

LE PORT DU VOILE À L'UNIVERSITÉ. LIBRES PROPOS SUR L'ARRÊT DE LA GRANDE CHAMBRE *LEYLA SAHIN C. TURQUIE* DU 10 NOVEMBRE 2005

.....
LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

EDOUARD DUBOUT
Maître de Conférences à l'Université Paris XII;
Membre du Cerco-Cde

Une confirmation discutée. Voilà présentée, sous le mode lapidaire, la solution de l'arrêt du 10 novembre 2005 dans l'importante affaire *Leyla Sahin*¹. La Grande Chambre décida – 'pour une fois' serait-on tenté d'affirmer – de ne pas endosser «le rôle du rabat-joie»², contrairement à ce qu'elle fit dans l'affaire *Hatton* où elle infirma avec éclat la solution rendue par les premiers juges au grand dam des défenseurs d'une approche environnementaliste de la Convention³. En l'espèce, elle jugea opportun de ne pas désavouer la quatrième Section qui s'était prononcée sur l'affaire le 29 juin 2004⁴: les juges de Strasbourg confirment donc que l'exclusion d'une étudiante en médecine de l'Université d'Istanbul – qui avait refusé de retirer son voile pour passer des examens comme pour suivre des cours – n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention consacrant la liberté de pensée, de conscience et de religion. Le Conseil constitutionnel français doit se sentir plus à son aise lui qui, préjugant de la solution définitive de la Cour européenne, avait commis l'imprudence de citer l'arrêt de la Chambre du 29 juin 2004 dans les visas de son importante décision relative au *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*⁵. Alors qu'il décidait de manifester, expressément pour une fois, son ouverture au «droit venu d'ailleurs» – longtemps décrié par les plus illustres des juristes⁶ –, il le faisait maladroitement au point d'entraîner une kyrielle de critiques doctrinales⁷, dont il reste à espérer qu'elles ne réfrèneront pas son appétence européenne, mais qu'elles le rendront uniquement plus attentif aux subtilités procédurales européennes, en l'occurrence celles de la procédure de renvoi de l'article 43...

La confirmation ne prend pas les allures toutefois d'un arrêt qui se présenterait comme le «clone judiciaire» de celui délivré le 29 juin 2004. Tout d'abord, l'unisson n'est point au rendez-vous. Une opinion séparée rompt l'apparente harmonie analytique. Le juge belge Françoise Tulkens est en effet entré en dissidence conformément à la possibilité offerte par l'article 45 §2 de la Convention⁸. Et de développer une critique forte et argumentée tant de la motivation que de la solution délivrée par ses homologues au point de redonner tout son sel, voire tout son sens, à la pratique des opinions séparées dont la littérature juridique française a découvert ces derniers temps tout l'intérêt⁹. Ensuite, le droit de manifester sa religion n'est plus le seul en cause, le droit à l'instruction faisant une entrée remarquée dans l'argumentation de la Cour. Alors que la Chambre avait considéré que «*nulle question distincte ne se posait sous l'angle des articles 8, 10, 14 et de l'article 2 du protocole n°1*», la Grande Chambre dévoile une fois de plus toutes les potentialités que recèle son contrôle de pleine juridiction en rappelant que «*l'affaire*» renvoyée devant elle «*englobe nécessairement tous les aspects de la requête de la Chambre*» (§128). Elle applique ce faisant la jurisprudence qu'elle avait dégagé dans l'affaire *Göç c/ Turquie* du 11 juillet 2002¹⁰ en affirmant que «*le grief tiré de la première phrase de l'article 2 du Protocole n°1 peut être considéré comme distinct de celui tiré de l'article 9 de la Convention, compte tenu des circonstances propres à l'affaire et de la nature fondamentale du droit à l'instruction ainsi que de la position des parties*» (§129). La judicieuse réorientation, par la requérante, de son argumentation sur le terrain du droit à l'instruction dans le cadre de la procédure de renvoi (§125), fut sans conteste un aiguillon qui ne

manqua pas de finir de convaincre la Grande Chambre d'examiner séparément ce grief, et ce, même si les juges grec (M. Rozakis) et croate (M. Vajic) considérèrent une telle démarche comme peu opportune¹¹. Mais au-delà de ce double apport de l'arrêt de Grande Chambre, quant à la forme et quant au fond de la solution, les enjeux étaient évidemment identiques.

Comment concilier le port d'un signe religieux avec d'autres exigences démocratiques contradictoires? Comme souvent, cette question de la conciliation entre différents intérêts, ceux de la requérante et ceux d'autrui, est particulièrement épineuse. Le primat accordé à la laïcité au dépend non seulement de la liberté de manifester sa religion mais aussi du droit à l'instruction et à la non-discrimination n'en est que plus remarquable. Plus que de coutume, l'arrêt du 10 novembre 2005 retient l'attention en ce qu'il revêt une importance toute particulière pour les pays qui, comme la France, connaissent des difficultés similaires de réglementation de la question du port du voile en milieu scolaire¹². C'était en effet la survie même du principe de laïcité en Europe qui était en jeu. Mais en se prononçant sur la légitimité du recours au concept de laïcité pour résoudre ces questions, le juge conventionnel s'est nécessairement avancé sur le bien-fondé de la conception de la laïcité retenue pour y parvenir. Or, si la réception conventionnelle du principe de laïcité apparaissait souhaitable, son application au cas d'espèce est plus discutable. Le paradoxe tient à ce que pour justifier le primat accordé à la laïcité, la Cour de Strasbourg s'appuie sur des fondements particulièrement extensifs (I), entraînant dans le même temps des conséquences singulièrement restrictives (II).

I. LES FONDEMENTS EXTENSIFS DU PRIMAT DE LA LAÏCITÉ

Absente du texte de la Convention, la laïcité est pourtant le principe cardinal autour duquel la Cour expose son argumentation pour arriver *in fine* à décerner un brevet de conventionnalité aux autorités judiciaires turques qui – des juridictions administratives à la Cour constitutionnelle – avaient confirmé l'exclusion de Leyla Sahin de l'Université d'Istanbul. Le fondement de l'inclusion de la laïcité dans le champ conventionnel est doublement extensif dans la mesure où le juge s'appuie tout à la fois sur des éléments des contextes nationaux ainsi que sur des considérations d'ordre démocratique. À l'instar de la motivation développée par la Chambre le 29 juin 2004, la Grande Chambre se plaît à relever la prégnance du «contexte turc»

qui explique, en grande partie pour ne pas dire à lui seul, la finalité démocratique octroyée à la laïcité par la Cour. Toute la question ici réside dans le fait de savoir quel sens il convient d'attribuer à cette force du «contexte» (A). Les quelques quiproquos analytiques levés, il sera possible d'évaluer, pour la discuter, la finalité démocratique octroyée au principe de laïcité (B).

A. LE SENS DU «CONTEXTE»

L'importance accordée au contexte de l'affaire tient non seulement au contexte interne turc (1) mais aussi plus largement au contexte européen sur la question du port du voile à l'université (2). L'utilisation d'une telle méthode «contextuée» de raisonnement est, en l'occurrence, inégalement pertinente.

1. L'importance du «contexte interne» en questions

Confirmant la méthode suivie dans la décision de Section, la Grande Chambre se fonde sur la spécificité du contexte turc pour assouplir son degré de contrôle sur la question de la réglementation du port du voile à l'université. Ce faisant, elle respecte le caractère nécessairement subsidiaire du mécanisme conventionnel.

Le concert doctrinal fut quasiment unanime à l'heure où il fallut analyser le premier arrêt rendu par la Cour sur la question du port du voile à l'université. En effet, contrairement à l'affaire *Dalhab*¹³ qui concernait le port du voile par une enseignante – *i.e.* une représentante du service public qui avaient en charge de très jeunes enfants¹⁴ – l'affaire *Leyla Sahin* abordait de front la question du port du voile par une étudiante, autrement dit par une adulte. Et même si l'affaire *Karaduman*¹⁵ était un précédent à ne pas négliger, il n'était somme toute que la vision de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et non celle de la Cour, notamment celle de la nouvelle «Cour unique»¹⁶. L'arrêt du 29 juin 2004 était donc important. Quand la doctrine entreprit d'en délivrer l'interprétation, elle ne manqua pas de relever le lien entre la solution (non-violation de l'article 9) et le contexte politique et religieux existant au sein de l'Etat défendeur (Turquie). Si d'aucuns s'interrogeaient – «Cet environnement particulier qui entoure la laïcité en Turquie conduit à nous interroger sur la portée de la décision *Sahin*: est-elle spécifique au cas turc ou est-elle exploitable dans les autres Etats parties à la Convention et notamment la France»¹⁷? – d'autres auteurs étaient plus catégoriques en affirmant qu'il s'agissait d'un

«arrêt d'espèce» et que rien ne permettait «de transposer cette jurisprudence d'espèce dans un tout autre contexte, qu'il s'agisse de la France ou du Royaume-Uni»¹⁸. Dans la même veine, certains ne manquèrent pas de relever la filiation de l'affaire *Leyla Sahin* avec d'autres affaires turques en affirmant que l'arrêt «s'inscrivait» parfaitement dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour relative à la confrontation entre certaines des manifestations de l'Islam en Turquie et le principe de laïcité¹⁹. La Grande Chambre ne s'écartera guère de cette ligne analytique où le contexte turc – tout à la fois historique et politique – est omniprésent et joue un rôle justificateur. Et de considérer qu'elle «ne voit aucune raison pertinente de s'écarter des considérations» (§115) qui avaient conduit la Chambre de sept juges (§§107-109 de l'arrêt du 29 juin 2004) à examiner la décision d'exclusion à l'aune des particularismes de l'Etat turc, que sont la protection de la femme et la lutte contre l'extrémisme, autant d'éléments qui légitiment l'existence du principe de laïcité. Cette analyse «contextuée» est sévèrement critiquée par le juge dissident qui y voit une atténuation par trop drastique du contrôle européen relatif à la marge d'appréciation des Etats.

En affirmant que le contrôle européen «ne trouve tout simplement pas sa place dans l'arrêt si ce n'est en référence au contexte historique propre de la Turquie», le juge Tulkens fustigea l'importance accordée au contexte turc. Ce faisant toutefois, le juge entré en dissidence ne resitue pas la prégnance accordée au contexte dans le cadre général de l'argumentation de la Cour. Ici, à l'instar de l'argumentaire développé dans l'arrêt de la Chambre (§§97-102), la Grande Chambre prend le soin de présenter ce qu'elle nomme des «Principes généraux» (§§104-111)²⁰ qui représentent les principes directeurs sur lesquels les juges s'appuient afin de mettre en action le contrôle *in concreto*. Dit autrement, le contrôle *in concreto* trouve son appui sur des principes déclinés *in abstracto*²¹. Or, à la lecture de ces «Principes généraux», la Grande Chambre prend garde de rappeler un des principes directeurs de sa jurisprudence: la subsidiarité du mécanisme conventionnel d'autant plus nécessaire dès que sont en jeu des questions sociétales qui n'emportent aucun consensus, qu'il s'agisse de leur traitement législatif et/ou réglementaire, mais aussi et peut-être surtout de leur signification. Si l'arrêt de la Chambre avait rappelé de façon générale le «rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention» (§100)²², avant de l'appliquer aux questions des rapports entre les religions et l'Etat (§101)²³, la Grande Chambre

quant à elle développe son argumentaire directement sur le fait religieux (§109)²⁴. Surtout, elle le conclut en affirmant que «le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une [...] réglementation [du port des symboles religieux] doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré» (§109 *in fine*). Autrement dit, la valorisation du contexte turc n'est que l'application, au cas d'espèce, d'un principe interprétatif qui consiste à accorder de l'importance aux contextes nationaux dès que sont en jeu des domaines où la Cour ne décerne point de consensus européen. La diversité nationale est, ce faisant, préservée par le mécanisme de la marge nationale d'appréciation accordée à chaque Etat. Resituée dans son environnement analytique, la référence au contexte en tant que tel peut difficilement être critiqué, tant elle s'inscrit dans la méthodologie traditionnelle de la Cour²⁵. En revanche, les arguments utilisés pour démontrer l'hétérogénéité des systèmes nationaux souffrent, quant à eux, de quelques objections.

2. L'importance du «contexte européen» en questions

Comme la diversité nationale est un des éléments qui permet à la Cour de justifier le recours à une analyse «contextuée» – qui induit l'octroi d'une ample marge d'appréciation aux Etats – l'analyse comparative se doit d'être irréprochable. Or, celle de la Grande Chambre est particulièrement maladroite. Le §109 – lu de façon combinée avec les §§55-65 relatifs à la présentation du Droit comparé (dans la partie «En fait» de l'arrêt) – n'est pas rédigé de la meilleure manière qui soit. Ce passage se veut être la démonstration de l'existence de profondes divergences au sein des Etats membres tout à la fois sur «les rapports entre l'Etat et les religions», sur «la signification de la religion dans la société», mais aussi et plus spécifiquement sur «le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse»²⁶. On conviendra tout d'abord que ces éléments, bien qu'intimement reliés, ne sont cependant pas parfaitement identiques et auraient mérité une présentation plus rationnelle et quelque peu plus élaborée. Surtout, le cœur de l'affaire concerne seulement un de ces points – *i.e.* «le sens ou l'impact» de la manifestation d'une conviction religieuse dans le cadre universitaire. Tant la référence au droit comparé – que celle faite à l'arrêt *Dahlab* qui affecte la question sensible du rôle des enseignants – témoignent de la faiblesse argumentaire du paragraphe concerné relevé fort à

propos par Françoise Tulkens²⁷. Or, les éléments de droit comparé démontrent deux choses.

La première, explicite, concerne le fait que «*la place du voile islamique dans l'enseignement public*» primaire et secondaire a été et continue d'être «*un sujet de controverse*». La Cour le souligne d'ailleurs elle-même dans la présentation du florilège des situations nationales : «*Dans la majorité des pays européens, le débat concerne principalement les établissements d'enseignement du primaire et du secondaire*». Point de référence aux établissements universitaires, ce qui constitue pourtant la spécificité de l'affaire *Leyla Sahin*. Ceci affirmé, une lecture attentive de l'incursion comparatiste effectué par la Cour démontre qu'il existe deux grands modes d'appréhension juridique de la manifestation d'une conviction religieuse au sein des établissements secondaires. Celui de l'encadrement législatif d'un côté (France), et son contraire de l'autre, l'inexistence de tout encadrement législatif mais la présence de situations hétérogènes d'encadrement réglementaire qui ont pour axe principal l'acceptation de principe du port du foulard dit «islamique» par les jeunes filles dans les établissements secondaires. Autrement dit, sur les neuf pays passés en revue, un seul, la France, a légiféré pour ériger en principe l'interdiction des signes religieux tandis que les autres pays (Allemagne, Autriche, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Belgique) ont opté pour une acceptation de principe. On ne peut donc pas parler d'une hétérogénéité juridique, même s'il est par ailleurs évident que chaque pays a organisé l'appréhension du fait et du signe religieux dans un environnement social et politique spécifique. Partant, l'argument comparatiste relié à la question précise de la réglementation des symboles religieux est donc particulièrement maladroit, pour ne pas dire erroné. Il aurait été préférable d'être plus concis et précis en s'en tenant à une argumentation basée sur l'hétérogénéité sociale et politique non seulement de l'appréhension du fait religieux en tant que tel, mais aussi de la signification du signe religieux. La Cour en avait la possibilité.

Intervient ici le second élément mis en lumière par le référent comparatiste. Peu de pays ont eu à connaître de la question dans le cadre universitaire et la Cour le rappelle explicitement en affirmant qu'«*en revanche, en Turquie, en Azerbaïdjan et en Albanie, ce débat tourne non seulement autour de la liberté personnelle, mais également de la signification politique du voile islamique. En effet, dans ces trois seuls pays, le port de celui-ci est réglementé dans l'espace*

universitaire» (§55). Là se situait le cœur de l'affaire ; or, on conviendra que la présentation du contexte social et politique de l'Azerbaïdjan ou de l'Albanie est inexistante tout comme les modalités concrètes de la réglementation mentionnée. En effet, si dans la grande majorité des Etats du Conseil de l'Europe, l'univers universitaire ne connaît pas de réglementation des signes religieux, c'est qu'il doit y avoir une pratique qui les tolère à l'instar du cas français. Partant, la Turquie, l'Azerbaïdjan et l'Albanie sont minoritaires en posant le principe de l'interdiction. Du coup, l'argument de la diversité s'effondre et, par ricochet, celui tiré d'une ample marge d'appréciation. Ceci pose un problème général et sérieux de méthodologie concernant l'utilisation, par le juge européen, du droit comparé. Positif en soi, le droit comparé se fait toujours plus présent dans la jurisprudence européenne, témoignant d'une ouverture bienvenue aux autres systèmes et solutions juridiques²⁸. Il ne faudrait pas toutefois qu'il soit manié avec imprudence et qu'il serve – par facilité – d'alibi à des raisonnements maladroits. Le §109 aurait gagné en cohérence si le référent comparatiste avait été évincé car, pour le coup, il affaiblit l'argumentation de la Cour²⁹.

Si l'on ne saurait reprocher à la Cour d'avoir attaché une importance particulière au contexte national, l'identification et l'attention apportées au «contexte européen» sur la question du port du voile à l'université est plus discutable. Or, cet élément est déterminant dans l'arrêt du 10 novembre 2005 qui emporte des conséquences notables, parfois contestables, quand on analyse la finalité que les juges ont octroyée au principe de laïcité.

B. LA FINALITÉ DE LA LAÏCITÉ

Si la Cour a confirmé la mise en exergue du contexte turc, ce fut *in fine* pour valider l'importance dans ce pays du principe de laïcité dont elle s'accorde – à l'unisson ici avec la Cour constitutionnelle turque – à considérer que sa finalité est essentielle, voire existentielle pour la «survie» de la démocratie en Turquie: il est question tout à la fois de protéger la femme (1) et de lutter contre «les mouvements politiques extrémistes» (2).

1. La protection de la femme

La première finalité démocratique que poursuit la laïcité en l'espèce est de protéger la femme, éventuellement «contre elle-même», c'est-à-dire contre sa liberté.

Prohiber le port du foulard dans l'enceinte universitaire serait la marque d'une protection de la femme et, plus encore, serait œuvrer pour l'égalité

des sexes. En retranscrivant fidèlement au §115 l'argumentation développée en ce sens par la Chambre le 29 juin 2004, la Grande Chambre ne pouvait pas mieux démontrer qu'elle y souscrivait sans ambages³⁰. Relié au §111 qui rappelle la jurisprudence européenne sur la limitation conventionnelle du port du foulard³¹, ces développements tendent à démontrer que le port du voile apparaît *in se* comme attentatoire à la liberté des femmes et, ce faisant, à l'égalité des sexes. Il y a là, à notre sens, une maladresse particulièrement regrettable et cela au regard du positionnement, au sein de l'arrêt, de ces deux paragraphes. Le §115 est intégré dans ce que la Cour a nommé «Application de ces principes au cas d'espèce». Partant, affirmer entre autres choses que «le système constitutionnel turc met l'accent sur la protection des droits des femmes», pour justifier la réglementation turque sur le port du voile, entre dans ce que nous avons appelé «l'analyse contextuée» et peut se concevoir au regard de la spécificité politique et sociale turque. En revanche, affirmer au §111 – qui, lui, est intégré dans la présentation des «Principes généraux» – que «la Cour a notamment mis l'accent sur le 'signe extérieur fort' que représentait le port du foulard par celle-ci et s'est interrogée sur l'effet prosélytique que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe de l'égalité des sexes»³², c'est immanquablement octroyer à ce passage la force d'un référent de principe, applicable quel que soit l'Etat concerné et quel que soit la place et la perception dans cet Etat du port du voile. Alors que la Cour a voulu d'un côté – par son aperçu de droit comparé – démontrer que la perception et le sens du port du voile et, plus globalement, la perception et le sens de la religion au sein des Etats, étaient immanquablement diversifiés, elle assène d'un autre côté une affirmation radicale qui induit un jugement de valeur sur la signification du port du voile, en ne lui attribuant, qui plus est, qu'une seule signification: *négative*. À cet égard, la critique assenée par le juge Tulkens fait mouche quand elle affirme qu'«il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante.» On sait en effet que l'obligation de neutralité imposée aux Etats au regard des religions³³, doit logiquement être respectée par la Cour elle-même qui doit se garder d'appréciations

subjectives tant à l'égard de religions reconnues, qu'à l'encontre de ce que certains nommeraient aisément des «sectes»³⁴. N'a-t-elle pas failli en l'espèce à cette règle d'or en intégrant, dans un paragraphe qui présente *expressis verbis* les principes généraux qui lui serve de guide analytique, un passage – par ailleurs univoque – d'une décision d'irrecevabilité qui, du coup, se transforme en une affirmation de principe? Alors que la Cour constitutionnelle allemande a été plus circonspecte en rappelant que le sens du voile ne pouvait être affublé d'une interprétation unilatérale³⁵, alors que – plus généralement – deux décisions récentes de la Cour Suprême américaine démontrent l'impossibilité de délivrer des jugements univoques sur la place et le sens de la religion au sein des Etats³⁶, la Cour européenne – sans doute aveuglée par sa volonté de valoriser coûte que coûte le principe de laïcité (§114, §116) – a porté un jugement de valeur sur le sens dudit voile. Loin de s'en tenir à la signification du port du voile au seul contexte turc – ce qui aurait été tout à fait logique et admissible – elle a octroyé au port du voile un sens *général* et, qui plus est, *négatif* ce qui va manifestement à l'encontre de son office de juge impartial.

Elle s'est servie, pour ce faire, de la décision d'irrecevabilité *Dalhab* qui concernait une enseignante qui avait en charge de jeunes enfants. Or, ne pas avoir tenté, à un seul instant, de discuter l'originalité de l'affaire *Leyla Sahin* qui concernait une étudiante (et non une enseignante) adulte (autrement dit, libre et consciente de ses actes), constitue une carence importante et une notable contrariété avec sa méthodologie traditionnelle d'analyse *in concreto*. La mise en balance des intérêts de l'Etat turc d'un côté – sauvegarde des droits d'autrui (les non musulmans et les non-croyants) comme l'ordre public (préservation du régime démocratique) – et des intérêts de la requérante de l'autre (libre manifestation de sa religion à l'université), ne s'est pas faite de façon égalitaire. La *liberté* de cette jeune adulte qui, par ailleurs, ne se trouve pas à l'université dans la position d'une personne transmettant un savoir pouvant, par là même, influencer les tiers, n'est même pas évoquée par la Cour. Or, la situation était inédite pour le juge européen et aurait mérité des développements circonstanciés. Aurait-il fallu à cet égard, comme l'a évoqué le juge Tulkens, relier la liberté de cette étudiante adulte à la récente jurisprudence européenne sur l'«autonomie personnelle»³⁷? Sur ce point, l'analogie aurait été hasardeuse. En effet, construite sur le fondement de la protection de la vie privée (article 8 CEDH),

cette jurisprudence ne concerne, jusqu'à présent, que trois domaines où les individus sont en prise directe – non avec la société – mais exclusivement avec leur corps. Il s'agit de la vie, du sexe et de la mort³⁸. Transposer une jurisprudence qui a pour ambition d'accorder le primat à la liberté de soi et sur soi, mais uniquement avec soi et/ou des proches, à une situation où il n'est plus uniquement question de soi, mais où de la «sphère intime», on passe à la «sphère publique», mieux, à la «sphère sociale», prête très sérieusement à discussions. Le juge Tulkens – en citant cette jurisprudence, ciblée pour l'heure sur la question de l'identité en rapport avec le corps et lui seul – n'établit pas de césure entre les sphères privées et publiques et semble, en conséquence, valoriser ce que d'aucuns ont nommé le «*continuum* identitaire»³⁹. Quand bien même on pourrait considérer, sur la base d'une analyse prospective par nature fragile, que la jurisprudence européenne porte en germe une conception multiculturelle de l'identité pouvant, le cas échéant, s'imposer dans l'espace public, il n'en reste pas moins que l'état actuel des principes conventionnels n'en porte nulle trace, ce qui rend d'autant plus audacieuses les références à la jurisprudence sur «l'autonomie personnelle». Sauf à considérer, qu'en procédant à ce renvoi, il y eut, de la part du juge dissident, la volonté d'initier une évolution jurisprudentielle. Mais cela, c'est un autre problème...

Quoi qu'il en soit, la critique de fond demeure. La liberté de l'étudiante a été niée sur l'autel de la protection de la femme qu'elle incarne, mais aussi sur celui de la lutte contre les extrémismes.

2. La lutte contre «les mouvements politiques extrémistes»

La seconde finalité démocratique reconnue à la laïcité est de lutter contre l'extrémisme politique, sans pour autant que les faits de la cause en révèle nécessairement la présence *in concreto*.

La Grande Chambre reprend entièrement à son compte (§115), les développements consacrés le 29 juin 2004 par les juges de la Chambre qui avaient déjà fait leurs les assertions développées dans l'importante affaire *Refah Partisi*⁴⁰. Et d'affirmer que «la Cour ne perd pas de vue qu'il existe en Turquie des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société tout entière leurs symboles religieux et leur conception de la société, fondée sur des règles religieuses (...). Elle rappelle avoir déjà dit que chaque Etat contractant peut, en conformité avec les dispositions de la Convention, prendre position

contre de tels mouvements politiques en fonction de son expérience historique (*Refah partisi*, §124)». Sur ce point, la constance argumentaire de la Cour européenne est certaine: elle n'entend pas se départir de sa ligne «politique» qui est de lutter contre tout type de mouvements qui auraient pour ambition d'instaurer un Etat théocratique en Europe⁴¹. On ne peut nier qu'une telle perspective ne fut pas une simple hypothèse d'école en Turquie et que la préoccupation s'avère légitime notamment «pour assurer le pluralisme dans un établissement universitaire» (§115 *in fine*). Faut-il considérer avec le juge dissident qu'une telle argumentation se heurte à une «sérieuse objection»? Celle qui consiste à dire que «Si tout le monde s'accorde sur la nécessité d'empêcher l'islamisme radical (...) le port du foulard ne peut, en tant que tel, être associé au fondamentalisme et il est essentiel de distinguer les personnes qui portent le foulard et les 'extrémistes' qui veulent l'imposer, comme d'autres signes religieux.» La critique est forte et importante tant le risque est grand de stigmatiser une religion à travers l'une de ses pratiques. Or, inutile de l'ignorer, l'Islam est aujourd'hui au cœur des amalgames les plus grossiers, fruits de l'ignorance qui induit la peur, processus malheureusement classique dans la fabrication des intolérances de toutes sortes. L'«Islamisme radical» parti en guerre contre les valeurs occidentales et dont le mouvement *Al Qaida* est l'emblème n'en finit pas de faire des ravages au sein des Etats démocratiques et de leurs populations...

L'argumentation de la Cour est fondée sur la valorisation d'un intérêt supérieur, un intérêt général, la survie démocratique de l'Etat turc qui passe par le respect du «pluralisme» au sein des Universités «afin d'assurer la mixité des étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui» (*Refah partisi* §95). En tant que tel, on peut concevoir – à l'inverse du juge Tulkens – que «l'intérêt individuel» de la requérante à exercer son droit de manifester sa religion puisse «être absorbé par l'intérêt public à lutter contre les extrémismes» (point 10 *in fine* de son opinion dissidente). Ce n'est pas la première fois que la Cour valoriserait un «intérêt général supérieur» au détriment d'un droit individuel ; il s'agit même de la tâche récurrente et périlleuse à laquelle se livre la Cour⁴². Il reste que ce que démontre toutefois en creux la critique du juge Tulkens est la stigmatisation du port du voile. La Cour serait tombée dans le piège qui consiste à souscrire à une équation dangereuse: 'port du voile = fondamentalisme'. Ce risque n'aurait pas existé si la Cour, dans la partie de son argumentation

relative au *sens* du voile (intégrée, rappelons-le, dans la présentation des *Principes généraux*), avait pris la peine – comme nous l'avons déjà souligné – de rappeler l'évidence: le port du voile n'est pas univoque. Ce rappel élémentaire effectué, elle aurait pu également se demander si, *in concreto*, le port du voile par la requérante était la marque d'un prosélytisme fondamentaliste. Ces précautions auraient été de bon aloi et auraient permis alors de donner tout son sens à l'argument tiré de la lutte contre les «mouvements politiques extrémistes», ferments de dislocation démocratique en Turquie. En effet, on peut parfaitement soutenir que – quand bien même il aurait été démontré que le sens du port du voile par la requérante n'était pas empreint de la manifestation d'un «islamisme radical» – l'importance de la défense de la démocratie en Turquie où, *en règle générale, le port du voile prend l'allure d'une revendication politique extrémiste*, primait l'intérêt individuel de *Leyla Sahin* de pouvoir manifester sa religion à l'université. Le recours au contexte en Turquie aurait alors pris tout son sens.

Si le recours à la laïcité pour résoudre les difficultés liées au port du signe religieux à l'université s'effectue au moyen de fondements particulièrement extensifs tenant tant à la prise en compte du contexte national analysé à la lumière du «contexte européen» sur la base du référent comparatiste qu'à la reconnaissance d'une double finalité démocratique à la laïcité, les conséquences sont quant à elles davantage restrictives.

II. LES CONSÉQUENCES RESTRICTIVES DU PRIMAT DE LA LAÏCITÉ

En affirmant la légitimité de la protection de la laïcité, la Cour de Strasbourg a ouvert une brèche dans le champ conventionnel permettant aux autorités nationales de limiter sensiblement le bénéfice de certains droits protégés. Le phénomène est suffisamment rare pour être souligné tant il est constant, qu'en règle générale, le juge des droits de l'homme a davantage tendance à renforcer le standard de protection qu'à le «diminuer»⁴³. Ce n'est pas là la seule conséquence restrictive de la solution de non-violation qui amène la Cour à avaliser, à l'échelle conventionnelle, la conception nationale de la laïcité défendue par le gouvernement turc qui apparaît pourtant très stricte. Dès lors, il est possible de se demander si le primat accordé à la laïcité n'aboutit pas à restreindre tant la protection des droits (A) que la signification de la laïcité (B).

A. LA RESTRICTION DE LA PROTECTION DES DROITS

C'est un paradoxe que de faire appel à des considérations et principes extérieurs, bien qu'intimement liés, à la Convention pour en restreindre le bénéfice des dispositions protégées. Le primat accordé à la laïcité justifie une *limitation* du droit de manifester sa religion (1), doublée de la *neutralisation* des droits à l'instruction et à la non-discrimination (2).

1. La limitation du droit de manifester sa religion

Il est évident que l'enjeu principal de l'affaire *Leyla Sahin* était d'opérer la conciliation entre le respect de la laïcité et le droit de manifester ses convictions religieuses. La Cour tranche en faveur de la première exigence au moyen d'un classique, mais discutable, examen de proportionnalité de l'ingérence, entraînant ainsi un assouplissement indéniable de la jurisprudence antérieure.

Si le test de proportionnalité tourne à l'avantage de la laïcité, c'est dans un premier temps en raison de l'existence d'une large marge d'appréciation que la Cour de Strasbourg reconnaît aux Etats en matière de liberté religieuse. D'une part parce que le droit comparé présente une certaine disparité sur ce point, et d'autre part parce qu'il s'agit d'une question particulièrement sensible. Mais, sur ces deux constats déjà, la perplexité est permise, tout d'abord parce que l'utilisation du droit comparé en l'espèce est contestable ainsi que cela a été souligné⁴⁴, et ensuite parce que c'est précisément sur ces questions sensibles qui divisent l'Europe que l'on peut attendre de la Cour la définition d'un minimum commun de protection des droits et libertés⁴⁵. Dans un second temps, une fois l'étendue de la marge d'appréciation nationale appréciée particulièrement largement, la Grande chambre conclut au respect de la substance de la liberté religieuse de la requérante en utilisant deux arguments majeurs. L'un tient à la *nature* du droit protégé, l'autre à la *procédure* suivie pour le limiter. Le premier argument utilisé pour conclure à la proportionnalité de l'ingérence consiste à opérer un *distinguo* au sein de l'article 9 §1 CEDH entre le droit de *pratiquer* sa religion et le droit de *manifester* sa religion. En effet, la Cour note que l'interdiction du port du foulard ne restreignait en rien la possibilité pour la requérante de pratiquer les rites musulmans: «*D'emblée, à l'instar de la chambre (paragraphe 111 de son arrêt), il convient de constater que les parties admettent que, dans les*

universités turques, les étudiants musulmans pratiquants, dans les limites apportées par les exigences de l'organisation de l'enseignement, peuvent s'acquitter des formes habituelles par lesquelles un musulman manifeste sa religion»⁴⁶. La formulation est ambiguë puisque la Grande chambre se réfère au §111 de l'arrêt de Section qui énonçait quant à lui que «*les étudiants musulmans [...] peuvent s'acquitter des obligations qui constituent les formes habituelles par lesquelles un musulman pratique sa religion*». Dès lors, si l'on suit cette seconde formulation qui est nettement plus logique que la première⁴⁷, la pratique de la religion serait mieux protégée que la manifestation de cette religion. Bien que cette distinction soit aisément compréhensible puisqu'il est clair que nombre de musulmans pratiquantes ne portent pas nécessairement le voile qu'elles ne considèrent pas comme un «rite» religieux *stricto sensu*, l'on peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de la séparation de la pratique et de la manifestation d'une religion dans l'esprit de la requérante qui, en portant le foulard, pouvait très bien avoir le sentiment subjectif de se conformer à une obligation dictée par la religion elle-même et non de se livrer à un simple «affichage» de ses convictions⁴⁸. Le second argument mis en avant à l'appui de la solution de proportionnalité de l'ingérence tient à la procédure suivie par les autorités universitaires qui ont constamment privilégié le *dialogue* afin d'essayer de persuader la requérante de ne pas porter le foulard. Certes l'effort est louable, et c'est assurément un indice démocratique fort que de précéder la restriction d'une liberté par une tentative d'explication et de conciliation, ainsi que l'impose d'ailleurs également la loi française du 15 mars 2004⁴⁹. Néanmoins, si dialogue il y a bien eu, ce fut un «dialogue de sourd» dans la mesure où il s'est contenté de souligner le caractère irréductiblement inconciliable des deux exigences confrontées. En tranchant en faveur de l'impératif laïc, la Cour européenne des droits de l'homme infléchit dans un sens nettement restrictif sa jurisprudence antérieure.

Un bref examen des affaires précédemment jugées auxquelles la Cour fait expressément référence, révèle un assouplissement indéniable de la position strasbourgeoise à l'égard de la protection de la liberté religieuse. Différents «antécédents» jurisprudentiels relatifs à la limitation du droit de manifester sa religion, et plus spécialement musulmane, sont avancés par la juridiction afin de conforter la solution d'espèce. Pourtant, si dans chacun des arrêts cités des circonstances particulières pouvaient justifier les ingérences

litigieuses, les faits de l'affaire *Leyla Sahin* n'offraient guère de prises à une restriction circonstanciée de l'article 9 CEDH. En effet, les organes de la Convention ont à deux reprises au moins admis que des *fonctionnaires* puissent voir leur liberté religieuse légitimement restreinte. Il s'agissait d'une part de militaires mis à pied pour appartenance à un mouvement fondamentaliste dans l'affaire *Kalaç* du 1^{er} juillet 1997⁵⁰ et, d'autre part d'une enseignante d'école primaire révoquée pour le port du foulard durant ses heures d'enseignement dans la décision d'irrecevabilité *Dahlab* du 15 février 2001 déjà mentionnée⁵¹. Toutefois dans les deux cas, la fonction particulière exercée par les intéressés a joué un rôle déterminant dans la solution de non-violation de l'article 9 §1 CEDH adoptée⁵². Tel n'était assurément pas le cas de la requérante dans l'affaire *Leyla Sahin* sur laquelle ne pesait aucune obligation de neutralité découlant de l'exercice d'une activité de puissance publique. Pour autant, la Commission avait quant à elle déjà accepté de limiter le port du foulard par des *étudiantes* dans une affaire *Karaduman* du 3 mai 1993, dans laquelle l'organe conventionnel avait jugé irrecevable, à la majorité de ses membres car manifestement mal fondée, la plainte d'une requérante à qui la délivrance de son diplôme était conditionnée à la fourniture d'une photographie d'identité la tête découverte⁵³. Cette décision était néanmoins circonstanciée puisque l'on comprend qu'un diplôme doive permettre l'identification de son titulaire, et la Commission avait par ailleurs souligné que la requérante avait bien eu la possibilité de suivre l'enseignement universitaire en portant le voile⁵⁴. En définitive, la solution de la Grande chambre dans l'affaire *Leyla Sahin* aboutit en quelque sorte à évaluer *in abstracto* l'interdiction du port de signe religieux qui devient possible y compris en l'absence de circonstances particulières caractérisant l'existence d'un prosélytisme injustifié ou d'un trouble avéré à l'ordre public. La contradiction est patente au regard de la jurisprudence de la Cour relative à la liberté d'expression reconnue aux mouvements religieux, y compris ouvertement expressément fondamentalistes⁵⁵. Sauf à considérer que le port du voile en milieu universitaire constitue *par principe* un prosélytisme injustifié ou un trouble à l'ordre public... Ce faisant, le caractère exceptionnel de l'ingérence, dans le sens d'exception à une liberté, devient discutable puisque l'interdiction résulte davantage d'une position de principe que d'une réaction pratique. À cet égard, la solution de la Cour n'est pas sans rappeler l'inversement de logique opéré par la loi française du 15 mars 2004 qui

aboutit à ce que d'en principe permis, le port du signe religieux à l'école devient par principe interdit⁵⁶. C'est probablement également en vue de protéger une laïcité érigée en «principe démocratique» que la Cour écarte les griefs tirés du non-respect des droits à l'instruction et à la non-discrimination.

2. La neutralisation des droits à l'instruction et à la non-discrimination

Alors même que la Cour juge l'article 2 du premier Protocole relatif au droit à l'instruction et l'article 14 interdisant les discriminations applicables en l'espèce, l'examen de leur respect apparaît étrangement «prédéterminé» par le constat précédent de non-violation de l'article 9 §1 CEDH, neutralisant ainsi les dispositions invoquées. Dans les deux cas, les solutions sont loin d'être évidentes.

Le principal apport, quant au fond, de l'arrêt de la Grande chambre est certainement d'avoir fait du droit à l'instruction un motif autonome d'examen de la requête, là où la quatrième Section avait jugé que «*nulle question distincte ne se posait sous l'angle de l'article 2 P1 CEDH*»⁵⁷. Mais c'est une autonomie toute apparente qui est consacrée puisque la Cour conclut un raisonnement fort étayé par une réflexion surprenante selon laquelle «*une analyse de l'affaire au regard du droit à l'instruction ne saurait en l'espèce se dissocier de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue plus haut sous l'angle de l'article 9*» (§157). Ce qui fait dire aux juges Rozakis et Vajiaë «*qu'il aurait été préférable de traiter l'affaire sous le seul angle de l'article 9*»⁵⁸. Effectivement, s'il faut saluer le raisonnement systémo-tétéologique mené par la Cour afin de juger que «*nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction*»⁵⁹, le brusque retour à la solution dégagée sur le terrain de l'article 9 n'en est que plus paradoxal. Car, une fois le droit à l'instruction jugé applicable, comment ne pas constater que la requérante se trouvait *de facto* privée d'une possibilité d'accès à l'enseignement supérieur de la médecine en Turquie? En d'autres termes, elle ne pouvait que soit renoncer au port du foulard soit renoncer à son droit à l'instruction. Comme l'observe le juge dissident, l'absence d'alternative offerte à la requérante ne plaide pas ici en faveur de la proportionnalité de l'ingérence qui atteint en conséquence la *substance* même de l'article 2 P1 CEDH⁶⁰. En outre, le caractère particulièrement problématique de la mesure tenait à ce qu'elle intervient *pendant* le parcours universitaire de la

requérante⁶¹, et qu'en cas de renoncement aux études entamées, c'était plusieurs années de travail qu'il lui fallait sacrifier. Le fait que la requérante ait finalement pu achever ses études en Autriche est certes déterminant en pratique, mais ne saurait pour autant constituer un argument recevable car il signifierait qu'une ingérence peut être justifiée dès lors que les droits auxquels elle porte atteinte pourront être *in fine* protégés dans... un autre Etat ! Enfin, l'aspect discriminatoire de la mesure apparaît déjà clairement puisque seules certaines personnes, celles dont le signe d'appartenance religieuse est nécessairement visible, se trouvent dans l'impossibilité pure et simple d'avoir accès à l'enseignement supérieur. Or, sur ce point également la majorité de la juridiction strasbourgeoise botte en touche.

À la différence du droit à l'instruction, le principe de non-discrimination est écarté au terme d'un examen lapidaire. Le raisonnement est pourtant le même: la Cour juge la disposition applicable mais n'en tire aucune conséquence en terme de violation de la Convention, bien au contraire elle estime que ce grief «*n'a pas été exposé de manière approfondie dans les plaidoiries*» et que «*les considérations à l'appui des conclusions de la Cour selon lesquelles nulle violation ne peut être constatée au regard de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 valent sans conteste pour le grief tiré de l'article 14, pris isolément ou combiné avec lesdites dispositions*» (§165). Une telle conclusion est critiquable tant sur la forme que sur le fond. Une première critique de forme tient à ce que l'article 14 de la Convention ne peut en tout état de cause être appliqué isolément⁶². En effet, conformément à la lettre de la disposition et à une jurisprudence (jusqu'alors) constante, l'article 14 CEDH «*n'a pas d'existence indépendante*», il ne peut être invoqué qu'en combinaison avec les autres droits conventionnellement protégés⁶³. La formulation retenue est donc erronée sauf à y voir un improbable revirement de jurisprudence qui viderait de toute utilité l'adoption du Protocole n° 12 récemment entré en vigueur⁶⁴. Une seconde critique de fond tient à la faiblesse du raisonnement qui refuse d'examiner l'existence d'une discrimination *entre* religions. La Cour se contente en effet de postuler que «*la réglementation concernant le port du foulard islamique ne vise pas l'appartenance de la requérante à une religion*» (§165). Certes, la religion musulmane n'est pas la seule visée puisque la réglementation litigieuse traite des tenues vestimentaires en général et non du port du foulard en particulier⁶⁵. Mais derrière cet égalitarisme de

façade, peut-on nier que le voile «islamique» est bien le principal signe religieux concerné par l'interdiction? Il y a là un exemple plus que probable de discrimination *indirecte* en raison de la religion puisque la réglementation litigieuse défavorise en pratique davantage les membres d'une religion par rapport à d'autres. C'est précisément cette forme de discrimination «déguisée» que prohibe le droit communautaire et plus particulièrement, s'agissant de la religion, la directive n° 2000/78⁶⁶. Même si le juge conventionnel n'a fait jusqu'à présent allusion que du bout des lèvres à cette théorie particulièrement pragmatique de la discrimination indirecte⁶⁷, un examen plus approfondi de la question en l'espèce aurait été souhaitable. C'est également à cette critique, et plus précisément au non-respect de la directive communautaire précitée, que s'expose la loi française du 15 mars 2004 en ce qu'elle risque de défavoriser une proportion nettement plus importante de membres d'une religion dont le signe d'appartenance est nécessairement visible⁶⁸.

L'on comprendra que si la confirmation de l'incorporation du principe de laïcité dans le champ conventionnel était logique et souhaitable, confirmant ainsi que «la laïcité a sa place dans la jurisprudence de la Cour»⁶⁹, son application est beaucoup plus problématique. Cela tient à une conception particulièrement stricte de la laïcité en l'espèce que la Cour avalise. Ce faisant le juge conventionnel se prononce indirectement mais nécessairement sur sa signification.

B. LA RESTRICTION DE LA SIGNIFICATION DE LA LAÏCITÉ

Il n'est pas contestable que «*c'est le principe de laïcité, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle [turque] qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités*» (§116). De là à dire que c'est également ce principe tel qu'avalisé par la Cour européenne qui a fondé la conventionalité de l'interdiction, il n'y a qu'un pas que l'on peut franchir aisément. C'est donc l'application *nationale* du principe de laïcité qui justifie la limitation *conventionnelle* des droits protégés. Ce faisant, le juge européen entérine une conception particulièrement «stricte» de la laïcité (1), ce qui pose la question de savoir si celle-ci doit être considérée comme définitivement «figée» ou non (2).

I. Une conception «stricte» de la laïcité

L'absence de définition du concept de laïcité dans la *ratio decidendi* de l'arrêt *Leyla Sahin* a pour conséquence d'avaliser à l'échelle conventionnelle une conception nationale drastique.

Force est de constater que tout en consacrant le principe, le juge européen des droits de l'homme ne s'aventure guère sur le terrain épineux de la définition de la laïcité. Pouvait-il d'ailleurs en aller autrement? À l'instar des notions de morale ou encore de vie privée, il s'agit en effet d'une notion fluctuante selon les époques et les types de sociétés. Le *Rapport public* du Conseil d'Etat français pour 2004⁷⁰ ou encore les travaux les plus récents sur la signification du principe de laïcité aux Etats-Unis⁷¹ le démontrent à l'envi. Devoir et/ou droit, de l'Etat et/ou des individus, la laïcité serait ainsi tout et son contraire. C'est donc grâce à un concept largement non-défini que la Cour fonde une limitation des droits de la Convention. Tout au plus relève-t-on dans l'arrêt que les juges constitutionnels turcs «*ont estimé que la laïcité [...] est au confluent de la liberté et de l'égalité*» (§ 113). De cette «définition», ou plutôt de son absence, découle la conséquence paradoxale que la laïcité est à la fois un moyen de garantir à l'individu une liberté de religion, notamment en imposant un devoir de neutralité à l'Etat, mais dans le même temps qu'elle est également un moyen de limiter l'exercice d'une religion par un individu dès lors qu'elle constitue une pression exercée sur d'autres individus⁷². En effet, au-delà du concept de laïcité qui reste relativement flou, il est en revanche certain que plusieurs conceptions peuvent en exister.

Il est tout d'abord possible de considérer la laïcité dans un sens «positif» comme garantissant une forme de liberté religieuse, c'est-à-dire à la fois une liberté de choix (ou de non-choix) d'une religion et une liberté d'exercice de cette religion sans ingérence étatique. C'est cette vision qu'adopte notamment le Commissaire du gouvernement D. Kessler, dans ses conclusions dans l'affaire *Kherouaa*, en soulignant que «*d'enseignement est laïc non parce qu'il interdit l'expression des différentes fois mais parce qu'il les tolère toutes*»⁷³. Or, initialement formulé comme un devoir d'«a-religiosité»⁷⁴, la laïcité tend à devenir, et le cas d'espèce nous en fournit une parfaite illustration, une exigence de «non-religiosité». En l'occurrence, la laïcité est ici conçue dans un sens «négatif» comme justifiant une limitation à la liberté religieuse. En d'autres termes, la laïcité ne se rapproche-t-elle pas progressivement d'un principe

d'absence de religion et non d'un principe d'indifférence à la religion? Or, c'est précisément cette conception stricte, essentiellement «négative», de la laïcité que la Cour de Strasbourg entérine en concluant à la conventionnalité du raisonnement de la Cour constitutionnelle turque. Peut-on pour autant en déduire que cette conception est désormais figée à l'échelle européenne?

2. Une conception «figée» de la laïcité?

La transposition de la solution de la Grande chambre à d'autres contextes est trop délicate pour être tranchée avec certitude, cependant il est clair que la méthode employée porte à croire qu'il s'agisse d'une décision de principe. L'arrêt *Leyla Sahin* revêt ce faisant une importance indéniable pour l'examen de conventionnalité de la réglementation du port de signes religieux au sein d'autres systèmes nationaux.

Quand le juge dissident affirme, consécutivement à l'analyse critique sur l'importance accordée au contexte, que «la question soulevée dans la requête, dont la portée au regard du droit à la liberté de religion garanti par la Convention est évidente, est une question qui n'est pas seulement 'locale' mais qui revêt une importance commune aux Etats membres», il semble mêler – pour le fustiger – la question du contexte avec celle de la portée de l'arrêt, à l'instar d'ailleurs de ce que la doctrine avait fait en analysant l'arrêt *Leyla Sahin* n°1⁷⁵, comme si une argumentation «contextuée» emportait *ipso facto* la portée limitée d'un arrêt en empêchant de le considérer comme un arrêt de principe. S'il est vrai qu'en général le primat accordé au contexte est très souvent un élément explicatif des solutions que l'on peut donc considérer comme des solutions d'espèce, il n'en reste pas moins que l'automatisme n'est pas de mise. Dans l'arrêt de Grande Chambre, la Cour développa de façon sensible les développements consacrés aux «Principes généraux». Elle y réaffirmait la place clé qu'elle entendait accorder aux systèmes nationaux face à des questions sensibles et non consensuelles (§109 *in fine*). Surtout, elle rappelait que la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation dépendait de l'«enjeu»: «la protection des droits et libertés d'autrui, les impératifs de l'ordre public, la nécessité de maintenir la paix civile et un véritable pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique» (§110)⁷⁶. Autant d'éléments qui – associés au fait qu'il s'agisse d'un arrêt de grande Chambre – montrent que la Cour a

entendu délivrer les grandes lignes des contours de la liberté de manifester sa religion, à l'instar de ce qu'elle avait déjà fait dans l'affaire *Refah Partisi*⁷⁷. Qu'elle applique ensuite – de façon contestable ou non – ces principes au cas turc n'implique évidemment pas que la solution soit une solution d'espèce. La question se pose donc de la «transposabilité» du raisonnement utilisé à d'autres Etats, dans d'autres contextes.

On le sait, la France a récemment opté pour une conception stricte et essentiellement «négative» de la laïcité en milieu scolaire⁷⁸. Elle reste néanmoins plus souple que la mesure litigieuse examinée par la Cour en ce que l'interdiction de manifester son appartenance religieuse ne concerne pas l'enseignement supérieur et tolère le port certains signes religieux «discrets»⁷⁹. Dans ces conditions, il est éventuellement envisageable que la réglementation française décroche elle aussi un brevet de conventionnalité devant l'instance strasbourgeoise, à l'instar de celui délivré, il est vrai de manière lapidaire, par le Conseil d'Etat français⁸⁰. Ce faisant, dans l'arrêt *Leyla Sahin*, la Cour s'est-elle engagée dans une voie de non-retour? Autrement formulé, peut-il dorénavant subsister des conceptions totalement opposées de la question en Europe? La question mérite d'être posée, car l'on imagine mal comment le juge conventionnel réagira saisi, à titre d'exemple, par un requérant britannique voyant dans l'autorisation du port de certains signes religieux à l'école une atteinte à ses droits et plus particulièrement à sa propre liberté religieuse qui comprend, conformément à la conception de la laïcité retenue en l'espèce, le droit de ne pas subir de «pression» en milieu scolaire ou universitaire. C'est donc finalement pour les Etats favorisant une approche «communautariste», comme c'est le cas au Royaume-Uni, que la solution de la Cour est la plus problématique. En effet, en justifiant sa décision par la protection des droits d'autrui, voire la protection des femmes et le respect de l'ordre public, il paraît difficilement envisageable que le juge européen puisse, sans contradiction, adopter une position exactement inverse pour un autre Etat membre. En ce sens, la conception restrictive et prohibitive de la laïcité avalisée en l'espèce peut revêtir un aspect «figé» dans la mesure où une totale liberté de manifester ses croyances religieuses dans l'enseignement semble pouvoir subir les foudres d'un constat de violation de la Convention. L'échappatoire pour le juge pourrait alors précisément venir de la polysémie de la «laïcité» qui serait susceptible de justifier, selon les contextes, des solutions différentes allant de l'entière liberté du port des signes religieux à leur

plus totale interdiction. Solution que préconise d'ailleurs le juge Costa en souhaitant qu'en matière de laïcité, «la Cour n'impose pas une norme de conduite fixe aux Parties contractantes à la Convention»⁸¹. La perte de cohérence de la notion, qui justifierait alors tout et son contraire, serait le prix à payer de la souplesse du contrôle qu'elle autoriserait.

S'il semblait particulièrement souhaitable que la Cour accepte de prendre en considération le principe de laïcité en l'intégrant dans le champ conventionnel, la solution de non contrariété rendue en l'espèce risque de poser autant de problèmes pour les Etats favorables au port du signe religieux dans l'enseignement qu'elle n'en posé à ceux qui y sont hostiles. C'était là une conséquence inéluctable de l'arrêt. Les juges étaient donc

finallement confrontés à la part incompressible de prosélytisme que comporte le port d'un signe religieux visible face au nécessaire respect d'autrui, voire de soi-même. Existe-t-il une solution idéale? T. Moore la conçoit ainsi en décrivant le comportement d'Utopus qui «dès qu'il fut victorieux et maître, se hâta de décréter la liberté de religion. Cependant, il ne proscrivit pas le prosélytisme qui propage la foi au moyen du raisonnement, avec douceur et modestie [...]. Il prévoyait que si toutes les religions étaient fausses à l'exception d'une seule, le temps viendrait où, à l'aide de la douceur et de la raison, la vérité se dégagerait elle-même, lumineuse et triomphante, de la nuit de l'erreur»⁸². Mais n'est-ce pas justement bien «utopique» de croire que le prosélytisme n'ait pas pour but d'imposer une idée?

NOTES

1. Cour EDH, Gde Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98.
2. On doit l'expression de «rabat-joie» à J-P. MARGUENAUD, qui l'utilisa en ces termes: «il existe au sein de la Cour de Strasbourg une formation spécialisée dans le rôle du rabat-joie qui prend un malin plaisir à faire manquer les grands rendez-vous européens: la Grande Chambre», v. «De l'identité de l'épanouissement: l'environnement sain», *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p.220.
3. L'arrêt de la Chambre – Cour EDH, 2 octobre 2001, *Hatton c/ Royaume-Uni*, req. n° 36022/97 – fut infirmé par celui de la Grande Chambre – Cour EDH, Gde Ch., 8 juillet 2003, *Hatton c/ Royaume-Uni*, Rec. 2003-VIII – au point que Jean-Pierre Marguénaud écrivit que «toutes les avancées environnementalistes réalisées à partir de l'article 8 en général et du droit au respect de la vie privée en particulier» furent anéanties par l'arrêt de la Grande Chambre, *op.cit.*, p.221.
4. Cour EDH, IV^e section, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98.
5. Cons. const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC. Pour prendre connaissance des innombrables commentaires doctrinaux, on se reportera au site du Conseil constitutionnel français (www.conseil-constitutionnel.fr). On consultera également le commentaire des *Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (n° 51, 13^{ème} ed., p. 902).
6. L'expression fameuse est celle du Doyen J. CARBONNIER dont les réticences à l'endroit du droit européen étaient connues.
7. La plus cinglante et la plus remarquée fut celle de F. SUDRE, «Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques», *RFDA*, janvier-février 2005. En contre-point, on peut citer E. DECAUX pour qui «On ne peut que se réjouir de voir le Conseil constitutionnel se référer ainsi à la jurisprudence européenne. Il s'en inspirait depuis longtemps, de manière plus ou moins avouée (v. B. Genevois in *Droit international et droits de l'homme*, *Cahiers du Cedin* n°5, *Montchrestien*, 1990), mais pour la première fois, la référence est expresse, même si elle aurait pu être mieux inspirée», *JDI*, 2005-2, spéc. p. 529.
8. Article 45 §2 de la Convention: «Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée».
9. En l'espace de deux ans, deux belles thèses ont été publiées sur cette pratique connue des univers internationaux (CIJ, CEDH, CIADH), mais aussi constitutionnels (comme celui de la Cour suprême américaine ou encore du Tribunal constitutionnel espagnol). On se reportera avec un grand intérêt à la recherche de W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Economica, 2005, 361 p. (Préface de M. Troper) qui a le grand intérêt, entre autres choses, de fournir un cadre théorique à toute sa démonstration, ce qui rend ce travail très précieux et celle de F. RIVIERE qui a entièrement axé son travail sur le système conventionnel, *Les opinions séparées de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 464 p. (Préface de F. Sudre).
10. Cour EDH, Gde Ch., 11 juillet 2002, *Göç c/ Turquie*, req. n° 36590/97, Rec. 2002-V. La Grande Chambre ne s'aligne pas sur l'analyse de la Chambre et considère que le grief tiré de l'absence d'audience dans le cadre d'une procédure d'indemnisation pour détention illégale est distinct de celui du défaut de procédure contradictoire et doit donc être examiné au fond.
11. Dans une opinion concordante commune, ils considérèrent en effet qu'il «aurait été préférable de traiter l'affaire sous le seul angle de l'article 9 [...]. La question centrale en l'occurrence est [...] celle de la protection de la liberté de religion de l'intéressée telle que garantie par l'article 9 de la Convention. Cette disposition est dans ces conditions à l'évidence la *lex specialis* applicable aux faits de la cause ; le grief corollaire concernant les mêmes faits tiré de l'article 2 du Protocole n° 1, quoi qu'indubitablement recevable, ne soulève aucune question distincte sur le terrain de la Convention.»
12. Depuis l'arrêt *Abbé Bouteyre* rendu par le Conseil d'Etat le 10 mai 1912 (Rec., p. 553, *GAJA* n° 26), en passant par son avis d'Assemblée du 27 novembre 1989 (EDCE, 1990, p. 239,

- AJDA*, 1990, p. 39], jusqu'à la réunion de la Commission *ad hoc* dirigée par B. Stasi (Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, remis au Président de la République le 11 décembre 2003, 78 p., disponible sur le site de la documentation française www.lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr), et enfin l'adoption de la loi du 15 mars 2004 (loi n° 2004-228 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, *JO*, 17 mars 2004) ; ce que l'on pourrait qualifier de «feuilleton» français de la laïcité dans l'enseignement public témoigne de la persistance et de la vivacité des controverses sur la question. Lire notamment le *Rapport public* du Conseil d'Etat pour 2004, *Un siècle de laïcité*, EDCÉ, n° 56, Paris, La Documentation française, 2005, 479 p.
13. Cour EDH, 15 février 2001, *Dahlab c/ Suisse*, req. n° 42393/98, v. N. CHAUVIN, *RFDA*, 2003-3, pp.536-545 ; J-F. FLAUSS, *AJDA*, 2001, pp.480-484 ; P. ROLLAND, «Ordre public et pratiques religieuses», *La protection internationale de la liberté religieuse*, J-F. FLAUSS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, spéc. p. 258.
 14. Dans l'affaire *Dahlab*, la Cour admit la conventionnalité de l'interdiction faite à une institutrice d'une école primaire publique genevoise, catholique convertie à l'Islam, de porter le foulard islamique pendant son service et ce, en vertu du principe de neutralité confessionnelle de l'école consacré tant par la Constitution fédérale que par la loi cantonale sur l'instruction publique. Dans son arrêt du 12 novembre 1997, le Tribunal fédéral de Lausanne avait validé une telle restriction afin de sauvegarder le droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse. La Cour s'aligna sur ces analyses et considéra que la mesure prise par les autorités cantonales n'était pas déraisonnable. Elle se basa sur le jeune âge des enfants (entre 4 et 8 ans), sur l'effet prosélyte du foulard islamique et sur le fait que ce signe religieux était contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes.
 15. Commission EDH, 3 mai 1993, *Karaduman c. Turquie*, DR n° 74, p. 93. v. J-F. FLAUSS, *LPA*, 26 novembre 1993, pp. 11-13.
 16. Dans l'affaire *Karaduman*, il s'agissait du refus de délivrer un diplôme de licence de pharmacie à une étudiante produisant une photographie d'identité où elle portait le foulard islamique. Pour la Commission, la réglementation de la tenue vestimentaire des étudiants par une université laïque et le fait de subordonner la délivrance de diplôme à son respect par ceux-ci ne constituent pas une ingérence dans l'exercice de la liberté de religion, l'intéressée ayant librement choisi de poursuivre ses études dans un tel établissement. On relèvera ici la différence d'approche avec l'affaire *Leyla Sahin* où la Cour (Chambre comme Grande Chambre) considéra qu'il y avait une ingérence dans la liberté de pensée, de conscience et de religion de l'étudiante voilée pour lui avoir interdit l'accès aux cours et aux examens.
 17. G. YILDRIM, Note sous l'arrêt du 29 juin 2004, *Dalloz*, 2005-3, spéc. p.205.
 18. E. DECAUX, Obs. sous l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* du 29 juin 2004, *JDI*, 2005-2, spéc. p.530.
 19. G. GONZALEZ, Obs. sous l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* du 29 juin 2004, *RDP*, 2005-3, spéc. p.789.
 20. Qui avaient pris le nom de «Principes pertinents» dans l'arrêt du 29 juin 2004.
 21. Autrement dit, le contrôle européen dans chaque espèce prend logiquement appui sur un ensemble de principes qui, eux, sont déclinés sous un mode plus abstrait, *i.e.* sous un mode théorique.
 22. Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, §100: «La Cour rappelle en même temps le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Selon sa jurisprudence constante, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux (voir, par exemple, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n°24, §48). Il appartient à ces autorités d'évaluer en premier lieu la 'nécessité' d'une ingérence, tant en ce qui concerne le cadre législatif que les mesures d'application particulières. Même si lesdites autorités bénéficient en ce sens d'une certaine marge d'appréciation, leur décision reste soumise au contrôle de la Cour, qui doit en vérifier la conformité avec les exigences de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n°36022/97, *Rec.* 2003-VII, §101).»
 23. *Ibid.*, §101: «Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux Etats, il faut

garder à l'esprit l'importance de la nature du droit garanti par la Convention et des actes soumis à des restrictions comme de la finalité de ceux-ci (voir, *mutadis mutandis*, *Hatton et autres*, précité, §101 et *Buckley c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p.1292, §76). Lorsque des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions se trouvent en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle de décideur national (voir, *mutadis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, précité, §84 et *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p.1958, §58). Dans ce cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu: les droits et libertés d'autrui, la paix civile, les impératifs de l'ordre public et le pluralisme (voir, *mutadis mutandis*, *Kokkinakis*, précité, §31, *Manoussakis et autres c. Grèce*, arrêt du 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p.1364, §44 et *Casado Coca*, précité, §55).»

24. Spéc. §109 de l'arrêt de la Grande Chambre: «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 (voir *mutadis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, §84 et *Wingrove c/ Royaume-Uni*, §58).»
25. Sur cette méthode, lire notamment les *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *GACEDH*, spéc. pp. 66 et s.
26. Spéc. §109 de l'arrêt: «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 (voir *mutadis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, §84 et *Wingrove c/ Royaume-Uni*, §58). *Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus, comme le démontre l'aperçu de droit comparé (§§55-65 ci-dessus), au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. En effet, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société [Otto-Preminger*

Institut c/ Autriche, 20 septembre 1994, §50] et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes [voir par exemple *Dahlab c/ Suisse*].» (Italiques ajoutées)

27. Au point 3 de son opinion dissidente, le juge belge écrit en effet : «J'aurais peut-être pu suivre l'approche fondée sur la marge d'appréciation si deux éléments ne venaient, en l'espèce, en affaiblir singulièrement la pertinence. Le premier concerne l'argument utilisé par la majorité pour justifier l'ampleur de la marge, à savoir la diversité des pratiques nationales quant à la question de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement et donc l'absence de consensus européen en ce domaine. Or, l'aperçu de droit comparé ne permet pas une telle conclusion: dans aucun des Etats membres, l'interdiction du port de signes religieux ne s'est étendue à l'enseignement universitaire qui s'adresse à un public de jeunes adultes où le risque de pression est plus atténué.»
28. La jurisprudence des Cours suprêmes de certains pays comme les Etats-Unis, l'Afrique du Sud ou encore le Canada ou la Nouvelle-Zélande a fait une entrée remarquée dans la jurisprudence européenne, grâce notamment aux organisations non gouvernementales qui, utilisant la procédure d'*amicus curiae*, n'hésitent pas à appuyer leur argumentation sur le droit et la jurisprudence d'Etats tiers au Conseil de l'Europe sensibilisant ce faisant le juge européen au droit comparé, v. J-F. FLAUSS, «La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme», *RTDH*, avril 2005, n° 62, pp. 313-331. Du même auteur, «Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Le rôle du droit comparé dans la formation du droit européen*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schultess Polygraph, 2002, pp.159-182.
29. À notre sens, le §109 aurait été moins critiquable s'il avait été rédigé comme suit : «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 (voir *mutadis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, §84 et

- Wingrove c/ Royaume-Uni*, §58). Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux. En effet, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société [*Otto-Preminger Institut c/ Autriche*, 20 septembre 1994, §50] et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes».
30. Spéc. §115 de l'arrêt: «Après avoir examiné les arguments des parties, la Grande Chambre ne voit aucune raison pertinente de s'écarter des considérations suivantes de la chambre (§§ 107-109 de son arrêt): «(...) La Cour note que le système constitutionnel turc met l'accent sur la protection des droits des femmes. L'égalité entre les sexes, reconnue par la Cour européenne comme l'un des principes essentiels sous-jacents à la Convention et un objectif des Etats membres du Conseil de l'Europe [...] a également été considérée par la Cour constitutionnelle turque comme un principe implicitement contenu dans les valeurs inspirant la Constitution.»
 31. Le §111 mentionne les affaires *Karaduman* (Commission EDH, 3 mai 1993, req. n° 16278/90, DR, n° 74, p. 93), *Refah Partisi* (Cour EDH, 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Rec. 2003-II) et *Dalhab* (Cour EDH, 15 février 2001, req. n° 42393/98).
 32. Nous soulignons.
 33. Cour EDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c/ Grèce*, §47 ; Cour EDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, §78). La liberté de religion «exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances et des modalités d'expression de celles-ci.»
 34. Ainsi, quand la Commission européenne fut amenée à employer l'expression de «sectes», c'était uniquement parce que l'objet même de la requête qui l'y incitait: Com.EDH, 11 octobre 1984, *N. c/ Suède*, DR 40, p.203.
 35. Cour constitutionnelle allemande, 24 septembre 2003 – 2 BvR 1436/042. Cette décision est citée par le juge TULKENS dans son opinion dissidente au point 11. L'affaire concernait l'interdiction faite à une enseignante de porter le foulard pendant les cours et au sein de l'établissement scolaire. Le juge constitutionnel allemand a considéré qu'une telle interdiction manquait de base légale. Le résumé en français est reproduit à la *RUDH*, 24 octobre 2004, Vol.16, n°1-4. Dans le résumé des considérants de la Cour, on peut lire que «Le sens conféré au foulard islamique que portent les musulmanes est très loin de faire l'unanimité. Il peut être le signe de réglementations vestimentaires dictées par la religion et conçues comme obligatoires, tout comme le signe de traditions en vigueur dans le pays d'origine. On y voit ces derniers temps de plus en plus un symbole politique du fondamentalisme islamique. Le foulard islamique ne saurait toutefois être réduit à la dimension de l'oppression de la femme dans la société. C'est ce que montrent les études les plus récentes. De jeunes musulmanes choisissent en toute liberté de porter le foulard afin de mener la vie qu'elles veulent pour elles-mêmes sans rompre avec leur culture d'origine.»
 36. Dans l'affaire *Mc Creary County, Kentucky and al. v. American Civil Liberties Union of Kentucky* du 27 juin 2005, par 5 voix contre 4, la Cour Suprême a déclaré contraire au premier amendement l'affichage des Dix Commandements dans les salles d'un tribunal. À l'opposé, dans l'affaire *Van Orden v. Perry* du même jour, la Cour admet – en étant toujours aussi divisée, *i.e.* par cinq voix contre quatre – que l'érection, sur le terrain du Capitole du Texas, d'une stèle sur laquelle sont gravés les Dix Commandements, ne viole pas le premier amendement, rédigé comme suit: «Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion...». On se reportera avec intérêt au commentaire circonstancié de J-P JACQUE, «À propos de deux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis sur les relations entre l'Etat et la religion», *L'Europe des libertés*, Septembre 2005, n° 17, pp.1-5.
 37. Opinion dissidente du juge F. TULKENS, spéc. point 12: «Celle-ci – qui est une jeune femme adulte et universitaire – a fait valoir qu'elle portait librement le foulard et rien ne contredit cette affirmation. A cet égard, je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement. Par ailleurs, l'égalité et la non-discrimination sont des droits subjectifs qui ne peuvent être soustraits à la maîtrise de ceux et de celles qui sont appelés à en bénéficier. Une telle forme de 'paternalisme' s'inscrit à contre courant de la jurisprudence de la Cour qui a construit, sur le fondement de l'article 8, un véritable droit à l'autonomie personnelle.» On se reportera avec intérêt aux actes du Colloque organisé à Toulouse en mai 2005, v. H.

- ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle: une autre conception de liberté?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006, 136 p. (Col. Les travaux de l'IFR Mutation des Normes juridiques, n°5). qui, outre le fait de faire le point sur cette notion émergente en droit français, a le mérite cerner son contenu en droit comparé (Espagne, Italie, Suisse) en incluant également des développements sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.
38. La notion d' «autonomie personnelle», longtemps en construction, a fait l'objet d'une systématisation dans l'arrêt *K.A. et A.D. c/ Belgique* du 17 février 2005 relative à des pratiques sado-masochistes. Le §83 de l'arrêt se lit ainsi: «L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [*Christine Goodwin c/ RU*, arrêt du 11 juillet 2002, *Rec.* 2002-VI, §90] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important que sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [*Pretty c/ RU*, 29 avril 2002, *Rec.* 2002-III, §61].» Pour de plus amples précisions, v. L. BURGORGUE-LARSEN, discussion sur les aspects de droit comparé, *La liberté personnelle: une autre conception de la liberté?*, *op. cit.*, spec. pp.118-119.
39. X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur les sujets des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p. 543. (Col. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 22)
40. Cour EDH, Gde Ch., 13 février 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Rec.* 2003-II.
41. M. LEVINET, «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. L'incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme», *RFDC*, 2004, vol. 57, pp.207-221.
42. La recherche d'un juste équilibre entre les droits individuels et les devoirs qu'implique la prise en compte des exigences de l'intérêt général est l'une des tâches principales auxquelles est confrontée la Cour, Cour EDH, 26 juin 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, *Rec.* A 161, spéc. §89 : «le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention.»
43. Cette nouvelle possibilité de restriction offerte aux Etats peut néanmoins s'expliquer par le fait, qu'au moins pour partie, elle vise à protéger les «droits d'autrui», et que par conséquent la limitation de certains droits fondamentaux se justifie par la nécessité de mieux en préserver d'autres, sans que l'on puisse dès lors véritablement y voir une diminution globale du standard de protection, mais plutôt une forme de «rééquilibrage» entre des droits concurrents. On relève un mouvement identique de «recul» de la jurisprudence, après une longue période d'intransigeance, en matière de protection de la liberté d'expression des médias au nom de la protection des droits d'autrui, voir par exemple Cour EDH, 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark*, req. n° 49017/99, n.e.p. ; ou encore, Cour EDH, 24 juin 2004, *Van Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, n.e.p.
44. Cf. *supra* I. A. 2.
45. Lire notamment J. CALLEWAERT, «Quel avenir pour la marge d'appréciation?», in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 147-166 ; M. DE SALVIA, «Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation?», in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 373-385 ; P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 63-89.
46. Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98, spéc. § 111.
47. En effet, les parties ne sauraient s'être accordées sur la question des formes habituelles par lesquelles un musulman «manifeste» sa religion, puisque c'est précisément sur ce point que porte le litige ! C'est donc bien sur la question de la pratique des rites musulmans qu'il y a consensus (prières, etc...) et non sur celle de la manifestation de la religion.
48. Lire sur ce point P. ROLLAND, «Ordre public et pratiques religieuses», *La protection internationale de la liberté religieuse*, J-F. FLAUSS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, spéc. p. 242: «La question concrète est de savoir qui

- doit déterminer en dernier lieu si un acte motivé par une conviction religieuse constitue ou non une manifestation de la religion au sens de l'article 9 de la Convention».
49. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 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, *JO*, 17 mars 2004. Selon l'article 1^{er} de cette loi, est inséré un article L 141-5-1 dans le Code de l'éducation qui dispose que «dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit». Il est suivi d'un second alinéa précisant que «le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève» (Italiques ajoutées).
50. Cour EDH, 1^{er} juillet 1997, *Kalaç c/ Turquie*, req. n° 20704/92, *Rec.* 1997-IV. Cet arrêt a été rendu à l'unanimité, mais contre l'avis unanimement contraire de la Commission, qui dans un rapport du 27 février 1996 avait estimé que l'ingérence n'était pas «prévvue par la loi» au sens de la Convention et que par conséquent l'article 9 était violé.
51. Cour EDH, 15 février 2001, *Dahlab c/ Suisse*, req. n° 42393/98. Cette décision d'irrecevabilité a été prise à la majorité des sept juges.
52. Dans l'affaire *Kalaç* (préc.), la Cour note que: «En embrassant une carrière militaire, M. Kalaç se pliait, de son plein gré, au système de discipline militaire. Ce système implique, par nature, la possibilité d'apporter à certains droits et libertés des membres des forces armées des limitations ne pouvant être imposées aux civils» (spéc. §28). Dans l'affaire *Dahlab* (préc.) elle juge que «dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'Etat, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable».
53. Commission EDH, 3 mai 1993, *Karaduman c/ Turquie*, req. n° 16278/90, *DR*, n° 74, p. 93.
54. *Ibid.*: «La Commission relève en outre que la requérante ne fait aucunement observer avoir été obligée, lors de ses études à l'université, de respecter, contre sa volonté, le règlement concernant la tenue vestimentaire».
55. Voir notamment Cour EDH, 4 décembre 2003, *Gündüz c/ Turquie*, req. n° 35071/97, *Rec.* 2003-XI, à propos de la sanction, jugée contraire à l'article 10 de la Convention, d'un représentant d'une secte extrémiste suite à une interview télévisée au cours de laquelle il avait traité de «bâtards» les enfants nés en dehors d'un mariage religieux. La solution dégagée en l'espèce fait dire au juge Tulkens dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Leyla Sahin* que «la manifestation d'une religion par le port paisible d'un foulard peut être interdite alors que, dans le même contexte, des propos qui pourraient être entendus comme une incitation à la haine religieuse sont couverts par la liberté d'expression».
56. Selon la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, la liberté du port de signe religieux était le principe et la restriction l'exception ainsi que cela découlait de la formule retenue qui n'interdisait que les signes religieux qui constituerait «un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, [qui] porterait atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettrait leur santé ou leur sécurité, perturberait le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troublerait l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public». Voir CE, avis du 27 novembre 1989, EDCE, 1990, p. 239, *AJDA*, 1990, p. 39. En ce que la présomption de validité est inversée par la loi du 15 mars 2004 précitée, la doctrine note que «la solution législative est aux antipodes de celle retenue par le Conseil d'Etat», voir J.-P. CAMBY, «Le principe de laïcité: l'apaisement par le droit?», *RDJ*, 2005, n° 1, spéc. p. 5.
57. Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98, spéc. § 117.
58. Voir l'opinion concordante commune jointe à l'arrêt.
59. Ce qui n'était pas explicitement le cas auparavant, voir les §§ 136 et s. de l'arrêt.
60. Spéc. point 17 de l'opinion: «il n'est pas contesté qu'en subordonnant la poursuite de ses études à la suppression du foulard et en lui refusant l'accès à l'université en cas de non-respect de cette exigence, la requérante a été contrainte de quitter le pays et de terminer ses études à l'université de Vienne. Aucune alternative ne s'offrait donc à elle alors que cet élément a été pris en considération dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France* du 27 juin 2000

- pour conclure à la non-violation de la Convention (§§ 80 et 81)».
61. Ce qui d'ailleurs posait un problème important de prévisibilité de l'ingérence, non abordé ici mais auquel la Cour consacre de substantiels développements aux points 79 à 98 de l'arrêt afin d'estimer que le changement du règlement universitaire durant les études de la requérante était prévisible car fondée sur une jurisprudence tant constitutionnelle qu'administrative antérieure et accessible.
 62. Même si la disposition a progressivement fait l'objet d'une «autonomisation» par le juge, elle ne s'applique qu'à l'égard des droits tombant sous l'emprise d'une des (autres) dispositions de la Convention, lire notamment P. LAMBERT, «Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme?», *RTDH*, 1998, pp. 497-505
 63. Voir par exemple, Cour EDH, 21 février 1997, *Van Raalte c/Pays-Bas*, req. n° 2060/92, *Rec.* 1997-I, § 33 ; Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/France*, req. n° 36515/97, *Rec.* 2002-I, spéc. § 27.
 64. Ce Protocole est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005. La France ne l'a pas ratifié au nom d'un argument particulièrement fallacieux: l'engorgement du rôle de la Cour, v., L. BURGORGUE-LARSEN, «La France et la protection européenne des droits de l'homme», *AFRI*, 2005, pp.598-612. Sur l'élaboration et l'apport de ce nouvel instrument, lire G. GONZALEZ, «Le Protocole additionnel n° 12 à la convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer», *RFDA*, janvier-février 2002, pp. 113-123 ; J. SCHOKKENBROEK, «Le renforcement de la protection européenne contre la discrimination: le nouveau Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Actualités et Droit International*, 2001.
 65. Voir §47 de l'arrêt: «La décision n° 11 du 9 juillet 1998 adoptée par l'Université d'Istanbul est rédigée en ces termes: [...] 2. Les étudiants de l'Université d'Istanbul ne peuvent porter aucune tenue vestimentaire symbolisant ou manifestant une quelconque religion, confession, race, inclination politique ou idéologique dans aucun établissement et département de l'université d'Istanbul et dans aucun espace appartenant à cette université».
 66. Directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303 du 2 décembre 2000. Son article 2 §2 b) précise qu'«une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère, une pratique, apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires». Pour plus de détails sur cette directive et la notion de discrimination indirecte, voir E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, à paraître dans la collection «Droit de l'Union européenne».
 67. Notamment dans quatre espèces jugées le même jour s'agissant des statistiques policières en Irlande du Nord montrant que la majorité des personnes tuées par les forces de l'ordre sont de confessions catholiques ou appartiennent à des mouvements politiques nationalistes, voir Cour EDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c/ Royaume-Uni*, req. n° 24746/94, spéc. § 154 ; *Mc Kerr c/ Royaume-Uni*, req. n° 28883/95, *Rec.* 2001-III, spéc. § 165 ; *Kelly c/ Royaume-Uni*, req. 30054/96, spéc. § 148 ; *Shanagan c/ Royaume-Uni*, req. n° 37715/97, spéc. § 129. Voir également, Cour EDH, 28 mai 2002, *McShane c/ Royaume-Uni*, req. n°43290/98, spéc. § 135 ; Cour EDH, 26 février 2004, *Nachova c/ Bulgarie*, req. n° 43577/98, 43579/98, spéc. § 167.
 68. Cela est le cas notamment des musulmans, des juifs et des sikhs, comparés notamment aux catholiques et aux protestants qui peuvent aisément dissimuler leurs signes religieux, voire opter pour un signe «discret». En ce sens et malgré son apparente neutralité, la loi crée une discrimination de fait, ou indirecte, entre les religions.
 69. J-P. COSTA, «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *RTDH*, 2004, vol. 57, spéc. p. 106, et ce notamment depuis l'arrêt de la Grande Chambre *Refah Partisi c. Turquie* où la Cour développa une «conception laïque de l'Etat», Cour EDH, 13 février 2003, *op. cit.*
 70. «Il n'existe pas de définition de la laïcité, concept qui n'est pas univoque», *Un siècle de laïcité*, EDCE, n° 56, Paris, La Documentation française, 2005, spéc. p. 245 et s.
 71. Remarquable à cet égard est l'ouvrage publié sous la direction d'E. ZOLLER, *La conception*

- américaine de la laïcité*, Paris, Dalloz, 2005, 210p. On se reportera plus précisément à sa communication introductive «La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste», pp. 4-32 ainsi qu'à l'article de F.M. GEDICKS, «Exemptions religieuses, neutralité et laïcité», pp.179-197. De même, on consultera le numéro 4 des *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux* publié par les Presses Universitaires de Caen (2005) consacré au thème de la laïcité. La II^e partie intitulée «Quel avenir pour la laïcité ailleurs» est d'autant plus pertinente dans le cadre de cet article qu'elle apporte un éclairage de droit comparé sur la signification de la laïcité aux Etats-Unis (B. CHELINI-PONT, «Laïcités française et américaine en miroir», p.107 et s) ainsi qu'en Turquie (E. MASSICARD, «L'organisation des rapports entre Etat et religion en Turquie», p.119 et s.)
72. Spéc. §113: «ce principe interdit à l'Etat de témoigner une préférence pour une religion ou croyance précise, guidant ainsi l'Etat dans son rôle d'arbitre impartial, et implique nécessairement la liberté de religion et de conscience. Il vise également à prémunir l'individu non seulement contre des ingérences arbitraires de l'Etat mais aussi contre des pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes». En outre «selon ces juges [...], la liberté de manifester la religion peut être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes»
73. Conclusions sous CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa, Rec.*, p. 389.
74. Selon la formule de A. Briand, reprise dans le cours édité par S. BASTID, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, 1961-1962, spéc. p. 10: «l'Etat n'est ni religieux, ni irréligieux, il est areligieux».
75. Voir *supra*, spéc. notes n° 18 et 19.
76. Les arrêts mis en exergue par la Cour à la fin de ce paragraphe ne concernent pour aucun d'entre eux la Turquie, mais la Grèce (Cour EDH, *Kokkinakis et Manoussakis*) et l'Espagne (*Casado Coca*).
77. M. de SALVIA analyse ainsi cet arrêt: «Il est indéniable que l'arrêt en question dépasse le cas d'espèce soumis à la Cour. Les considérations qui y sont développées tracent un cadre précis des contours d'une doctrine des droits de l'homme attentive à la recherche d'un équilibre indispensable à asseoir les principes de tolérance et de respect mutuel entre individus.» Après avoir rappelé la teneur du §93 de l'arrêt *Refah* *Partisi* qui érige la laïcité en «principe fondateur de l'Etat qui cadre avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie», le jurisconsulte de la Cour affirme «Bien que ce rappel de jurisprudence ne vise que certaines situations s'étant produites en Turquie, il est évident que les principes qui y sont inscrit sous-tendent une interprétation qui a une valeur générale.», voy. «Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Mélanges en hommage à Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 1, spéc. p. 604.
78. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 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, *op. cit.*
79. La circulaire n° 2004-084 du 18 mai 2004 (*JO* du 22 mai 2004, *BO* n° 21 du 27 mai 2004) précise en effet que «la loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux *discrets*» (Italiques ajoutées). Ce qui laisse entière la question de savoir ce que recouvre cette notion de discrétion, voir par exemple V. FABRE-ALIBERT, «La loi française du 15 mars 2004 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?», *RTDH*, 2004, vol. 59, spéc. p. 591: «Ainsi, quelle est la frontière entre le signe religieux "ostensible" prohibé par la loi et le signe discret autorisé?»
80. CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, *AJDA* 10 janvier 2005, p. 43, concl. Keller, note F. Rollin, où il est jugé sans plus de précision que «l'interdiction édictée par la loi et rappelée par la circulaire attaquée ne porte pas à cette liberté une atteinte excessive, au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi visant à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics».
81. Bien que l'auteur présente cette idée sous forme de constat, il s'agit bien davantage d'un souhait de politique jurisprudentielle que d'une jurisprudence bien établie, v. J-P. COSTA, «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, spéc. p. 106.
82. T. MOORE, *L'Utopie*, Livre second, chap. 8, rééd. Paris, Flammarion, 2003, spéc. p. 111.