle peut aboutir à des décisions pour le moins critiquables⁹. Il règne autour de cette doctrine des incertitudes relatives à la fois à la définition même du concept et de son contenu¹⁰, qui ne parvient pas à mettre tous les auteurs et praticiens du droit d'accord, ainsi qu'aux circonstances dans lesquelles elle peut légitimement être invoquée¹¹.

Originalité de la recherche. Le contentieux relatif à la liberté religieuse semble constituer un terrain de prédilection pour l'application de cette théorie de la marge

¹ E. BREMS, « Mag een leerkracht Islamitische godsdienst een hoofddoek dragen op school? », *C.P.D.K.*, 4/2007, p. 615 ; J. DE GROOF en G. LAUWERS, « Niemand kan het recht op (een eigen identiteit in) onderwijs worden ontzegd. Juridische knelpunten omtrent het vrij uiten van godsdienstopvatting in het onderwijs middels de hoofddoek », *T.O.R.B.*, 2004- 05/1, p. 4 ; R. TORES, « Religieuze symbolen in het maatschappelijke leven », *N.J.W.*, 2004, nummer 79, p. 866.

² I. RORIVE, « Religious symbols in the public space: in search of a European answer », *Cardozo Law Review*, Juin 2009, Vol.30, N°6, p. 2669.

³ Définition issue de l'association de différents éléments que nous avons jugés pertinents et mis en évidence dans les définitions données par les auteurs cités ci-après : Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp – Oxford - New-York, Intersentia, 2002, p. 2 ; H.C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 13 ; E. BENVENISTI, « Margin of appreciation, consensus and universal standards », *International Law and Politics*, Vol.31, 1999, p. 843.

⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 53/2003, p. 10 ; A.-D. OLINGA et C. PICHÉRAL, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 567.

⁵ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 252.

⁶ E. KASTANAS, *op. cit.* (voy. note 5), p. 115.

⁷ E. KASTANAS, *op. cit.* (voy. note 5), p. 238. Dans le même sens : D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges - La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen? », *J.T.L.*, 4/2010, n°10, p. 117.

⁸ A.-D. OLINGA et C. PICHÉRAL, *op. cit.* (voy. note 4), p. 568 ; S. LAMBRECHT, « De houding van vier hoogste rechtscolleges ten aanzien van het EVRM en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens : Strasbourg has spoken... », *T.P.B.*, 2013/2-3, p. 70.

⁹ P. LAMBERT, « Marge nationale d'interprétation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et Justice, 1998, p. 64 ; E. BENVENISTI, *op. cit.* (voy. note 3), p. 844 ; B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *Rev. trim. d. h.*, 94/2013, p. 268.

¹⁰ D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges... », *op. cit.* (voy. note 7), pp. 118 et 121.

¹¹ J. KRATOCHVIL, « The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human rights », *N.Q.H.R.*, Vol.29/3, 2011, p. 327 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires Lautsi, Eweida et Chaplin », *E.J.H.R.*, 2013/2, p. 253.

d'appréciation¹² et le constat de l'inflation du recours à celle-ci en matière de symboles religieux s'impose également¹³. En réalité, la place des tels symboles dans l'espace public au sens large figure sans doute au palmarès des problématiques religieuses génératrices de tensions entre les Etats membres du Conseil de l'Europe mais aussi en leur sein. Dans ce cadre, il n'est nul besoin de rappeler que le sujet a déjà fait couler beaucoup d'encre et que de nombreux articles ont entendu faire le point sur la question. C'est pourquoi nous avons souhaité aborder cette thématique brûlante sous un jour nouveau.

D'une part, nous avons choisi d'adopter une approche plus transversale, en appréhendant la problématique dans le cadre à la fois des établissements d'enseignement et du lieu de travail, tout en nous limitant à ces deux espaces publics sur le terrain desquels s'est jouée la majeure partie des affaires portées devant la Cour¹⁴. Cela étant, nous analyserons le corpus prétorien strasbourgeois pertinent en ce qu'il porte sur la liberté de religion telle que consacrée tant par l'article 9 de la Convention que l'article 2 de son Premier Protocole.

D'autre part, écartant quelque peu l'ordre chronologique, nous avons opté pour une approche orientée sur une césure construite à partir de la constatation suivante : la jurisprudence européenne relative à la place des symboles exprimant une conviction religieuse dans l'enseignement et au travail semble être traversée par des vents contraires et être en réalité composée de deux courants.

Le premier concerne le foulard islamique ainsi que le turban sikh ; il est caractérisé par une légitimation de la

limitation, voire de l'interdiction, du port d'un tel emblème dans les espaces que nous avons délimités¹⁵. Les décisions phares de ce courant sont les suivantes : la décision Dahlab contre Suisse, l'arrêt Leyla Sahin contre Turquie et les arrêts Dogru et Kervanci contre France. Dans l'affaire Dahlab, les gardiens de la Convention ont reconnu légitime le fait d'interdire à une institutrice de porter le voile en enseignant. Ils ont adopté la même solution dans l'affaire *Leyla Sahin* à propos d'une étudiante en médecine et dans les affaires *Dogru* et *Kervanci* à propos de deux élèves du secondaire. Les juges des droits de l'Homme ont par ailleurs eu à se prononcer sur le port du turban sikh et se sont alors contentés de faire référence aux arrêts précédents afin de conclure à l'irrecevabilité des requêtes introduites devant eux.

Le deuxième courant concerne quant à lui les symboles chrétiens et semble pour l'instant être plus enclin à en tolérer le port et l'affichage¹⁶. Au titre de ce courant, relevons l'arrêt Lautsi contre Italie et l'arrêt Eweida et autres contre Royaume-Uni. Dans l'affaire *Lautsi*, la Cour a finalement admis la conventionnalité de l'affichage obligatoire d'un crucifix dans les classes d'une école publique. Enfin, dans l'affaire *Eweida*, elle a estimé que le fait d'interdire à une employée de porter une croix pendant ses heures de travail constituait une violation du prescrit conventionnel. Cette dichotomie nous permet ainsi d'opposer deux lignées de jurisprudence et de mettre en exergue ce que nous nous sommes permis de qualifier de « traitement différencié des symboles religieux ».

Question de recherche. C'est en cela que réside tout l'intérêt d'analyser la jurisprudence que la Cour a développée et ce, dans le but de tenter d'identifier la logique susceptible de justifier ces divergences. Par conséquent,

¹² D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges... », *op. cit.* (voy. note 7), pp. 119 et 120 ; J. DE GROOF, W. VAN DE DONCK, G. LAUWERS, P. DE GOEDE en T. VERHAPPEN, « Reflecties op de omgang met religieus en levensbeschouwelijk verschil in het onderwijs in Vlaanderen en Nederland », *T.O.R.B.*, 2010-2011/1-2, p. 24.

¹³ E. KASTANAS, *op. cit.* (voy. note 5), p. 237 ; J. KRATOCHVIL, *op. cit.* (voy. note 11), p. 325.

¹⁴ Ce faisant, nous avons volontairement écarté l'arrêt rendu dans l'affaire Ahmet Arslan et autres contre Turquie dans la mesure où les faits concernaient une interdiction applicable dans l'espace public pris au sens large. Notons par ailleurs qu'une affaire concernant l'interdiction du port du voile intégral en public est actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme. L'audience y relative ayant eu lieu le 27 novembre dernier, le prononcé de l'arrêt de Grande Chambre ne saurait en principe plus trop tarder.

¹⁵ Cour eur. D.H., déc. Dahlab c. Suisse, 15 février 2001, req. n°42393/98 ; Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98 ; Cour eur. D.H., déc. Köse et 93 autres c. Turquie, 24 janvier 2006, req. n°26625/02 ; Cour eur. D.H., déc. Kurtumulus c. Turquie, 24 janvier 2006, req. n°65500/01 ; Cour eur. D.H., déc. Karaduman c. Turquie, 3 avril 2007, req. n°41296/04 ; Cour eur. D.H., déc. Yilmaz c. Turquie, 3 avril 2007, req. n°37829/05 ; Cour eur. D.H., arrêt Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n°27058/05 ; Cour eur. D.H., arrêt Kervanci c. France, 4 décembre 2008, req. n°31645/04 ; Cour eur. D.H., déc. Aktas c. France, 30 juin 2009, req. n°43563/08 ; Cour eur. D.H., déc. Bayrak c. France, 30 juin 2009, req. n°14308/08 ; Cour eur. D.H., déc. Gamaleddyn c. France, 30 juin 2009, req. n°18527/08 ; Cour eur. D.H., déc. Ghazal c. France, 30 juin 2009, req. n°29134/08 ; Cour eur. D.H., déc. Jasvir Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°25463/08 ; Cour eur. D.H., déc. Ranjit Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°27561/08.

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt Lautsi e.a. c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06 ; Cour eur. D.H., arrêt Eweida e.a. c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n°48420/10, n°59842/10, n°51671/10 et n°36516/10.

notre question de recherche peut être formulée comme suit : *Est-il possible de dégager du corpus prétorien strasbourgeois une justification juridique au traitement différencié des symboles religieux dans les espaces publics que sont les établissements d'enseignement et le lieu de travail ?*

Prémisses méthodologiques. À ce stade, il convient d'exposer et de justifier brièvement les choix méthodologiques qui ont présidé à la rédaction de notre propos.

Dans le cadre de cette recherche, nous avons choisi d'examiner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative au port et à l'affichage de symboles religieux dans le cadre de l'enseignement et de la vie professionnelle en ce qu'elle comprend à la fois les décisions sur la recevabilité, les arrêts de Chambre et ceux de Grande Chambre et ce, sur une période qui s'étend de l'arrêt rendu dans l'affaire Dahlab contre Suisse à celui rendu dans l'affaire Eweida et autres contre Royaume-Uni, étant donné qu'il s'agit respectivement de la première et de la dernière affaires soumises à l'examen de la Cour dans ce domaine¹⁷.

Plan. Ainsi délimité, notre propos aura premièrement pour objet de présenter les axes de justification juridique dégagés de l'analyse de la jurisprudence pertinente et ensuite de mettre à l'épreuve ces différentes pistes en procédant à une déconstruction du raisonnement suivi par la Cour. Dans un second temps et après avoir constaté qu'aucune de ces différentes pistes ne permet véritablement d'expliquer et de motiver les dissonances qui traversent la jurisprudence de Strasbourg sur la question qui nous occupe, nous envisagerons brièvement l'hypothèse d'une justification relevant d'un autre ordre.

II. A la recherche d'une justification...

a. Les pistes de justification juridique

Commençons tout d'abord par examiner les diverses pistes juridiques qui ressortent de notre lecture de la jurisprudence sélectionnée. Notre analyse en dénombre cinq : l'absence de consensus européen (i), l'importance et la spécificité du contexte national (ii), le caractère ostentatoire du symbole lui-même (iii), la défense de principes supérieurs (iv) et l'existence de conflits de droits différents (v).

Notons d'emblée qu'il convient d'écarter la piste de justification juridique fondée sur la qualité du secteur de services dans le cadre duquel le port ou l'affichage des signes religieux intervient. Le traitement différencié de tels symboles par les juges européens serait susceptible de trouver sa source dans le caractère privé ou public du service presté par le requérant ou dont celui-ci a bénéficié¹⁸. Mais c'était sans compter sur l'épilogue de l'affaire *Lautsi*. Eu égard à l'écho retentissant qu'a reçu ce dernier en Europe et ailleurs, il nous paraît cependant inconcevable d'entendre dégager une quelconque hypothèse de justification en omettant de le prendre en considération. Pourtant, cette distinction aurait sans doute permis de comprendre et d'expliquer la différence, voire l'asymétrie des solutions retenues par Strasbourg sur la problématique qui fait l'objet de notre propos. En effet, l'arrêt *Lautsi* mis de côté, la jurisprudence de la Cour présente une cohérence certaine en ce sens que, se prononçant dans le cadre du secteur public¹⁹, la Cour a systématiquement considéré la limitation et l'interdiction du port de signes religieux comme légitime et proportionnée alors que, dans le cadre du secteur privé²⁰, elle a

¹⁷ Avant l'affaire Dahlab, l'ancienne Commission estimait qu'il n'y avait pas lieu de soumettre la question à l'examen de la Cour, notamment parce qu'elle considérait que la mesure engagée ne constituait pas une ingérence dans la liberté de religion des requérants.

¹⁸ Voy. notamment à propos de la distinction entre enseignements public et privé : M. ADAMS, « Versluisende taal ? Spreken over onderwijs en levensbeschouwing, en over de juridische vormgeving daarvan », *T.O.R.B.*, 2010-2011/1-2, p. 37. Rik Torfs précise quant à lui que le débat français sur le port du voile ne concerne en réalité que les écoles publiques (et non les écoles privées). Voy. R. TORFS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 871.

¹⁹ Voy. pour l'enseignement public : Cour eur. D.H., déc. Dahlab c. Suisse, 15 février 2001, req. n°42393/98 ; Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98 ; Cour eur. D.H., déc. Köse et 93 autres c. Turquie, 24 janvier 2006, req. n°26625/02 ; Cour eur. D.H., déc. Kurtumulus c. Turquie, 24 janvier 2006, req. n°65500/01 ; Cour eur. D.H., déc. Karaduman c. Turquie, 3 avril 2007, req. n°41296/04 ; Cour eur. D.H., déc. Yilmaz c. Turquie, 3 avril 2007, req. n°37829/05 ; Cour eur. D.H., arrêt Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n°27058/05 ; Cour eur. D.H., arrêt Kervanci c. France, 4 décembre 2008, req. n°31645/04 ; Cour eur. D.H., déc. Aktas c. France, 30 juin 2009, req. n°43563/08 ; Cour eur. D.H., déc. Bayrak c. France, 30 juin 2009, req. n°14308/08 ; Cour eur. D.H., déc. Gamaled dyn c. France, 30 juin 2009, req. n°18527/08 ; Cour eur. D.H., déc. Ghazal c. France, 30 juin 2009, req. n°29134/08 ; Cour eur. D.H., déc. Jasvir Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°25463/08 ; Cour eur. D.H., déc. Ranjit Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°27561/08. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt Eweida e.a. c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n°48420/10, n°59842/10, n°51671/10 et n°36516/10 (à propos de la seconde requérante, Mme Chaplin qui travaillait au sein d'un hôpital public).

²⁰ Cour eur. D.H., arrêt Eweida e.a. c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n°48420/10, n°59842/10, n°51671/10 et n°36516/10 (à propos de la première requérante, Mme Eweida qui travaillait au sein de la société privée British Airways).

opté pour la solution inverse. Dans la mesure où l'incohérence apparaît en réalité uniquement à l'occasion de l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire du crucifix italien²¹, nous verrons que l'hypothèse d'une justification politique – et partant, non juridique – prend tout son sens. Précisons que les récents développements jurisprudentiels de la juridiction strasbourgeoise tendent en outre à harmoniser le contrôle dans les deux secteurs et à aligner l'application des principes relatifs aux obligations positives des Etats membres sur celle de leurs obligations négatives²².

i. Le recours à l'argument consensuel et au droit comparé : l'art délicat de la comparaison

L'argument consensuel. La marge d'appréciation – ou faut-il plutôt parler de marge d'erreur²³ ? – que la Cour reconnaît aux Etats est variable, graduée²⁴. Elle peut être, selon les cas, étendue, modérée ou étroite en fonction de différents facteurs au titre desquels figure le consensus européen²⁵. Celui-ci constitue un critère légitime, adéquat et objectif dans son principe, eu égard au caractère régional du système organisé par la Convention et ses organes²⁶.

Selon une jurisprudence quasi-constante²⁷, l'existence ou l'absence d'un consensus entre les Etats parties à la

Convention sur une problématique juridique donnée conduit les juges à fixer le « degré de marge de manœuvre » laissé à l'Etat défendeur dans l'application et le respect de la disposition conventionnelle invoquée par le requérant à l'appui de son recours²⁸. Ainsi, plus le consensus autour d'une question sera large, plus la marge de manœuvre accordée aux autorités nationales sera étroite (et vice versa)²⁹. Dès lors, la Cour est supposée entreprendre un travail de droit comparé afin de déterminer s'il existe ou non un consensus européen sur la question.

Droit comparé et méthode comparative. Dans ce cadre, nous souhaiterions attirer l'attention du lecteur sur l'importance que le droit comparé et l'utilisation qui en est faite par la Cour sont susceptibles de revêtir. En ce sens, le droit comparé peut être considéré comme un instrument du contrôle européen et la méthode comparative comme indispensable à l'identification de critères pour l'interprétation des dispositions protégeant les droits fondamentaux³⁰. Dans la plupart des arrêts qui ont retenu notre attention, la Cour a indiqué qu'il n'existait aucun consensus européen, a par conséquent reconnu une importante marge d'appréciation à l'Etat défendeur³¹ et a exercé un contrôle d'intensité moindre sur l'ingérence attaquée³². Cela étant, il apparaît que l'argument consensuel peut permettre à la Cour de justifier une certaine

²¹ La formation de Grande Chambre a en effet adopté une solution différente, proche de celle intervenue dans l'arrêt *Eweida* relativement au secteur privé, alors qu'en l'occurrence il s'agissait encore d'une école publique.

²² D. CUYPERS, « Het arrest Eweida e. a. van het Hof te Straatsburg : arbeid en religieuze bezwaren », *R.R.S.*, 2013/1, p. 114 ; G. GONZALEZ, « L'éléphant dans le magasin de porcelaine : entrée remarquée des manifestations de la liberté européenne de religion sur le lieu de travail », *Rev. trim. d. b.*, 96/2013, pp. 980 et 981.

²³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Thèse dactylographiée, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 506, § 704 à 706.

²⁴ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek ECRM*, Deel 1, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, p. 216.

²⁵ D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges... », *op. cit.* (voy. note 7), pp. 122 et s. ; S. IHLI, « Crossing neutrality? Crucifixes in classrooms and the respective rulings of the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights », *R.R.S.*, 2012/1, p. 42 ; D. SPIELMANN, « Consensus et marge nationale d'appréciation », *J.T.*, 29/2012, n°6489, p. 592 ; MR J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, pp. 206 à 209 ; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 24), pp. 217 et s. ; Y. HAECK, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, pp. 131 et s.

²⁶ H.C. YUROW, *op. cit.* (voy. note 3), p. 30 ; D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges... », *op. cit.* (voy. note 7), p. 124.

²⁷ Voy. notamment pour les exceptions : Cour eur. D.H., arrêt A, B et C c. Irlande, 16 décembre 2010, req. n°25579/05 et Cour eur. D.H., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n°28957/95.

²⁸ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 213.

²⁹ D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges... », *op. cit.* (voy. note 7), p. 124 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *J.L.M.B.*, 35/2011, p. 1721 ; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 24), p. 217.

³⁰ Y. ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.* (voy. note 3), p. 195 ; A. UBEDA DE TORRES, *op. cit.* (voy. note 28), p. 214.

³¹ Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, précité, §§ 109 et 122 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, précité, §§ 63, 71, 72 et 77 ; Cour eur. D.H., arrêt Kervanci c. France, précité, §§ 63, 71, 72 et 77 ; Cour eur. D.H., arrêt Lautsi e.a. c. Italie, précité, §§ 61 et 68 à 70 ; Cour eur. D.H., arrêt Eweida e.a. c. Royaume-Uni, précité, §§ 84 et 89. Voy. également D. MCGOLDRICK, *Human rights and religion : the islamic headscarf debate in Europe*, Oxford, Hart publishing, 2006, p. 249 ; P. RONCHI, « Crucifixes, margin of appreciation and consensus : the Grand Chamber ruling in Lautsi v Italy », *Ecol. L.J.*, 2011, 13(3), p. 295 ; E. BREMS, « Hoofddoek verbieden mag van Straatsburg »,



retenue judiciaire³³. Certains auteurs y voient d'ailleurs une forme d'instrumentalisation³⁴.

Dans la jurisprudence dont question, le traitement différencié des symboles religieux est susceptible de trouver une justification dans la diversité des pratiques nationales et dans l'absence de consensus au sein des Etats membres. Pour qu'une telle justification soit juridiquement valide, la méthode et le raisonnement mis en jeu pour y parvenir se doivent d'être irréprochables³⁵. Pourtant, il est évident, selon nous, que la Cour ne va pas au bout de ce qu'elle entreprend et ne se prête guère à l'exercice pour tous les Etats qu'elle entend comparer. Par conséquent, ce manque de complétude et de précision³⁶ biaise son analyse et tronque son jugement sur l'existence d'un éventuel dénominateur commun³⁷.

Tout d'abord, les difficultés liées à la définition-même de la notion de consensus³⁸ ainsi que le risque de dénatura-tion du concept peuvent conduire la Cour à entériner la pratique d'une majorité, au détriment d'une minorité³⁹. A ce titre, la juridiction strasbourgeoise se contente le plus souvent de dresser un simple relevé général et souvent abstrait des législations, jurisprudences ou solutions internes sans se livrer à une quelconque réelle comparaison⁴⁰. L'examen des arrêts pertinents fait principalement

ressortir une comparaison quantitative et la Cour nous laisse l'impression de se donner pour tâche d'établir une dichotomie majorité-minorité sur base d'un calcul arithmétique des législations nationales⁴¹, sans avoir égard, par exemple, à la qualité des instruments ou à leur place dans la hiérarchie juridique interne.

Ensuite, si l'absurdité de la comparaison ne saute pas toujours aux yeux, elle n'en demeure pas moins réelle dans certaines affaires. Dans l'arrêt *Leyla Sahin* par exemple, et la juge Tulkens de le murmurer du bout des lèvres dans son opinion dissidente⁴², la Cour a comparé l'incomparable. En l'espèce, la formation de Grande Chambre a réalisé un aperçu de droit comparé sur la question du port du foulard islamique essentiellement dans le contexte des enseignements primaire et secondaire⁴³ et en a déduit l'absence de consensus européen⁴⁴ alors que la requérante était étudiante à l'université, majeure et certainement moins influençable que de jeunes enfants⁴⁵. Or, il nous paraît fondamental, et c'est bien là la première étape de la comparaison indispensable à satisfaire⁴⁶, de s'assurer de la comparabilité des situations considérées afin de garantir la validité et la crédibilité de l'entreprise. Bien que moins flagrante, une certaine incohérence ressort également de l'analyse de droit comparé réalisée dans l'arrêt *Lautsi* (Grande Cham-

Juristenkrant, 2004, nr. 93, p. 13 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 6 ; R. TORFS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 870 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen om een hoofddoek te dragen op school: recente ontwikkelingen », *C.P.D.K.*, 2/2006, p. 408 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 114.

³² E. BREMS, « Hoofddoek verbieden... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 13 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 408.

³³ A. M. ORTU, « La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH », in *Communication pour le VIIIème Congrès national de l'AFDC*, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/lecisTD4.pdf>, p. 3 (11/02/2014) ; C. BROCAL, « Le droit à l'accès à l'instruction entre confirmations et nouvelles pistes », *C.P.D.K.*, 2/2006, p. 405 ; B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 271 ; D. SPIELMANN, « Consensus et marge nationale d'appréciation », *op. cit.* (voy. note 25), p. 592.

³⁴ K. LUCAS, « La pratique contemporaine du changement de cap jurisprudentiel par la Cour européenne des droits de l'homme », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 306.

³⁵ L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 », *Rev. trim. d. b.*, 66/2006, p. 191.

³⁶ P.G. CAROZZA, « Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights : some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights », 73 *Notre Dame L. Rev.*, 1997-1998, p. 1224. Dans le même sens : F. ONCLIN, « La présence de signes religieux au sein de l'espace scolaire : les enseignements du droit comparé », *J.T.*, 2011, n°6458, p. 825 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 252 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Rev. trim. d. b.*, 60/2004, p. 958 et 964.

³⁷ L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), pp. 191 à 193 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square and in European public life - crucifixes in the classroom? », *H.R.L. Rev.*, 2011, 11(3), p. 476.

³⁸ E. BENVENISTI, *op. cit.* (voy. note 3), pp. 851 et 852 ; K. DZEHTSIAROU, « Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights », *P.L.*, 2011, Jul., pp. 541 et s.

³⁹ E. BENVENISTI, *op. cit.* (voy. note 3), p. 847 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 296 ; A. M. ORTU, *op. cit.* (voy. note 33), p. 16.

⁴⁰ K. DZEHTSIAROU, « European Consensus: a way of reasoning », *UCD Working Papers in Law, Criminology and Soci-Legal Studies*, Research Paper No. 11/2009, University College Dublin, p. 9.

⁴¹ A. M. ORTU, *op. cit.* (voy. note 33), p. 16.

⁴² Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 3.

⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, §§ 55 et s.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, § 109.

⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 10 ; F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2682 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 964 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *Journ. jur.*, 2004, n° 34, p. 10.

⁴⁶ K. ZWEIGERT, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd revised ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 34.



bre) : les données portaient de manière générale sur l'exposition des symboles religieux dans les écoles publiques et la juridiction strasbourgeoise n'a pas pris en compte le caractère toléré, facultatif ou obligatoire de cette pratique⁴⁷, alors qu'il est permis de considérer que le message envoyé par l'Etat et le service public de l'enseignement diffère sensiblement d'un cas à l'autre. En formulant la problématique de recherche de manière plus précise, d'autres conclusions quant à la question du consensus européen se seraient sans doute fait jour⁴⁸.

Enfin, à défaut de définition univoque du consensus européen au sein de la doctrine, des praticiens du droit et des juges eux-mêmes⁴⁹ et en raison du caractère subjectif du concept⁵⁰, l'exactitude et la fiabilité des conclusions auxquelles la juridiction de Strasbourg est susceptible de parvenir peuvent largement être remises en question, conclusions traduisant parfois la vision préconçue que la Cour se fait d'une problématique particulière⁵¹. Toujours dans l'arrêt *Lautsi*, l'interprétation que les juges ont attachée aux données de droit comparé a de toute évidence joué un rôle crucial dans leur raisonnement et dans leur décision mais elle n'en demeure pas moins discutable⁵². Dans la mesure où plusieurs autres lectures desdites données auraient pu être retenues, en tenant compte non seulement de la nature et du contenu des pratiques divergentes⁵³, du contexte dans lequel elles prennent place ainsi que des raisons qui les sous-tendent⁵⁴, le poids de cet argument aurait pu être relativisé ou, du moins, évalué à sa juste valeur. Les conclusions tirées à partir de l'étude comparative dans l'affaire *Leyla Sahin* peuvent également être critiquées dans le même sens⁵⁵ et de manière encore plus évidente⁵⁶.

Il eût été intéressant de se plonger au cœur de la recherche de droit comparé réalisée à Strasbourg afin de comprendre comment les informations sont sélectionnées,

récoltées et traitées. Mais cette entreprise dépasse largement le cadre et l'objet de notre propos.

La remarque sur laquelle nous souhaiterions clôturer l'examen de cette première hypothèse porte sur le fait que, dans certains arrêts, la Cour a effectivement indiqué l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun mais ne s'est en aucun cas livrée à une recherche de droit comparé. Dès lors, la dernière interrogation à laquelle il nous faut répondre à ce stade est la suivante : comment a-t-elle, dans lesdites affaires, justifié son constat ?

La technique des renvois. Dans les arrêts *Dogru* contre France et *Kervanci* contre France, pour ne citer qu'eux, la formation de Chambre a, selon une logique apparente, fait référence à la jurisprudence *Leyla Sahin* dans la mesure où les affaires concernaient toutes trois la question de la réglementation du port de signes religieux dans l'enseignement⁵⁷, se contentant ainsi de citer une décision antérieure relative à des faits du même ordre et dans le cadre de laquelle elle avait eu l'occasion de constater l'absence de dénominateur commun au sein des États membres.

Si nous n'entendons nullement contester ces renvois, dans la mesure où la Cour ne peut réaliser un travail de droit comparé pour toutes les décisions qu'elle est amenée à rendre - d'autant plus quand les faits en cause sont similaires, voire identiques -, il convient néanmoins de relever l'espace temporel qui sépare les jurisprudences citées et les arrêts à l'occasion desquelles elles le sont⁵⁸ et d'insister sur le fait que la Cour aurait pu, selon nous, vérifier qu'entre-temps la tendance européenne n'avait pas évolué dans un sens ou dans l'autre, en raison notamment de l'adoption par certains États membres de législations réglementant la problématique autrefois laissée sans réponse.

⁴⁷ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 252.

⁴⁸ D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 476.

⁴⁹ K. DZEHTSIAROU, « European Consensus: a way of reasoning », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 1 à 3; K. DZEHTSIAROU, « Does consensus matter?... », *op. cit.* (voy. note 38), p. 541.

⁵⁰ K. DZEHTSIAROU, « Consensus from within the Palace Walls », *UCD Working Papers in Law, Criminology and Socio-Legal Studies*, Research Paper No. 40/2010, University College Dublin, p. 4.

⁵¹ K. DZEHTSIAROU, « European Consensus: a way of reasoning », *op. cit.* (voy. note 40), p. 9.

⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Lautsi* e.a. c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06, Opinion dissidente de Mme La Juge Malinverni, § 1 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 252 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 295.

⁵³ Par exemple : réglementation/absence de réglementation, nature et portée de la réglementation, etc. Voy. notamment D. SPIELMANN, « Consensus et marge nationale d'appréciation », *op. cit.* (voy. note 25), p. 593.

⁵⁴ D. SPIELMANN, « Consensus et marge nationale d'appréciation », *op. cit.* (voy. note 25), p. 593.

⁵⁵ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2682; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), pp. 191 et 192.

⁵⁶ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 263.

⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Dogru* c. France, 4 décembre 2008, req. n°27058/05, §§ 63 et s. ; Cour eur. D.H., arrêt *Kervanci* c. France, 4 décembre 2008, req. n°31645/04, §§ 63 et s.

⁵⁸ Dans les affaires *Dogru* et *Kervanci* (2008), la Cour se réfère à l'arrêt *Leyla Sahin* rendu en 2005.

Malgré les efforts entrepris, il apparaît que la Cour fasse preuve d'un cruel manque de minutie, de cohérence, d'objectivité et surtout de transparence⁵⁹ lorsqu'elle se prête au jeu du droit comparé. En réalité, il semble – à quelques exceptions près⁶⁰ – que, depuis le célèbre arrêt rendu dans l'affaire *Otto-Preminger Institut* à l'occasion duquel les juges européens des droits de l'Homme ont affirmé pour la première fois qu'« il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société⁶¹ », la Cour invoque cette constatation, qu'elle a précisément appliquée et détaillée en matière de symboles religieux, comme une sorte de crédo qu'elle n'entend pas remettre en question, se retranchant ainsi presque systématiquement derrière l'argument consensuel afin de concéder une marge d'appréciation particulièrement étendue aux Etats dans ce domaine.

Notons enfin que, même si dans l'arrêt *Eweida et autres*, le critère du consensus européen est loin d'avoir exercé un impact aussi décisif que dans les autres affaires, nous ne pouvons que déplorer une fois de plus le caractère fragmentaire, incomplet et par trop synthétique de l'analyse de droit comparé réalisée à cette occasion⁶².

À notre sens, cela ne signifie pas qu'il faille suggérer à la Cour de ne plus avoir recours à ce type d'argument mais traduit une fois de plus la nébulosité qui caractérise son travail dans ce domaine⁶³.

ii. La prise en considération des conceptions nationales : l'art délicat de la casuistique

Harmoniser au lieu d'uniformiser. S'il est évident qu'en sa qualité d'instrument de droit international, la Convention a notamment pour objet d'assurer une certaine harmonisation en matière de droits fondamentaux⁶⁴, de « développer des standards communs et de traduire dans la réalité le patrimoine commun des États signataires⁶⁵ », il n'en demeure pas moins une diversité certaine entre eux⁶⁶ qui peut se manifester dans différents domaines (politique, économie, religion, etc.)⁶⁷. La Cour l'a très vite compris et a été amenée, dans de nombreuses affaires, à tenir compte de cette diversité afin de se prononcer de la manière la plus appropriée.

A ce titre, la doctrine de la marge nationale d'appréciation permet, nous l'avons vu, de garantir le respect de normes communes tout en tenant compte, dans la mise en œuvre de la Convention, des différences nationales⁶⁸. Elle assure ainsi un équilibre entre l'exigence d'effectivité du système de protection des droits et libertés mis en place par la Convention et les conceptions nationales⁶⁹.

Sur la question de la place des symboles religieux à l'école et au travail, nous avons vu que la Cour ne décèle aucun consensus au sein des Etats membres et octroie, par conséquent, une importante marge d'appréciation à ces derniers⁷⁰. Toujours dans la logique de la jurisprudence *Otto-Preminger* et étant donné la diversité des approches nationales en cette matière⁷¹, il ressort des

⁵⁹ K. DZEHTSIAROU, « Consensus from within the Palace Walls », *op. cit.* (voy. note 50), pp. 3 et s. ; P. MAHONEY, « The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights : Reference Back to National Law », in G. CANIVET, M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE, *Comparative law before the courts*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p. 149 ; P.G. CAROZZA, *op. cit.* (voy. note 36), p. 1224 ; A. M. ORTU, *op. cit.* (voy. note 33), p. 4 ; P. MUZNY, « Standards jurisprudentiels de la CourEDH et droit comparé : une question de rationalité », in *Annales de Droit de Louvain*, vol.63, 2003, n^{os} 1-2, p. 40 ; M. AMBRUS, « Comparative law method in the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the light of the rule of law », *Erasmus Law Review*, Vol.02, Issue 03, 2009, pp. 353 et 368.

⁶⁰ Exception : Cour eur. D.H., arrêt *Eweida et al.* c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n^o48420/10, n^o59842/10, n^o51671/10 et n^o36516/10.

⁶¹ Cour eur. D. H., arrêt *Otto Preminger Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, req. n^o13470/87, § 50.

⁶² Cour eur. D.H., arrêt *Eweida et al.* c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n^o48420/10, n^o59842/10, n^o51671/10 et n^o36516/10., § 47. Ce paragraphe ne compte pas plus qu'une vingtaine de lignes.

⁶³ P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 296 ; B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 271.

⁶⁴ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et Justice, 2010, p. 61.

⁶⁵ E. KASTANAS, *op. cit.* (voy. note 5), p. 252.

⁶⁶ Y. ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.* (voy. note 3), p. 3 ; F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et Justice, 2010, p. 34 ; J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2011, p. 59.

⁶⁷ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.* (voy. note 4), p. 10.

⁶⁸ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.* (voy. note 4), p. 11.

⁶⁹ Y. ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.* (voy. note 3), p. 3 ; B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 264.

⁷⁰ M. LAEMERS, « Onderwijsrecht in het geding », *T.O.R.B.*, 2012-2013/3-4, p. 192.

⁷¹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 958 ; S. CREPON, « Signe religieux à l'école : pourquoi les défenseurs de la tolérance en

arrêts analysés que Strasbourg accorde une place considérable – pour ne pas dire prépondérante – aux coutumes et traditions nationales de l'Etat défendeur ainsi qu'au contexte historique et politique qui le caractérise⁷². Ce fut le cas dans les affaires mettant en cause la Suisse⁷³, la Turquie⁷⁴, la France⁷⁵ et l'Italie⁷⁶. Il n'y a que dans l'arrêt *Eweida* et autres contre Royaume-Uni que cette prépondérance se fait moins sentir. Les particularités du contexte – pris au sens large – de l'Etat membre concerné semblent ainsi justifier le traitement différencié des signes religieux dans les espaces publics susmentionnés⁷⁷.

Casuistique. *A priori*, nous ne saurions que saluer l'approche casuistique suivie par la Cour. Cependant, force est de constater que certaines faiblesses, et non des moindres, peuvent être mises en évidence.

Premièrement, même s'il faut reconnaître que ce n'est pas une tâche facile⁷⁸, les juges sont censés fixer et faire respecter, même en l'absence de consensus entre les Etats membres, un standard européen minimum de pro-

tection⁷⁹, à défaut de quoi ils pourraient être accusés de renoncer à la fonction qui leur est dévolue. En l'occurrence pourtant, l'on pourrait penser qu'ils ont abandonné toute tentative de définir et de prendre en considération un quelconque dénominateur commun, le plus petit soit-il⁸⁰. Il s'agit sans nul doute d'un des nombreux rendez-vous manqués à l'agenda des juges du Conseil de l'Europe. Et Philippe Ardant d'ajouter que « *la Cour européenne a là un rôle déterminant à jouer en s'attachant à harmoniser les solutions venues de pays aux histoires, cultures, traditions différentes, tout en ne négligeant pas ces spécificités. Ce sera là un des aspects majeurs de sa contribution à l'édification d'une Europe des droits de l'Homme* »⁸¹.

Deuxièmement, il convient de souligner la dimension unilatérale et, partant, non-réciproque de la démarche casuistique adoptée par la Cour⁸². En effet, celle-ci entend attacher une importance toute particulière aux spécificités de l'Etat mis en cause devant elle⁸³ mais s'abstient d'en faire de même s'agissant du requérant, puisqu'elle ne semble pas avoir égard aux circonstances de fait sus-

Belgique et en France rejettent-ils le multiculturalisme britannique ? Réflexion sur un apparent paradoxe », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, Textes présentés au Colloque international de Moncton (24-27 août 2008), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 369 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 408.

⁷² I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2670. Dans le même sens ; K. ALIDADI and M.-C. FOBLETS, « Framing multicultural Challenges in Freedom of Religion Terms », *N.Q.H.R.*, 4/2012, p. 405 ; S. LAGOUTTE and E.M. LASSEN, « Meeting the Challenge: Redefining Europe's Classical Model for State Intervention in Religious Practices », *N.Q.H.R.*, 1/2006, p. 52 ; E. BREMS, « Hoofddoek verbieden... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 13.

⁷³ E. BREMS, « Mag een leerkracht... », *op. cit.* (voy. note 1), p. 618.

⁷⁴ L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), pp. 187 et s. ; A. VAN DE WEYER, « Le port du voile islamique dans l'enseignement », *Scolaneus*, avril 2010, numéro 04, p. 5 ; F. KRENC, « Strasbourg et le voile : bis repetita ? », *Journ. jur.*, 2005, n°47, p. 1 ; F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; J. RINGELHEIM, « Rights, Religion and the Public Sphere : the European Court of Human Rights in Search of a Theory ? », in C. UNGUREANU and L. ZUCCA, *A European Dilemma: Religion and the Public Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 297 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, *op. cit.* (voy. note 71), p. 539 ; E. BREMS en L. LAVRYSEN, « Redding boerkaverbod leidt tot rare kronkels », *R.R.S.*, 2013/1, p. 136 ; M. ADAMS, *op. cit.* (voy. note 18), p. 38 ; E. BREMS, « Hoofddoek verbieden... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 13 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 13 ; M.-C. FOBLETS en J. VELAERS, « De hoofddoek, het onderwijs en de antidiscriminatiewet », *R.W.*, 2006-07, nr. 4, p. 129 ; R. TORFS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 870 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 408.

⁷⁵ F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826.

⁷⁶ S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 43 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 266.

⁷⁷ Dans ce sens : S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 38 ; G. CACERES, « L'aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l'Atlantique », *R.D.I.D.C.*, 2012, n°1, p. 9.

⁷⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « De la difficulté de construire un ius commune européen des droits de l'homme. Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2004 », *C.D.E.*, 1-2/2006, pp. 245, 275 et 276.

⁷⁹ B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 264. Dans le même sens : K. ALIDADI and M.-C. FOBLETS, *op. cit.* (voy. note 72), p. 389 ; A. UBEDA DE TORRES, *op. cit.* (voy. note 28), p. 213 ; S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 42 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 517 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1720 ; S. LAMBRECHT, *op. cit.* (voy. note 8), p. 89.

⁸⁰ M.L.P. LOENEN and J.E. GOLDSCHMIDT, *Religious pluralism and human rights in Europe : where to draw the line ?*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 129.

⁸¹ P. ARDANT, « Conclusions générales », in T. MASSIS et C. PETTITI, *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2004, p. 152.

⁸² Dans ce sens : C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 251.

⁸³ J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants : paradoxale neutralité. Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat n°210.000 du 21 décembre 2010 », *A.P.T.*, 2/2012, p. 379 ; E. BREMS, « Above children's heads: the headscarf controversy in European schools from the perspective of children's rights », *Int. J. Child. Rights*, 2006, 14(2), p.133 ; P. DE HERT en S. SOMERS, « Constitutioneel erfgoed in vraag gesteld in naam van mensenrechten. Welk kader voor religie en religieuze spanningen ? », *T.O.R.B.*, 2010-11/1-2, pp. 46 et 47.



ceptibles de différencier les affaires entre elles⁸⁴. Prenons le cas du foulard islamique : que la mesure litigieuse concerne une enseignante, une élève du primaire ou du secondaire ou encore une étudiante majeure, la Cour en a admis la légalité, la légitimité et la proportionnalité ou a conclu à l'irrecevabilité sans prendre en compte la situation personnelle et individuelle de l'intéressée⁸⁵. L'âge et le statut des requérantes auraient parfois pu justifier que la Cour prenne une autre décision⁸⁶, tout comme la portée de la limitation d'ailleurs⁸⁷. Notons en outre que dans des affaires relatives au turban sikh, la Cour n'a pas jugé nécessaire de dépasser le stade de la recevabilité⁸⁸, se réfugiant derrière sa jurisprudence relative au port du voile⁸⁹, alors qu'il est évident que les deux symboles ne présentent presque aucun point commun, si ce n'est le caractère minoritaire en Europe de la religion à laquelle ils se rattachent.

systématique la conclusion à laquelle la Cour est parvenue, la méthode employée nous paraît néanmoins contestable et inégalitaire du point de vue des parties. Contrairement à l'analyse in concreto dont elle se veut généralement la figure emblématique⁹⁰, ayant égard aux facteurs tant sociétaux que personnels⁹¹ et ce, dans le cadre du système de protection individuelle organisé par la Convention⁹², la juridiction strasbourgeoise nous donne en effet l'impression de raisonner en termes abstraits⁹³ et de formuler une solution de principe théorique et générale⁹⁴. Cette pratique tend à reléguer au second plan le principe selon lequel la liberté demeure la règle et la restriction l'exception⁹⁵. L'honnêteté intellectuelle nous conduit toutefois à souligner que dans l'arrêt *Lautsi* et surtout dans l'affaire *Eweida-Chaplin*, la Cour a en partie tenu compte des éléments relatifs au contexte à la fois du point de vue de l'Etat défendeur et du requérant et a

Loin de nous l'idée de remettre en question de manière

-
- ⁸⁴ P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 293 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 539.
- ⁸⁵ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2683 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 197 ; F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », in P. JOASSART et M. VERDUSSEN, *La vie privée au travail*, Limal, Anthemis, 2011, p. 134.
- ⁸⁶ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2682 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 204 ; N. NATHWANI, « Islamic Headscarves and Human Rights: A Critical Analysis of the Relevant Case Law of the European Court of Human Rights », *N.Q.H.R.*, 2/2007, p. 230 ; F. PONDEVILLE, « Le port des signes religieux dans l'enseignement supérieur et de promotion sociale en Fédération Wallonie-Bruxelles », *J. dr. jeun.*, octobre 2012, n°318, p. 29 ; F. KRENC, « Strasbourg et le voile : bis repetita? », *op. cit.* (voy. note 74), p. 1 ; C. BROCAL, *op. cit.* (voy. note 33), p. 405 ; D. MCGOLDRICK, *Human rights and religion...*, *op. cit.* (voy. note 31), p. 283 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 539 ; E. BREMS, « Mag een leerkracht ... », *op. cit.* (voy. note 1), p. 618 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 13 ; P. DE HERT en S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 42.
- ⁸⁷ Dans les affaires relatives au turban sikh, la Cour se réfère notamment à la jurisprudence *Dogru et Kervanci* alors que la restriction ne concerne en l'espèce plus seulement les cours d'éducation physique mais bien l'ensemble des cours et présente dès lors une portée beaucoup plus large. Dans ce sens : E. DECAUX, « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. d. b.*, 82/2010, p. 265.
- ⁸⁸ Cour eur. D.H., déc. Jasvir Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°25463/08, § 1, p. 9 ; Cour eur. D.H., déc. Ranjit Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°27561/08, § 1, p. 9.
- ⁸⁹ Cour eur. D.H., déc. Jasvir Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°25463/08, § 1, pp. 6 et 7 ; Cour eur. D.H., déc. Ranjit Singh c. France, 30 juin 2009, req. n°27561/08, § 1, pp. 6 et 7. Voy. également E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 266.
- ⁹⁰ F. MATSCHER, « La Cour européenne des droits de l'homme, hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire. Regards d'un ancien juge de la Cour », *Rev. trim. d. b.*, 80/2009, p. 917 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2681 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 197 ; F. KRENC, « Une nouvelle compétence consultative pour la Cour européenne des droits de l'homme : une fausse bonne idée ? », *J.T.*, 29/2012, n°6489, p. 600. Dans le même sens : F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », *op. cit.* (voy. note 85), p. 128 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 251 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1724 ; M. AFROUKH, *La hiérarchisation des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 515 ; MR J.G.C. SCHOKKENBROEK, *op. cit.* (voy. note 25), p. 213.
- ⁹¹ B. TAHZIB-LIE, « Controversies over Religious Symbols in the Workplace: Workforce Diversity versus 'Androgynous, Mechanical clones' ? », *N.Q.H.R.*, 4/2007, p. 567.
- ⁹² C. RUET, « Les droits individuels face au phénomène religieux dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. d. b.*, 91/2012, p. 509 ; F. KRENC, « Une nouvelle compétence consultative... », *op. cit.* (voy. note 90), p. 600.
- ⁹³ Dans ce sens : E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 960 ; F. KRENC, « Strasbourg et le voile : bis repetita? », *op. cit.* (voy. note 74), p. 1 ; G. COHEN-JONATHAN, « La journée de réflexion au palais des droits de l'homme de Strasbourg sur l'efficacité du système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. d. b.*, 2000, pp. 637 et 639 ; F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; E. BREMS, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le port de signes religieux dans l'espace public : vérité à Strasbourg, erreur à Genève? », *J.T.*, 29/2012, n°6489, p. 602 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 251.
- ⁹⁴ Dans ce sens : L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), pp. 205 et 212 ; F. KRENC, « Strasbourg et le voile : bis repetita? », *op. cit.* (voy. note 74), p. 1 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 251.
- ⁹⁵ M. JACQUEMAIN et N. ROSA-ROSSO, *Du bon usage de la laïcité*, Bruxelles, Aden, 2008, p.81, 110 et 113 ; G. NINANE, « La notion d'ordre public en matière de police et l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public : un appel au principe de proportionnalité oublié par le législateur ? », *A.P.T.*, 2/2013, p. 184 ; F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », *op. cit.* (voy. note 85), p. 117 ; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 24), p. 183.

produit une analyse plus circonstanciée⁹⁶. Cependant, dans la mesure où ces trois affaires concernaient un symbole issu de la religion chrétienne, la tentation est forte de conclure à une certaine instrumentalisation de la casuistique et à l'existence d'un double standard fondé sur la religion concernée.

Troisièmement, dans la mesure où la plupart des arrêts mettent l'accent sur les particularismes nationaux et sont dès lors profondément contextualisés comme nous venons de l'indiquer, leur valeur précédentielle peut être largement questionnée⁹⁷. Certains auteurs parlent même de « *décision d'espèce*⁹⁸ ». Cela n'a pourtant pas empêché la Cour de se contenter de faire référence à sa jurisprudence antérieure dans certaines affaires pour conclure à l'irrecevabilité des requêtes introduites⁹⁹. Autrement dit, la Cour semble considérer que sa jurisprudence forme un corpus de précédents sérieux et cohérents sur lesquels elle peut s'appuyer pour rendre une décision, dont le caractère général et abstrait peut une fois de plus être souligné du point de vue du requérant alors que, comme le relèvent très justement Isabelle Rorive et Emmanuelle Bribosia, « *cette contextualisation extrême ne permet d'inférer aucun principe directeur en la matière*¹⁰⁰ ».

iii. Le caractère ostentatoire du symbole religieux : l'art délicat de la qualification

Un critère apparemment objectif. La lecture des décisions pertinentes fait ressortir une autre piste de justification quant à la différence de traitement opérée par Strasbourg concernant les symboles religieux. Cette justification a trait au caractère plus ou moins ostentatoire¹⁰¹ que la Cour attribue à ces derniers¹⁰².

Plus précisément, dans les affaires où les juges ont estimé que le symbole en cause constituait un « signe extérieur fort »¹⁰³, ils ont considéré que son interdiction était justifiée. Par contre, dans les affaires où ledit symbole revêtait simplement un caractère discret¹⁰⁴, voire essentiellement passif¹⁰⁵, ils sont généralement parvenus à la conclusion inverse.

Cette qualification a la plupart du temps joué un rôle très important dans la décision de la Cour. Tel fut notamment le cas dans l'épilogue qu'a connu l'affaire *Lautsi*¹⁰⁶. Si une telle distinction peut constituer le fondement d'une justification raisonnable et solide, elle n'en demeure pas moins profondément subjective et incertaine¹⁰⁷.

⁹⁶ Voy. notamment pour l'affaire *Lautsi* : C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), p. 514. Voy. notamment pour les affaires *Eweida* et *Chaplin* : G. NINANE, « Le débat sur la nécessité des restrictions au droit à l'expression dans une société plurielle ... lorsque la liberté est la règle », *J.L.M.B.*, 11/2013, p. 654 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 268 ; G. GONZALEZ, « L'éléphant dans le magasin de porcelaine... », *op. cit.* (voy. note 22), p. 981.

⁹⁷ L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 188 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 10 ; M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, « La neutralité de l'enseignement et le port de signes convictionnels par les enseignants en Communauté française. Etat des lieux à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J. SOHIER (dir.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme : Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 243 ; E. BREMS, « Mag een leerkracht ... », *op. cit.* (voy. note 1), p. 618 ; L. GARLICKI, « Symbolic speech », in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE and A. AUSTIN, *Freedom of expression. Essays in honour of Nicolas Bratza*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2012, p. 344. Dans le même sens : E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 409.

⁹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 10. Dans le même sens : M. ADAMS, *op. cit.* (voy. note 18), p. 38.

⁹⁹ *Supra*.

¹⁰⁰ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 983. Dans le même sens : J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 379 ; S. LAGOUTTE and E.M. LASSEN, *op. cit.* (voy. note 72), p. 47.

¹⁰¹ Ce terme doit être entendu comme suit : qui relève de l'ostentation, c'est-à-dire de l'étalage indiscret d'un avantage ou d'une qualité, de l'attitude de quelqu'un qui cherche à se faire remarquer (Dictionnaire Larousse).

¹⁰² Dans le même sens : J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 13.

¹⁰³ A propos du voile islamique dans l'affaire *Dahlab* pour la première fois. Voy. notamment E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 961 ; A. VAN DE WEYER, « Le port du voile islamique dans l'enseignement », *op. cit.* (voy. note 74), p. 5 ; N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 231.

¹⁰⁴ A propos de la croix dans l'arrêt *Eweida*.

¹⁰⁵ A propos du crucifix dans l'arrêt *Lautsi* (Grande Chambre). Dans ce sens : C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 244 ; J. JACQMAIN, « Symbole passif », note sous Cour européenne des droits de l'homme (gr. ch.) – 18 mars 2011, *Journ. dr. jeun.*, avril 2011, n°304, p. 43.

¹⁰⁶ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 244 ; A. VAN DE WEYER, « Signes religieux : du voile flamand au crucifix italien », *Scolanews*, mai 2011, numéro 05, p. 4 ; C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), p. 517.

¹⁰⁷ J. JACQMAIN, « Symbole passif », *op. cit.* (voy. note 105), p. 43.

Une qualification subjective et incertaine. En effet, pour évaluer le caractère discret, passif ou « fort » du symbole, la Cour tombe presque inévitablement dans un jugement de valeur¹⁰⁸. Si par cette distinction, elle entend établir une différence entre les symboles susceptibles d'endoctrinement et ceux qui ne le sont pas¹⁰⁹, elle ne peut éviter pour ce faire de mobiliser des idées préconçues ainsi que de porter un jugement sur la signification du symbole visé. Cela nous semble relativement en contradiction avec la jurisprudence constante¹¹⁰ selon laquelle « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci¹¹¹ », jurisprudence qui s'applique à plus forte raison à la juridiction strasbourgeoise elle-même nous semble-t-il¹¹².

Force est en outre de constater que celle-ci ne précise à aucun moment les critères sur lesquels elle s'appuie pour établir la distinction¹¹³. Le seul élément de comparaison que la Cour nous livre intervient dans l'arrêt *Lautsi* (Grande Chambre) et porte sur la différence quant au risque d'endoctrinement qui sépare le crucifix d'un discours didactique ou de la participation à des activités religieuses¹¹⁴, ce qui ne permet en aucun cas de justifier la distinction faite entre les symboles religieux entre eux. Par contre, comparer le crucifix et la croix en fonction de facteurs objectifs tels que leur taille (pendentif ou symbole mural) ou les éléments dont ils sont ornés (présence ou absence du corps du Christ¹¹⁵, etc.) pour conclure au caractère plus discret de la deuxième eût paru plus ob-

jectif et plus pertinent mais aurait sans doute remis en cause la qualification du crucifix comme étant « essentiellement passif ». De toute évidence, cette qualification peut malgré tout être remise en question en vertu de la suite du raisonnement suivi par les juges dans ladite affaire : si ceux-ci ont ressenti le besoin de mettre en avant la neutralisation du crucifix par l'ensemble de l'environnement scolaire¹¹⁶, il nous est permis de penser que ce symbole n'est pas aussi passif qu'ils le prétendent¹¹⁷, conformément à ce que la formation de Chambre avait affirmé dans le premier arrêt¹¹⁸.

Qui plus est, aucune définition des qualificatifs employés n'est fournie et Strasbourg néglige même d'en délimiter le contenu¹¹⁹. Dans ce cadre, il devient particulièrement difficile de comprendre ce qu'elle entend par de tels adjectifs¹²⁰. Le terme passif peut par exemple prêter à confusion dans la mesure où il peut viser le caractère soit inactif du symbole, soit non-contraignant¹²¹, soit les deux. Encore faut-il pouvoir souscrire à cette interprétation puisque tout symbole religieux revêt par essence une dimension active de par le message de foi qu'il véhicule¹²². Soulignons encore que le qualificatif « passif » peut également reposer sur le fait que le crucifix est cloué et non porté¹²³. Encore une fois, l'incertitude règne en maître et la justification demeure particulièrement maigre.

En résumé, le caractère « ostentatoire » du symbole religieux est laissé à l'entière appréciation des juges. La démarche de ces derniers présente un cruel manque de précision, de rigueur et de transparence. Le voile islamique s'est vu reconnaître le statut de signe extérieur

¹⁰⁸ Dans ce sens : F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1723.

¹⁰⁹ P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 297.

¹¹⁰ Dans ce sens : M. LEVINET, « Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2006, p. 102.

¹¹¹ Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, § 107.

¹¹² Dans ce sens : L. BURGORUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 196 ; N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 226.

¹¹³ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 246.

¹¹⁴ Cour eur. D.H., arrêt Lautsi e.a. c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06, § 72. Voy. S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 38 ; C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), p. 515.

¹¹⁵ X., « Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux [Freedom of Religion and Freedom from Religion] », *E.J.I.L.*, 2010, liv. 1, p. 3.

¹¹⁶ Les juges ont par exemple tenu compte de la tolérance concernant le port du voile par les élèves. Cour eur. D.H., arrêt Lautsi e.a. c. Italie, *précité*, §§ 72 à 74. Voy. également C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), p. 514.

¹¹⁷ Dans ce sens : D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 480.

¹¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt Lautsi c. Italie, 3 novembre 2009, req. n°30814/06, § 54. Voy. également G. GONZALEZ, « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, *Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009 », *Rev. trim. d. b.*, 82/2010, p.474 ; I. LEIGH, « New trends in religious liberty and the European Court of Human Rights », *Eur. L.J.*, 2010, 12(3), p. 271.

¹¹⁹ P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 294 ; C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), p. 515.

¹²⁰ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 244. Dans le même sens : L. BURGORUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 213, note 79.

¹²¹ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 244. *A contrario*, F. KRENC, « Strasbourg et le voile : bis repetita? », *op. cit.* (voy. note 74), p. 1.

¹²² C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 245.

¹²³ F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1723.

fort¹²⁴, le crucifix est quant à lui qualifié d'essentiellement passif¹²⁵ et la croix de discrète¹²⁶. Cependant, dans d'autres affaires, relatives au turban sikh cette fois, la Cour n'a pas jugé nécessaire de préciser dans quelle catégorie elle rangeait ce symbole, laissant aux autorités françaises le soin de répondre à cette question¹²⁷. Il ressort non seulement de cette analyse que la justification tenant au caractère du signe religieux n'est pas mobilisée dans tous les arrêts, et en plus qu'elle n'est pas construite sur des éléments objectifs et vérifiables mais plutôt à partir de l'interprétation purement personnelle de la Cour elle-même et de ses juges. Par ailleurs, ces derniers s'attachent uniquement au symbole et ne prête que peu d'attention – et parfois aucune – au comportement du requérant faisant l'objet de la mesure de restriction et à sa façon de le porter ou de l'afficher alors que cela peut en soi être particulièrement déterminant et révélateur¹²⁸. Par exemple, Madame Eweida revendiquait porter sa croix de manière visible, refusant de la dissimuler sous ses vêtements. Cela étant, ne faut-il pas considérer que cette façon de porter la croix confère au symbole un caractère extérieur fort et non simplement discret comme les juges l'ont indiqué ? *A contrario*, le voile porté par une étudiante qui n'y attache aucune volonté d'endoctrinement ou de prosélytisme mais le considère comme une simple manifestation de son identité personnelle et religieuse doit-il en toutes circonstances être qualifié de « signe extérieur fort »¹²⁹ ? Quelle que soit la

réponse à cette question, il semble que la Cour n'attache guère d'importance à ces éléments¹³⁰. Tout porte à croire que la Cour attribue par principe un effet prosélytique au foulard¹³¹, effet dont seraient dépourvus selon elle la croix et le crucifix¹³², sans expliciter les raisons d'une telle attribution.

Par conséquent, certains auteurs – que nous rejoignons – voient dans cette distinction la concrétisation d'un double standard établi en fonction de la religion concernée ainsi que d'une bienveillance accrue en faveur des symboles chrétiens, au détriment des signes relevant d'autres religions¹³³. En d'autres termes, il est permis de suggérer que la Cour européenne des droits de l'Homme ne réserve finalement un traitement différent aux symboles religieux qu'en fonction de la religion dont ils se trouvent être la manifestation.

iv. La défense et la promotion de principes supérieurs : l'art délicat de la définition et de la casuistique (bis)

Une autre piste de justification, qui apparaît au moment de l'appréciation du but légitime de la mesure discutée, pourrait résider dans la défense et la promotion, par la Cour, de principes supérieurs¹³⁴. Au titre de ces principes supérieurs, nous avons essentiellement relevé la laïcité, le pluralisme et l'égalité des sexes.

¹²⁴ Cour eur. D.H., déc. Dahlab c. Suisse, 15 février 2001, req. n°42393/98, § 1, p. 14 ; Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, § 111 ; Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 12. Voy. également L. GARLICKI, *op. cit.* (voy. note 97), p. 344.

¹²⁵ Cour eur. D.H., arrêt Lautsi c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06, § 72.

¹²⁶ Cour eur. D.H., arrêt Eweida e.a. c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n°48420/10, n°59842/10, n°51671/10 et n°36516/10, § 94. Voy. également D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 118.

¹²⁷ Dans ce sens : Cour eur. D.H., déc. Jasvir Singh c. France, *précitée*, § 1, p. 8 ; Cour eur. D.H., déc. Ranjit Singh c. France, *précitée*, § 1, p. 8. Voy. également E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 266.

¹²⁸ Dans ce sens : A. VAN DE WEYER, « Enseigner en portant le voile ? », *Scolanews*, mars 2010, n°03, p. 3. Le Conseil d'Etat français a d'ailleurs indiqué dans un avis du 27 novembre 1989 (n°3466893) que « les circonstances dans lesquelles ils sont portés individuellement et collectivement » constituent l'un des facteurs permettant d'influer sur le caractère ostentatoire des symboles religieux. Voy. E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 409.

¹²⁹ Dans ce sens : N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 231 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 15.

¹³⁰ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2683 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 961 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 539.

¹³¹ Le Conseil d'Etat français semble quant à lui suivre une autre approche. Voy. E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 409.

¹³² *Supra*.

¹³³ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 241 et 245. Dans le même sens : P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 294.

¹³⁴ Dans ce sens : L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 199 ; A. VAN DE WEYER, « Le port du voile islamique dans l'enseignement », *op. cit.* (voy. note 74), p. 3.

Laïcité. A propos du principe de laïcité¹³⁵ tout d'abord, il convient de revenir sur la place centrale qui lui est accordée par la Cour¹³⁶ dans la plupart des arrêts qui font l'objet de notre analyse et ce, que l'affaire mette en jeu un crucifix¹³⁷, un foulard¹³⁸ ou un turban¹³⁹. En effet, dans ces arrêts, les juges européens des droits de l'Homme ont observé que la laïcité constituait un élément fondateur de l'Etat concerné¹⁴⁰, auquel ce dernier avait d'ailleurs bien souvent entendu conférer une valeur constitutionnelle¹⁴¹, et ont également consacré sa compatibilité avec le modèle de société démocratique véhiculé par la Convention et ses Protocoles¹⁴². Prenant largement

en compte ledit principe et l'élevant au rang de « but légitime », ils ont affirmé que sa sauvegarde justifiait l'adoption de la mesure engagée¹⁴³. Sans prétendre remettre en question ce raisonnement, il nous est néanmoins permis de mettre en lumière le manque de transparence et de cohérence qui le caractérise une fois encore. Dans certaines affaires¹⁴⁴, la Cour semble avoir opté pour une laïcité inclusive - qui autorise la manifestation de toutes les convictions religieuses dans l'espace public selon un principe d'égalité et inclut la religion dans cet espace¹⁴⁵ -, rompant ainsi avec la conception exclusive de la laïcité - qui s'oppose quant à elle à la manifes-

¹³⁵ Dans le langage courant, la laïcité se définit comme la conception et l'organisation de la société fondée sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat et qui exclut les Eglises de l'exercice de tout pouvoir politique ou administratif, et, en particulier, de l'organisation de l'enseignement (Dictionnaire Larousse).

¹³⁶ S. LAGOUTTE and E.M. LASSEN, *op. cit.* (voy. note 72), p. 49 ; J.-F. FLAUSS, « Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement », in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* (voy. note 110), p. 206.

¹³⁷ Dans l'arrêt *Lautsi*, le terme « laïcité » est cité une cinquantaine de fois tant par les parties que par la Cour.

¹³⁸ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, *précité*, §§ 30 à 39 et 112 à 116 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, *précité*, §§ 17 à 22, 50, 56, 64 et s. ; Cour eur. D.H., arrêt *Kervanci c. France*, *précité*, §§ 17 à 22, 50, 56, 64 et s. Voy. également F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 125 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2686 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 538 ; J. JACQMAIN, « Encore le voile islamique », *Chr. D.S. - Soc. Kron.*, 2003, 06, p. 301 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 186 ; C. ZOETHOUT, « Het verbod op het dragen van opvallende religieuze symbolen op openbare scholen in Frankrijk », *R.R.S.*, 2010/2, p. 31 ; R. TORFS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 870.

¹³⁹ Cour eur. D.H., déc. *Jasvir Singh c. France*, *précitée*, pp. 3, 4 et 7 à 9 ; Cour eur. D.H., déc. *Ranjit Singh c. France*, *précitée*, pp. 3, 4 et 7 à 9. Voy. également F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; C. ZOETHOUT, *op. cit.* (voy. note 138), p. 31.

¹⁴⁰ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, *précité*, §§ 64 et 72. Voy. également J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 379 ; J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *Rev. trim. d. h.*, 57/2004, p. 106 ; M. LEVINET, *op. cit.* (voy. note 110), p. 86 ; F. KRENC, « Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme : éléments de synthèse », *Ann. Dr.*, vol. 65, 2005, n°3-4, p. 230 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 10 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 194 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 958 ; I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 270 ; C. ZOETHOUT, *op. cit.* (voy. note 138), p. 31 ; E. BREMS, « Hoofddoek verbieden... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 13 ; M.-C. FOBLETS in J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 129 ; R. TORFS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 870.

¹⁴¹ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, *précité*, §§ 64 et 72. J.-P. COSTA, *op. cit.* (voy. note 140), p. 106 ; T. MASSIS, « Respect des croyances, dignité et liberté d'expression », in T. MASSIS et C. PETTITI, *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant - Nemesis, 2004, p. 116 ; F. KRENC, « Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme... », *op. cit.* (voy. note 140), p. 230 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 538 ; C. DURAND-PRINBORNE, *La laïcité*, Paris, Dalloz, 1996, p. 9 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 288 ; I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 270 ; Y. LECUYER, « L'Islam, la Turquie et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. d. h.*, 67/2006, p. 755 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 454 ; E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 263 ; C. ZOETHOUT, *op. cit.* (voy. note 138), p. 31 ; P. DE HERT en S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 47 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 409 ; L. GARLICKI, *op. cit.* (voy. note 97), p. 344.

¹⁴² Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, *précité*, § 114 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, *précité*, § 72. Voy. également M. LEVINET, *op. cit.* (voy. note 110), p. 86. Dans le même sens : F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 261 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 538 ; A. GARAY, « L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.I.D.C.*, 2/2005, p. 124 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 187 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 958 ; Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 755 ; R. TORFS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 870.

¹⁴³ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 261. Dans le même sens : J.-P. COSTA, *op. cit.* (voy. note 140), p. 106 ; J.-F. FLAUSS, *op. cit.* (voy. note 136), p. 206 ; G. NINANE, « La notion d'ordre public en matière de police... », *op. cit.* (voy. note 95), p. 185 ; E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 257 ; E. BREMS, « Hoofddoek verbieden... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 13 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 13.

¹⁴⁴ Notamment dans l'affaire *Lautsi* et autres contre Italie.

¹⁴⁵ Voy. N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 228 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1723 ; J. DE GROOF, W. VAN DE DONCK, G. LAUWERS, P. DE GOEDE et T. VERHAPPEN, *op. cit.* (voy. note 12), pp. 8 et 9. L'on parle également de laïcité « ouverte ». Voy. E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), pp. 120 et 121 ; S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 55. Le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a pour sa part opté pour une telle conception de la laïcité. Voy. E. BREMS, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.* (voy. note 93), p. 603 ; M.L.P. LOENEN and J.E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* (voy. note 80), p. 155. Notons par ailleurs qu'il s'agit de la conception défendue par le Conseil d'Etat français à l'occasion d'un célèbre avis rendu le 27 novembre 1989 (n°3466893) et par la Cour constitutionnelle italienne. Voy. notamment V. FABRE-ALIBERT, « La loi française du 15 mars 2004

tation des convictions religieuses dans l'espace public et la limite à la sphère privée¹⁴⁶, qu'elle avait défendu avec ferveur et conviction dans le cadre de la jurisprudence constante d'environ une décennie¹⁴⁷, sans véritablement justifier ni son choix initial, ni son changement de cap¹⁴⁸.

Si cette rupture peut finalement s'expliquer par la diversité des approches nationales, nous avons vu que le raisonnement de la Cour sur ce point ne présente qu'une irréprochabilité toute relative¹⁴⁹. Notons par ailleurs qu'un tel changement a pu être observé au sein d'une même affaire, à savoir celle de Madame Lautsi et de ses enfants, entre les arrêts de Chambre et de Grande Chambre¹⁵⁰; cela étant, l'on peut aisément avancer que l'hétérogénéité des approches nationales ne parvient même plus à épuiser la critique. En outre, nous regrettons encore l'absence de distinction dans le raisonnement de la Cour entre, notamment, élèves et étudiants d'une part, et enseignants d'autre part, alors qu'il est permis de considérer, sur les traces de la juge Tulkens, que « si le principe de laïcité requiert un enseignement affranchi de toute manifestation religieuse et doit

s'imposer aux enseignants, comme à tous les agents des services publics, qui se sont engagés volontairement dans un espace de neutralité, la situation des élèves et des étudiants (...) semble différente¹⁵¹ ».

Pluralisme. Concernant le pluralisme¹⁵² ensuite, la même observation peut être formulée. Ce principe, même si non expressément mentionné¹⁵³, occupe une place centrale dans le système européen de protection des libertés fondamentales¹⁵⁴ et doit être garanti dans toute société démocratique¹⁵⁵. Il est susceptible de justifier une restriction à la liberté religieuse¹⁵⁶ et est régulièrement invoqué en particulier dans le cadre de la problématique que nous avons définie et dans la jurisprudence y relative¹⁵⁷. Mais, et c'est là que le bât blesse, l'analyse du corpus prétorien de Strasbourg fait apparaître une absence de définition concrète et une utilisation parfois très contradictoire du concept. Selon ses propres dires, « la Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse

encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque ? », *Rev. trim. d. b.*, 59/2004, pp. 579 à 584 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 289.

¹⁴⁶ Voy. N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), pp. 228 et 229 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1723. L'on parle également de laïcité « fermée ». Voy. E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 121. Maurice Adams parle quant à lui de pluralisme actif et de pluralisme passif, développant en somme la même dichotomie. Voy. M. ADAMS, *op. cit.* (voy. note 18), pp. 40 et 41.

¹⁴⁷ De *Dablab contre Suisse à Lautsi contre Italie* (Chambre).

¹⁴⁸ Sur cette question, nous rejoignons le point de vue de Niraj Nathwani quant au choix initial de la Cour, dans la mesure où la conception exclusive de la laïcité consiste en une approche beaucoup plus restrictive de la liberté de manifester ses convictions philosophiques ou religieuses et qu'en vertu du principe général de proportionnalité qui se dégage du corpus prétorien strasbourgeois, la solution la plus respectueuse – à toutes choses égales – des droits fondamentaux doit être préférée. N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 229.

¹⁴⁹ Supra.

¹⁵⁰ Dans l'arrêt de Chambre, la Cour réaffirme sa conception exclusive de la laïcité tandis que, dans l'arrêt de Grande Chambre, elle décide d'opter pour une conception inclusive.

¹⁵¹ Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 7. Dans le même sens : N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 230 ; M. JACQUEMAIN et N. ROSA-ROSSO, *op. cit.* (voy. note 95), pp. 78 et 79. Nous posons la question sans y répondre (en raison du cadre restreint de notre étude) : les élèves sont-ils débiteurs de la laïcité et, plus largement, de la neutralité ?

¹⁵² Dans le langage courant, le pluralisme se définit comme un système reconnaissant l'existence de plusieurs modes de pensée, de comportement, d'opinions politiques et religieuses, de plusieurs partis politiques (Dictionnaire Larousse).

¹⁵³ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2007, p. 263.

¹⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, req. n°5493/72, § 49 ; S. LAGOUTTE and E.M. LASSEN, *op. cit.* (voy. note 72), p. 48 ; C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs : le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 187 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2673. Dans le même sens : H. VUYE, « Liberté des cultes : la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation sur des longueurs d'ondes différentes ? », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 16 et 17 ; G. NINANE, « Le débat sur la nécessité des restrictions... », *op. cit.* (voy. note 96), p. 648 ; Mr J.G.C. SCHOKKENBROEK, *op. cit.* (voy. note 25), p. 190 ; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 24), p. 198 ; C. ZOETHOUT, *op. cit.* (voy. note 138), p. 32 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 14.

¹⁵⁵ H. VUYE, « Scheiding Kerk en Staat in een multi-levensbeschouwelijke maatschappij. Historische en prospectieve studie van artikel 21 van de Grondwet », *C.P.D.K.*, 3/2009, pp. 469 et 470.

¹⁵⁶ H. VUYE, « Scheiding Kerk en Staat in een multi-levensbeschouwelijke maatschappij... », *op. cit.* (voy. note 155), pp. 469 et 470 (à propos de l'arrêt Kokkinakis).

¹⁵⁷ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, *précité*, §§ 104, 108, 110, 115 et 116 ; Cour eur. D.H., arrêt Dogru c. France, *précité*, §§ 62, 67 et 71 ; Cour eur. D.H., arrêt Lautsi e.a. c. Italie, *précité*, §§ 62 et 71. Voy. également J.-F. FLAUS, *op. cit.* (voy. note 136), p. 207 ; C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.* (voy. note 154), p. 211 ; S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 38 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2679 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), pp. 541 et 542 ; E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 257 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 199.

et la tolérance dans une société démocratique. Elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité (...) impose à l'Etat de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent. Dès lors, le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent¹⁵⁸ ».

Le respect du pluralisme a permis – de manière profondément critiquable selon nous¹⁵⁹ – de justifier l'interdiction du port de symboles religieux dans des espaces publics¹⁶⁰ et d'en condamner l'affichage obligatoire¹⁶¹. L'on comprend mal comment le même pluralisme a pu justifier la décision inverse¹⁶². Dans le droit fil de la laïcité¹⁶³, le pluralisme autorise et interdit apparemment une pratique et son contraire dans des circonstances particulièrement similaires¹⁶⁴. Il se trouve être le vecteur tantôt de l'uniformité, tantôt de la diversité¹⁶⁵. Dès lors, il convient de s'interroger sur le sens donné à ce

principe et à l'utilisation qui en est faite par la juridiction européenne¹⁶⁶, d'autant plus qu'il pèse lourdement dans son raisonnement.

Egalité des sexes. Quant à l'égalité des sexes enfin, relevons qu'en liant port du voile et soumission de la femme¹⁶⁷, la Cour tombe dans le piège de ses propres préjugés¹⁶⁸ et, contrairement à la jurisprudence qui est la sienne¹⁶⁹, évalue le sens et impose une signification donnée à cette pratique religieuse¹⁷⁰, sans accorder quelque crédit que ce soit au discours de la requérante¹⁷¹. En effet, de nombreuses études sociologiques ont démontré que, dans certains cas, le port du voile est certes vécu comme une contrainte et un avilissement fondé sur le sexe, mais il est parfois un choix librement consenti et même ressenti comme une forme d'émancipation sociale, voire familiale¹⁷². A notre sens, il importe, dans le cadre de l'évaluation de l'atteinte à un principe tel que celui-là, de tenir compte de la façon dont le comporte-

¹⁵⁸ Cour eur. D. H., arrêt Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldavie, 13 décembre 2001, req. n°45701/99, §§ 116 et s. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, § 107 ; Cour eur. D.H., arrêt Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n°27058/05, § 62 ; Cour eur. D.H., arrêt Kervanci c. France, 4 décembre 2008, req. n°31645/04, § 62.

¹⁵⁹ En effet, nous rejoignons Malcolm D. Evans lorsqu'il affirme « *qu'on ne peut sérieusement soutenir que l'obligation de neutralité et d'impartialité implique le retrait du symbolisme religieux de l'espace public. L'article 9 lui-même indique clairement que la liberté de religion comprend celle de manifester sa religion ou sa conviction 'en public' et que cette liberté nécessite de la part de l'Etat qu'il la facilite plutôt qu'il la contrecarre, par le biais de la réglementation du domaine public* ». Voy. M.D. EVANS, *Manuel sur le port des symboles religieux dans les lieux publics*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2009, p. 65. Dans le même sens : J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), pp. 539 et 540 ; M. JACQUEMAIN et N. ROSA-ROSSO, *op. cit.* (voy. note 95), p. 80 ; M. ADAMS, *op. cit.* (voy. note 18), p. 40.

¹⁶⁰ Ce fût le cas dans les affaires relatives au voile et au turban sikh.

¹⁶¹ Ce fût le cas dans l'arrêt de Chambre rendu dans l'affaire *Lautsi*. Voy. F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1722 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 248 ; P. DE HERT en S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 47.

¹⁶² Ce fût le cas dans l'arrêt de Grande Chambre rendu dans l'affaire *Lautsi*. Voy. C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.* (voy. note 154), p. 209. Dans le même sens : C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 249.

¹⁶³ Dans ce sens : M. JACQUEMAIN et N. ROSA-ROSSO, *op. cit.* (voy. note 95), pp. 16 et 17.

¹⁶⁴ Les affaires Dahlab et Lautsi portent sur des faits essentiellement et objectivement similaires (mais pas identiques). Les deux affaires concernent en effet le respect de la liberté de religion dans le cadre d'un établissement d'enseignement public. La Cour semble d'ailleurs avoir parfaitement conscience de cette similitude et entendra distinguer lesdites situations afin de justifier son changement de cas (*infra*).

¹⁶⁵ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.* (voy. note 153), p. 263.

¹⁶⁶ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2684 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1723 ; F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.* (voy. note 153), p. 264.

¹⁶⁷ T. LOENEN, « Framing Headscarves and Other Multi-cultural Issues as Religious, Cultural, Racial or Gendered: the Role of Human Rights Law », *N.Q.H.R.*, 4/2012, p. 476.

¹⁶⁸ J.-F. FLAUSS, *op. cit.* (voy. note 136), p. 212. Dans le même sens : I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), pp. 2684 et 2685 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 536. Concernant le caractère fondamentalement problématique de l'argument relatif à l'égalité entre hommes et femmes : S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 11 ; E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *T.B.P.*, 2004, p. 353 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 195. Dans le même sens : F. PONDEVILLE, *op. cit.* (voy. note 86), p. 32 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 962 ; E. BREMS, « Mag een leerkracht ... », *op. cit.* (voy. note 1), p. 618.

¹⁶⁹ *Supra*. Voy. également : S. LAGOUTTE et E.M. LASSEN, *op. cit.* (voy. note 72), p. 49 ; M.D. EVANS, *op. cit.* (voy. note 159), p. 60 ; J.-F. FLAUSS, « Les signes religieux », in T. MASSIS et C. PETTITI, *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2004, p. 102 Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 12.

¹⁷⁰ Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 12 ; E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 124 ; M.L.P. LOENEN et J.E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* (voy. note 80), p. 130 ; J.-F. FLAUSS, « Les signes religieux », *op. cit.* (voy. note 169), p. 102 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 195 ; N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), pp. 231 et 253 ; M.-C. FOBLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 129.

¹⁷¹ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2684.

¹⁷² Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens, § 11 ; J.-F. FLAUSS, *op. cit.* (voy. note 136), p. 212 ; M.L.P. LOENEN et J.E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* (voy. note 80), pp. 158 et 159 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2684 ; J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 537 ; Y. DONDEERS, « Human Rights and Cultural Diversity : too hot to handle ? », *N.Q.H.R.*, 4/2012, p. 380 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le

ment est perçu de l'extérieur mais aussi et avant tout de la perception intérieure et personnelle de l'intéressée¹⁷³. La Cour a d'ailleurs affirmé plus tard, dans l'arrêt *Eweida*, que la perception subjective du requérant doit être prise en considération¹⁷⁴.

Ayant ces éléments à l'esprit, nous pouvions attendre des juges de Strasbourg qu'ils fassent preuve d'une plus grande vigilance quant au travers que constitue une connexion aussi théorique et si peu circonstanciée¹⁷⁵. Et Sébastien Van Drooghenbroeck de formuler la question suivante : « *l'égalité et la non-discrimination auraient-elles définitivement cessé d'être des droits subjectifs pour n'être plus que des valeurs sociales collectives sous-traitées à toute maîtrise de la part de ceux – en l'occurrence de celles – qui sont censées en bénéficier ?*¹⁷⁶ ».

Casuistique bis. Nous souhaiterions une fois encore soulever le caractère profondément problématique des renvois de jurisprudence effectués dans les affaires relatives au turban sikh. Ces dernières ont fait l'objet de décisions d'irrecevabilité que la Cour a rendues en s'appuyant exclusivement sur sa jurisprudence antérieure¹⁷⁷ qui, rappelons-le, ne concernait à l'époque que le voile islamique. Dans la mesure où ladite jurisprudence se fondait notamment sur la promotion du principe d'égalité des sexes, nous éprouvons quelques difficultés à cerner l'exacte pertinence, l'opportunité ainsi que la vali-

dité juridique de tels renvois et, partant, de telles décisions.

Au vu de ce qui vient d'être exposé, il ressort que la démarche de la Cour, qui se veut casuistique, présente un net déficit méthodologique lorsqu'elle s'applique au requérant en ce sens que ses magistrats négligent d'expliquer en quoi le comportement dudit requérant porte atteinte ou, en tout cas, constitue un frein à la sauvegarde des principes que le Gouvernement défendeur ou eux-mêmes entendent invoquer¹⁷⁸. L'on dirait presque que Strasbourg part du postulat que, d'une part, ces principes ont une valeur supérieure – sans exposer les fondements véritables d'une telle affirmation – et, d'autre part, le comportement adopté par le requérant ou la demande qu'il formule entre forcément en contradiction avec ces mêmes principes. Cela étant, nous ne pouvons que souligner la dimension toujours plus abstraite et générale des développements de la Cour ainsi que de la solution qu'elle retient.

La défense de principes supérieurs eût pu constituer une explication solide et objective, en plus d'être tout à fait louable. Cependant, nous l'avons vu, les principes invoqués ne sont pas toujours interprétés de la même façon par les juges européens¹⁷⁹. Par ailleurs, ces derniers s'abstiennent le plus souvent d'en fournir une définition précise et n'en déterminent que très rarement la portée et les limites¹⁸⁰. Notons enfin que de tels principes sont uniquement invoqués dans certaines décisions et non de

voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 11 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 962 ; N. GEERTS (dir.), *La laïcité à l'épreuve du XXI^{ème} siècle*, Liège, Coll. Rappels, Ed. Luc Pire, 2009, pp. 69 et 71 ; M. JACQUEMAIN et N. ROSA-ROSSO, *op. cit.* (voy. note 95), pp. 50 à 52 et pp. 84 à 86 ; D. MCGOLDRICK, *Human rights and religion...*, *op. cit.* (voy. note 31), p. 14 ; E. BREMS, « Mag een leerkracht ... », *op. cit.* (voy. note 1), p. 618 ; E. BREMS en L. LAVRYSEN, *op. cit.* (voy. note 74), pp. 142 et 143 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 16 ; M.-C. FOBLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 129.

¹⁷³ Dans ce sens : E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 124 ; *Avis n° 54 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes du 13 septembre 2002 au sujet du voile islamique*, *Journ. dr. jeun.*, octobre 2002, n°218, p. 9 ; M.-C. FOBLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), pp. 129 et 130. Dominic McGoldrick rappelle très justement ce qui nous semble pourtant relever de l'évidence : le sens d'une pratique religieuse – et du port du foulard plus précisément – varie en fonction de l'angle sous lequel on l'évalue (sous l'angle de celle qui le porte ou de l'observateur extérieur). Voy. D. MCGOLDRICK, *Human rights and religion...*, *op. cit.* (voy. note 31), p. 14.

¹⁷⁴ D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 113 (à propos du point de savoir si le port de la croix constitue une obligation religieuse ou non).

¹⁷⁵ S. LAGOUTTE and E.M. LASSEN, *op. cit.* (voy. note 72), p. 52. Dans ce sens : E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), pp. 124 et 126 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2680 ; X. DELGRANGE, « La démocratie voilée », *R.R.D.*, 2007, liv. 124-125, p. 379 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 195 ; M.-C. FOBLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 129.

¹⁷⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 11 ; M.L.P. LOENEN and J.E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* (voy. note 80), p. 130.

¹⁷⁷ *Supra*. Voy. également C. ZOETHOUT, *op. cit.* (voy. note 138), p. 31.

¹⁷⁸ Dans ce sens : I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 271. Comme Emmanuel Decaux lorsqu'il affirme que « *tout se passe comme si (...) la Cour découvrirait de nouveaux buts implicites, en parlant de 'neutralité', de 'pluralisme' et de 'tolérance'* », la Cour nous donne parfois l'impression de faciliter la tâche du Gouvernement défendeur ou de manifester à tout le moins la volonté de le conforter dans ses agissements en dégageant elle-même toute une série de buts légitimes permettant de les justifier. Voy. E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 257.

¹⁷⁹ Dans ce sens : I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2696 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1727 ; I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 269.

¹⁸⁰ Dans ce sens : J. RINGELHEIM, « Droit et religion dans l'Europe des juges... », *op. cit.* (voy. note 74), p. 559 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 210 ; Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 755.

façon systématique¹⁸¹. Cet usage sélectif renforce selon nous leur dimension subjective. Et c'est tout le travail de la Cour qui se trouve pour ainsi dire affaibli par cette inconstance et ce manque de complétude.

v. L'existence de conflits de droits distincts : l'art délicat de la pondération, voire de la hiérarchisation

Enfin, la dernière piste de justification juridique qui ressort de notre analyse intervient quant à elle dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la mesure contestée et tient à l'existence de conflits de droits différents au sein des diverses affaires sur lesquelles la Cour a eu l'occasion de se pencher. Cela pourrait expliquer les différentes solutions retenues par celle-ci, la résolution du conflit de droits penchant tantôt en faveur de la liberté religieuse, tantôt en faveur du droit et des intérêts concurrents.

Identification des conflits. La problématique de la place des symboles religieux à l'école et au travail peut en effet être appréhendée sous l'angle des conflits de droits¹⁸² ou, plus largement, d'intérêts dont voici quelques exemples :

- Liberté positive de religion du requérant vs liberté négative de religion des autres individus¹⁸³, croyants et

non-croyants, parents ou élèves ;

- Droits et libertés de la majorité vs droits et libertés des minorités¹⁸⁴ ;
- Liberté religieuse du requérant ou de ses parents vs obligation de l'Etat d'assurer une certaine neutralité¹⁸⁵, voire de protéger les élèves du prosélytisme¹⁸⁶ ;
- Liberté positive de religion du requérant vs droits et intérêts de son employeur (dont l'image de marque)¹⁸⁷ ;
- Liberté individuelle vs intérêts collectifs, voire libertés collectives¹⁸⁸ ;
- Liberté religieuse vs droit à l'instruction du requérant (voire obligation lorsqu'il s'agit d'un jeune mineur)¹⁸⁹ ;
- Etc.

Ces conflits de droits et leur résolution dépendent précisément du contexte factuel auquel se rattache le recours¹⁹⁰. Cependant, nous avons relevé le manque flagrant de casuistique qui caractérise l'examen des juges européens sur ce point, en particulier s'agissant du point de vue du requérant¹⁹¹. Force est de constater que la

¹⁸¹ Force est en effet de constater que les principes développés ci-avant ne se retrouvent pas (ou peu) dans le dernier arrêt de la Cour concernant le cas de Mesdames Eweida et Chaplin.

¹⁸² D. MCGOLDRICK, *Human rights and religion...*, *op. cit.* (voy. note 31), p. 28 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 186. Dans le même sens : M.L.P. LOENEN and J.E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* (voy. note 80), p. 325 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 112.

¹⁸³ Cour eur. D.H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 29 juin 2004, req. n° 44774/98, § 101 ; N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 235 ; G. GOEDERTIER et P. VANDEN HEEDÉ, « Signes convictionnels dans l'enseignement officiel – Quatre questions autour de la compétence, de la neutralité, de la liberté de religion et de la discrimination », *Rev. dr. commun.*, 2011/4, p. 26 ; Cour eur. D.H., arrêt Lautsi e.a. c. Italie, 18 mars 2011, req. n° 30814/06, § 55 ; E. BREMS, « Above children's heads... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 122 ; J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 380 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 197 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 293 ; J. DE GROOF, W. VAN DE DONCK, G. LAUWERS, P. DE GOEDE et T. VERHAPPEN, *op. cit.* (voy. note 12), p. 25 ; P. DE HERT en S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 46 ; M.-C. FOLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 129.

¹⁸⁴ Dans ce sens : N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 238 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), pp. 496 et 497 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), pp. 15 et s. ; M.-C. FOLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 130 ; H. VUYE, « Scheiding Kerk en Staat in een multi-levensbeschouwelijke maatschappij... », *op. cit.* (voy. note 155), p. 470.

¹⁸⁵ B. TAHZIB-LIE, *op. cit.* (voy. note 91), p. 565 ; F. KRENC, « Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme... », *op. cit.* (voy. note 140), p. 231 ; M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, *op. cit.* (voy. note 97), p. 238 ; G. NINANE, « La notion d'ordre public en matière de police... », *op. cit.* (voy. note 95), p. 184 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 3 ; C. MELKEBEEK, « Kinderrechten in andere tijdschriften », *T.J.K.*, 2010/1, p. 78.

¹⁸⁶ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2680 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 293 ; M.L.P. LOENEN and J.E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* (voy. note 80), p. 129 ; M.-C. FOLETS en J. VELAERS, *op. cit.* (voy. note 74), p. 129.

¹⁸⁷ B. TAHZIB-LIE, *op. cit.* (voy. note 91), pp. 566 et s. ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 256 ; G. NINANE, « Le débat sur la nécessité des restrictions... », *op. cit.* (voy. note 96), p. 655 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 108.

¹⁸⁸ C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), pp. 507, 518 et s. ; Y. DONDELS, *op. cit.* (voy. note 172), p. 379 ; J. DE GROOF, W. VAN DE DONCK, G. LAUWERS, P. DE GOEDE et T. VERHAPPEN, *op. cit.* (voy. note 12), p. 23 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 11. Dans le même sens : D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 119 (à propos des impératifs de sécurité et d'hygiène invoqués dans l'affaire Chaplin).

¹⁸⁹ X. DELGRANGE, *op. cit.* (voy. note 175), p. 384 ; J. DE GROOF, W. VAN DE DONCK, G. LAUWERS, P. DE GOEDE et T. VERHAPPEN, *op. cit.* (voy. note 12), p. 23 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 3.

¹⁹⁰ D. MCGOLDRICK, *Human rights and religion...*, *op. cit.* (voy. note 31), p. 286 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 465 ; G. NINANE, « Le débat sur la nécessité des restrictions... », *op. cit.* (voy. note 96), p. 655.

¹⁹¹ *Supra*.

Cour ne distingue guère les différents conflits de droits qu'elle est tenue de solutionner¹⁹² ou, en tout cas, pas de façon appropriée¹⁹³. Par exemple, lorsqu'elle entend comparer les affaires *Dahlab* et *Lautsi* dans le but de les distinguer et de justifier sa décision qui diffère diamétralement de sa jurisprudence antérieure¹⁹⁴, la juridiction strasbourgeoise met de côté un élément essentiel : il est question d'affichage étatique et non de port individuel¹⁹⁵ et, contrairement à une enseignante, l'Etat instructeur – ses murs à plus forte raison – ne jouit pas de la liberté de religion telle que consacrée par la Convention¹⁹⁶. Le conflit de droit qui est porté devant la Grande chambre est dès lors sensiblement distinct mais pour d'autres raisons que celles qu'elle évoque. Il ne s'agit pas, comme elle paraît le concevoir, d'un litige opposant la liberté positive de religion de l'Etat ou de la société à la liberté négative de religion de la requérante (et de ses enfants) mais bien d'un conflit entre celle-ci et l'intérêt de l'Etat à perpétuer une tradition nationale ainsi qu'à sauvegarder son héritage culturel et historique¹⁹⁷.

Sans prétendre détenir d'aucune façon la solution adéquate, au moins sommes-nous en mesure de questionner la validité juridique de l'argumentation de la Cour,

notamment sous cet angle, et d'interroger la prépondérance qu'elle entend accorder à cet intérêt étatique¹⁹⁸.

Résolution des conflits. En vertu du principe de l'effectivité des droits garantis¹⁹⁹, il est généralement attendu des juges qu'ils promeuvent la mesure qui s'avère la plus conciliante au regard des droits et intérêts antagonistes²⁰⁰. A l'occasion du contrôle de proportionnalité, la Cour est dès lors censée vérifier si une mesure moins restrictive ne permettrait pas d'atteindre tout aussi bien l'objectif visé ou de préserver le droit concurrent²⁰¹. Tout se passe toutefois comme si les gardiens de la Convention faisaient purement et simplement primer un droit ou un intérêt sur l'autre, sans envisager si une telle alternative existe concrètement²⁰². Au contraire, ils ont en fait parfois tendance à tenir le raisonnement opposé, recherchant une alternative au comportement du requérant susceptible de ne pas entrer en concurrence avec les droits, intérêts ou principes jugés supérieurs²⁰³.

Dans la mesure où, à quelques exceptions près, la Cour a systématiquement conclu à la non-violation des articles garantissant le respect des convictions philosophiques et religieuses et a considéré que celui-ci devait cé-

¹⁹² Mustapha Afroukh parle de « déficit de représentativité des intérêts en présence devant la juridiction strasbourgeoise ». Voy. M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 451. Dans le même sens : E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 960.

¹⁹³ M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 515.

¹⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Lautsi* e.a. c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06, §§ 73 et s.

¹⁹⁵ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 239 ; F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », *op. cit.* (voy. note 85), p. 135 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 965.

¹⁹⁶ F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1726. Dans le même sens : J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 379 ; F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », *op. cit.* (voy. note 85), p. 135 ; P. RONCHI, *op. cit.* (voy. note 31), p. 297.

¹⁹⁷ La Cour le suggère néanmoins une fois dans son arrêt. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Lautsi* c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06, § 68.

¹⁹⁸ M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, *op. cit.* (voy. note 97), p. 240. Dans le même sens, à propos de l'arrêt *Leyla Sahin* (Grande Chambre) : I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2683 ; F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 960.

¹⁹⁹ P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^{ed} ed., The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 74 à 76 ; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 24), p. 183 ; Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 25), pp. 102 à 104.

²⁰⁰ Julie Ringheleim propose différentes méthodes de résolution des conflits de droits dont celle de la conciliation. Voy. J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 380. Voy. également E. BREMS, « Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge ? », *Rev. trim. d. h.*, 70/2007, p. 359 ; D. SHELTON, « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 155 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), pp. 448, 466 et s. ; C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.* (voy. note 154), p. 201 ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 423 et 424 (reprenant un extrait de l'opinion concordante formulée par le juge Loucaides à l'occasion de l'arrêt *Lindon, Orbachkosky-Laurens* et *July* c. France du 22 octobre 2007).

²⁰¹ F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, (voy. note 23), p. 36, § 32 ; E. BREMS, « Vers des clauses transversales... », *op. cit.* (voy. note 200), p. 360 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), pp. 451, 452, 479 et s. ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 957 ; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *op. cit.* (voy. note 24), p. 203. Dans le même sens : E. BREMS en L. LAVRYSEN, *op. cit.* (voy. note 74), p. 144 ; J. DE GROOF, W. VAN DE DONCK, G. LAUWERS, P. DE GOEDE et T. VERHAPPEN, *op. cit.* (voy. note 12), p. 23 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 12 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 409 ; A. YERNAUX, *Les convictions du travailleurs et l'entreprise*, Etudes pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2014, p.20.

²⁰² E. BREMS, « Vers des clauses transversales... », *op. cit.* (voy. note 200), p. 360 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 957.

²⁰³ En effet, la Cour a par exemple considéré que, dans la mesure où le requérant pouvait poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance, la mesure n'était pas disproportionnée. Cour eur. D.H., arrêt *Dogru* c. France, *précité*, § 76 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kervanci* c. France, *précité*, § 76. Voy. également F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », *op. cit.* (voy. note 85), p. 118 ; D. CUYERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 113. Cependant, dans l'arrêt *Eweida*, la Cour semble doucement se dégager de cette tendance. Voy. A. YERNAUX, *op. cit.* (voy. note 201), p.23.



der le pas à des droits, des intérêts ou des principes dits supérieurs, est-il possible de déceler une diminution du niveau de protection de la liberté de religion²⁰⁴ ? En poussant le raisonnement encore plus loin, peut-on y voir une forme de hiérarchisation des droits et libertés²⁰⁵ ?

Une hiérarchisation des droits ? Malgré la théorie de l'indivisibilité des droits fondamentaux²⁰⁶, il existe une certaine hiérarchie au sein de ces derniers²⁰⁷. Cette hiérarchie est généralement et classiquement fondée sur leur caractère absolu ou relatif²⁰⁸, voire (in)dérogeable²⁰⁹. Cela étant, il nous est par exemple permis d'affirmer que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants revêt un statut supérieur à celui du respect de la vie privée²¹⁰.

Au sein des droits relatifs cette fois, la lettre de la Convention suggère que les articles 8, 10 et 11 de la Convention tolèrent des restrictions plus nombreuses et moins limitées que celles admises par l'article 9²¹¹, le second paragraphe de ces trois dispositions admettant un nombre plus grand de buts légitimes susceptibles de justifier une ingérence aux droits qu'elles protègent. Pourtant, il est bien connu que, dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme a longtemps

accordé une place prépondérante aux libertés que consacrent ces trois articles ou qu'elle les interprète à tout le moins avec largesse²¹² et fait preuve d'un activisme²¹³ que l'on ne retrouve pas – ou plus – en matière religieuse, du moins en ses aspects individuels²¹⁴.

Sous un autre angle et eu égard à l'interprétation particulièrement large dont la liberté négative de religion est assortie²¹⁵ ainsi qu'à la formulation non limitative de l'article 2 du Premier Protocole²¹⁶, peut-on aller jusqu'à affirmer qu'il existe aussi une hiérarchie interne à la liberté religieuse elle-même, en dehors de celle qui existe déjà entre for interne et for externe²¹⁷ ? Précisons, d'une part, que certains juges ont expressément rejeté cette forme de hiérarchie²¹⁸ et, d'autre part, que cette conclusion nous semble quelque peu hâtive au vu des récents développements prétoriens sur ce point. Les derniers arrêts intervenus à Strasbourg en matière de port ou d'affichage de symboles religieux dans l'espace public tendent en effet à faire prévaloir la dimension positive de la liberté de religion²¹⁹. De plus, depuis l'arrêt *Leyla Sahin* notamment, la Cour aligne le contrôle de l'article 2 du Premier Protocole sur celui de l'article 9²²⁰. Faut-il y apercevoir une tendance générale ou de simples nivellements

²⁰⁴ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2684; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), pp. 201 et 204.

²⁰⁵ Dans ce sens : M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 524.

²⁰⁶ P. DUCOULOMBIER, *op. cit.* (voy. note 200), pp. 475 à 479 ; S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX et K. VAN LAETHEM, *Handboek Mensenrechten. De internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2011, p. 17.

²⁰⁷ M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 523.

²⁰⁸ A. VAN DE WEYER, « Le port du voile islamique dans l'enseignement », *op. cit.* (voy. note 74), p. 3 ; J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 380 ; D. SHELTON, *op. cit.* (voy. note 200), p. 156 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 194.

²⁰⁹ D. SHELTON, *op. cit.* (voy. note 200), p. 154 ; P. DUCOULOMBIER, *op. cit.* (voy. note 200), pp. 485 et s. ; P. DE HERT et S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 43.

²¹⁰ Dans ce sens : D. SHELTON, *op. cit.* (voy. note 200), p. 165.

²¹¹ P. LAMBERT, « La liberté religieuse de l'avocat et les impératifs liés à la bonne administration de la justice », *J.T.*, 29/2012, n°6489, p. 604.

²¹² Dans ce sens : S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 10 (se référant à l'arrêt *Musulim Gunduz c. Turquie* du 4 décembre 2003) ; D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges... », *op. cit.* (voy. note 7), p. 122 ; I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 266 ; E. DECAUX, « La question de la typologie des droits de l'homme au sein du système du Conseil de l'Europe », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, *op. cit.* (voy. note 200), p. 309 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), pp. 485 et s. ; Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 750 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 499 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 205 ; C. VAN DE HEYNING, « Vijftig jaar Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Hercules naar Sisyphus », *R.W.*, 2009-10, nr. 15, p. 603 ; P. DE HERT et S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 43.

²¹³ M. BOSSUYT, « Rechterlijk activisme in Straatsburg », *R.W.*, 2013-14, nr. 19, p. 728. Dans le même sens : S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 11.

²¹⁴ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 264 ; F. ONCLIN, *op. cit.* (voy. note 36), p. 826 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 197 ; Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 750 ; L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 205. Dans le même sens : L. GARLICKI, *op. cit.* (voy. note 97), p. 346, note 49.

²¹⁵ N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 237 ; C. RUET, *op. cit.* (voy. note 92), p. 512.

²¹⁶ Au contraire des articles 8 à 10 de la Convention, l'article 2 du Premier Protocole ne contient aucune clause limitative.

²¹⁷ I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), pp. 2673 et 2674 ; M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 195 ; S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX et K. VAN LAETHEM, *op. cit.* (voy. note 206), p. 265 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 112.

²¹⁸ P. DUCOULOMBIER, *op. cit.* (voy. note 200), p. 481.

²¹⁹ Il convient de relever que dans les affaires *Lautsi* et *Eweida*, la Cour semble redorer le blason de la liberté positive de religion dans la mesure où elle entend tolérer le port et l'affichage de symboles religieux dans des espaces publics, alors que dans les affaires précédentes, elle avait accordé plus de poids à la liberté négative de religion d'autrui afin d'en légitimer l'interdiction. Dans ce sens : G. GONZALEZ, « L'éléphant dans le magasin de porcelaine... », *op. cit.* (voy. note 22), p. 977.

²²⁰ C. BROCAL, *op. cit.* (voy. note 33), p. 404.

ponctuels ? Seule la jurisprudence ultérieure sera à même de l'établir.

Quoi qu'il en soit, il serait plus prudent et plus judicieux pour Strasbourg de ne pas opter pour une hiérarchisation quelle qu'elle soit, même si celle-ci semble constituer une méthode de résolution des conflits de droits claire, précise et prévisible²²¹. Suivre une telle approche ne ferait que renforcer le caractère abstrait et général de ses décisions, empêchant « *notamment la prise en compte de l'ensemble des éléments du litige en se focalisant sur le poids abstrait des droits dans l'échelle des valeurs*²²² ».

Soulignons enfin que, même si nous devons reconnaître que dans l'arrêt Eweida et autres, la Cour a réaffirmé le caractère fondamental de la liberté de religion²²³ – que l'on avait presque oublié –, et a réalisé une analyse plus concrète ainsi qu'une mise en balance plus rigoureuse des intérêts en présence²²⁴, nous regrettons sincèrement que tous les arrêts ne soient empreints d'une telle démarche. Il s'agit à l'heure actuelle d'une minorité d'affaires mais nous espérons que le corpus prétorien des juges des droits de l'Homme continuera à évoluer dans ce sens. Nous ne saurions en effet que conseiller à la Cour d'être plus attentive à la succession et à l'évolution des faits, aux concessions réciproques des parties et aux éventuelles mesures alternatives mais aussi de mettre en évidence et d'examiner les conflits de droits en

jeu avec plus de précision et de transparence²²⁵, à l'instar de ce qu'elle a réalisé dans ce dernier arrêt²²⁶. De la sorte, il est certain qu'elle assurera à la solution retenue une plus grande légitimité juridique et politique²²⁷.

b. Une piste de justification non-juridique : la sensibilité de la question et l'existence de pressions politiques ou l'art délicat de la diplomatie

Une autre hypothèse pourrait, selon nous, expliquer les différences – ou incohérences – existant au sein de la jurisprudence strasbourgeoise relative à la place des symboles religieux dans l'enseignement et au travail. Cette piste de justification tient au caractère pour le moins sensible de cette problématique, notamment sur le plan politique.

Jusqu'au prononcé de l'arrêt de Grande Chambre dans l'affaire Lautsi contre Italie, la Cour a suivi une jurisprudence constante lorsqu'elle était amenée à se prononcer sur la question des signes religieux à l'école ou sur le lieu de travail²²⁸. Sa position sur le sujet était la suivante : dans le cadre de la marge d'appréciation dont jouissent les Etats, le port et l'affichage de tels signes peuvent légitimement être limités, voire interdits. L'arrêt rendu par la formation de Chambre dans la célèbre « affaire du crucifix italien », arrêt s'insérant dans la continuité de la jurisprudence décrite ci-avant²²⁹, a néanmoins fait l'objet d'un flot de critiques sans précédents²³⁰ et émanant de

²²¹ P. DUCOULOMBIER, *op. cit.* (voy. note 200), p. 480.

²²² P. DUCOULOMBIER, *op. cit.* (voy. note 200), p. 480.

²²³ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), pp. 257 et 259 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 112 ; G. GONZALEZ, « L'éléphant dans le magasin de porcelaine... », *op. cit.* (voy. note 22), p. 980.

²²⁴ Cette constatation ressort du commentaire de Cécile Mathieu, Serge Gutwirth et Paul De Hert. Voy. C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), pp. 256 à 260. Voy. également G. NINANE, « Le débat sur la nécessité des restrictions... », *op. cit.* (voy. note 96), p. 648.

²²⁵ M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 464.

²²⁶ G. NINANE, « Le débat sur la nécessité des restrictions... », *op. cit.* (voy. note 96), p. 655.

²²⁷ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 259. Dans le même sens : M. AFROUKH, *op. cit.* (voy. note 90), p. 454. *Supra*.

²²⁹ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'Etat dans l'enseignement public ? », *J.D.E.*, 5/2010, n°169, p. 138.

²³⁰ S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 31 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'Etat dans l'enseignement public ? », *J.D.E.*, 5/2010, n°169, p. 138 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), pp. 470 et s. ; I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 271 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1718 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 239.

toutes parts (hauts responsables italiens²³¹, Vatican/Eglise catholique²³², autres Etats membres²³³, doctrine, médias²³⁴ et citoyens sur les réseaux sociaux²³⁵).

Un terrain sensible. En réalité, la problématique des signes religieux présente une dimension hautement symbolique²³⁶ et doit être appréhendée à la lumière de la question plus générale de la multiculturalité, de l'immigration et du vivre ensemble²³⁷, en particulier de la coexistence des religions et du retour en visibilité de celles-ci²³⁸. Dépassant le cadre du religieux pour intégrer celui du politique²³⁹, cette question demeure particulièrement sensible et délicate²⁴⁰ dans la mesure où, d'une part, elle génère de nombreuses tensions entre les Etats membres mais aussi en leur sein²⁴¹ et, d'autre part, elle touche en partie au noyau de la souveraineté étatique. Par ailleurs, l'Europe a longtemps été sous l'hégémonie du christianisme et de nombreux Etats se sont construits autour de cette religion²⁴². Cela étant, remettre en

question la place du crucifix revient à remettre en cause le fondement de ces Etats, leur histoire mais aussi la place de la religion chrétienne restée longtemps et largement majoritaire en ces territoires. A notre sens, c'est consciente de cela que la Grande Chambre a renversé la décision intervenue précédemment et a une fois de plus brandi avec ferveur la théorie de la marge de discrétion nationale²⁴³ afin d'éviter de se prononcer sur le fond de la question²⁴⁴.

Des pressions politiques ? Eu égard au nombre de parties intervenantes dans le cadre du renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre mais surtout à la qualité de ces parties – trente-trois membres du Parlement européen ainsi que les gouvernements de dix Etats parties à la Convention²⁴⁵ – il est possible de penser que la Cour a fait l'objet d'une certaine pression politique²⁴⁶. L'autorité normative de Strasbourg – récemment et plusieurs fois

-
- ²³¹ A. VAN DE WEYER, « Signes religieux : du voile flamand au crucifix italien », *op. cit.* (voy. note 106), p. 3 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 470 ; S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 32 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1718 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 267 ; C. MELKEBEEK, *op. cit.* (voy. note 185), p. 84.
- ²³² A. VAN DE WEYER, « Signes religieux : du voile flamand au crucifix italien », *op. cit.* (voy. note 106), p. 3 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), pp. 463, 470 et 471.
- ²³³ A. VAN DE WEYER, « Signes religieux : du voile flamand au crucifix italien », *op. cit.* (voy. note 106), p. 3 ; D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), pp. 470 et 471 ; I. LEIGH, *op. cit.* (voy. note 118), p. 271 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1718.
- ²³⁴ F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1718.
- ²³⁵ D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 470.
- ²³⁶ Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 757.
- ²³⁷ Dans ce sens : C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'Etat dans l'enseignement public ? », *J.D.E.*, 5/2010, n°169, p. 138 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 951 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 10.
- ²³⁸ Dans ce sens : P. DE HERT et S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 42 ; C. MELKEBEEK, *op. cit.* (voy. note 185), p. 84.
- ²³⁹ Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 757 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2685 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 960 ; G. CACERES, *op. cit.* (voy. note 77), p. 37 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 10.
- ²⁴⁰ L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *op. cit.* (voy. note 35), p. 202 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 951 ; Y. DONDEERS, *op. cit.* (voy. note 172), p. 377 ; X., « Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux... », *op. cit.* (voy. note 115), p. 2 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1727 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *op. cit.* (voy. note 45), p. 10 ; F. KRENC, « Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme... », *op. cit.* (voy. note 140), p. 230 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 114.
- ²⁴¹ La cour le relève d'ailleurs systématiquement en répétant cette affirmation désormais très connue : « Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement ». Voy. notamment : J.-P. COSTA, *op. cit.* (voy. note 140), p. 106 ; Y. LECUYER, *op. cit.* (voy. note 141), p. 755 ; I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 2), p. 2682 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), pp. 958 et 964 ; F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », *op. cit.* (voy. note 85), p. 128 ; J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 379 ; E. DECAUX, *op. cit.* (voy. note 87), p. 264 ; F. KRENC, « Strasbourg et le voile : bis repetita? », *op. cit.* (voy. note 74), p. 1 ; E. BREMS, « Het recht van leerlingen... », *op. cit.* (voy. note 31), p. 408.
- ²⁴² J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants... », *op. cit.* (voy. note 83), p. 370. Dans le même sens : M. ADAMS, *op. cit.* (voy. note 18), p. 36.
- ²⁴³ Ladite théorie est citée pas moins de vingt-sept fois dans l'arrêt.
- ²⁴⁴ D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 496 ; X., « Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux... », *op. cit.* (voy. note 115), p. 2 ; dans le même sens, B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 259, 271 et 272 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1721.
- ²⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt Lautsi c. Italie, 18 mars 2011, req. n°30814/06, § 8. Voy. également X., « Display of crucifix in state school classrooms – crucifix as a national symbol », *E.H.R.L.R.*, 2011, 4, p. 481.
- ²⁴⁶ S. IHLI, *op. cit.* (voy. note 25), p. 32. Dans le même sens : F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1727 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 267.

remise en cause²⁴⁷ - dépendant essentiellement de la bonne volonté des États²⁴⁸, force est de constater que, pour assurer la pérennité et l'efficacité du système européen de protection des droits fondamentaux, la Cour cède parfois à la tentation de ménager leurs susceptibilités²⁴⁹. En regardant de plus près les arrêts sélectionnés, il apparaît que les juges ont presque toujours entériné la mesure adoptée ou confirmée par les autorités nationales²⁵⁰. La seule exception est à rechercher dans l'affaire *Eweida* à l'occasion de laquelle la Cour a constaté une violation de l'article 9. Cependant, ladite affaire mettait principalement en cause le code vestimentaire de la société privée British Airways et non une quelconque politique menée par les autorités publiques. Cela étant, nous pouvons facilement comprendre que la question présentait ici un caractère beaucoup moins délicat, politiquement parlant. D'ailleurs, l'arrêt a, semble-t-il, été salué par le Premier Ministre britannique²⁵¹.

Revenons-en à l'affaire *Lautsi*. Comme nous l'avons vu *supra*, les arrêts de Chambre et de Grande Chambre présentent des raisonnements et solutions diamétralement opposés. Certes, le revirement jurisprudentiel fait partie intégrante de la pratique juridictionnelle²⁵² et peut insuffler des évolutions positives, n'entachant en rien l'impératif de sécurité juridique. Cependant, lorsqu'il permet seulement à la juridiction de Strasbourg de régresser dans la reconnaissance effective des droits humains et des libertés fondamentales et de se prémunir des pres-

sions politiques émanant des États eux-mêmes, il contribue alors à l'instauration d'un climat d'insécurité juridique peu acceptable et difficilement compatible avec le système conventionnel²⁵³. Faut-il vraiment rappeler que le rôle de la Convention et de la Cour consiste avant tout à protéger les individus²⁵⁴ et non les États²⁵⁵ ?

Mais pourquoi ? Si notre propos avait pour objectif de tenter d'identifier un raisonnement apte à justifier d'un point de vue juridique les dissonances qui traversent le corpus prétorien de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsque celle-ci est amenée à se pencher sur la place des symboles religieux dans les espaces publics que nous avons délimités, il en va peut-être ici plus du pourquoi que du comment.

Selon nous, la réponse réside en partie dans le fait que la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, et par conséquent les juges siégeant à Strasbourg, ont été ou sont de tradition chrétienne²⁵⁶ (catholique, protestante ou orthodoxe). De par la culture occidentale de ses magistrats²⁵⁷, la Cour a développé une conception européenne de la liberté de religion²⁵⁸ profondément empreinte de christianisme²⁵⁹ et éprouve dès lors certaines difficultés face à des manifestations de convictions relevant de traditions différentes.

Prenons le cas de l'Islam. Si la Cour préfère parfois ne pas se prononcer sur des questions relatives à l'exercice

²⁴⁷ B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 252 ; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 267 ; C. VAN DE HEYNING, *op. cit.* (voy. note 212), p. 602 ; S. LAMBRECHT, *op. cit.* (voy. note 8), pp. 69 et 70 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 107.

²⁴⁸ Dans ce sens : M. RASK MADSEN, « La diplomatie juridique. Retour sur le ressort principal de l'institutionnalisation de la CEDH et de sa permanence », in S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL, *Les droits de l'homme ont-ils institutionnalisés le monde?*, Réflexions à l'occasion du 60^e anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 28.

²⁴⁹ D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 496 et 502. Dans le même sens : E. BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terreurs juridiques nationales », in E. BRIBOSIA, L. SCHECK et A. UBEDA DE TORRES, *op. cit.* (voy. note 28), p. 237 ; F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1727 ; P. DE HERT et S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 46 ; D. CUYPERS, *op. cit.* (voy. note 22), p. 114.

²⁵⁰ Dans les affaires *Dablab*, *Leyla Sabih*, *Dogru*, *Kervanci*, *Singh*, *Lautsi* et *Chaplin*, les juges de Strasbourg ont en effet abondé dans le sens de l'Etat défendeur, considérant que la mesure adoptée par lui répondait à la triple condition de légalité, légitimité et nécessité et concluant de la sorte à la conventionnalité de la mesure engagée. Dans ce sens : F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1726. Dans le même sens : C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 268.

²⁵¹ C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 268 ; T. DENONNE, « En Europe, la religion a une place au travail », in *Le monde des religions*, 22 janv. 2013, http://www.lemondedesreligions.fr/actualite/en-europe-la-religion-a-une-place-au-travail-22-01-2013-2927_118.php (12/02/2014).

²⁵² F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1718.

²⁵³ B. PASTRE-BELDA, *op. cit.* (voy. note 9), p. 254.

²⁵⁴ N. NATHWANI, *op. cit.* (voy. note 86), p. 234 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 11.

²⁵⁵ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *C.D.E.*, 2012, liv. 2, pp. 341 et 343.

²⁵⁶ Rappel de la situation religieuse dans les pays européens, <http://www.cairn.info/revue-annales-de-demographie-historique-2003-2-page-111.htm> (11/02/2014).

²⁵⁷ K. DZEHTSIAROU, « Comparative law in the reasoning of the European Court of Human Rights », *University College Dublin Law Review*, 2010, Vol. 10, p. 10.

²⁵⁸ G. GONZALEZ, « La Convention européenne des droits de l'homme : développement jurisprudentiel d'une conception européenne de la liberté de religion », in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec/Juris-Classeur, 2003, p. 321.

²⁵⁹ D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 499.



de cette religion et renvoie frileusement la balle aux autorités nationales en trouvant presque systématiquement refuge dans la théorie de la marge nationale d'appréciation, c'est sans doute parce que ladite religion lui est étrangère et inconnue. Peut-on aller jusqu'à parler de malaise ? Peut-être. Il est impossible de sonder la pensée des juges sauf à prendre part aux délibérations²⁶⁰ – et encore... – mais certaines décisions manifestent d'une certaine inquiétude ainsi que de l'existence de certains préjugés quant à l'expansion de la religion musulmane en Europe, qui sont nourris par la réalité du lien existant entre Islam et terrorisme religieux. Cependant, la philosophie – même du système conventionnel ne peut tolérer ni le sacrifice de l'individu sur l'autel de la communauté²⁶¹, ni l'érosion des libertés fondamentales²⁶².

Au-delà des requérants, la principale victime de ces incohérences et de cette retenue judiciaire se trouve être la Cour elle-même. Considérée par certains comme une totale déférence envers les États²⁶³, cette pratique ne produit pas l'effet escompté mais fait significativement fléchir le rôle normatif de la Cour²⁶⁴ ainsi que sa crédibilité²⁶⁵. La théorie de la marge nationale d'appréciation telle qu'appliquée par Strasbourg, censée permettre un contrôle européen souple, aboutit en définitive à une dissolution progressive du contrôle judiciaire. Cela témoigne, selon nous, d'une attitude démissionnaire dans le chef de la Cour²⁶⁶ à une époque où elle devrait plutôt continuer à résister à cet écueil²⁶⁷.

III. Conclusion

Bilan. Avant de livrer nos conclusions finales, nous souhaiterions faire le bilan de notre entreprise. Au terme de celle-ci, force est de constater que nous n'avons pu dégager aucune justification juridique décisive. A ce titre, notre analyse jurisprudentielle n'a pas été aussi concluante

que nous l'avions imaginé. Peut-être aurait-il été opportun de s'intéresser simultanément à d'autres droits fondamentaux afin de comparer le raisonnement des juges. Notre étude n'aura toutefois pas été vaine puisque, à nos yeux, elle permet de mettre certains éléments en exergue.

D'une part, **l'absence de véritable motivation juridique** commune à toutes les affaires relatives au port et à l'affichage de signes religieux dans les établissements d'enseignement et sur le lieu de travail s'avère en soi être un élément révélateur comme nous l'avons indiqué²⁶⁸.

D'autre part, notre analyse fait état de **sérieuses carences méthodologiques** et plusieurs critiques peuvent se dresser contre la pratique strasbourgeoise. Cohérence, clarté, minutie et objectivité semblent parfois avoir quitté le navire et ce n'est pas sans conséquences.

Sur la corde raide. En réalité, ce manque de rigueur juridique et de diligence place à la fois les États, les individus et la Cour dans une situation peu avantageuse. Les autorités étatiques se trouvent confrontées à une détermination aléatoire de leur marge d'appréciation, les requérants doivent quant à eux faire face à une insécurité juridique bien réelle, alors que la Cour voit sa légitimité et la qualité légistique de ses arrêts remises en cause.

Nous l'avons vu, l'attitude de la Cour peut justement s'expliquer par la recherche constante de légitimité et le souci de ménager les autorités étatiques quand elle est chargée de trancher des problématiques génératrices de tensions et de divergences à travers le continent européen. Et qui pourrait le lui reprocher ? En effet, l'on peut admettre que, consciente de la difficulté d'instaurer un niveau élevé de protection des libertés fondamentales²⁶⁹, notamment en matière religieuse eu égard au contenu profondément idéologique de la question, la Cour élabore une jurisprudence équilibrée et réaliste²⁷⁰. Cepen-

²⁶⁰ K. DZEHTSIAROU, « Consensus from within the Palace Walls », *op. cit.* (voy. note 50), p. 3.

²⁶¹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voy. note 36), p. 960. Dans le même sens : J. DE GROOF et G. LAUWERS, *op. cit.* (voy. note 1), p. 11 ; H. VUYE, « Scheiding Kerk en Staat in een multi-levensbeschouwelijke maatschappij... », *op. cit.* (voy. note 155), p. 470 (à propos de l'arrêt Leyla Sahin).

²⁶² K. DZEHTSIAROU, « Consensus from within the Palace Walls », *op. cit.* (voy. note 50), p. 14.

²⁶³ A. M. ORTU, *op. cit.* (voy. note 33), p. 16 ; P. LAMBERT, « Quelle réforme pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. b.*, 2002, pp. 803 et 804.

²⁶⁴ K. DZEHTSIAROU, « Does consensus matter?... », *op. cit.* (voy. note 38), p. 540.

²⁶⁵ F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *op. cit.* (voy. note 29), p. 1719.

²⁶⁶ Dans ce sens : C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.* (voy. note 11), p. 267.

²⁶⁷ J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *E.L.J.*, Vol.17, No.1, January 2011, p. 104 ; F. TULKENS, *op. cit.* (voy. note 255), p. 341. A propos des différentes critiques dont la Cour a fait l'objet à l'occasion de son cinquantenaire : C. VAN DE HEYNING, *op. cit.* (voy. note 212), p. 602.

²⁶⁸ *Supra*.

²⁶⁹ F. MATSCHER, *op. cit.* (voy. note 90), p. 905.

²⁷⁰ Dans ce sens : P. DE HERT et S. SOMERS, *op. cit.* (voy. note 83), p. 46.

dant, il faut là encore garder à l'esprit le rôle dont les juges européens sont investis et mettre en garde face à la tentation de céder à la facilité en rendant des décisions plus politiques²⁷¹ que juridiques. De plus, nous estimons que de telles considérations ne peuvent en aucun cas amener les magistrats de Strasbourg à priver d'effectivité une liberté reconnue et consacrée par le texte de la Convention.

Pour l'avenir. Certes, la tâche assignée à la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas aisée et la place dans une position vulnérable en raison de la technique de motivation de ses arrêts qui, en comparaison à celle de la Cour de cassation belge par exemple, apparaît beaucoup plus développée. Nous ne saurions toutefois qu'insister sur le fait que le travail de Strasbourg gagnerait en pertinence, en transparence et en cohérence si les juges européens faisaient preuve d'une plus grande rigueur méthodologique, de façon à produire des décisions motivées plus intelligibles et plus complètes²⁷² et par conséquent plus convaincantes²⁷³, au lieu de « *ne motiver [leurs] décisions qu'avec des formules repropo-*

*sées, qui souvent perdent de l'adhérence au contexte*²⁷⁴ ». Ainsi, ils renforceraient l'ancrage jurisprudentiel de la Cour en construisant un corpus prétorien consistant et compréhensible au lieu de collectionner toute une série de décisions décousues.

En réalisant cette recherche originale, nous n'avions ni l'ambition ni la prétention de résoudre l'énigme et d'épuiser définitivement la question. Néanmoins, nous avons pu dégager quelques clés de lecture permettant de mieux appréhender le travail des juges européens.

Mais, « *ne serions-nous pas au bout du compte à la 'poursuite du vent' ? Cette chimère qu'est le sens 'indiscutable' d'une solution, clôturant une fois pour toutes le débat*²⁷⁵ ». Ne s'agit-il pas précisément de se rappeler « *la nature véritable du droit humain ? Celle issue du tâtonnement incessant de l'intéressé, qu'il soit juge, partie, avocat, universitaire, journaliste, citoyen ..., qui le met en œuvre au travers, précisément, de ce forum de discussion sans fin et sans vérité absolue, lieu où le droit survit et se vit parce qu'il se débat*²⁷⁶ ».

²⁷¹ D. MCGOLDRICK, « Religion in the European public square... », *op. cit.* (voy. note 37), p. 502.

²⁷² A. M. ORTU, *op. cit.* (voy. note 33), p. 5.

²⁷³ K. DZEHTSIAROU, « Comparative law in the reasoning of the European Court of Human Rights », *op. cit.* (voy. note 257), p. 18. Dans le même sens : C. VAN DE HEYNING, *op. cit.* (voy. note 212), p. 605.

²⁷⁴ A. M. ORTU, *op. cit.* (voy. note 33), p. 27.

²⁷⁵ P. MUZNY, *op. cit.* (voy. note 59), p. 53.

²⁷⁶ P. MUZNY, *op. cit.* (voy. note 59), p. 53.