

DU BON USAGE DE LA JURISPRUDENCE STRASBOURGEOISE.
QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA JURISPRUDENCE BELGE RELATIVE
AUX SIGNES CONVICTIONNELS

[Sébastien Van Drooghenbroeck](#)

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2020/2 Volume 85 | pages 151 à 174

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

[https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-
juridiques-2020-2-page-151.htm](https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2020-2-page-151.htm)

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

**Du bon usage de la jurisprudence strasbourgeoise.
Quelques réflexions sur la jurisprudence belge relative aux
signes convictionnels**

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Professeur invité à l'Université de Paris 2 (Panthéon-Assas)
Assesseur à la Section de législation du Conseil d'État

Résumé

Il n'est pas rare que, appelés à se prononcer sur l'une ou l'autre question touchant aux rapports entre l'État et la religion (problématique du port des signes conventionnels en milieu scolaire, dans la fonction publique, ...), les juges nationaux offrent pour toute motivation un renvoi aux positions – en l'occurrence assez self restraint – développées sur ce point par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce « réflexe strasbourgeois », à l'ordinaire salué comme un geste d'ouverture juridique, est cependant problématique à un double titre. Les fiats strasbourgeois sont en effet décernés au bénéfice d'une large « marge nationale d'appréciation » dont l'importation telle quelle dans le raisonnement du juge interne n'a pas de sens. Par ailleurs, cette jurisprudence strasbourgeoise bienveillante n'a pas lieu de constituer l'unique horizon juridique des juges internes : ceux-ci doivent en effet s'ouvrir à la quasi jurisprudence onusienne qui, sur les thèmes concernés, est nettement moins « coulante ». Développant cet argumentaire double, la contribution s'inscrira dans une réflexion sur la gouvernance juridique à niveaux multiples dans le domaine des droits de l'Homme.

Abstract : The appropriate use of Strasbourg jurisprudence. Some reflections on the Belgian jurisprudence relating to the wearing of religious symbols.

It is not uncommon that, when they are called upon to rule on one or other question concerning the relationship between the State and Religion (the problem of the wearing of conspicuous religious signs in schools, in the civil service, etc.), national judges often refer to the positions – in this case rather self-restraint – developed on this point by the jurisprudence of the European Court of Human Rights. This « Strasbourg reflex », usually praised as a gesture of legal openness, is however problematic on two counts. First, the

Strasbourg fiat is in fact awarded with the benefit of a broad « national margin of appreciation ». The import of this margin in the reasoning of the domestic judge is, as such, meaningless. Moreover, this benevolent Strasbourg jurisprudence does not constitute the sole legal horizon of domestic judges: they must in fact be open to the quasi-UN jurisprudence which, on the themes concerned, is much less « tolerant ». Developing this twofold argument, the contribution will be part of a reflection on multi-level legal governance in the field of human rights.

Il n'est sans doute pas une période de son histoire où la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas été la cible de critiques. Force est cependant de constater que celles-ci, au cours des dernières années, ont gagné en ampleur et en intensité¹. Et pas uniquement de la part des « *usual suspects* ». Faut-il le rappeler ? C'est très explicitement d'une dénonciation de la Convention dont il fut question dans le discours politique britannique², mais aussi – il ne faut pas l'oublier – dans le programme électoral de candidats de la droite démocratique aux élections présidentielles françaises de 2017³. Même en Belgique, dont la

¹ Voy. e.a. P. POPELIER, S. LAMBRECHT et K. LEMMENS (dir.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System : Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016 ; M.R. MADSEN, « The European Court of Human Rights : from the Cold War to the Brighton Declaration and backlash », in *International court authority*, K. J. Alter, L. R. Helfer et M. Rask Madsen (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 243-274 ; Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.D.L.F.*, 2019 chron. n°53, en ligne, www.revuedlf.com. Voy. aussi les références citées dans R. SPANO, « The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law », *Human Rights Law Review*, vol. 18, septembre 2018, n° 3, p. 473-494, spéc. p. 478 et s. Voy. enfin, plus récemment, L. BURGORGUE-LARSEN, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *RDLF*, 2020, chron. n°73, en ligne, <http://www.revuedlf.com/cedh/la-cedh-ne-merite-pas-detre-le-bouc-emissaire-du-reductionnisme-de-la-pensee/> (consulté la dernière fois le 5 décembre 2020).

² Voy., sur ce débat, C. GEARTY, *On Fantasy Island. Britain, Europe and Human Rights*, OUP, 2016 ; R. MASTERMAN, « The United Kingdom : From Strasbourg surrogacy towards a British Bill of Rights », in *Criticism of the European Court of Human Rights*, P. Popelier, S. Lambrecht et K. Lemmens (dir.), Anvers, Intersentia, 2016, p. 449 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK et O. VAN DER NOOT, « Between assimilation and exclusion : is there room for an "integrated" approach towards constitutional and international protection of human rights ? », in *Fragmentation and Integration in Human Rights Law*, E. Brems et S. Ouald-Chaïb (dir.), Londres, Edward Elgar, 2018. Pour une mise à jour du débat, notamment dans le cadre des négociations sur le Brexit, voy. <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2020/06/30/long-read-will-the-uk-uphold-its-commitment-to-human-rights/> (consulté la dernière fois le 17 novembre 2020).

³ Voy. J.-C. MATGEN, « La Cour des droits de l'homme est de plus en plus souvent critiquée dans le monde politique », *La Libre Belgique online*, 13 décembre 2016, en ligne, <https://www.lalibre.be/belgique/la-cour-des-droits-de-l-homme-est-de-plus-en-plus-souvent-critiquee/>

communauté juridique fut de tous temps caractérisée par un fort « tropisme » européen et international⁴, des voix – minoritaires, certes⁵ – se sont parfois élevées pour récuser en bloc, et de manière structurelle, certaines avancées de la Cour dans le domaine social. Le projet d'un « droit commun » des droits de l'Homme connaît donc une importante crise : au-delà de l'une ou l'autre de ses traductions concrètes, c'est parfois son principe même qui se trouve remis en question⁶.

En pareil contexte, inviter à un « bon usage » de la jurisprudence de la Cour pourrait apparaître étonnant, voire scandaleux. N'est-ce pas là laisser entendre qu'il y aurait de « mauvais » usages de cette jurisprudence, et qu'il existerait, en conséquence, des hypothèses dans lesquelles il vaudrait mieux demeurer sourd à celle-ci ?

L'ambition des lignes qui suivent⁷ doit être bien comprise. Il ne s'agit évidemment pas d'inciter les juges nationaux à s'affranchir de ce *plancher minimal* que les arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme doivent constituer pour eux. Mais uniquement de rappeler que, précisément, cette jurisprudence ne forme, en matière de protection des droits de l'Homme, qu'un *plancher*, et non un *plafond*⁸. Le « dire le droit » strasbourgeois est en effet imprégné de la marge nationale d'appréciation que la Cour européenne consent aux États dont elle contrôle les actes et les omissions. Cette *juris-dictio* procède donc, sur le plan substantiel, d'une

uee-dans-le-monde-politique-584f04cccd70bb41f08e3f23 (consulté la dernière fois le 17 novembre 2020).

⁴ Pour reprendre les termes de H. DUMONT et C. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 235 et s.

⁵ Les critiques furent notamment celles de M. BOSSUYT, Président de la Cour constitutionnelle. Voy. P. POPELIER, « Belgium : faithful, obedient and just a little bit irritated », in *Criticism of the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 105-106 et, en réponse à ces critiques, F. OST, « Quand la critique dépasse les bornes : Gare à l'arroseur arrosé », *J.T.*, 2012, p. 606-607.

⁶ Il est intéressant de contempler, à cet égard, la première version de la Déclaration de Copenhague (avril 2018), et les réactions très véhémentes qu'elle avait suscitées auprès de la communauté juridique. Sur ceci, voy. <https://strasbourgobservers.com/?s=Copenhagen>.

⁷ Celles-ci sont pour partie empruntées à S. VAN DROOGHENBROECK, « Plus vite que la musique. Quelques réflexions sur la subsidiarité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Liber amicorum Marnix Van Damme*, A. Wirtgen et J. Dujardin (dir.), Bruges, La Charte, à paraître.

⁸ Nous reprenons la métaphore du plafond et du plancher à E. BREMS et J. VRIELINK, « Floors or Ceilings : European Supranational Courts and their Authority in Human Rights Matters », in *Human Rights with an Human Touch. Liber Amicorum P. Lemmens*, K. Lemmens, S. Parmentier et L. Reyntjens (dir.), Anvers, Intersentia, 2019, p. 281. Voy. aussi l'utilisation de cette métaphore dans l'opinion en partie concurrente et en partie dissidente jointe par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE à Cour. eur. D.H., arrêt *G.I.E.M. Srl c. Italie* du 28 juin 2018.

approche subsidiaire qui fait logiquement obstacle à ce que ses produits puissent être considérés comme autre chose que des exigences *nécessaires*, mais pas *suffisantes*, que les États peuvent et doivent dépasser (1.). Il en va ainsi, en particulier lorsque d'autres jurisprudences, fussent-elles *soft*, entendent quant à elles placer la barre plus haut (2.). « *No less, but certainly no more* »⁹ : voilà donc cette attitude que l'on qualifierait volontiers de « mauvais usage », par les juges nationaux, de la jurisprudence strasbourgeoise. Il y a là une évidence¹⁰ que la Cour constitutionnelle, le Conseil d'État et certaines juridictions judiciaires ont récemment et fort opportunément rappelée, à l'une ou l'autre reprises : le juge interne peut et à vrai dire, doit « danser plus vite que la musique » strasbourgeoise et de pas hésiter à juger « *beyond the call of duty* », pour reprendre l'image de R. Lawson¹¹. Ceci étant, l'on constate que ces rappels, fruits d'une saine compréhension du principe de subsidiarité, connaissent de bien singulières éclipses et des géométries variables, parfois jusqu'au sein d'une seule et même jurisprudence. Tel est le cas, précisément, dans la problématique du port des signes convictionnels, où la « musique strasbourgeoise » a tendance à devenir saturante, voire assourdissante.

1. L'importation problématique de la « marge nationale d'appréciation »

Le port de signes convictionnels visibles peut-il être interdit aux élèves dans l'enseignement obligatoire de la Communauté ? La Cour d'appel d'Anvers¹² a récemment répondu à cette question par l'affirmative, réformant

⁹ Pour reprendre la célèbre formule de Lord Brown of Eaton-under-Heywood dans *Al Skeini v. Secretary of State of Defence* (2007), UKHL 26, § 106.

¹⁰ Pour Dean SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'Homme, « *(t)he margin of appreciation is neither a gift nor a concession, therefore, but instead an incentive to national courts to conduct the requisite Convention review, to balance competing rights, to weigh up rights against other aspects of the public interest, to scrutinize the proportionality of interferences with human rights* » (D. SPIELMANN, « Whither the Margin of Appreciation ? », *UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture*, 20 mars 2014, p. 11-12, en ligne, www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf [consulté la dernière fois le 17 novembre 2020]). Sur la problématique, on consultera volontiers J. GERARDS, « Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan ? », *TvCR*, 2010, p. 245 et s. Voy. ég. T. BARKHUYSEN, « De rechter en het Europese maaiveld », *NJB*, 2013/2010, afl. 33, p. 2243.

¹¹ R. LAWSON, « *Beyond the call of duty ? Domestic Courts and the Standards of the European Court on Human Rights* », in *Content and meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, H. Snijders et S. Vogenauer (dir.), Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, p. 21 et s.

¹² Anvers, 23 décembre 2019, 2018/AR/789, consultable sur www.unia.be. Voy. J. VERNIMMEN et J. LIEVENS, « Antwerps hof van beroep bevestigt hoofddoekenverbod : eerste schot in rechterlijke schoolstrijd ? », *De Juristenkrant*, 2020, n° 402, p. 2.

sur ce point un jugement rendu le 23 février 2018 par le Tribunal de première instance du Limbourg (*afdeling Tongeren*)¹³. En soutien de sa motivation, et en réponse à l'argument des intimées qui affirmaient que cette interdiction méconnaissait l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme (liberté de religion), la juridiction anversoise énonce notamment que :

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde reeds dat het verbod tot het dragen van levensbeschouwelijke kentekens en de eventueel eraan verbonden straf bij niet-naleving, een beperking inhoudt op de vrijheid van godsdienst in de zin van artikel 9 van het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die enkel toegestaan is indien ze in een democratische samenleving nodig is voor de openbare orde, gezondheid of zedelijkheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. (EHRM, Ghazal tegen Frankrijk, 30 juni 2009)

Et l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers de considérer – à l'encontre de la conclusion qui avait été celle du Conseil d'État, dans ses arrêts du 14 octobre 2014¹⁴ – que les conditions de conventionalité pareillement requises étaient bel et bien rencontrées.

« Que dit Strasbourg ? » La démarche ainsi suivie par l'arrêt anversoise du 23 décembre 2019 est assurément louable. Encore faut-il cependant qu'elle soit menée avec toute la rigueur souhaitable, et que les conclusions sur lesquelles elle débouche soient calibrées avec soin. À cet égard, trois difficultés nous semblent se présenter.

Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que la jurisprudence strasbourgeoise dédiée au port des signes convictionnels n'établit tout au plus, au profit des États parties à la Convention, qu'une *faculté* d'interdire ceux-ci – ou, à tout le moins, certains d'entre eux – en milieu scolaire. Une *faculté*, et non une *obligation*. Toute jurisprudence internationale plus protectrice des droits en cause doit – et dans le cas présent, aurait donc dû – lui être préférée : nous y reviendrons dans la seconde partie de la présente étude.

Toujours sur un plan tout à fait concret, il faut par ailleurs rappeler, et rappeler encore, que les décisions d'irrecevabilité strasbourgeoises du 30 juin 2009 auquel il est fait référence par l'arrêt Anversoise – *i.e.*, entre autres, la décision *Ghazal c. France*¹⁵ – n'ont pas eu à se prononcer sur la

¹³ Consultable sur www.unia.be.

¹⁴ C.E., 14 octobre 2014, n°228.748 ; CE, 14 octobre 2014, n°228.752.

¹⁵ Cour eur. D.H., req. n°29134/08, décision *Ghazal c. France* du 30 juin 2009.

compatibilité avec l'article 9 de la Convention d'une interdiction du port de *tous* les signes convictionnels *visibles*, semblable à celle qui était en débat devant la Cour d'appel d'Anvers et la Section du contentieux administratif du Conseil d'État de Belgique¹⁶, mais uniquement d'une interdiction portant sur les signes convictionnels *ostensibles*. Tout qui connaît les débats qui ont présidé à l'adoption de la loi française du 15 mars 2004, sait qu'il y a, derrière ces qualificatifs, un monde de différence¹⁷. La loi française interdit sans doute aux élèves de porter des signes convictionnels tels le foulard, la Kippa, la grande croix, ou encore, le turban. Elle leur permet par contre de conserver, même de manière *visible* – pourvu que cela soit discret –, leurs mains de Fatima, leurs étoiles de David, ou encore leurs petites croix. À strictement parler, la jurisprudence strasbourgeoise invoquée par la Cour d'appel d'Anvers ne constituait donc pas, pour celle-ci et la question en litige devant elle, un bon précédent.

Enfin – et c'est ici que nous en arrivons au cœur du sujet –, il faut souligner que, même en présence de questions litigieuses parfaitement identiques, les *outputs* strasbourgeois ont, pour le juge national, une valeur précédente plus ou moins limitée par la subsidiarité du contrôle international dont ils résultent. Dans l'affaire *Ghazal c. France*, la Cour européenne des droits de l'Homme avait – comme dans d'autres affaires du même type¹⁸ –, lourdement insisté sur la très large marge d'appréciation dont les États parties à la Convention jouissent dans la régulation de questions sensibles telles celle du port des signes convictionnels en milieu scolaire. Selon la Cour en effet,

¹⁶ La réglementation en litige devant le Conseil d'État et la Cour d'appel d'Anvers prohibait, de manière radicale, tous les signes convictionnels, sans même distinguer formellement selon qu'ils soient visibles ou pas.

¹⁷ Voy. en effet la Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en oeuvre de la 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 (*JORF*, n°118 du 22 mai 2004 p. 9033 « Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive (...) La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets (...) »). Voy. pour le surplus, « "Ostensibles" : le mot qui s'est imposé. Comment le qualificatif choisi par la Commission Stasi a été préféré à "visible" et à "ostentatoire" », *Libération*, le 28 janvier 2004.

¹⁸ Voy., auparavant, et toujours à propos du port de signes convictionnels en milieu scolaire, Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France* du 4 décembre 2008, § 63 ; Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 108 et 109. Voy. par la suite, à propos du port des signes convictionnels par des agents publics, Cour eur. D.H., arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, § 56.

Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement¹⁹.

Les autorités nationales – législateurs et juges – sont *a priori* mieux placées que le juge européen pour aborder certaines questions et jauger les réalités particulières de tous ordres – politiques, économiques, culturelles, sociales – dans lesquelles elles s'inscrivent, en sorte que le second doit observer une certaine retenue dans la manière dont il juge la validité des conclusions des premières. Par définition, le juge national ne peut singer purement et simplement cette posture, et s'interdire tout autre raisonnement qu'un renvoi aux arrêts et décisions *self restraint* qui en sont les produits²⁰. Le juge national fait en effet précisément partie de ces autorités réputées « mieux placées » pour aborder les questions difficiles ; l'importation dans son propre raisonnement de la retenue qu'implique la « marge nationale d'appréciation » concédée par la Cour européenne des droits de l'Homme n'aurait donc pas vraiment de sens. Jeroen Schokkenbroek l'avait brillamment démontré en 1996²¹, et la Cour européenne des droits de l'Homme l'a elle-même rappelé, en 2009, dans son arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 19 février 2009 :

La théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne²².

Appliquée à la problématique du port des signes convictionnels en milieu scolaire, cette perspective de raisonnement devrait conduire le juge belge, non pas à se satisfaire d'une prise d'acte des *nihil obstat* strasbourgeois forgés face aux contextes particuliers de la Turquie et de la

¹⁹ Cour eur. D.H., req. n°29134/08, décision *Ghazal c. France* du 30 juin 2009. Voy encore, hors de la problématique du port de signes convictionnels, Cour eur. D.H., arrêt *İzzettin Doğan et autres c. Turquie*, 26 avril 2016, § 112.

²⁰ Pour les mêmes raisons, on peut également adresser une critique au raisonnement tenu par le Tribunal de Première instance du Brabant Wallon, dans une ordonnance du 11 février 2020 (publiée sur www.unia.be).

²¹ J. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens*, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink, 1996, spéc. p. 516 et s.

²² Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, req. n° 3455/05, § 184. Voy. M. ANDENAS et E. BJORGE, « L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme : quel rôle pour le juge interne ? », *R.I.D.C.*, 2012, p. 392 et s.

France, mais bien à développer un argumentaire propre, nourri d'une évaluation circonscrite et « non marginale » des réalités spécifiques de son État. Quitte à devoir conclure à la violation de l'article 9, là où la Cour européenne des droits de l'Homme s'en est pour sa part abstenue.

C'est très exactement à ce raisonnement et à cette conclusion que convie le Tribunal de première instance de Leuven dans un jugement admirablement motivé du 27 août 2019²³ :

De nationale context in de zaak (Leyla Sahin t. Turkije) die ter beoordeling werd voorgelegd verschilt fundamenteel van de situatie in België zodat de uitspraak van het EHRM in de zaak niet zonder meer getransponeerd mag worden naar het huidige geschil. De beslissing van het EHRM werd immers in belangrijke mate ingegeven door het grote belang dat in Turkije gehecht wordt aan het beginsel van secularisme en door het gegeven dat een meerderheid van de bevolking het islamistisch geloof aanhangt (...)

Ook het standpunt van het EHRM met betrekking tot de situatie in Frankrijk kan niet zonder meer getransponeerd worden naar de Belgische context gelet op de eigen invulling die in Frankrijk gegeven wordt aan het beprisp neutraliteit en de strikte scheiding tussen Staat en religie (laïcité).

C'est une même inspiration que l'on retrouvera, Rue de la Science, dans une très belle note de bas de page d'un avis donné en Assemblée générale, le 20 mai 2008²⁴, sur une proposition de loi « visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles » :

Il importe d'insister sur le fait que la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme paraît reconnaître aux États en matière de relation entre l'État et les religions et les conceptions philosophiques doit être

²³ Consultable sur www.unia.be.

²⁴ Avis n°44521/AG du 20 mai 2008 sur une proposition de loi « visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles » (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-351/1). Voy. en effet la note de bas de page n°27. Voy. également l'avis 46.520/AG sur une proposition de loi « relative à l'accouchement discret » (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n°4-1138/2) à propos de l'accouchement dans la discrétion. Le Conseil d'État rappelle que, dans la matière, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (arrêt *Odièvre c. France*) concède aux États une large marge d'appréciation. Il ajoute cependant que : « En ce qui concerne la Belgique, c'est le législateur qui devra en premier lieu se livrer à une appréciation ; plus tard, la Cour constitutionnelle devra éventuellement examiner l'appréciation faite par le législateur à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Constitution, sans que cette Cour doive à cette occasion se limiter à un contrôle marginal, comme la Cour européenne des droits de l'homme. (...) Les motifs précités qui conduisent la Cour européenne à accorder aux États une large marge d'appréciation n'existent en effet pas au niveau national » (notre accent).

appréhendée dans le contexte du contrôle subsidiaire qu'exerce cette juridiction européenne par rapport à des pratiques internes et qu'elle ne signifie donc pas nécessairement en droit interne que, dans le cadre du contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'État et celui exercé éventuellement *a posteriori* par la Cour constitutionnelle, une exigence plus stricte quant au respect des principes constitutionnels attachés à la liberté de pensée, d'expression et de religion ne soit pas mise en œuvre.

Non moins exemplaires étaient les arrêts précités de la Section du contentieux administratif du Conseil d'État, datés du 14 octobre 2014²⁵ :

De Raad van State bedenkt hierbij wel dat de verwerende partij de opdracht van de nationale rechter niet zomaar mag gelijkstellen met de zogenaamde ruime appreciatiemarge die het EHRM laat aan de nationale instanties. Die beoordelingsmarge die het EHRM aan de staten laat inzake de relatie tussen de Staat en de godsdiensten en de levensbeschouwelijke opvattingen, moet worden gezien binnen het bestek van de subsidiaire toetsing die dit Hof verricht ten aanzien van de interne praktijken.

Un tel raisonnement, prenant distance d'une application servile de la jurisprudence strasbourgeoise au nom de la subsidiarité dont elle est empreinte, a récemment fait école, dans une toute autre problématique, auprès de la Cour constitutionnelle²⁶.

Dans son arrêt n°49/2019 du 14 mars 2019, et à propos des exigences déduites du droit au respect de la vie privée en terme de « notification » aux personnes des mesures de surveillance dont elles ont fait l'objet, la Cour énonça en effet ce qui suit :

B.11. Lorsqu'elles mettent en balance l'intérêt de l'État défendeur à protéger la sécurité nationale au moyen de méthodes de surveillance secrète, d'une part, et la gravité de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, d'autre part, les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des moyens propres à atteindre le but légitime que constitue la protection de la sécurité nationale (CEDH, 13 septembre 2018, *Big brother watch et autres c. Royaume-Uni*, §308 ; 19 juin 2018, *Centrum för Rättvisa c. Suède*, § 104 ; grande chambre, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, § 232. Voir aussi : CEDH, 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, § 57 ; 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, §153-154 ;

²⁵ Voy. CE, 228.748, 14 octobre 2014, *Singh t. Gemeenschapsonderwijs*.

²⁶ Voy., déjà auparavant, les réflexions de A. ALEN et W. VERRIJDT, « The Dialogue... », *op. cit.*, p. 176.

décision, 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, § 106 ; 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, § 49, 50 et 59).

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il incombe au premier chef aux États, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la Convention, les autorités nationales, en particulier les juges nationaux, étant en principe mieux placées pour évaluer la proportionnalité d'une limitation aux droits et libertés au regard des faits et des réalités qui caractérisent la société concernée.

Il en découle que l'appréciation d'une limitation à un droit fondamental par le juge national *peut conduire à ce que le niveau de protection imposé au regard de la situation nationale soit supérieur à celui que la Cour européenne des droits de l'homme prévoit* [notre accent].

Ce n'est assurément pas la première fois qu'un juge national belge prend explicitement le parti de « danser plus vite que la musique », et de conférer par ce biais aux droits et libertés garantis par la Convention une interprétation plus généreuse que celle que leur réserve son interprète authentique. La Cour de cassation, dans ses arrêts du 11 décembre 1996, avait ainsi estimé que « les termes mêmes de l'article (53) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales excluent que l'on puisse déduire la violation de ladite Convention de la circonstance que la Cour (de cassation) apprécie l'impartialité des juges sur la base de critères consacrés par le droit interne, plus sévère que ceux de ladite Convention, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme »²⁷. L'arrêt précité de la Cour constitutionnelle a cependant ceci d'original²⁸ qu'il ne prend pas explicitement appui sur le droit interne pour justifier un tel dépassement, et, surtout, qu'il présente celui-ci comme justifié par une logique inhérente à la subsidiarité du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le respect de la Convention²⁹.

²⁷ Cass., 11 décembre 1996 (2 arrêts), *Pas.* 1996, I, 1262 ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 177 et s. et obs. M. UYTENDAELE et R. WITTEMEUR, « L'impossible doute ».

²⁸ À notre connaissance, pareil raisonnement était sans précédent dans la jurisprudence de la Cour. Voy. sur ce point l'excellente analyse de S. LAMBRECHT, « De houding van vier hoogste rechtscolleges ten aanzien van het EVRM en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens : Strasbourg has spoken... », *TBP*, 2013, p. 89.

²⁹ On peut encore se référer, sur ce point, aux conclusions très fouillées de MM. F.F. Langemeijer et M.H. Wissink datant du 13 septembre 2019, et précédant l'arrêt du *Hoge Raad* des Pays-Bas dans l'affaire *Urgenda* (ECLI:NL:PHR:2019:887) : « 2.39. *Het EHRM leidt uit art. 1 EVRM af dat de bescherming van EVRM-rechten primair door de nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechters, moet worden geboden. Het EHRM kent zichzelf in dezen een*

Nous l'avions cependant affirmé d'emblée : loin s'en faut que la jurisprudence belge contemporaine ne soit faite que de prises de positions « orthodoxes » de ce type. Le récent arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 juin 2020³⁰, dédié à la possibilité d'interdire les signes convictionnels dans l'enseignement supérieur, ne témoigne en effet pas vraiment d'une ouverture au dépassement de la jurisprudence strasbourgeoise. « Que dit Strasbourg ? » est, en effet, la seule question explicitement traitée par l'arrêt.

En l'occurrence, la Cour était saisie de la question préjudicielle suivante :

L'article 3 du décret du 31 mars 1994 de la Communauté française définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté est-il conforme aux articles 19, 23 et 24 de la Constitution, à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à l'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il est interprété comme permettant à un pouvoir organisateur soumis à ce décret de prévoir dans le règlement intérieur d'un établissement scolaire une interdiction totale faite aux élèves, fussent-ils majeurs, de porter des insignes, des bijoux ou des

subsidaire rol toe (...) Het hier bedoelde subsidiariteitsbeginsel ("Principle of subsidiarity") vormt mede de achtergrond van de hierna nog te bespreken margin of appreciation-doctrine, die het EHRM gebruikt om aan nationale autoriteiten in voorkomende gevallen beleidsruimte toe te kennen (...) Hoewel dit associaties kan oproepen met het staatsrechtelijke beginsel van machtscheiding, staat het subsidiariteitsbeginsel niet in het teken van rechterlijke terughoudendheid (...) Integendeel, het EHRM eist juist dat nationale rechters een beroep op mensenrechten beoordelen met bijzondere gestrengheid en zorgvuldigheid ("with particular rigour and care"), als uitvloeisel van het subsidiariteitsbeginsel ("as a corollary of the principle of subsidiarity") (...) De margin of appreciation-doctrine kan daarom niet – of hoogstens naar analogie – dienen als grondslag voor een terughoudende opstelling van de nationale rechter in mensenrechtenkwesties ». Voy. aussi le point 2.69 : « Nationale rechters zijn om deze reden niet gehouden om terughoudendheid te betrachten op die terreinen waar het EHRM aan de nationale autoriteiten een margin of appreciation toekent (...) In de vakliteratuur wordt juist het tegendeel beweerd : waar het EHRM zich vanwege het subsidiariteitsbeginsel terughoudend opstelt, moet de nationale rechter indringender toetsen (...) Het arrest Fabris/Frankrijk biedt steun voor die benadering (...) Overigens mag daaruit niet worden afgeleid dat het arrest Fabris/Frankrijk aanspoort tot extensieve materiële uitleg van het EVRM. Het voorgaande laat bovendien onverlet dat er andere redenen kunnen bestaan voor een terughoudende opstelling van de rechter (bijv. op grond van de nationale verhouding tussen de staatsmachten, te bespreken in hoofdstuk 5 hierna). Het begrip margin of appreciation krijgt dan een andere betekenis, waarin niet meer de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechter centraal staat. Bij toepassing door de nationale rechter gaat het om de vraag, welke beleids- en beoordelingsruimte de nationale rechter aan de autoriteiten in zijn eigen land toestaat ».

³⁰ CC, n°81/2020, 4 juin 2020. Nous nous inspirons beaucoup, dans les lignes qui suivent, de X. DELGRANGE, « Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé », à paraître au *Journal des Tribunaux*.

vêtements qui reflètent une opinion ou une appartenance politique, philosophique ou religieuse ainsi que tout couvre-chef, notamment ceux reflétant une telle opinion ou une telle appartenance, et ce afin de créer un environnement éducatif totalement neutre ?

Les parties demanderesses devant la juridiction *a quo* insistaient sur le fait que la jurisprudence strasbourgeoise validant l'interdiction de signes religieux en milieu scolaire – y inclus dans l'enseignement supérieur – était intervenue à propos de la Turquie et de la France, et ne pouvait donc être « importée » comme telle dans le cadre belge notablement distinct. Dans la droite ligne des préconisations, ci-avant rappelées, de la Rue de la Science, une « contextualisation » était donc nécessaire, au nom, précisément, de la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales en la matière.

Pour reprendre les mots des parties concernées³¹ :

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par laquelle celle-ci a jugé que des interdictions, pour des élèves et des étudiants, de porter des symboles religieux dans une école, appliquées en Turquie et en France, étaient compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, les parties demanderesses devant le juge *a quo* observent que, dans ces arrêts, la Cour européenne a tenu compte du principe de la laïcité qui est en vigueur dans ces pays. Elles soulignent que la laïcité n'est pas un principe constitutionnel en Belgique et que le principe de la neutralité ne peut pas y être assimilé.

L'arrêt ne comporte cependant pas de traces explicites des « pincettes juridiques » avec lesquelles il eût pareillement fallu manier les précédents strasbourgeois. Dans une démarche devenue classique, l'arrêt du 4 juin 2020 pose comme principe que l'article 19 de la Constitution a une portée analogue à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme³². Les exigences issues de cette disposition sont, quant à elles, concrétisées par un import massif, et sans filtre apparent, de la

³¹ Point A.10.2 de l'arrêt.

³² B.21.3 de l'arrêt. Et va, dans son parallélisme interprétatif complet, jusqu'à mettre entre parenthèse l'idée que l'article 19 de la Constitution requiert une loi au sens formel pour limiter la liberté d'expression, à l'inverse de l'article 9, § 2, qui se contente pour sa part d'une conception « matérielle » de la légalité. Pareille approche, rompant avec la jurisprudence antérieure de la Cour, est critiquable au regard de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, en collaboration avec G. DELANNAY et C. HOREVOETS, « *Le principe de légalité dans les limitations aux droits et libertés* », in *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril?*, M. El Berhoumi, L. Detroux et Br. Lombaert (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 48 - 58. Adde, X. Delgrange, « Interdiction du voile.... », *op. cit.*

jurisprudence « française » et « turque » de la Cour européenne des droits de l'Homme :

B.24.2 (...) L'interdiction, pour les étudiants, de porter des bijoux, insignes et vêtements, en ce compris les couvre-chefs, qui reflètent une opinion ou une appartenance politique, philosophique ou religieuse, est envisagée comme une mesure visant, selon le projet pédagogique basé sur une conception déterminée de la neutralité de l'enseignement officiel, à protéger l'ensemble des étudiants contre la pression sociale qui pourrait être exercée par celles et ceux, parmi eux, qui rendent leurs opinions et convictions visibles.

B.24.3. Il peut être admis que cette ingérence, autorisée par la disposition en cause, dans la liberté de religion poursuit les objectifs relatifs à la protection des droits et libertés d'autrui et à la protection de l'ordre public mentionnés à l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, § 99 ; décision, 24 janvier 2006, *Köse e.a. c. Turquie* ; 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 60 ; 4 décembre 2008, *Kervanci c. France*, § 60 ; décision, 30 juin 2009, *Ghazal c. France* ; décision, 30 juin 2009, *Gamaled dyn c. France* ; décision, 30 juin 2009, *Aktas c. France* ; décision, 30 juin 2009, *Bayrak c. France* ; décision, 30 juin 2009, *Jasvir Singh c. France* ; décision, 30 juin 2009, *Ranjit Singh c. France*).

B.25.1. Comme il a été dit en B.22.3, la liberté de conscience et de religion comprend, entre autres, la liberté d'exprimer sa religion ou sa conviction, soit seul, soit avec autrui, mais elle ne protège pas tout acte inspiré par une religion ou par une conviction. Elle ne garantit pas non plus en toutes circonstances le droit de se comporter selon les prescriptions religieuses ou selon sa conviction (CEDH, décision, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France* ; décision, 13 novembre 2008, *Mann Singh c. France* ; 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 61 ; décision, 30 juin 2009, *Gamaled dyn c. France*).

B.25.2. Bien que la démocratie ne puisse être réduite à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité et bien qu'elle commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante (CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, § 63 ; grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, § 108), il peut se révéler nécessaire, dans une société démocratique où plusieurs religions et convictions coexistent, d'assortir de restrictions la liberté de manifester ses convictions en vue de concilier les intérêts de divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, § 106 ; 12 avril 2007, *Ivanova c. Bulgarie*, § 79 ; décision, 30 juin 2009, *Gamaled dyn c. France*). Le

pluralisme et la démocratie doivent s'appuyer sur le dialogue et sur un esprit de compromis, qui requièrent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, § 108 ; 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 62).

Le raisonnement qui conduit la Cour constitutionnelle à affirmer la compatibilité de l'interdiction des signes convictionnels avec le droit d'accès à l'enseignement, tel que déduit de l'article 24 de la Constitution et de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention, est sensiblement du même tonneau (alsacien) :

B.27.2. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que le droit d'accès aux établissements d'enseignement existants, garanti par l'article 2 précité, n'est pas absolu et qu'une interdiction, pour les élèves ou les étudiants, de porter, dans un établissement d'enseignement, des signes religieux, politiques ou philosophiques peut être considérée comme une restriction légitime du droit d'accès à l'enseignement, pour les mêmes motifs que ceux qui peuvent justifier l'ingérence dans la liberté de religion causée par une telle interdiction (CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, § 154 et 157-162 ; décision, 24 janvier 2006, *Köse e.a. c. Turquie* ; 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 84 ; décision, 30 juin 2009, *Ghazal c. France*). Pour les mêmes raisons, une telle interdiction ne porte pas non plus atteinte à la seconde phrase de l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, grande chambre, 29 juin 2007, *Folgerø e.a. c. Norvège*, § 84 ; 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, § 52), implique en substance que l'État, dans l'exercice de ses fonctions en matière d'éducation et d'enseignement, doit veiller à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, et qui interdit à l'État de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents (CEDH, décision, 24 janvier 2006, *Köse e.a. c. Turquie*).

2. Que dit Genève ?

Le Droit international et européen des droits de l'Homme n'est pas un monolithe, ni même une structure hiérarchisée dont les contradictions internes seraient, par essence, inexistantes ou aisément surmontables par

le jeu mécanique d'un principe de primauté³³. Il se présente comme un droit fragmenté, à niveaux multiples, reposant sur des sphères autonomes. Les instruments qui le forment, issus d'ordres juridiques distincts, sont confiés à l'œuvre interprétative de juges ou de *treaty bodies* attirés n'ayant, *en droit*, aucune obligation de se plier intégralement aux *dic(k)ta(ts)* des autres et de professer des positions parfaitement uniformes. La cacophonie, plus ou moins accentuée, est une virtualité théorique de cet ensemble fragmenté : un même droit, une même liberté, peut ne pas recevoir la même interprétation au sein de l'ensemble des « prétoires » ou « quasi-prétoires » européens ou internationaux.

Le risque ainsi évoqué ne doit certes pas être surdimensionné. Les instruments internationaux et européens souscrits par la Belgique présentent, en terme de contenus et de valeurs sous-jacentes, une homogénéité relative qu'ils tirent d'une matrice commune – la Déclaration universelle des droits de l'Homme. La Cour européenne, au travers de « métissages juridiques » aux formes aussi diverses et qu'audacieuses³⁴, œuvre par ailleurs à une certaine harmonisation jurisprudentielle – ce fameux dialogue des juges – propre à désamorcer la cacophonie évoquée plus haut. Que l'on songe, parmi beaucoup d'autres, à l'arrêt *Bayatyan* du 7 juillet 2011, où la Cour décida de revoir ses positions en matière d'objection de conscience à la lumière des « évolutions importantes qui sont intervenues dans différentes enceintes internationales », évolutions dont « la plus notable est l'interprétation qu'a livrée le Comité des droits de l'homme des Nations unies des articles 8 et 18 du PIDCP, qui forment le pendant des articles 4 et 9 de la Convention »³⁵.

Les divergences ne sont donc pas nombreuses. Mais elles existent. S'agissant par exemple de l'« accord » entre les violons strasbourgeois et genevois, la Cour européenne des droits de l'Homme confesse elle-même, dans l'arrêt *Correia de Matos*, qu'elle se réserve un bénéfice d'inventaire :

³³ Voy. E. BREMS et S. OUALD-CHAÏB (dir.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law*, Londres, Edward Elgar, 2018 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *Human Rights Tectonics*, Anvers, Intersentia, 2018.

³⁴ Voy. e. a., F. TULKENS, F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *Soft Law* et la Cour européenne des droits de l'Homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. Trim. Dr. Homme*, 2012, n°91, p. 433-491.

³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Bayatyan c. Arménie* (GC) du 7 juillet 2011, § 105. Voy. encore, parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., arrêt *Janowiec et autres c. Fédération de Russie* du 16 avril 2012, § 163. Pour un exemple de prise en compte, par la Cour européenne des droits de l'Homme, des observations finales adressées à un État par le Comité des droits de l'Homme institué par le PIDCP, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Claes c. Belgique* du 10 janvier 2013, § 98. Plus récemment encore, voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mugemangango c. Belgique* du 10 juillet 2020, § 101 ; Cour eur. D.H., arrêt *Romeo Castano c. Belgique*, 9 juillet 2019, § 83.

La Cour observe à cet égard qu'en interprétant les dispositions de la Convention elle a à plusieurs reprises tenu compte de constatations adoptées par le CDH et de l'interprétation faite par celui-ci des dispositions du PIDCP (...) Toutefois, même lorsque des dispositions de la Convention et du PIDCP sont presque identiques, les interprétations que le CDH et la Cour font d'un même droit fondamental peuvent ne pas toujours correspondre³⁶.

« Tantôt oui, tantôt non ». Le propos laisse évidemment songeur³⁷. Il n'en trouve pas moins des illustrations particulièrement significatives dans le contentieux relatif à la prohibition du port de signes convictionnels³⁸. Qu'elles aient concerné les photos reprises sur des documents officiels, la dissimulation du visage dans l'espace public ou – précisément – le port de signes convictionnels en milieu scolaire, les jurisprudences strasbourgeoise et genevoise³⁹ ont été – en parfaite connaissance de cause – discordantes l'une vis-à-vis de l'autre.

Un petit « *casus* » achèvera rapidement de nous convaincre.

Deux adolescents de confession Sikhe sont renvoyés du Lycée Louise Michel de Bobigny en raison de leur refus persistant d'ôter leur sous-turban (*Keski*). Par arrêts du 5 décembre 2007⁴⁰, le Conseil d'État français estime qu'il n'y a pas matière à violation des articles 9 et 14 de la Convention.

L'un d'entre eux – *Jasvir Singh* – se tourne vers la Cour de Strasbourg. Sa requête est jugée irrecevable car manifestement non-fondée. Selon la décision du 30 juin 2009⁴¹ intervenue en l'espèce, l'ingérence

³⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Correia de Matos c. Portugal* du 4 avril 2018, § 135.

³⁷ Voy. D. STAES, « *Correia de Matos v. Portugal : Fragmented Protection of the Right to Defend Oneself in Person* », 24 mai 2018, en ligne, <https://strasbourgobservers.com> (consulté la dernière fois le 17 novembre 2020) ; G. GONZALEZ, « Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies en 2018 relatives à la liberté de religion en France », *Revue du Droit des Religions*, 2020, n°9, p. 184.

³⁸ Les lignes qui suivent sont inspirées, moyennant remise à jour, de F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « The Domestic Courts' Response to Divergent Views Among International Human Rights Bodies : Thoughts Prompted by the *Singh v. France* Cases », in *Liberæ Cogitationes. Liber Amicorum Marc Bossuyt*, A. Alen, V. Joosten, R. Leysen et W. Verrijdt (dir.), Cambridge-Anvers, Intersentia, 2013, p. 735 à 754. Voy. aussi E. BRIBOSIA, G. CACERES et I. RORIVE, « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga Singh », *Rev. Trim. D.H.*, 2014, n°98, p. 495-513.

³⁹ Pour une synthèse récente de la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme à cet égard, voy. P. M. TAYLOR, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 521-523.

⁴⁰ C.E. (fr.), n°285395, arrêt du 5 décembre 2007 (*Jasvir Singh*) ; C.E. (fr.), n°285396, arrêt du 5 décembre 2007 (*Bikramjit Singh*).

⁴¹ Cour eur. D.H., req. n°25463/08, décision *Jasvir Singh c. France* du 30 juin 2009.

litigieuse dans la liberté de religion du requérant peut s'autoriser des buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. En particulier, la Cour énonce que « l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité », étant entendu que « cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ». Rappelant par ailleurs que « lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État 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 » et que « tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement », la Cour estime que l'ingérence litigieuse peut être jugée nécessaire dans une société démocratique. Fut sans incidence, la circonstance qu'il s'agissait en l'espèce d'un sous-turban (*Keski*), et non d'un turban plus visible : le départage entre ce qui constitue un « signe ostensible » pouvant générer une pression sur autrui et ce qui constitue un signe « discret » ne présentant pas cette caractéristique, « relève pleinement de la marge d'appréciation de l'État ».

L'autre élève en appelle au Comité de Genève, et y connaît une bien meilleure fortune : en parfaite connaissance du point de vue opposé développé par son homologue strasbourgeois⁴², ce Comité, dans ses constatations *Bikramjit Singh c. France* du 4 février 2013⁴³, conclut à la violation de l'article 18 du Pacte. La légitimité de l'objectif poursuivi par la législation française n'est certes pas contestée : « Le Comité reconnaît que le principe de laïcité est en soi un moyen par lequel un État partie peut s'efforcer de protéger la liberté religieuse de l'ensemble de la population et que la loi n° 2004-228 a été adoptée en réaction à des affaires réelles dans lesquelles il y a eu ingérence dans la liberté religieuse des élèves et même, dans certains cas, des menaces contre leur sécurité physique »⁴⁴. La proportionnalité de l'ingérence est, par contre, sujette à critique. Les constatations méritent, sur ce point, d'être citées en larges extraits :

Le Comité prend note des affirmations de l'auteur, non contestées par l'État partie, selon lesquelles, pour les hommes sikhs, le *keski* ou turban n'est pas simplement un signe religieux mais une composante essentielle de leur

⁴² La décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Jasvir Singh* fut expressément évoquée dans le cadre des débats menés devant le Comité. Voy. le point 6.5. des Constatations.

⁴³ CCPR., C n°1852/2008, Constatations du 4 février 2013, CCPR/C/106/D/1852/2008.

⁴⁴ *Ibidem*, pt. 8.6

identité et un précepte religieux obligatoire. Il note également que l'État partie explique que l'interdiction du port de signes religieux concerne uniquement les signes et tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse, qu'elle ne s'applique pas aux signes religieux discrets et que le Conseil d'État rend des décisions à ce sujet au cas par cas. Toutefois, le Comité considère que l'État partie n'a pas donné de preuves convaincantes qu'en portant son *keski* l'auteur aurait présenté une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire. Le Comité estime en outre que l'exclusion définitive de l'auteur d'un établissement scolaire public est disproportionnée et a eu des conséquences graves pour l'instruction à laquelle l'auteur, comme toute personne de son âge, a droit dans l'État partie. Il n'est pas convaincu que l'exclusion était nécessaire et que le dialogue entre les autorités scolaires et l'auteur ait vraiment pris en considération la situation et les intérêts particuliers de ce dernier. L'État partie a appliqué cette sanction préjudiciable à l'auteur, non parce que sa conduite personnelle créait un risque concret, mais simplement parce qu'il a été considéré comme appartenant à une large catégorie de personnes définies par leur conduite motivée par des raisons religieuses. À cet égard, le Comité note que l'État affirme que cette large extension de la catégorie de personnes à qui il est interdit de respecter les préceptes de leur religion simplifie l'administration de la politique restrictive mise en place, mais estime qu'il n'a pas été démontré que le sacrifice des droits de ces personnes était nécessaire ou proportionné aux buts visés⁴⁵.

Au vrai, la condamnation ainsi intervenue n'est pas réellement une surprise⁴⁶. Dans ses Observations finales sur le quatrième rapport périodique de la France datées du 31 juillet 2008⁴⁷, le Comité des droits de l'Homme avait d'ores et déjà clairement annoncé la couleur :

L'État partie devrait réexaminer la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 à la lumière des garanties consacrées dans l'article 18 du Pacte, relatif à la liberté de conscience et de religion, y compris la liberté de manifester sa religion, tant en public qu'en privé, ainsi que du principe d'égalité garanti à l'article 26.

⁴⁵ *Ibidem*, pt. 8.7.

⁴⁶ Certains commentateurs des constatations intervenues dans l'affaire *Hudoyberganova c. Ouzbékistan* (18 janvier 2005) y avaient d'ores et déjà aperçu les signes discrets d'une sévérité accrue du Comité des droits de l'Homme sur la question de l'interdiction des signes religieux en milieu scolaire. Voy. M. SCHEININ, « International Human Rights Law and the Islamic Headscarf : A Short Note on the Positions of the ECHR and the HRC », in *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, C. Durham et al. (dir.), Ashgate, Farnham, 2011, p. 83-86.

⁴⁷ CCPR, Observations finales sur le quatrième rapport périodique de la France (31 juillet 2008), CCPR/C/FRA/CO/4, § 23.

Ce coup de semonce avait été ignoré par la France, et n'avait pas reçu d'écho explicite, de la part de la Cour de Strasbourg, dans le cadre de la procédure ayant conduit, une petite année plus tard, à la décision *Jasvir Singh* ci-avant mentionnée.

« Vérité à Strasbourg, erreur à Genève » : un juge interne pourrait-il valablement s'asseoir sur les positions du Comité des droits de l'Homme, en prétextant qu'elles « contredisent » la « jurisprudence » de la Cour européenne ? À notre estime, cette analyse est incorrecte.

Il convient en effet de récuser l'idée qu'il existerait, entre les positions genevoise et strasbourgeoise adoptées dans les affaires *Singh*, une incompatibilité au sens le plus fort du terme, qui imposerait au juge interne de sacrifier une fidélité au profit de l'autre. Tout ce que l'on peut tirer de la décision *Jasvir Singh* rendue par la Cour européenne le 30 janvier 2009, c'est que l'article 9 de la Convention, compte tenu de la large marge d'appréciation existant en la matière, *permet* à un État d'interdire de manière générale et abstraite le port de signes convictionnels ostensibles en milieu scolaire. *Permet*, mais ne *contraint pas*. On chercherait en vain, dans la jurisprudence de la Cour, l'existence d'un quelconque précédent dont se déduirait l'existence d'une obligation positive, à charge des États, d'édicter de telles interdictions générales et abstraites. Tout au contraire la Cour a-t-elle affirmé, dans une décision *Appel-Irrgang and Others v. Germany*, « *that is not possible to deduce from the Convention a right not to be exposed to convictions contrary to one's own* »⁴⁸. L'existence d'une obligation positive de limiter l'expression religieuse de l'un au profit de l'intégrité des droits de l'autre, n'est certes pas à exclure⁴⁹, mais elle ne peut se déduire qu'au cas par cas, en fonction des comportements particuliers en cause, et ne survient pas de manière générale et abstraite : tout autre conclusion rendrait parfaitement incompréhensible l'arrêt *Lautsi*⁵⁰. Le Comité des droits de

⁴⁸ Cour eur. D.H., req. n°45216/07, décision *Appel-Irrgang and Others v. Germany* du 6 octobre 2009

⁴⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, § 38 ; Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, § 106.

⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Lautsi c. Italie* (GC) du 18 mars 2011. En l'occurrence, la Cour n'a pas estimé que l'exposition d'un crucifix dans les salles de classe de l'enseignement public constitue une méconnaissance de l'article 2 du premier protocole additionnel, et ce, en prenant acte du fait que cette exposition n'était pas accompagnée de comportements prosélytes concrets de la part du corps enseignant ou d'autres élèves. Au titre de « circonstance atténuante », la Cour fit également valoir que, dans les écoles italiennes, « le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'est pas prohibé ». Le raisonnement de la Cour sur ce point serait incompréhensible s'il devait parallèlement être déduit, de la Convention, une obligation positive d'interdire de

l'Homme, pour sa part, n'exclut pas qu'il puisse y avoir des circonstances rendant « nécessaire », au sens de l'article 18, § 3, du Pacte, la limitation du droit d'arborer des signes convictionnels dans le but d'assurer un environnement scolaire pacifique. Pareilles limitations doivent cependant être décidées et justifiées *in concreto*, en fonction de besoins dûment démontrés : une interdiction absolue et linéaire n'est pas admissible. *Ergo* : La Convention européenne des droits de l'Homme et la Cour de Strasbourg *permettent*, sans toutefois *l'imposer*, une forme de limitation générale à la liberté de religion que le Pacte international et le Comité de Genève, pour leur part, *interdisent*. Juridiquement, ces deux positions n'aboutissent pas à créer des obligations irréconciliables dans le chef des États parties aux deux instruments ; tout au contraire doivent-elles être arbitrées conformément à ce que la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit elle-même dans son article 53, c'est-à-dire, sur base de la priorité à la clause la plus favorable⁵¹. Selon cette disposition en effet, « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». La Convention elle-même évacue donc le dilemme et le conflit de loyauté. Non seulement permet-elle aux États de préférer l'interprétation genevoise lorsqu'elle est plus protectrice des droits en cause que celle de sa propre gardienne, mais en plus va-t-elle jusqu'à *l'imposer*.

Une dernière question se pose alors. À supposer que la jurisprudence strasbourgeoise établie en sens divergent n'y fasse pas elle-même obstacle, l'interprétation genevoise présente-t-elle une quelconque autorité juridique intrinsèque qui lui permette de s'« imposer » aux juges internes d'un État qui, à l'instar de la Belgique, a ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ?

On ne peut se cacher que le statut de cette « *soft case law* », dépourvue d'autorité de chose jugée, articule, encore et toujours,

manière générale, en milieu scolaire, « le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse ».

⁵¹ Nul ne contestera que ce principe de maximisation est d'un maniement pratique délicat, surtout lorsque l'on se trouve dans un conflits de droits fondamentaux (Voy. notamment C. VAN DEN HEYNING, « No Place Like Home. Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights », in *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction Between the European and the National Courts*, P. Popelier, C. Van de Heyning et P. Van Nuffel (dir.), Anvers, Intersentia, 2011, p. 78 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Plus vite que la musique... », *op. cit.*). Dans le cas présent cependant, il n'y a pas matière à « conflits entre droits », à tout le moins au niveau général et abstrait.

d'importantes hésitations⁵². En 2018, le Premier président de la Cour de cassation française, Bertrand Louvel, déclarait que :

Les cours européennes ne sont pas les seules gardiennes des libertés dont les appréciations interpellent notre Cour de cassation. Par exemple, un organisme international en principe non juridictionnel a aussi reçu cette mission de gardien des droits fondamentaux qui lui permet de constater une divergence avec notre Cour. Il s'agit du Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui, au cœur de l'été encore, le dix août dernier, a constaté que notre assemblée plénière elle-même avait méconnu des droits fondamentaux reconnus par le Pacte international des droits civils et politiques dans l'affaire connue sous le nom de Baby Loup. Même si cette constatation n'a pas, en droit, de force contraignante, l'autorité qui s'y attache de fait constitue un facteur nouveau de déstabilisation de la jurisprudence qui vient perturber, aux yeux des juges du fond, le rôle unificateur de notre Cour, qui plus est au niveau le plus élevé de son assemblée plénière. C'est pourquoi, il nous faut réfléchir en permanence à de nouveaux mécanismes nécessaires pour intégrer les directives croissantes d'origines diverses, et pas toujours cohérentes, que reçoit notre Cour, et qui, encore une fois, exercent nécessairement une incidence forte sur la motivation de ses arrêts⁵³.

L'ouverture ainsi manifestée contraste avec les positions, nettement plus classiques, que le Procureur général François Molins défendit, l'année suivante, dans le cadre de l'affaire *Vincent Lambert*⁵⁴.

À notre estime⁵⁵, et dans la droite ligne des préconisations de B. Louvel, il ne saurait se justifier que le juge interne « s'asseye » de manière

⁵² Voy. G. GONZALEZ, *op. cit.*, p. 186 ; S. HENNETTE VAUCHEZ, « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *La Revue des droits de l'homme*, septembre 2018, en ligne, <http://journals.openedition.org/revdh/4643> (consulté la dernière fois le 19 novembre 2020) ; G.L. NEUMAN, « Giving Meaning and Effect to Human Rights. The contribution of Human Rights Committee Members », in *The Human Rights Covenants at 50 : Their Past, Present, and Future*, D. Moeckli, H. Keller et C. Heri (ed.), Oxford, OUP, 2018, p. 34.

⁵³ Discours de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, 3 septembre 2018, en ligne, www.courdecassation.fr/venements_23/audiences_solennelles_59/audiences_installation_6827/3_septembre_8929/premier_president_40022.html (consulté la dernière fois le 19 novembre 2020).

⁵⁴ Avis de M. le Procureur Général F. Molins sur les pourvois n°T19-17.342 et n°E 19-17-330, en ligne, https://www.courdecassation.fr/IMG///20190624_avis_19-17.330_ano.pdf (consulté la dernière fois le 19 novembre 2020).

⁵⁵ Voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « The Domestic Courts' Response to Divergent Views Among International Human Rights Bodies : Thoughts Prompted by the *Singh v. France* Cases », *op. cit.*

pure et simple sur la *soft case law* onusienne lorsqu'il est invité à faire application des Pactes éponymes. La Cour internationale de Justice – qui n'est pas précisément connue pour sa fantaisie dans l'heuristique juridique –, prête au demeurant une oreille attentive à cette *soft case law*⁵⁶. On comprendrait mal que la Cour de cassation, le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle y demeurent, pour leur part, parfaitement sourdes.

Longtemps, la pratique de nos juridictions n'a pas offert de réels précédents aptes à valider – ou tout au contraire à démentir – le bien fondé des décisions qui précèdent⁵⁷. Les dernières années furent cependant le théâtre d'une évolution, certes modeste, non seulement dans la pratique de la Section de législation du Conseil d'État⁵⁸, mais encore, et plus significativement, dans le raisonnement de la Cour constitutionnelle.

Ainsi a-t-on vu cette dernière, dans un arrêt n°101/2017 du 26 juillet 2017, se référer *expressément* à la « jurisprudence » du Comité européen des droits sociaux pour interpréter la portée du droit de grève⁵⁹. Le Conseil des ministres, qui soulignait que ce Comité « n'est pas une juridiction » mais

⁵⁶ C.I.J., arrêt du 30 novembre 2010, *République de Guinée c. République démocratique du Congo – affaire Ahmadou Sadio Diallo*, §66 : « Le Comité des droits de l'homme a, (...), développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles (...), ainsi que dans le cadre de ses "Observations générales". Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles ». Voy. M. UBÉDA-SAILLARD, « La diversité dans l'unité. L'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* », *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 912.

⁵⁷ Sur ceci, voy. S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 329 et s. S'agissant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. au demeurant les critiques de P. MARTENS et B. RENAULD, « Rapport sur l'Interprétation et la qualification de la norme contrôlée », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, A. Arts et al. (dir.), Bruges, La Charte, 2006, p. 46 et s.

⁵⁸ Voy. l'analyse qualitative et quantitative menée par F. VANNESTE, « *Who's afraid of the United Nations Human Rights Committees ? De adviespraktijk van de Raad van State doorgelicht* », in *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, R. Leysen et al. (dir.), Anvers, Intersentia, 2020, p. 351 et s. Voy. tout particulièrement l'avis 46.520/AG sur une proposition de loi « relative à l'accouchement discret » (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n°4-1138/2). Dans ce dernier avis, la Section de législation se distance de la jurisprudence strasbourgeoise élaborée au bénéfice d'une marge d'appréciation large, pour se tourner vers la jurisprudence du Comité des droits de l'enfant.

⁵⁹ CC, n°101/2017, 26 juillet 2017, pt. B.22.6.

un « simple organe d'avis » dont les positions sont « souvent critiquées par la doctrine »⁶⁰, en fut donc pour ses frais. Dans un arrêt n°62/2018 du 31 mai 2018, cette même Cour constitutionnelle abreuva explicitement son interprétation du principe de la légalité en matière judiciaire, constitutionnellement et conventionnellement consacré, d'un généreux cocktail de *soft law* où se croisaient, entre autres, des recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ainsi que des prises de position de la Commission européenne pour la Démocratie par le droit (« Commission de Venise »)⁶¹ et de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice⁶². Voici donc que le *soft law* et la *soft case law* faisaient une entrée significative dans les raisonnements de nos juges suprêmes.

Ici encore cependant, les avancées ne sont pas linéaires, et l'ouverture manifestée par certains arrêts contraste mystérieusement avec le silence observé par d'autres. L'arrêt 81/2020 du 4 juin 2020, d'ores et déjà évoqué, contribue incontestablement à créer le trouble⁶³.

En l'occurrence, la Cour constitutionnelle s'était expressément vu soumettre l'argument selon lequel « le Comité des droits de l'homme des Nations unies a adopté d'autres points de vue que la Cour européenne des droits de l'homme »⁶⁴ sur la question du port des signes convictionnels. L'arrêt, cependant, ne lui offre aucune réponse.

*

* *

Nul ne pourra contester que les questions de fond abordées dans la présente contribution sont délicates, difficiles, et que des esprits parfaitement raisonnables peuvent légitimement diverger sur la « bonne réponse » à leur apporter. Ce qui intrigue et inquiète, ce n'est donc pas tant l'absence d'uniformité des solutions obtenues en aval, que les variations inexplicables dans l'heuristique et la méthodologie juridiques mises en œuvre, en amont, pour y parvenir. Pourquoi une juridiction décide-t-elle,

⁶⁰ Voy. le point A.16.2 de l'arrêt.

⁶¹ Voy. le point B.15.3 de l'arrêt.

⁶² Voy. le point B.17.2 de l'arrêt.

⁶³ X. Delgrange, « Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé », à paraître au *Journal des Tribunaux*.

⁶⁴ Point A.13.3.3 de l'arrêt. Voy. aussi le point A.10.2 de l'arrêt.

dans certains cas, mais pas dans tous, qu'elle peut « danser plus vite que la musique strasbourgeoise » ? N'est-ce pas un peu court, de la part de la Cour européenne des droit de l'Homme, d'affirmer sans autre explication ou justification, qu'elle ne prend pas toujours en considération la « quasi jurisprudence » du Comité droits de l'Homme ? Pourquoi les raisonnements de la Cour constitutionnelle sont-ils perméables, dans certains cas mais pas dans tous, au *soft law* et à la *soft case law* ? Un effort de transparence peut être légitimement requis de la part des intéressées, faute de quoi surviendra immanquablement l'objection du *cherry picking*.